

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS IMPLICAÇÕES (ALGUMAS) NO REGIME
GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA**

SILVIA RESMINI GRANTHAM

Orientador Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo

2005

SILVIA RESMINI GRANTHAM

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS IMPLICAÇÕES (ALGUMAS) NO REGIME
GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA**

Dissertação
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Unidade de Pesquisa e Pós-Graduação
Programa de Pós-Graduação em Direito

Orientador Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Morais

São Leopoldo

2005

Dedicatórias e Agradecimentos

Ao Gustavo, pelo amor incondicional: pela cumplicidade, pelos carinhos bem-vindos e tão necessários, pelos momentos em que calou, pelas horas em que ouviu, pela ausência que suportou. Foste essencial.

Aos meus pais, Marilei e Richard, que mesmo fisicamente distantes, estiveram sempre presentes. Por terem, mais uma vez, proporcionado esse sonho, por serem exemplo de vida a ser seguido, por me ampararem nos momentos mais difíceis, por me fazerem sempre, sentir amada. Sem vocês, não teria conseguido.

Ao meu professor-orientador, Dr. José Luis Bolzan de Moraes, que, através de uma de suas obras, motivou o início de minha caminhada acadêmica e me trouxe à Unisinos. Pela acolhida, pelos ensinamentos, pela paciência e por amparar meu desejo de docência.

À Luciana e à Otília, pela grande “parceria” e por todo o incentivo.

Aos meus amigos e familiares, pela ausência suportada.

Aos professores, pelos caminhos que ensinaram a trilhar.

Aos colegas, pela ótima equipe formada.

Ao CNPq pelo apoio financeiro.

“Os tempos modernos encontraram os sólidos pré-modernos em estado avançado de desintegração; e um dos motivos mais fortes por trás da urgência em derretê-los era o desejo de, por uma vez, descobrir ou inventar sólidos de solidez duradoura, solidez em que se pudesse confiar e que tornaria o mundo previsível e, portanto, administrável”. (Zygmunt Bauman).

RESUMO

Este trabalho faz uma análise do direito fundamental à segurança jurídica e, mais especificamente, das suas circunstâncias no âmbito do Estado Moderno. Para tanto, percorre os modelos estatais, a partir do Estado Liberal, até o momento atual e sua(s) crise (s). Em seguida, apresenta um (re)pensar para a noção de tempo, sob uma perspectiva hermenêutico-filosófica, analisa a segurança jurídica em sua relação com o Estado Liberal e passa a entender como se processa aquele conceito no Estado Democrático de Direito, sendo este o ponto nevrálgico da pesquisa. Por derradeiro, tomando por base a relação entre segurança jurídica e Estado Democrático, são verificadas algumas implicações que o direito fundamental à segurança jurídica traz ao Regime Geral da Previdência Social, tendo a experiência brasileira como referência.

Palavras-chave: Segurança Jurídica – Estado Liberal – Estado Democrático de Direito – Hermenêutica – Tempo – Crise – Previdência Social.

ABSTRACT

This work makes an analysis regarding the juridical safety and, more specifically, of your circumstances in the ambit of the Modern State. For so much, it travels the state models, starting from the Liberal State, until the current moment and their crisis (s). Soon after, it presents a "(re)think" for the notion of time, under a hermeneutic-philosophical perspective, analyzes the legal safety in its relationship with the Liberal State and starts to understand as that concept is processed in the Democratic State of Law, being this a important point of the research. For last, taking for base the relationship between juridical safety and Democratic State, some are verified implications that the fundamental right to the legal safety brings to the General Regime of Social Welfare, having the Brazilian experience as reference.

Keywords: Juridical Safety – Liberal State – Democratic State of Law – Hermeneutic – Time – Crise – Social Welfare

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	9
CAPÍTULO I - DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
1.1 Considerações sobre o Estado Liberal.....	16
1.2 O Estado Social.....	26
1.2.1 O Estado do Bem-Estar Social	28
1.2.2 O Estado Democrático de Direito.....	34
1.3 A crise do Estado “c”ontemporâneo.....	46
1.3.1 A crise estrutural.....	47
1.3.2 A crise do Estado “c”ontemporâneo no contexto constitucional brasileiro: dificuldade de implementação do modelo democrático	56
CAPÍTULO II - A SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DA TRANSFORMAÇÃO ESTATAL: POSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	62
2.1 (Re)visitando a noção de tempo: caminho necessário para a sobrevivência da segurança jurídica	63
2.2 A(s) noção(ões) de segurança jurídica	79
2.3 O direito fundamental à segurança jurídica no Estado Liberal	83
2.4 O direito fundamental à segurança jurídica no Estado Democrático de Direito	89
2.4.1 Segurança jurídica material (segurança através do Direito).....	91
2.5 A segurança jurídica material em face da Constituição Dirigente	95
2.5.1 Princípio da proteção da confiança.....	98
2.5.2 A proibição de retrocesso	101
CAPÍTULO III - ALGUMAS IMPLICAÇÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA NA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA.....	108
3.1 Percorrendo caminhos históricos.....	110
3.1.1 Do Mercantilismo aos três referenciais teóricos da Seguridade Social.....	110
3.1.2 Da Lei Eloy Chaves à Constituição de 1988	116
3.2 Previdência e (m) crise	130

3.3 (Re)Pensando a Previdência Social brasileira a partir da concepção material de segurança jurídica	144
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	158
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	168

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo intenta promover uma análise a respeito da segurança jurídica e, mais especificamente, de sua definição no Estado Democrático de Direito, tendo como referência a conhecida “questão social”, sob o influxo da matéria previdenciária.

O Estado Liberal clássico, por todas suas características – legalidade, imposição de limites à atuação estatal, guardião das liberdades individuais, etc. – pode ser consagrado como lugar privilegiado para a promoção da segurança jurídica, já que procura dirimir toda e qualquer instabilidade através de leis gerais e abstratas e de um racionalismo que aproxima a ciência jurídica da matemática.

No entanto, o estudo da transformação estatal demonstra que a tensão entre a garantia de direitos políticos – como a democracia representativa, o constitucionalismo, o sufrágio e o Estado de Direito (chamado de núcleo político) – e a economia – capitalismo, livre mercado e liberdade contratual (núcleo econômico) – levou à passagem do Estado Mínimo ao Estado Social. Não bastava garantir a liberdade, mas também a efetiva igualdade, a qual era apenas “formalmente” prevista no modelo liberal clássico.

O Estado Mínimo, que se limitava a guardião das liberdades individuais, já não podia mais sobreviver em razão do aumento da complexidade social, gerada, dentre outros fatores, pelos movimentos sociais dos trabalhadores, no século XIX.

É em função desse contexto que surgiram algumas dúvidas, que levaram à formulação deste trabalho, dentre elas:

- a) o aumento da complexidade estatal, que transformou o Estado Mínimo em Estado Social, sacrificou a segurança jurídica, antes proporcionada pelo liberalismo clássico?
- b) caso persistente a segurança jurídica, como esta passou a ser entendida no Estado Social?
- c) é possível a coexistência entre segurança individual e segurança social, no Estado Contemporâneo?
- d) como pensar a segurança jurídica em face da Previdência Social, em particular a brasileira, já que um estudo da evolução histórica da Previdência Social indica que sempre houve o debate entre a garantia da segurança aos cidadãos, através da proteção contra riscos sociais, e a dificuldade de manutenção dos benefícios, devido, especialmente, a problemas econômicos (?)

Buscou-se a resposta a esses questionamentos na pesquisa bibliográfica, procurando evidenciar o entendimento de diversos autores sobre o tema. Contudo, de pronto enfrentou-se uma dificuldade: a escassez de obras sobre o assunto.

Com efeito, ainda que inúmeros teóricos trabalhem com a questão do Estado, poucos se dedicam ao tema da segurança jurídica, o que desafiou ainda mais a elaboração dessa análise, mormente porque tal tendência indica a parca importância atribuída ao tema, ainda que seja corrente, na sociedade atual, o debate acerca do direito adquirido e da expectativa de direito.

Destarte, o viés escolhido para essa pesquisa não se volta para o direito adquirido e a expectativa de direito. Acredita-se, por oportuno, na necessidade de estudo mais amplo, que busque, no entendimento da segurança, a solução para as perguntas antes transcritas. Já que a maior dificuldade verificada está na sobrevivência ou não da estabilidade jurídica em face da instabilidade social, gerada pelo crescimento das demandas estatais, é preciso, antes de trabalhar com direito adquirido, ato jurídico perfeito e expectativa de direito, analisar a possibilidade de manutenção da segurança pelo Estado Democrático de Direito, porque, caso a resposta seja negativa, não há mais lugar para tais desdobramentos.

E, na investigação de tais problemas, a opção pelo método hermenêutico, através da matriz hermenêutico-filosófica, foi fundamental. Com efeito, a pesquisa calca-se na importância que deve ser conferida à linguagem, como modo-de-ser-no-mundo do intérprete, o que impõe o abandono, assim, da idéia de interpretação literal dos textos e a necessidade de partir para uma análise calcada na historicidade e na criação, jamais na reprodução. A incorporação de tais idéias é exatamente o que leva a todas as respostas buscadas, concluindo-se por um novo conceito de segurança jurídica, pautado numa nova visão de tempo.

Para realização dessa análise, o esforço teórico é dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, trabalha-se com a transformação estatal, partindo do Estado Liberal, nascedouro do Estado de Direito, e chegando ao Estado Democrático de Direito, uma das versões do Estado Social, vinculada à promoção dos direitos e garantias fundamentais, através da Constituição.

Com efeito, no Estado Democrático de Direito confere-se privilégio à Lei Maior, mais especificamente, a um modelo de Constituição Dirigente, o que significa que o Estado busca a efetivação dos direitos e garantias fundamentais através de políticas públicas (que concretizam as normas constitucionais programáticas) ou do Poder Judiciário (que, através do mecanismo de jurisdição constitucional, irá zelar pela garantia dos direitos fundamentais).

Frise-se, no entanto, que, embora se demonstre ser o Estado Democrático de Direito o modelo adotado pelas Constituições de inúmeros países, também no capítulo inicial procura-se demonstrar a dificuldade enfrentada pelo mesmo, através do que se chama “crise do Estado contemporâneo”, demonstrando-se que a crise afeta de modo diferente os países centrais e os periféricos e semi-periféricos (o Brasil é entendido como pertencente a esse último modelo), sem preocupação com a permanência ou não destas distinções em um ambiente de globalização.

Por oportuno, apenas nesse momento se adentrará na situação brasileira porque, até aí, a evolução do Estado é tratada de modo genérico, ainda que a intenção prioritária seja contribuir para um (re)pensar da segurança jurídica e suas implicações na Previdência Social do Brasil.

Seguindo o projeto aqui apresentado, no segundo capítulo aborda-se a noção de segurança jurídica, partindo-se, inicialmente, de sintéticos comentários a respeito da relação entre direito e tempo. A intenção é demonstrar que a sociedade atual, extremamente complexa e desorganizada, sofre influências da relativização do tempo, preconizada na física, e que, em razão disso, também o tema “segurança” se fragiliza. Entretanto, partindo de uma visão hermenêutico-filosófica, encontra-se um novo caminho para a abordagem do tempo, que aponta para a possibilidade de convivência entre segurança e Estado Democrático de Direito.

Em um segundo momento, a pesquisa se ocupa com alguns conceitos de segurança jurídica postos pela doutrina e, a partir daí, elabora um contraponto entre segurança e Estado Liberal e Social, objetivando esclarecer como aquele instituto porta-se em um ou outro modelo. Por derradeiro, tomando como premissa todas as idéias despendidas até então, tenta-se responder ao conflito que surge entre segurança jurídica e concretização do projeto constitucional.

No terceiro capítulo, verifica-se a implicação da segurança jurídica no Regime Geral da Previdência Social brasileira, abordando-se não apenas a evolução histórica da Seguridade Social (e, conseqüentemente, da Previdência) no mundo e no Brasil, mas também indicando as crises vivenciadas por esse sistema, as quais acompanham a própria crise estatal, em razão das demandas estatais que suscita o regime previdenciário). Chega-se, então, ao contraponto entre segurança, Estado Democrático de Direito e Previdência, indicando quais caminhos podem ser seguidos a partir da nova concepção de segurança proposta nessa pesquisa, pretendendo-se, assim, contribuir para as dificuldades enfrentadas atualmente nesse setor.

Finalmente, é preciso sustentar que a maior barreira enfrentada por esse trabalho consiste, justamente, em tentar encontrar o lugar da segurança em meio à insegurança. Acredita-se que seria bem mais fácil afirmar, na esteira de autores que, por exemplo, defendem um conceito formal para aquele instituto, que não há lugar para a segurança jurídica no Estado Democrático de Direito. Todavia, tal argumento andaria na contramão de todas as Constituições da atualidade, pois, mesmo que conformadoras de um modelo que foge à completude normativa, estas mantêm, também, a necessidade do Estado como garantidor da segurança.

É preciso, assim, enfrentar o problema, e é esta a tarefa aqui proposta, ainda que através de breves reflexões e com singelas contribuições.

CAPÍTULO I - DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Um estudo sobre segurança jurídica, especialmente se vinculado à possibilidade de sua sobrevivência em face do modelo de Estado e sociedade buscados pelo constitucionalismo democrático, não pode fugir à análise da transformação estatal, até mesmo porque apenas com o advento do Estado Liberal, berço do Estado de Direito, começou a haver preocupação com tal conceito.

Em razão disso, ainda que a experiência do que se chama “Estado Moderno” tenha surgido com o Estado Absoluto, a partir do século XV¹, optou-se por escolher, como marco histórico inicial dessa pesquisa, os séculos XVIII e XIX, período em que se desenvolve a concepção de Estado Liberal, entendido como a primeira modalidade de Estado Constitucional².

Posteriormente, continuando a percorrer os caminhos traçados pelo Estado ao longo de sua trajetória temporal, se procederá à análise do Estado Social, do Estado Democrático de Direito e do Estado e sua(s) crise(s).

¹ Aproximadamente a partir do século XV, o Estado Absolutista pôs fim, ao menos em tese, ao Estado Medieval, entendido aqui como forma estatal pré-moderna, caracterizada pela multiplicidade de poder. Com o advento do Estado Absoluto, nova forma de organização do poder, este é concentrado nas mãos do Monarca, que chega, até mesmo, a se confundir com o próprio Estado. Como sustenta Nicola Matteucci (**Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998, p. 29) este modelo estatal caracteriza-se pela tendência ao monopólio do poder político e da força por parte de uma instância superior que não reconhece outra autoridade nem no plano internacional, nem no plano interno, já que não admite em seu seio nenhuma justiça privada nem instância que possa participar do poder político. O Estado, personificado pelo rei, é o único sujeito, o único protagonista da política, e representa a unidade política, uma unidade superior e neutra, a despeito das opiniões dos súditos.

² No entendimento de Paulo Bonavides (**Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37) a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional. O poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político.

Antes, contudo, faz-se necessário esclarecer que, nessa pesquisa, até mesmo em razão da mesma estar vinculada à matriz hermenêutica, comunga-se de Perry Anderson³ quando o autor afirma que todos os marcos temporais devem ser entendidos como apenas aproximados, e jamais precisos. Isso se deve ao fato de que é impossível aperfeiçoar uma teoria global sobre assuntos que se mantiveram confinados a áreas ou a períodos delimitados. Ao se fazer uma exposição historiográfica, narra-se, apenas, o que é conhecido. Não há uma linha divisória entre a necessidade e a contingência na exposição histórica.

1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO LIBERAL

Pode-se afirmar que o Estado Liberal, resultado da Revolução Francesa de 1789, nasceu para garantir a defesa dos direitos naturais dos cidadãos⁴, trazendo, em seu seio, a idéia de Estado de Direito⁵.

Como sustentam Lenio Streck e José Luis Bolzan de Morais⁶, o Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo do próprio liberalismo, impondo aos liames jurídicos estatais a

³ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Porto: Afrontamento, 1984, p. 6.

⁴ Ainda que o termo liberal, como identificação política, tenha sido utilizado pela primeira vez nas Cortes de Cádiz de 1812, para como referência ao partido que defendia as liberdades públicas constitucionais frente ao partido servil (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno, p. 259), sua origem se encontra na Inglaterra, no *Bill of Rights* imposto pelo Parlamento à Coroa, em 1689, e se estendeu à América do Norte, manifestando-se na declaração conjunta de independência assinada pelos estados americanos em 04 de julho de 1776.

⁵ O termo “Estado de Direito” surgiu, pela primeira vez, no liberalismo alemão, tendo sido utilizado introdutoriamente em 1813, por Carl Th. Welcker. De acordo com este autor, citado por Ernst Wolfgang Bockenförde (**Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 19), seria o Estado de Direito o Estado da razão, do entendimento, no qual se governa segundo a vontade geral racional e somente se busca o melhor de modo geral. Ainda que tenha nascido a partir do liberalismo, isso não significa, contudo, que tenha se estancado nessa concepção estatal. Ao contrário, todo Estado que tenha como núcleo a liberdade e a garantia dos direitos fundamentais é Estado de Direito.

⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 89.

concreção do ideário liberal, no que diz respeito ao princípio da legalidade, à divisão de poderes e à garantia dos direitos individuais.

Não é por outra razão que Paulo Bonavides⁷ vai caracterizar o Estado Liberal como o “Estado Constitucional da Separação dos Poderes”, pois, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram impostos limites legais à atuação do governante. Em nome dos direitos individuais do cidadão, o poder não mais poderia se concentrar “num só ramo de autoridade política”.

Por oportuno, o Estado de Direito, fruto do Estado Mínimo, identifica-se com a renúncia a toda idéia ou objetivo transpessoal do Estado – uma comunidade a serviço de interesses comuns de todos os indivíduos –, com a limitação de suas tarefas à liberdade e à segurança do homem e da propriedade e com a organização e regulação da atividade do Estado segundo princípios racionais⁸.

Das palavras acima é possível compreender que, ainda que Estado de Direito não possa se confundir com Estado Legal⁹, há, naquele, nítida supremacia da lei sobre a Administração Pública.

Assim afirmam Lenio Streck e Bolzan de Moraes¹⁰, para quem a atividade estatal apenas pode se desenvolver quando se utiliza um instrumental regulado e autorizado pela

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, p. 37-8.

⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**, p. 19-20.

⁹ Isso porque o Estado Legal pode se valer da lei como mero instrumento de manipulação política, diferente do Estado de Direito que, em razão de sua própria origem histórica, nasceu para limitar a atuação dos poderes estatais ao respeito aos direitos e garantias fundamentais.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 86-7.

ordem jurídica. Em contrapartida, também os indivíduos, como cidadãos, têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardá-los de uma ação abusiva do Estado.

Daí porque não se pode escrever sobre Estado Liberal sem se referir à sua tarefa essencial – ser guardião das liberdades individuais. Tal foi, ao longo de todo o período de vigência do Estado Mínimo, a bandeira de uma classe que, de dominada, passou a dominante: a burguesia.

Para Paulo Bonavides¹¹, pode-se dizer que o liberalismo alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa. A burguesia, em princípio, classe dominada, e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social, generalizando-os como ideais comuns a todos os componentes do corpo da sociedade. Mas, alerta Bonavides, no momento em que se apoderou do controle político, a burguesia já não mais se interessou em manter na prática a universalidade daqueles princípios como apanágio de todos os homens. Pelo contrário, só os sustentava de maneira formal, uma vez que, no plano político, eles se conservavam como princípios constitutivos de uma ideologia de classe. Foi essa contradição, portanto, a mais profunda na dialética do Estado moderno, segundo o autor¹².

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 42.

¹² Fernando Facury Scaff (**Responsabilidade do Estado Intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 70-1) chega a dizer que até mesmo o sistema eleitoral da época era a mais pura manifestação dos interesses da burguesia. Era usual ser estabelecido pelas Constituições um critério de renda para que fosse possível a participação no processo eletivo. Somente aqueles que fossem burgueses (termo utilizado para designar as pessoas possuidoras de capital), ou que tivessem um grau superior de instrução, é que poderiam ser votados para ocupar cargos no Estado, o que mantinha fora do sistema a maioria do povo. O Parlamento era o representante direto, portanto, de toda a burguesia, que, dessa forma, transformou seus próprios ideais em aspirações de toda sociedade. Como no Poder Legislativo só podiam participar pessoas da burguesia, não é mera figura retórica dizer que esta controlava o poder do Estado durante o liberalismo.

Também dissertando acerca da burguesia, Lenio Streck e Bolzan de Moraes dizem que aquela inaugurou seu poder político como classe:

... acabava ela de suprimir a contradição com o passado. Quando, porém, a propaganda jacobina aliciava adeptos para as teses de Rousseau, e a Convenção elaborava a Constituição inaplicada de 1873, quando Babouef caía moribundo aos pés do cadafalso, pagando com a vida, a primeira conspiração socialista dos novos tempos, o Terceiro Estado, castigando ironicamente pela História, via abrir-se-lhes aos olhos a contradição do futuro – a contradição da burguesia – operariado aquela que na seqüência do conflito ideológico lhe haveria de ser fatal à conservação intacta dos privilégios econômicos adquiridos¹³.

A burguesia reivindicava uma Constituição, exatamente porque o contrato social encontrava sua explicitação na Constituição.

Com relevo, as teorias contratualistas, naquela época, foram essenciais para demarcar a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal.

Na perspectiva de José Luis Bolzan de Moraes¹⁴, o modelo identificado como contratualista apresenta a sociedade/Estado como uma criação artificial da razão humana através do consenso, acordo tácito ou expreso entre a maioria ou a unanimidade dos indivíduos, o que significa o fim do Estado natural e o início do Estado Social e Político.

A criação do Estado, para o contratualismo, dá-se a partir do consenso entre os indivíduos. Através de um “contrato” entre os cidadãos, abandona-se o Estado de Natureza e chega-se ao Estado Civil.

¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 49.

¹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan. **Do direito social aos interesses transindividuais**. O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 31-2.

Três teóricos protagonizam o modelo contratualista: Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e John Locke, sendo este último um dos principais responsáveis pela propagação do liberalismo clássico¹⁵, porque em sua teoria a idéia de indivíduo ganha ainda mais relevância¹⁶.

Especialmente em Locke, afirma Merquior:

... a doutrina do contrato social representou uma apoteose do direito natural no sentimento individualista moderno. Os direitos pessoais provinham da natureza, como dádiva de Deus, e estavam longe de dissolver-se no pacto social. Entronizando o direito de resistência, ele ampliou o princípio individualista de vontade e consentimento. E consentimento, em lugar de tradição, é a principal característica de legitimidade na política liberal¹⁷.

Também dissertando a respeito de John Locke, Paulo Bonavides¹⁸ diz que onde este teórico mais convence, onde seus argumentos ostentam mais força de persuasão, raramente igualada por outro pensador, é tão-somente na teoria dos direitos e liberdades individuais como direitos oponíveis à sociedade política. Isso porque, segundo o constitucionalista, a racionalização de poder empreendida por Locke tropeça, juntamente com outras dificuldades, em seu vigoroso empenho de abater a teoria do absolutismo, que tanto se fortalecera com o

¹⁵ Que é traçado na história por José Guilherme Merquior (MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo – antigo e moderno**, p. 65 e ss) entre os anos de 1780 a 1860. Segundo o autor, no nível do pensamento político propriamente dito, os elementos-chaves do credo liberal, tais como o conceito de direitos individuais, o governo da lei, e o constitucionalismo foram incorporados com grande ênfase nos escritos de pensadores clássicos liberais como Locke, Montesquieu, Benjamin Constant, Tocqueville e John Stuart Mill. Mas o liberalismo clássico não ocupou todo o palco do pensamento liberal. Por volta de meados do século XIX, emergiram várias correntes liberais que diferiam consideravelmente das posições e modos de discurso dos liberais clássicos, as quais foram reunidas sob um único rótulo – liberalismo conservador (Idem. p. 109 e ss). Tais correntes, contudo, não merecem análise, por não traduzirem as características que de fato foram relevantes no percurso histórico de transformação estatal.

¹⁶ Curiosamente, porém, John Locke não nasceu liberal. Em Nicola Matteucci (**Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno, p. 128-42) é possível vislumbrar duas grandes fases em sua obra. Na primeira, fruto de uma época em que se reclamava paz e ordem, o problema constitucional é apenas tratado indiretamente, sendo conteúdo principal o referente ao direito natural e ao problema da tolerância. Na segunda fase, contudo, quando é publicado o “Segundo Tratado sobre Governo”, nasce sua teoria contratualista e as noções de Estado de Natureza e Contrato Social.

¹⁷ MERQUIOR, José Guilherme. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 46-7.

incomensurável êxito logrado por alguns grandes pensadores políticos da Idade Moderna, tais como Jean Bodin, Maquiavel e o próprio Hobbes (também contratualista, como acima indicado).

Portanto, deve-se a Locke, inegavelmente, a propagação da teoria dos direitos e liberdades políticas, uma das bandeiras do liberalismo.

É conveniente ressaltar, contudo, que, embora a garantia dos direitos individuais e, destacadamente da liberdade, tenham representado ponto essencial na doutrina liberal, há também um quadro referencial unívoco que caracteriza esse movimento dos séculos XVIII e XIX: a idéia de limites.

De fato, o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes (Estado de Direito) quanto às suas funções (Estado Mínimo)¹⁹.

É importante, nesse contexto, o esboço dos elementos caracterizadores do Estado Mínimo, elaborado por Roy Macridis²⁰. O autor refere que essa concepção estatal pode ser identificada através de três núcleos principais: moral, político e econômico.

O núcleo moral contém uma afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza do ser humano. São eles a liberdade, a dignidade e a vida, elementos que subordinam tudo mais à sua implementação.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 17.

²⁰ MACRIDIS, Roy C. "A evolução do liberalismo (I)." In: **Liberalismo**. Curso. A necessidade da política. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987, p. 34.

O núcleo político inclui, sobretudo, os direitos políticos, essencialmente o direito ao voto, que é o direito de participar, de decidir que tipo de governo eleger e que espécie de política seguir. Esse núcleo está associado à democracia representativa.

Por fim, o núcleo econômico relaciona-se aos direitos econômicos e de propriedade e é conhecido como “individualismo econômico”, “sistema de livre empresa” ou “capitalismo”. Traduz-se nos direitos e liberdades dos indivíduos produzirem e consumirem, terem relações contratuais, comprarem e venderem através de uma economia de mercado, satisfazerem suas necessidades à sua própria maneira e disporem de sua própria produtividade e trabalho como bem decidirem.

Dentre os teóricos atinentes ao núcleo econômico está Adam Smith, que, na obra “A Riqueza das Nações”, defende a tese de que o importante, acima de tudo, é dar liberdade à ação individual e limitar o papel do Estado à simples manutenção da ordem e da segurança²¹.

Ou seja, a tese “smithiana” está em perfeita sintonia com a doutrina liberal clássica, na qual o indivíduo tem importância fundamental. São os seus interesses que o Estado deve proteger, sobretudo pela abstenção, assegurando-lhe ampla liberdade, daí porque a necessidade de leis gerais e abstratas, as quais levam o Poder Público à menor atuação possível.

Contudo, foi justamente a excessiva relevância dada à liberdade individual que levou o modelo clássico liberal a sofrer uma transformação. Liberdade e igualdade acabaram tornando-se dogmas incompatíveis, pois a igualdade sobre a qual se firmou o liberalismo era

²¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 55.

apenas formal e encobria, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais²².

A respeito da esfera econômica, procurou-se, no liberalismo, suprimir toda interferência do Estado na regulação da economia²³. A lei da oferta e da procura (lei econômica e não jurídica) se encarregaria de colocar os preços em níveis justos, sem deixar de estimular o empresário a produzir cada vez mais e por menores preços. A tímida intervenção do Estado na economia, pois, acabou resultando em um dos maiores acontecimentos históricos do século XIX, a Revolução Industrial²⁴.

Tal fato significou uma época de progresso econômico, crescimento populacional, abertura de novos mercados consumidores e surgimento de novas invenções mecânicas. Entretanto, também foi responsável pelo aumento da miséria entre o proletariado, devido às grandes concentrações de riquezas em mãos de uma minoria, e ao surgimento de trustes, cartéis e sindicatos.

A Revolução Industrial, portanto, foi uma das causas que levou o liberalismo à mudança. Com o surgimento das máquinas, a necessidade de trabalhadores nas fábricas diminuiu consideravelmente, culminando na disponibilidade de mão-de-obra. Os empresários,

²² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 61.

²³ Isso não significa que no liberalismo clássico não tenha havido intervenção. Tomando como premissa as palavras de Fernando Facury Scaff (**Responsabilidade do Estado Intervencionista**, p. 90), o Estado Liberal, mesmo quando agia apenas para manutenção da ordem, da segurança e da paz, intervinha no domínio econômico. Mas, como era controlado pela burguesia, era esta classe quem determinava a intensidade dessa intervenção. Era a burguesia que determinava, então, que o Estado fosse ausenteísta, que intervisse em mínimo grau, pois não lhe interessava que o Estado agisse além desse patamar. E nesse ponto, os princípios da separação de poderes e da legalidade serviram de instrumentos para que tais características econômicas fossem mantidas.

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 69.

conseqüentemente, passaram a oferecer baixos salários e a utilizar o trabalho de mulheres e crianças.

O trabalho humano passou a ser negociado como mercadoria, sujeito à lei da oferta e da procura, e o operário²⁵ viu-se compelido a aceitar salários ínfimos e a trabalhar mais de quinze horas por dia para ganhar o mínimo necessário à sua subsistência²⁶.

A partir dessa nova realidade, os trabalhadores perceberam que deveriam se unir na busca de melhores condições de trabalho e de melhores salários. Foi nessa época que surgiram os primeiros conflitos trabalhistas. Também em razão da Revolução Industrial nasceu o direito de greve, como forma de reivindicação.

O Estado, que, até aquele momento, somente assistia a esse cenário histórico, limitando-se a policiar a ordem pública, viu-se, portanto, obrigado a intervir.

Como aponta Sérgio Pinto Martins²⁷, o Estado não se imiscuia para resolver os conflitos surgidos entre empregados e empregadores. Contudo, mais tarde, foi verificada a necessidade de intervenção para solucionar os conflitos trabalhistas, pois, com a paralisação do trabalho, eram arrecadados menos impostos. Havia também a alegação de que as controvérsias trabalhistas geravam conturbações sociais, prejudicando a ordem interna.

Outrossim, seguindo Fernando Scaff²⁸, é possível dizer que o surgimento do Estado Intervencionista pauta-se na necessidade de atingir duas características – a liberdade

²⁵ Qualificação utilizada para designar os empregados das fábricas, nascida a partir da Revolução Industrial.

²⁶ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 120.

²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 31.

²⁸ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**, p. 95-6.

contratual e a propriedade privada dos meios de produção – para que possa ser mantida a separação entre os trabalhadores e esses meios de produção. E que não se pense que a burguesia, naquele momento histórico, viu-se prejudicada. Ao contrário, essa classe beneficiou-se de tal intervenção, a qual possibilitou que a infra-estrutura básica necessária para o desenvolvimento das atividades de acumulação e expansão do capital fosse gerada com verbas do Estado, já que estas eram de todo o povo.

Assim, em virtude do retorno, por parte do Estado, a atividades que haviam saído da esfera de sua competência no liberalismo, foram sendo alterados os rumos deste modelo.

Comungando do pensamento de Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes²⁹, pode-se afirmar que os rumos do Estado Liberal modificaram-se a partir de meados do século XIX, quando aquele passou a assumir tarefas positivas e prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania, ou a agir como ator privilegiado do jogo sócio-econômico.

Na medida em que o Estado ampliou sua esfera de atuação, começou a desaparecer o Estado Mínimo e, gradativamente, a surgir o Estado Social, em sentido amplo.

A atuação prestacional pública se aperfeiçoou com a luta dos movimentos operários pela regulação das relações produtivas. A luta pelos três oitos (oito horas de sono, oito horas de lazer e oito horas de trabalho) era exemplar. Intervenções foram assumidas para manter os desamparados, oficinas públicas foram mantidas para garantir o emprego, a legislação sobre o trabalho de menores, a regulação da jornada de trabalho, as leis relativas à segurança no

²⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 57-8.

trabalho, e assim por diante. O Estado inseriu-se no jogo econômico e, releva dizer que esta atuação não se limitaria à simples normatização, mas sim, à participação efetiva e positiva do poder público, no âmbito do mercado capitalista, como agente econômico privilegiado³⁰.

A passagem do Estado Liberal (Estado Mínimo) para o Estado Social, portanto, pode ser verificada a partir da tensão entre os núcleos político (democracia representativa, constitucionalismo, sufrágio, Estado de Direito) e econômico (capitalismo, livre mercado, liberdade contratual) porquanto, em meio a todas as mudanças já comentadas, a convivência entre os dois projetos (político e econômico) tornou-se difícil, especialmente porque a democracia e o capital tinham (têm) propostas distintas, sendo a democracia includente e o capital excludente³¹.

1.2 O ESTADO SOCIAL

O Estado Social como Estado Contemporâneo³² é uma experiência do Estado moderno que incorpora a função social como uma de suas características fundantes. É a partir da função social que nascem as políticas públicas, outra característica social-estatal.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 59.

³¹ Sob outro enfoque, também se percebe a mesma tensão entre o núcleo econômico e moral, a partir de Roy Macridis (“A evolução do liberalismo (I).” In: **Liberalismo**. Curso. A necessidade da política, p. 34) para quem as liberdades econômicas e, em geral, o núcleo econômico do liberalismo, assumiram uma importância muito grande, talvez maior que o núcleo moral. O direito de propriedade, o direito de herança, o direito de acumular riqueza e capital, liberdade e produção de comprar e vender, enfim, todas as liberdades contratuais, tornaram-se uma parte essencial da nova ordem social. A liberdade de contrato era mais valorizada do que a liberdade da palavra. Fragmentou-se o padrão de vida social segundo o qual as pessoas nasciam e pertenciam a determinadas categorias, ou grupos sociais, e os indivíduos se tornaram livres para moldar sua própria situação por atos voluntários e relações contratuais com terceiros.

³² Estado Contemporâneo, com “c” maiúsculo, representa, a partir das lições de José Luis Bolzan de Moraes (**As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 14), o Estado Social efetivo, imbuído de seu caráter finalístico que é a função social. Ao contrário, Estado contemporâneo, com “c” minúsculo, representa o Estado dos dias atuais, nem

O Estado Contemporâneo deixa de ser responsável apenas pela paz e segurança e passa a prover, efetivamente, a igualdade. É um Estado de compromisso³³.

Contudo, é equivocado afirmar que existe uma completa ruptura entre o Estado Liberal e o Estado Social. Na verdade, o Estado Social é uma das fases do liberalismo, que se apresenta como liberalismo clássico ou em sentido estrito (conforme visto na seção 1.1) e liberalismo social (aqui analisado). Há, com efeito, um “aprimoramento” das concepções liberais clássicas pelas concepções sociais.

Nesse sentido, Manuel García-Pelayo³⁴ sustenta que, em termos gerais, o Estado Social significa, historicamente, a intenção de adaptar o Estado tradicional (liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los.

O Estado Social, para o autor³⁵, não é nem socialista, nem capitalista, no sentido clássico do conceito. Corresponde, isto sim, a uma etapa do neocapitalismo³⁶ que se manifesta pela necessidade de resolver problemas irresolúveis dentro da estrutura do Estado Liberal.

sempre portador das características sociais aqui examinadas, até mesmo porque sofre os reflexos de novas circunstâncias, hoje entendidas como crises estatais.

³³ Na tentativa de superação do modelo liberal, como aduz Jorge Reis Novaes (**Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 1987, p. 188-9), tornou-se imprescindível uma reavaliação da idéia de separação Estado-sociedade pois foi a intenção da estadualização da sociedade e recíproca socialização do Estado que conferiu sentido ao novo Estado Social.

³⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo**. 4. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 18.

³⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo**, p. 19.

³⁶ Este termo, no contexto do autor espanhol não significa “neoliberal” e sim “neossocialista”.

A justiça distributiva, ou seja, o Estado que distribui bens jurídicos de caráter material, com conteúdo jurídico, é uma das qualificações do Estado Social, segundo García-Pelayo³⁷, o que indica sua característica substancial. De fato, segundo o autor, objetiva-se, nesse modelo, assegurar a justiça legal formal e também a material.

É por isso que Paulo Bonavides³⁸ afirma que o Estado Social é o “Estado da legitimidade”. Se o advento do Estado Mínimo trouxe a legalidade, através de ordenamentos jurídicos que limitam a ação estatal em prol do indivíduo, o aprimoramento desse modelo trouxe mais do que isso – além do respeito à lei, também a observância de valores e princípios.

Feitas algumas rápidas digressões sobre Estado Social, é necessário entendê-lo sob duas perspectivas: Estado do Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito.

1.2.1 O Estado do Bem-Estar Social

O Estado do Bem-Estar Social, na visão de José M. Mayán dos Santos³⁹, pode ser identificado como o conjunto de atividades realizadas pelos governos para proporcionar à

³⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Op. cit.*, p. 26-7.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**, p. 44-45. Segundo o autor: “Quando prevaleciam por única constante na caracterização do Estado Moderno os direitos de primeira geração, a lei era tudo. Quando se inaugurou, porém, a nova idade constitucional dos direitos sociais, como direitos da segunda geração, a legitimidade – e não a lei – se fez paradigma dos Estatutos Fundamentais. No Constitucionalismo contemporâneo a Teoria da Norma Constitucional passou a ter, a nosso ver, a legitimidade por fundamento. A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a Constituição na essência; é sobretudo sua normatividade. Ou, colocando em outros termos: a legalidade é a observância das leis e das regras; a legitimidade, a observância dos valores e dos princípios. Ambos se integram na juridicidade e eficácia do sistema, fazendo-o normativo; sendo, tocante a essa normatividade, os princípios o gênero, e as leis e regras a espécie. A regra define o comportamento, a conduta, a competência. O princípio define a justiça, a legitimidade, a constitucionalidade”.

³⁹ SANTOS, José M. Mayán. **El Estado de Bienestar Social, Estratégias para el Siglo XXI**. Política, Política Social, Educación, Sanidad, Economía y Justicia. [s.l.]:Editorial 9, 1998, p. 15.

sociedade atual e futura um conjunto de prestações diferentes e de qualidade, que incluam políticas sanitárias, educacionais, econômicas, etc., com a finalidade de satisfazer plenamente a seus membros, evitando os conflitos em relação à falta de estabilidade e de uma política social apropriada.

O Estado do Bem-Estar Social é resultado, dentre outros fatores⁴⁰, das políticas definidas a partir das grandes guerras mundiais e da crise da década de 1930, ainda que sua formulação constitucional tenha se dado originalmente na segunda década do século XX (México, 1917, e Weimar, 1919).

Uma das características pertinentes a este modelo é o fato de atuar de modo intermediário entre um Estado totalmente intervencionista e um Estado completamente absentéista. O compromisso maior do *Welfare State* é justamente a busca da realização do bem-estar social.

⁴⁰ Fernando Facury Scaff (**Responsabilidade do Estado Intervencionista**, p. 82 e ss), elenca os principais motivos que transformaram o Estado Liberal em Intervencionista: a) a liberdade generalizada nos mercados propiciou o surgimento de economias de escala que favoreciam posições monopolísticas; b) o funcionamento do mercado levou à ocorrência de crises em períodos aproximadamente decenais, caracterizadas por estocagem e desemprego; c) foram verificados efeitos externos à produção e que não podiam ser apurados pelo mercado, tanto positivos (como a contratação de profissionais já treinados por outras fábricas), quanto negativos (poluição, congestionamento, esgotamento de recursos naturais, etc.); d) o surgimento das teorias socialistas, que mitigaram inúmeros institutos do liberalismo, embora tais teorias jamais tenham se concretizado (porque, a sua segunda etapa, seria o comunismo, que prevê o fim do Estado); e) a venda da força de trabalho como qualquer outra mercadoria; f) a Primeira Guerra Mundial, que transformou a face do mundo e iniciou novo capítulo nas relações econômicas. Surgiu a necessidade de o Estado atuar para organizar as atividades produtivas, direcionando-as para o esforço de guerra, o que abriu caminho para uma experiência intervencionista concreta. Também dissertando a respeito, Alexandre Mussoi Moreira (**A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 72-3) diz que esse modelo surgiu com a emergência das contradições da própria economia capitalista, com o fim da cultura campesina e da solidariedade familiar, com o surgimento da urbanização e imigração e da extensão do direito de voto e o surgimento da social-democracia. Todas essas transformações sócio-econômicas, na opinião do autor, deram causa a uma nova forma de pobreza. A sucessão de períodos de recessão econômica, acompanhada de altas taxas de desemprego e da necessidade dos pobres e desamparados trouxe a exigência de um envolvimento direto do Estado no sentido de propiciar a superação destas dificuldades, a fim de manter a estabilidade social. Esses motivos proporcionaram o surgimento de legislações destinadas ao amparo social, como ocorreu na Alemanha, através do Chanceler Bismarck, o que será visto com mais detalhadamente no terceiro capítulo.

Outrossim, o personagem principal nessa concepção é o grupo, que se corporifica diferentemente em cada movimento social⁴¹.

Para Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes⁴², o desenvolvimento do Estado do Bem-Estar Social pode ser creditado a duas razões: uma, de ordem política, através da luta pelos direitos individuais, políticos e sociais; e outra, de natureza econômica, em razão da transformação da sociedade agrária em industrial.

Partindo das duas razões acima mencionadas, aqueles autores caracterizam este paradigma estatal como o que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, educação, habitação e educação, assegurados a todo cidadão não como caridade, mas como direito político.

Com efeito, enquanto nos Estados liberais os direitos individuais tornaram-se o fundamento das estruturas constitucionais, no novo modelo os direitos individuais foram postos ao lado dos direitos sociais, disciplinando as relações entre capital e trabalho, tratando da Previdência Social e da função social da propriedade, dentre outros⁴³.

Tomando, de outro lado, a caracterização do Estado do *Welfare State*, pelo ângulo econômico, pode-se afirmar que este modelo constitui uma experiência concreta da total disciplina pública da economia, assumido como modelo de futuros objetivos autoritários da

⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan. **Do direito social aos interesses transindividuais**. O Estado e o direito na ordem contemporânea, p. 79.

⁴² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 71.

⁴³ Especificamente no que tange à segurança jurídica, tema que será retomado nos capítulos seguintes, vale referir que, curiosamente, ao passo que o liberalismo, reconhecido como Estado de Polícia, garantia segurança individual em face do próprio Estado, o *Welfare State* nasceu com a intenção de proporcionar a segurança da providência estatal.

política econômica e, ao mesmo tempo, criando hábitos e métodos dirigistas dificilmente anuláveis⁴⁴.

Para Lenio Streck e Bolzan de Moraes⁴⁵, a concepção da separação entre o econômico e o político não tem como subsistir, pois a própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma intervenção: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia⁴⁶.

E, assim, a intervenção estatal no domínio econômico não cumpre um papel socializante, mas sim o de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de suas características – a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção. Surge, nesse campo, a necessidade de se impor uma função social a estes institutos, o que se encontra previsto na Constituição da República Federativa do Brasil e na nova lei civil (função social do contrato e da propriedade).

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 65.

⁴⁵ Idem, p. 67.

⁴⁶ Contribuindo para a discussão do tema, Jorge Reis Novaes (**Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito, p. 194) disserta que independentemente do sentido e natureza da evolução da intervenção econômica do Estado, o mais importante é que ela se inscreve num processo de alteração global das relações entre sociedade e Estado. Trata-se não de atuar sobre aspectos parciais da sociedade civil, mas de desenvolver uma atuação global, na qual a política econômica é instrumento basilar, tendente à conformação ou estruturação da sociedade pelo Estado e não apenas à mera correção das deficiências marginais de um sistema auto-regulado. E este projeto, orientado para a prossecução de uma justiça social generalizada, desenvolve-se também na providência estatal das condições de existência vital dos cidadãos, na prestação de bens, serviços e infra-estruturas materiais, sem os quais o exercício dos direitos fundamentais não passa de possibilidade teórica. O Estado Social é, fundamentalmente, segundo Novaes, um Estado que garante a *integração existencial*, que se responsabiliza pelo “espaço vital” (chamado pela publicística alemã, através de FORSTHOFF, de “*Daseinsvorsorge*”). Citado por Novaes (*Op. cit.*, p. 195), Forsthoff classifica o espaço vital em espaço vital dominado e espaço vital efetivo. O primeiro é integrado por tudo que é atribuído ao homem – independentemente da condição de proprietário – de modo tão íntimo que o mesmo pode permanentemente dispor e utilizar numa relação de senhorio ou predomínio. O segundo, é constituído por todos os bens ou serviços que o homem não domina, que lhe são alheios, mas em cujo âmbito decorre efetivamente a sua existência concreta, tais como o sistema de transporte e telecomunicações, os serviços de água, eletricidade, e assim por diante. O século XIX sofreu alterações no seu espaço vital, reduzindo-se o espaço vital dominado e se ampliando o espaço vital efetivo, graças aos avanços tecnológicos. O homem, nesse contexto, perdeu, cada vez mais, o domínio e controle sobre os bens que lhe são essenciais para viver. Com isso, o Estado se viu obrigado a tomar para si a tarefa de assegurar as condições vitais de existência que seus cidadãos estariam necessitando. Quem também aborda a teoria de Forsthoff é Manoel García-Pelayo (**Las transformaciones del Estado Contemporáneo**, p. 26 e ss).

A respeito da função social, cumpre destacar que esta constitui a finalidade primordial do Estado do Bem-Estar Social.

Como assevera César Pasold⁴⁷, a função social do Estado Contemporâneo implica ações que, por dever para com a sociedade, o Estado execute determinadas ações, respeitando, valorizando e envolvendo o seu sujeito, atendendo ao seu objeto e realizando os seus objetivos, sempre com a prevalência do social e com o privilégio aos valores fundamentais do ser humano.

Por tal razão, como já afirmado antes, a noção de legalidade preconizada pelo liberalismo clássico perde sentido⁴⁸. Se o Estado vê-se obrigado a atuar positivamente, no caso concreto, através de prestações que garantam o bem-estar coletivo e ampliem, portanto, sua esfera de atuação, torna-se inviável a aplicação do corolário da legalidade e, mais ainda, a concepção tradicional da igualdade, através da qual *“todos são iguais perante a lei”*.

A lei, como afirma García-Pelayo⁴⁹, não mais pode ser geral e abstrata, mas freqüentemente específica e concreta, de acordo com certas peculiaridades e, sobretudo, com a temporalidade do caso a regular ou do objetivo a perseguir. Ora, se o Direito é método

⁴⁷ PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Ed. do Autor, 1984, p. 56 e ss.

⁴⁸ Para Manoel García-Pelayo (**Las transformaciones del Estado Contemporâneo**, p. 61-2) o princípio da legalidade significa que toda ação da Administração Pública ou toda decisão judicial tem que ocorrer através da aplicação de uma lei. Tal afirmação é coerente com o princípio da legitimidade racional segundo o qual não mandam os homens ou as autoridades, mas as leis, e também com a segurança jurídica, considerada um dos valores a serem garantidos pelo Estado. Outrossim, também é compatível com a hegemonia do Legislativo dentro do esquema clássico de divisão de poderes. Mas, tal princípio surgiu em uma época em que o Estado se limitava a criar as mínimas condições ambientais para que os sistemas social e econômico, supostamente autoregulados, atuassem por si. Da mesma forma, as leis gerais e abstratas eram expressão de racionalidade, já que representavam a vontade popular, através dos membros do Poder Legislativo. Partindo-se da idéia de que *“da discussão sai a luz”*, acreditava-se que da contraposição honesta de vontades e critérios na discussão parlamentar surgia uma lei racional. A discussão parlamentar seria o procedimento adequado para descobrir a racionalidade objetiva em sua dimensão normativa.

⁴⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporâneo**, p. 63.

capital de ação do Estado e este amplia sua esfera de atuação, a lei já não deve girar apenas em torno de valores jurídicos, mas funcionar como instrumento para a realização de outros valores, como efetivo propulsor da igualdade material⁵⁰.

Todavia, como sustentam Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes⁵¹, ainda que tenha havido uma reconceitualização do mecanismo básico de atuação da lei, o conteúdo social incorporado ao Estado de Direito não abriu perspectiva para que se concretizasse uma cabal reformulação dos poderes vigentes à época do liberalismo clássico. A questão da igualdade permanecia sem solução. O Estado do Bem-Estar Social não foi capaz de assegurar justiça social⁵².

⁵⁰ Como aduz Nelson Saldanha (**Estado de direito, liberdades e garantias**: estudos de direito público e teoria política. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 137-8) o liberalismo moderno afeta não somente o problema expressamente formulado da liberdade, mas também da igualdade. No liberalismo, inclusive nas revoluções burguesas, a igualdade foi também questionada. Contudo, o foi em termos mais formais que substanciais e em função do individualismo fundamental daqueles tempos. Em função de um individualismo racionalista ao qual o valor da liberdade servia de modo muito mais direto e imediato. Historicamente, o desejo de liberdade, oposto ao Absolutismo político e aos privilégios econômicos, superou inteiramente todos os demais. E foi sobre este aspecto, o da formalização da igualdade nos contextos liberais, que se aplicou posteriormente a crítica dos socialistas.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 92.

⁵² Também dissertando acerca das deficiências contidas na supremacia da legalidade liberal, Rogério Gesta Leal (**Teoria do Estado**. Cidadania e Poder Político na Modernidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 210-1) afirma que a democracia trazida pelo liberalismo não é suficiente quando se pretende enfrentar os conteúdos reais da existência de sociedades dominadas pelas contradições econômicas e culturais e de cidadanias esfaceladas em sua consciência política. O modelo clássico de democracia liberal, ao designar um único e verdadeiro padrão de organização institucional baseado na liberdade tutelada pela lei, na igualdade formal, na certeza jurídica e no equilíbrio entre os poderes do Estado, abre caminho à conquista da unanimidade de um conjunto de atitudes, hábitos e procedimentos, os quais, geralmente, refletem a reprodução do *status quo*.

1.2.2 O Estado Democrático de Direito

Chega-se, assim, ao Estado Democrático de Direito, o qual, na visão de Lenio Streck⁵³, representa um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno.

De acordo com o autor⁵⁴, trata-se de um Estado resultante de um determinado padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil, institucionalizado por meio de um ordenamento jurídico-constitucional desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão, o sistema político-partidário e o plano político-administrativo, os interesses individuais e os interesses coletivos.

De fato, o Estado Democrático de Direito significa um novo conceito, que tenta conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, sob um conteúdo próprio em que estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tem, esse modelo, um caráter transformador, pois, ao conteúdo da legalidade, busca-se acrescentar a efetiva concretização da igualdade, não pela generalidade do conceito normativo, mas pela realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade⁵⁵, tendo a Constituição, nesse proceder, papel fundamental.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 95.

⁵⁴ Idem, *ibidem*.

⁵⁵ Idem; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 92-3.

1.2.2.1 O papel da Constituição no Estado Democrático de Direito

Juntamente com a noção de Estado de Direito Democrático nasce a idéia de “ordenamento jurídico constitucionalizado”, caracterizado por uma Lei Maior extremamente invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos e as relações sociais⁵⁶.

Tal fato significa que o Estado Democrático de Direito tem a tarefa de transformar o Direito através da Constituição⁵⁷, o que exige do mesmo a implementação de algumas condições, dentre as quais cumpre destacar a necessidade de um modelo de Constituição Dirigente – como defende José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁸ ou – no dizer de Riccardo Guastini⁵⁹ - um modelo com força vinculante.

Para Canotilho⁶⁰, uma Constituição hoje não se reduz a uma norma limitadora de poder, nem a um “momento de decisão”. Antes, caracteriza-se como um projeto de ordenação do processo político e de conformação social. Daí porque se falar em Constituição

⁵⁶ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano.” In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49.

⁵⁷ No dizer de Alfonso Garcia Figuerola (“La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo.” In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 164-5) a constitucionalização do ordenamento jurídico não se limita a transformar o Direito, mas também modifica o estilo de pensamento de juristas e teóricos do Direito. A constitucionalização do pensamento jurídico, assim, tem dado lugar ao “constitucionalismo” (e mais precisamente, ao neoconstitucionalismo, com o fim de acentuar o novo caráter que tem assumido na atualidade), que representa a teoria, ou o conjunto de teorias que tentam proporcionar uma cobertura conceitual ou normativa à constitucionalização do Direito em termos não positivistas.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

⁵⁹ Riccardo Guastini (*Op. cit.*, p. 50 e ss), a despeito de afirmar que o conceito de constitucionalização não é bipolar (verdadeiro ou falso), podendo ocorrer em maior ou menor grau dentro de determinado Estado, impõe algumas condições para que se verifique sua presença: a) existência de uma Constituição rígida (o que impede que princípios constitucionais sejam modificados, até mesmo pelo poder de revisão); b) a garantia jurisdicional da Constituição (ou processo de jurisdição constitucional); c) a força vinculante da Constituição; d) a “sobreinterpretação” da Constituição (interpretá-la de modo extensivo, de forma que se extraiam inúmeras normas implícitas, idôneas para regular qualquer processo da vida social e política); e) a aplicação direta das normas constitucionais; f) a interpretação das leis conforme a Constituição; e g) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 140.

“Dirigente”, no sentido de uma Carta que comande a própria ação governamental e que estabeleça uma política permanente que se imponha sobre o governo.

Indo mais além, a Constituição Dirigente do Estado Democrático de Direito é também compromissária, isto é, vincula-se a uma dimensão plurilateral, normativamente apta a superar equilíbrios políticos temporários⁶¹, ou seja, procura sintetizar posições antinômicas. De fato, uma Constituição Democrática deve se afastar da completude ou, para utilizar a expressão de Canotilho⁶², do “totalitarismo constitucional”. E essa é a razão para se pensar a Constituição Dirigente como uma categoria que proporciona abertura, afastando-se da codificação global e detalhada das matérias constitucionais e da rigidez absoluta do clausulado constitucional, típica do liberalismo clássico.

Ainda, no dizer de Canotilho⁶³, a “abertura material” ou “abertura no tempo” significa a possibilidade de incompletude material, optando-se por uma técnica normativa de “normas princípios” e cláusulas abertas.

Outrossim, uma Constituição Dirigente, marcada pela abertura, aceita a mudança ou a mutação constitucional como fenômeno inerente à própria historicidade da vida constitucional, convertendo-se em instrumento democrático, possibilitador de confrontações e decisões políticas⁶⁴.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 143.

⁶² Idem, p. 147.

⁶³ Idem, p. 146-7.

⁶⁴ No capítulo seguinte a “historicidade hermenêutica” será retomada.

Efetivamente, a Constituição, no Estado Democrático, é ampla e inclui não apenas normas sobre organização estatal, mas também um rol de direitos fundamentais que regulam as relações entre Estado e cidadãos.

E, no seio das declarações de direitos, de acordo com Riccardo Guastini⁶⁵, não se encontram apenas normas claras e precisas, que conferem direitos de liberdade, mas também princípios gerais, insuscetíveis de aplicação imediata porque exigem interpretação e concretização pelo legislador, juízes e demais órgãos estatais, e ainda disposições programáticas, relativas a direitos sociais, que dependem da implementação de programas econômicos e sociais.

O grande desafio imposto é difundir, no âmbito da cultura jurídica, o pensamento de que toda norma constitucional, independentemente de sua estrutura ou conteúdo normativo, é norma jurídica genuína, vinculante e capaz de produzir efeitos jurídicos⁶⁶.

Como programa político, a Constituição não tem razão de ser, se dissociada de seu conteúdo material e, portanto, sempre conterà princípios constitucionais implícitos, aptos a garantir a concretização da justiça social. A Constituição não é mera compiladora de direitos, mas, ao contrário, representa a salvaguarda de todos os direitos fundamentais e da própria democracia, pilares sobre os quais está assentado o Estado Democrático.

Cumprе ressaltar, no entanto, que, se a Constituição Dirigente, como define Canotilho⁶⁷, é o estatuto jurídico do político, não há como fugir de um deslocamento na

⁶⁵ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano.” In: **Neoconstitucionalismo (s)**, p. 52-3.

⁶⁶ Idem, p. 53.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 79.

relação existente entre os poderes estatais, passando o Poder Judiciário a assumir função preponderante em relação ao Executivo e ao Legislativo, exatamente no intuito de ver concretizadas as normas sociais⁶⁸.

O próprio Canotilho⁶⁹, ao propor sua “teoria da constituição constitucionalmente adequada” aduz que a mesma deve tornar transparente dois problemas fundamentais:

a) que as tarefas de conformação sócio-econômica pressupõem, em geral, um “consenso” sobre a planificação de fins, obtido num “espaço pré-constitucional” e posteriormente vasado jurídico-constitucionalmente em tarefas e imposições constitucionais; b) que a concretização de fins e tarefas tem de ser efetuada principalmente em nível político e legislativo.

É essa mudança da função das leis constitucionais, num sentido “programático”, e a introdução de fins político-econômicos que representam um esforço positivo para reforçar a própria legitimidade constitucional.

Jorge Reis Novaes⁷⁰ menciona que o Estado Social e Democrático de Direito apresenta-se impregnado de uma intenção material a qual se revela fundamentalmente na natureza dos valores que persegue e na dimensão social da sua atividade, mas não menos no caráter meta-positivo dos vínculos que o limitam.

⁶⁸ É fundamental salientar que a obra de Canotilho sobre a Constituição Dirigente é vista em dois momentos, a que Lenio Streck denomina de Canotilho I e Canotilho II (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito, p. 106 e ss). Em sua segunda fase, o constitucionalista português passa a afirmar que a Constituição Dirigente morreu, o que causa certo furor no mundo jurídico, especialmente em razão do modelo ter sido seguido por inúmeras Constituições no mundo. Na verdade, porém, o que ocorre é uma revisão de idéias. O próprio Canotilho, citado por Streck, aduz que a Constituição Dirigente está morta *se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias*. Logo, a noção trazida pelo constitucionalista não é eliminada, nem tampouco enfraquecida, simplesmente aprimora seu conceito, no sentido de esclarecer que Constituição Dirigente e Compromissária não tem o poder de realizar todos os direitos fundamentais. Sempre será preciso equilibrar a concretização de tais direitos.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 157.

⁷⁰ NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito, p. 226.

Tomando por base pressupostos semelhantes, Lenio Streck vai dizer que o Estado Democrático de Direito traz implícita a problemática da tensão entre jurisdição e legislação⁷¹.

1.2.2.2 A jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito

A Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação de seu texto⁷².

E a instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelece através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional⁷³. É a jurisdição constitucional que confere legitimidade ao Estado Democrático de Direito⁷⁴.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito, p. 102.

⁷² O sucesso da Justiça constitucional, segundo José Alfredo de Oliveira Baracho (“As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional.” In: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 94) encontra novos caminhos para a consolidação da democracia e a superação dos regimes autoritários, com respostas para várias controvérsias existentes nas democracias ocidentais. Para vencer as crises de representação política, a Justiça constitucional consolida-se como verdadeiro contra-poder, como garantia apreciável e necessária. O autor considera-a como a existência de certo declínio da política. Superou-se a fase em que as liberdades e os direitos fundamentais, invocados e defendidos pelos juizes, eram reclamados por revoluções e assembléias. Com a crise dos parlamentos, a palavra é dada à Justiça constitucional.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito, p. 99.

⁷⁴ Refletindo sobre o tema, João Maurício Adeodato (“Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites.” In: (Neo)Constitucionalismo. Ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 2, 2004, p. 170-1) afirma que, pela função que exerce no sistema democrático, servindo de base argumentativa para uma imensa gama de casos, o texto constitucional quase sempre aparece mais geral e daí, mais vago e ambíguo do que outros textos jurídicos, ainda que todos, em alguma medida, guardem essas características. Nas constituições escritas contemporâneas se observa a ocorrência das chamadas “normas” programáticas, que fixam metas e norteiam os princípios éticos e políticos do sistema, ao lado das normas que dependem de outras para produzirem efeitos, como as de “princípio institutivo”, além daquelas que, sobretudo em países subdesenvolvidos, têm a função simbólica e estratégica de fazer os destinatários acreditarem que estão efetivamente positivadas. A importância da jurisdição constitucional é, assim, crucial, pois o Poder Judiciário a constitui, dirimindo lides que se originam de divergências sobre o próprio texto constitucional.

Como sustenta Leonel Ohlweiler⁷⁵, a jurisdição constitucional possui função primordial nessa concepção de Estado, sendo-lhe atribuída a guarda – no sentido de acontecer hermenêutico – do texto constitucional, em sua amplitude de regras, princípios e valores materiais, além da concretização dos direitos fundamentais.

Desta forma, através de tal mecanismo é possível “garantir” a efetividade constitucional e, conseqüentemente, sua força vinculante, inclusive em face dos atos estatais, os quais são entendidos por Ohlweiler⁷⁶ como aqueles emanados de todos os poderes do Estado. Segundo o autor, sobre tais atos é que incidirá a atividade da jurisdição constitucional, ou seja, o depuramento de normas inconstitucionais, a garantia de direitos e liberdades fundamentais, bem como a manifestação sobre o exercício de competências fixadas constitucionalmente pelos entes federativos.

Conforme Lenio Streck⁷⁷, a existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico (*ad hoc*), parece ter-se tornado, nos tempos atuais, um requisito de legitimação e credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos⁷⁸.

E, como já visto, se a Constituição tem papel fundamental nesse modelo de Estado, pode-se constatar, juntamente com Streck⁷⁹, que a soberania dos Parlamentos cede lugar à

⁷⁵ OHLWEILER, Leonel. “O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo.” In: (Neo)Constitucionalismo. Ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 2, 2004, p. 285.

⁷⁶ Idem, p. 289.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica para o direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 103.

⁷⁸ Historicamente, como relata Streck (*Op. cit.*, p. 103) o estabelecimento dos tribunais constitucionais ocorre em quatro fases: a) os que foram criados no período entre as duas grandes guerras; b) os originados logo após a Segunda Guerra Mundial; c) os criados nas décadas de setenta; d) os mais recentes, que surgiram na África e nos países da antiga cortina de ferro que, na sua maioria, adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc*. Sobre o histórico da jurisdição constitucional, vale a leitura de BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional.” In: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho, p. 93-158.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 104.

soberania constitucional. A vontade política da maioria governante não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. O reconhecimento do papel da justiça constitucional, desse modo, torna indispensável a intervenção do Poder Judiciário, através de seus Tribunais Constitucionais. Tal ocorre através do instrumento do controle de constitucionalidade.

É preciso limitar o âmbito de atuação do Poder Legislativo, ou, nos termos de Canotilho, o “âmbito de conformação do legislador”⁸⁰.

O Poder Judiciário, assim, na tarefa de concretizar os valores constitucionais, assume, à primeira vista, o papel de legislador concorrente, o que gera o debate acerca dos limites impostos a esse poder ⁸¹.

Refletindo sobre a legitimidade de a justiça constitucional (Poder Judiciário) desconstituir atos normativos do Poder Executivo e/ou declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo, Lenio Streck⁸² defende a Constituição como um remédio contra maiorias, o que faz com que traga insito um núcleo político que somente pode ser extirpado a partir de uma ruptura institucional. Essa é, segundo

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 215 e ss. Segundo o autor (Idem, p. 226) a verdadeira discricionariedade legislativa ocorre quando normas constitucionais podem ser consideradas como determinantes heterônomas (ou exteriores) dos atos legislativos, no sentido de que vinculam positivamente o exercício discricionário do poder legiferante (direção positiva) e estabelecem os limites desse mesmo exercício (função negativa).

⁸¹ E esse tensionamento, afirma Lenio Streck (**Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica para o direito. 2004, p. 111), assume contornos ainda mais graves quando o sistema se depara com decisões do Judiciário consideradas “invasoras de subsistemas” ou epitetadas como típicas decisões que “judicializam a política”, como é o caso de sentenças que determinam a inclusão/criação de vagas em escolas públicas, fornecimento de remédios com fundamento no art. 196 da Constituição brasileira, a extensão, com base no princípio da isonomia, de benefícios a categorias não contempladas em ato normativo e o problema das ocupações de terras improdutivas por movimentos sociais que clamam pelo cumprimento do dispositivo constitucional que estabelece a função social da propriedade.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 111.

o autor, a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide do Estado Democrático de Direito.

O genuíno agir da justiça constitucional encontra guarida no caráter existencial do Estado Democrático de Direito, fulcrado no modo-de-ser próprio das democracias engendradas pela tradição do segundo pós-guerra⁸³.

O legislador do Estado Democrático, portanto, deve encontrar limites na própria materialidade da Constituição, ou seja, não há mais lugar para uma Lei Maior impregnada de regras gerais, abstratas e formais. A Constituição não pode ser vista em seu caráter procedimental⁸⁴, mas substancial⁸⁵, o que, acredita-se, possibilita a concretização da justiça social, frustrada no *Welfare State*.

⁸³ Idem, p. 114.

⁸⁴ A definição de procedimentalismo, ainda que pertinente à Teoria do Direito, não deve ser também ignorada no discurso sobre a transformação estatal. Com efeito, o procedimentalismo se afeiçoa ao pensamento racional/legal do Estado de Direito, no qual se rechaça o predomínio do Poder Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo e exalta-se a necessidade de decisões judiciais pautadas na ordem normativa vigente. Um dos defensores mais acirrados do procedimentalismo é o alemão Jürgen Habermas (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 297.), para quem a prática de decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente, que por sua vez, é dependente da racionalidade de um processo de legislação o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de Direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito. Para Habermas (Idem, p. 245-6), o direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica. De outra banda, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas. Em termos práticos, as duas garantias necessitam ser resgatadas simultaneamente, pois, assim como o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas conscientemente, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões que não podem se limitar a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, devendo as mesmas ser fundamentadas racionalmente.

⁸⁵ As teses substancialistas, também pertinentes à Teoria do Direito, ganham relevo a partir da exaltação de valores constitucionais, mais detidamente, dos direitos e garantias fundamentais, que têm sua realização prevista do Estado Democrático de Direito. A partir do substancialismo alguns personagens adquirem notabilidade, cumprindo mencionar, além do Judiciário – que, em face da complexidade social, irá interagir com atores extrajurídicos, tais como a economia, a política, a sociologia e a psicologia – também a própria Constituição Federal – que deixa de ser mera garantidora da participação democrática - e os direitos e garantias fundamentais individuais e sociais. Mauro Cappelletti (**Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989), ao dissertar acerca do relevante papel a ser exercido pelo Poder Judiciário diz que os juízes (entendidos como representantes daquele Poder), têm duas grandes tarefas, sendo uma de ordem processual e outra, substancial ou material, onde há efetivamente criação do Direito. Segundo o doutrinador (Idem. p. 74), os juízes são chamados

Defensor do substancialismo no Estado Democrático de Direito, Lenio Streck⁸⁶ menciona que tal concepção, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, apregoa que o Judiciário deve assumir o papel de intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita do direito positivo, especialmente nos textos constitucionais e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.

Sob outro ponto de vista, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira⁸⁷, ao se debruçar sobre o tema da jurisdição constitucional, adota a tese procedimental habermasiana, afirmando, a partir da ótica desse autor (Habermas), que a perspectiva procedimental ultrapassa tanto a política enquanto luta de interesses, como pressupõe o liberalismo, quanto a política enquanto auto-realização ética, como quer o republicanismo cívico.

Aduz Marcelo de Oliveira que a teoria discursiva da democracia e do direito de Habermas pressupõe que a política baseia-se em razões de diferentes espectros, éticas, morais e pragmáticas, em que seu peso se resolve procedimentalmente e não a partir da imagem de um corpo efetivamente unido de cidadãos, como quer o republicanismo, ou de um sistema político encarado à luz da economia de mercado, como quer o liberalismo.

a interpretar e por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o Direito. Isso não significa, porém, que sejam legisladores porque existe diferença entre processo legislativo e jurisdicional. Afirma Cappelletti que, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do Direito. Mas, diverso é o procedimento ou estrutura desses dois níveis de formação do Direito porque, segundo o italiano, o bom juiz pode ser criativo, dinâmico e ativista, sem, com isso, configurar-se como legislador. Apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, posto que, se assim atuasse, deixaria de ser juiz. Logo, exaltar o papel criativo do Poder Judiciário não significa exterminar com o papel do Poder Legislativo, sendo esta, premissa necessária a fim de bem compreender a tese substancialista, posto que, ao impor a exaltação de valores constitucionais fundamentais, tal doutrina encarrega os juízes de, mais que meros aplicadores, serem efetivos intérpretes e assim realizadores/concretizadores da Constituição.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica para o direito. 2004, p. 162.

⁸⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. “Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?” In: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 70-1.

A jurisdição constitucional, nesse enfoque, principalmente no controle de constitucionalidade, deve garantir o devido processo legislativo e os direitos fundamentais, os quais, de acordo com o entendimento do autor, são garantias de institucionalização de um processo legislativo democrático, fundado na autonomia jurídica, pública e privada, e realizador da pretensão jurídica moderna, segundo a qual os destinatários das normas são seus próprios autores⁸⁸.

Concluindo suas explanações, o autor⁸⁹ acredita que o exercício da jurisdição constitucional, sob o risco de afetar a democracia, o pluralismo e os direitos fundamentais, não deve assumir, do ponto de vista argumentativo da aplicação jurídica no Estado Democrático de Direito, uma posição de poder legislativo, concorrente ou subsidiário, e muito menos de poder constituinte permanente.

Na perspectiva desse trabalho, porém, tal entendimento demonstra ausência de pré-compreensão do que, efetivamente, pretende ser o Estado Democrático de Direito. Ainda que o autor defenda a democracia, o pluralismo e os direitos fundamentais, mantém-se atrelado à possibilidade de realização de tais valores através, apenas, do Poder Legislativo, relegando papel secundário ao Judiciário.

⁸⁸ De acordo com Oliveira Idem, p. 71), embora a democracia exija uma jurisdição constitucional ofensiva, no sentido da tutela jurídica de direitos constitucionais garantidores de um processo legislativo democrático, essa não deve nem precisa ser uma guardiã republicana de pretensos valores ético-políticos tidos como homogêneos ou majoritários na sociedade.

⁸⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. “Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?” In: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho, p. 90.

Logo, mesmo que a transformação do Estado de Bem-Estar Social em Estado Democrático de Direito tenha ocorrido no intuito de possibilitar a efetiva concretização da justiça social, é possível verificar a dificuldade dos juristas em assumir essa nova postura⁹⁰.

Destarte, há outros óbices enfrentados pelo Estado Democrático. Com efeito, assim como o Estado Mínimo tornou-se insuficiente em razão das necessidades vitais do povo, que precisavam ser atendidas pela máquina estatal, e como o Estado do Bem-Estar Social precisou ser aprimorado, a fim de que as garantias constitucionais fossem concretizadas, o modelo atual é atingido por crises, que vão desde a dificuldade de sua efetiva implementação em países semi-periféricos, como o Brasil, até problemas conceituais, institucionais, funcionais, políticos e estruturais que, além de também serem enfrentados nas periferias, apresentam-se naquelas nações que já há muito tempo vivem a experiência democrática – os países centrais europeus.

Nessa pesquisa, como a idéia principal é demonstrar a possibilidade de sobrevivência da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito e comprovar suas implicações em face do Regime Geral da Previdência Social brasileira, serão privilegiados dois obstáculos acima mencionados: a crise estrutural, que é vista como grande impeditivo à concretização dos direitos sociais, e a dificuldade de implementação do modelo estatal “oficial” no Brasil.

Com efeito, se os países latino-americanos ainda não conseguiram implementar, concretamente, o modelo democrático estatal, a defesa de subsistência do direito à segurança

⁹⁰ Partindo de tal assertiva é importante registrar que esse trabalho não se pauta no abandono das idéias liberais e sim, no seu aprimoramento, que foi ocorrendo ao longo da evolução histórica estatal. A relevância atribuída ao Poder Judiciário, como instrumento de concretização de valores como igualdade e legitimidade, a partir do enfoque constitucional privilegiado, assim, é consequência de tal evolução, pelo que não pode ser ignorada, especialmente sob um ponto de vista hermenêutico, que entende a Constituição como modo-de-ser-no-mundo. Sobre o tema, ver STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica para o direito. 2004.

nesse modelo deve levar em consideração tal peculiaridade, sendo importante, para tanto, enfrentar as crises sem ignorar dita realidade.

1.3 A CRISE DO ESTADO “C”ONTEMPORÂNEO⁹¹

O vocábulo “crise”, nos últimos tempos, tem sido utilizado corriqueiramente por inúmeras áreas da ciência, no afã de explicar o momento gris vivenciado pela sociedade global. Por tal razão, antes de caracterizar as dificuldades enfrentadas pelo Estado Democrático de Direito como “crises”, acredita-se importante investigar como tal expressão é compreendida pelas ciências sociais.

Para André-Jean Arnaud⁹², a crise representa brusca mudança na evolução de um processo e é sentida como uma experiência geralmente não prevista e, por isso, perigosa e incerta. A crise, assim, não é vista pelo autor a partir de um enfoque negativo, embora seja, de fato, algo que provoque medo, em razão da sensação de instabilidade.

É também nesse sentido que se manifesta Edgar Morin⁹³, ao afirmar que a crise pode representar fratura numa continuidade e perturbação num sistema, mas também aumento de possibilidades e, portanto, de incertezas. Logo, a crise é algo que sempre antecede o novo e toda época crítica é época de transição e, por isso, marcada pela insegurança.

⁹¹ Retomando o que foi afirmado em nota anterior, parte-se da nomenclatura utilizada por José Luis Bolzan de Moraes (*As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*, p. 14), para designar o Estado contemporâneo, com “c” minúsculo, como o Estado dos dias atuais, em muitos aspectos distanciado do Estado Social efetivo, especialmente porque sofre os reflexos de novas circunstâncias, que são as crises estatais.

⁹² ARNAUD, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 185.

⁹³ MORIN, Edgar. *Para sair do século XX*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 317.

Falar de crise do Estado “c”ontemporâneo, assim, somente é possível se esta for pensada em dois contextos diversos: um primeiro, marcado pelos obstáculos gerados a partir da adoção do Estado Democrático de Direito em países centrais⁹⁴, que de fato, puderam vivenciar essa experiência; e um segundo, relativo aos países semi-periféricos⁹⁵, como o Brasil, em que sequer houve a efetiva implementação daquele modelo.

Com isso, não se está a afirmar que as crises vivenciadas nos países europeus também não foram sentidas na América Latina. Apenas, que não se pode tomá-las como problemas totalizantes no Brasil, já que este ainda se encontra “perdido” no próprio paradigma “oficialmente” adotado pela Constituição de 1988. Ou seja, as incertezas brasileiras são essencialmente de outra ordem, razão pela qual urge, mais do que nunca, primar pelo resgate da segurança jurídica nesse Estado, a fim de concretizar os valores previstos no Estado Democrático de Direito.

1.3.1 A crise estrutural

Como visto anteriormente, a implementação de um modelo de Estado Democrático de Direito, fulcrado na concretização da justiça social, trouxe diversos obstáculos à sociedade, o que leva a pensar tal concepção estatal como uma concepção em crise. Ainda que o Estado-Providência tenha nascido para resolver todas as desigualdades sociais, a máquina estatal mostrou-se insuficiente para atender a todas as demandas⁹⁶.

⁹⁴ Nomenclatura utilizada para designar países mais próximos ao centro global, ou seja, os países europeus.

⁹⁵ Nomenclatura utilizada para designar países mais ou menos próximos ao centro, tais como os países latino-americanos.

⁹⁶ Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso (“Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas.” In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais da Associação Nacional de Pós-Graduação e**

Comentando tal problemática, Marciano Buffon⁹⁷ lembra que, do modelo liberal clássico, passa-se, em menos de um século, para o Estado Democrático de Direito, numa velocidade típica do século XX, sem que as contradições e dificuldades tenham sido devidamente assimiladas e superadas, sem que, em muitos países, se consiga efetivamente perceber que o liberalismo tenha sido definitivamente aposentado e, sem que, inclusive, importantes atores do cenário político, econômico e social tenham percebido que, num plano formal pelo menos, estavam vivendo uma realidade antagônica daquela outrora vigente.

José Luis Bolzan de Morais⁹⁸, por isso, dedica-se ao estudo das crises que eclodiram em face dessa realidade, identificando-as como conceitual, constitucional, funcional, política e estrutural⁹⁹.

Enquanto as crises constitucional e funcional estão mais vinculadas à problemática do Judiciário e à efetividade da Constituição Dirigente, debatida anteriormente, a crise

Pesquisa em Ciências Sociais, nº 30, Ano 11, fev. 1996, p. 37) apontam algumas causas para esse problema. Segundo os autores, são fatores que levaram à crise: a criação de enormes burocracias que acumularam um peso político próprio, gerando elevados índices de desperdício e insuficiência; e a clientelização e normalização dos cidadãos cujas opções de vida ficam sujeitas ao controle e supervisão de agências burocráticas despersonalizadas. Além disso, também mencionam os teóricos outras causas para se considerar deficitário o Estado do Bem-Estar social, tais como as alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho tornadas possíveis pelas sucessivas revoluções tecnológicas, a difusão do modelo neoliberal e do seu credo desregulamentador a partir da década de 80, a crescente proeminência das agências financeiras internacionais (Banco Mundial e FMI) e a globalização da economia.

⁹⁷ BUFFON, Marciano. “A crise estrutural do Estado contemporâneo e a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade”. In: **O Estado e suas crises**. MORAIS, Jose Luis Bolzan de (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 81.

⁹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**, p. 23 e ss.

⁹⁹ A crise conceitual atinge a própria noção de “poder soberano” e se refere às transformações ocorridas por este poder. A crise constitucional, por sua vez, se preocupa com a efetividade das Constituições e, conseqüentemente, com a concretização dos direitos fundamentais. A crise funcional se refere à predominância de um poder estatal sobre o outro, em cada paradigma estatal, e a crise política é atinente ao abalo sofrido pela democracia representativa em face da complexidade estatal.

política é também identificada como crise de representação, referindo-se, em síntese, ao abalo sofrido pela democracia representativa a partir da complexidade atual¹⁰⁰.

Todavia, o “marco zero”¹⁰¹ de todas as demais crises é, certamente, a crise estrutural, porquanto atinge diretamente o próprio modelo de Estado Social. Começa-se a questionar acerca de sua viabilidade em face do surgimento dos chamados “novos riscos sociais”.

¹⁰⁰ Assevera Bolzan de Moraes (**As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**, p. 54) que o modelo da democracia representativa como alternativa possível em uma sociedade que se complexificou tornou-se um instrumento incapaz de responder adequadamente a todos os anseios, pretensões e intenções, o que conduz a tentativas de esvaziá-la como lugar adequado ao jogo da política, a tentativas de fantochizá-la, tornando-a apenas um estereótipo formal pela ausência de alternativas reais de escolha. Em relação a esta tentativa de “fantochizar” a democracia, refere o teórico que é possível constatar o desaparecimento de alternativas reais de escolha porque se estabelece um estereótipo de “desdiferenciação” de propostas, de “desidentificação” de candidaturas e assim por diante, ou seja, todos os programas são extremamente parecidos, tornando-se praticamente impossível identificar a diferença (Idem, p. 55). O autor identifica algumas causas da provável crise: número crescente daqueles que conquistaram a inserção no jogo político, o que inviabiliza a tomada de decisões por todos os interessados; dificuldades técnicas trazidas pelo tipo e conteúdo dos temas postos em discussão; e volume quantitativo de questões postas à solução, o que implica uma atividade *full time*, excludente do cidadão (Idem, p. 54). Sob outro enfoque, Celso Fernandes Campilongo (**Representação Política**. São Paulo: Atlas, 1988, p. 51 e ss) aponta cinco causas da crise de representação. A primeira consiste na perda da centralidade do conflito entre trabalho e capital, determinada pelo progressivo igualamento provocado pelas políticas redistributivas e pela deslocação de poderes do processo produtivo para sedes e bases diversas da tradicional distinção entre propriedade capitalista e trabalho assalariado. E, segundo lugar, de acordo com Campilongo a crise da democracia representativa é causada pela excessiva fragmentação dos interesses sociais porque o que realmente se verifica é que o trabalho das instituições representativas, diante de uma conjuntura crescentemente diferenciada e conflitiva, tende a desnudar-se como verdadeiro labor de representação de interesses particulares. O terceiro fator gerador da crise representativa, para Celso Campilongo, é relacionado aos fenômenos das agregações transitórias. Diz o autor que em um protesto contra o desmatamento, por exemplo, é comum que transitoriamente estejam unidos grupos políticos ou econômicos opostos, o que gera duas conseqüências: a) essa aparente homogeneidade das facções antagônicas pode provocar uma perda de identidade associada a um declínio da representativa dos próprios grupos; b) pode abrir espaços para associações capazes de suprir as deficiências das instituições representativas tradicionais. A perda de centralidade do circuito Governo-Parlamento como itinerário das decisões políticas é considerada por Campilongo como a quarta causa da crise aqui analisada. Segundo o jurista, a “nova conflituosidade”, inerente a um Estado regulador do ciclo econômico e uma sociedade fragmentada, é portadora de interesses agregáveis em estruturas políticas mais ágeis e menos burocratizadas, o que faz nascer sistemas paralelos de governo e centros alternativos de decisão, muitas vezes informais e extra-estatais, com um potencial de agregação e representação de interesses maior do que o das instituições tradicionais. E a última crise apontada por Celso Campilongo refere-se à redução da política econômica à política conjuntural e de manobra monetária, ou seja, a intervenção regulatória do Estado no ciclo econômico deixa de ter caráter totalizante, expressivo de definições estratégicas de conjunto, para reduzir-se cada vez mais à política conjuntural, gestão da despesa pública e manobra monetária.

¹⁰¹ Para se utilizar da expressão de Marciano Buffon (“A crise estrutural do Estado contemporâneo e a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade”. In: **O Estado e suas crises**, p. 81).

Outrossim, tal crise também faz com que a segurança jurídica, no modelo de Estado Democrático de Direito, adquira uma outra concepção, já que os direitos dos cidadãos, essencialmente aqueles que dizem respeito à Previdência Social (concessão e revisão de benefícios) são frequentemente sacrificados por alterações legislativas tendentes a aumentar a carga tributária¹⁰².

Nesse tópico, é preciso entender a crise. E, para tanto, deve-se rememorar a assertiva de que o Estado Social é, originariamente, um Estado Máximo, ou seja, objetiva garantir os direitos dos cidadãos, proporcionando educação, saúde, previdência, saneamento, entre outros fatores.

Ressalte-se, entretanto, que garantir a todo cidadão a permanência de seu patrimônio (consistente no conjunto de seus direitos) gera custos elevados ao Estado, o que leva Pierre Rosanvallon¹⁰³ a afirmar que o Estado-providência está doente e que o diagnóstico é simples: as despesas com a saúde pública e com o setor social crescem muito mais depressa que as receitas. Decorre daí, diz o autor, um lancinante problema de financiamento, que se apresenta, nos últimos vinte anos, em todos os países industrializados.

Efetivamente, a implementação do Estado de Bem-Estar Social proporcionou um aumento nos riscos sociais. Em detrimento de riscos clássicos, como doença, desemprego e

¹⁰² Situação que será retomada no terceiro capítulo.

¹⁰³ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Brasília: Editora da UNB, 1997, p. 7.

velhice, com os quais o Estado Mínimo era obrigado a lidar, surgiram novos riscos, tais como a proteção ao meio ambiente e a necessidade de criação de políticas públicas¹⁰⁴.

Até meados da década de setenta do século passado, o binômio “crescimento econômico X justiça social” conseguiu se manter ajustado, fruto de uma época próspera (pós Segunda Guerra Mundial).

Ainda que, na década de 1960, os problemas de caixa do *Welfare State* tivessem começado a aparecer com a percepção dos primeiros sinais de que receitas e despesas estavam em descompasso, posteriormente, nos anos de 1970, o desequilíbrio econômico aprofundou-se porque o aumento da atividade e das demandas, em face do Estado, assim como a crise econômica mundial, gerada pela crise do petróleo, implicou um acréscimo ainda maior de despesas públicas. Isso redundou no crescimento do *déficit* público, na medida em que o jogo de tensões sociais sugeria uma menor incidência tributária ou estratégias de fuga, tendo como exemplo a sonegação fiscal¹⁰⁵.

Também algumas das situações transitórias que geraram a criação do Estado Social, de que é exemplo o desemprego, tornaram-se permanentes, o que obrigou as políticas estatais, conseqüentemente, a oferecerem prestações públicas contínuas e duradouras, gerando uma profunda defasagem na poupança pública¹⁰⁶.

¹⁰⁴ BUFFON, Marciano. “A crise estrutural do Estado contemporâneo e a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade”. In: **O Estado e suas crises**, p. 82.

¹⁰⁵ MORAIS, José Luis Bolzan. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**, p. 41.

¹⁰⁶ Idem, p. 42.

Não era por outro motivo que Sir Willian Beveridge, responsável pela elaboração, em 1942, do “Plano Beveridge”¹⁰⁷, sustentava que a política de Previdência Social só teria sentido se ligada a uma política de pleno emprego.

Entretanto, na esteira de Pierre Rosanvallon¹⁰⁸, não se pode “simplificar” a crise estrutural, tratando-a como se fosse uma problemática meramente fiscal. Ao contrário, em função disso são estremecidos também os alicerces que sustentam o próprio modelo social estatal, pelo que não se pode ignorar aquilo que o teórico francês chama de “abalo intelectual”¹⁰⁹.

Segundo o autor¹¹⁰, mais que um simples desajuste do crescimento das finanças públicas, o abalo intelectual, responsável pelo que se está denominando de crise estrutural, pode ser vislumbrado em razão de três explicações possíveis: a) como o Estado Social já levou a uma importante redução das desigualdades, a questão de seus objetivos põe-se, atualmente, de modo mais preciso, questionando-se a igualdade agora como finalidade social; b) em razão da crise econômica, o crescimento deixa de desempenhar seu papel de

¹⁰⁷ BEVERIDGE, William H. **O plano beveridge**: relatório sobre o seguro social e serviços afins. Um relatório sobre a organização de um sistema previdenciário britânico, considerado o marco do advento do *Welfare State* na Inglaterra. Será retomado no terceiro capítulo.

¹⁰⁸ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**, p. 17 e ss.

¹⁰⁹ Segundo o autor (Idem, p. 24), o Estado-Providência progride, por saltos, notadamente por ocasião das crises, em razão desses períodos constituírem tempos de provação graças aos quais há reformulação mais ou menos explícita do contrato social. A experiência da guerra é particularmente significativa. Tudo se passa durante e no fim desses períodos, como se tivesse havido um ato de refundação social e, portanto, de reafirmação, sempre mais acentuada, da natureza do Estado-protetor/providência. Se o Estado Social se reafirma e se amplia na experiência do conflito armado, é porque tudo se passa como se a sociedade voltasse às suas origens imaginárias, à formulação do pacto social. A troca simbólica do contrato original entre os indivíduos e o Estado se reafirma nesses períodos. De um modo mais geral ainda, o desenvolvimento do Estado-protetor/providência está associado à questão da unidade e da divisão sociais. A dúvida sobre o Estado-Providência não pode, assim, ser entendida somente do ponto de vista da regulação dos equilíbrios econômicos que o regem. Não é apenas a extensão do Estado ou o peso das despesas sociais que está em causa. Esta dúvida manifesta um abalo muito mais profundo: são as relações da sociedade com o Estado que são questionadas. Se há crise, é nesse sentido.

¹¹⁰ Idem, p. 25-6.

lubrificante social e a sociedade torna-se menos exteriorizada; c) há um entrecruzamento de críticas da direita com insatisfações da esquerda.

Comentando o abalo intelectual visualizado em Rosanvallon, Marciano Buffon¹¹¹ aduz que ocorre uma verdadeira revolução conceitual dentro da própria sociedade, a partir da qual a solidez do modelo de Estado de Bem-Estar Social literalmente “se desmancha no ar”. Os alicerces sobre os quais está fundamentado esse modelo de Estado são profundamente afetados e ameaçam ruir. Há um sentimento de insegurança que se espalha de uma forma epidêmica por todas aquelas nações que, de uma forma mais ou menos profunda, conseguiram fazer do referido modelo uma perspectiva de vida factível e uma concreta possibilidade de coexistência coletiva mais harmônica e justa.

Verifica-se, pois, que uma das principais conseqüências da crise estrutural do modelo social estatal é o sentimento de incerteza. Aqueles Estados que fizeram do *Welfare State* uma realidade perceberam que o mesmo havia se formado com problemas graves, de difícil solução, especialmente em razão do agravamento da crise econômica que assolava o mundo.

Nesse ponto, vale referir o que pensa François Ost¹¹² sobre o tema. Para este teórico, o intervencionismo estatal ou, no seu dizer, “a mão visível da Providência estatal”, reduz a incerteza das condições de existência, mas gera um problema jurídico: transfere a indeterminação para o coração do Direito.

¹¹¹ BUFFON, Marciano. “A crise estrutural do Estado contemporâneo e a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade”. In: **O Estado e suas crises**, p. 86-7.

¹¹² OST, François. **O tempo do direito**. Baurú: Edusc, 2005, p. 319.

As demandas sempre crescentes de intervenção dirigidas ao Estado pelos beneficiários destas políticas mostram, a seus olhos, que uma segurança acrescida de emprego, de habitação e de renda vale perfeitamente uma perda da segurança jurídica, que no Estado Liberal, se pagava do mercado¹¹³.

Mas, ainda assim, diz Ost¹¹⁴, o Estado hoje está em crise. Ideologicamente, vive-se, com a insegurança de vidas expostas aos movimentos anárquicos segundo o autor, um “tempo de pausa”. Ninguém mais fala dos progressos sociais do futuro, nem formula objetivos para uma nova etapa. O que domina é a perspectiva de manter as aquisições. O mecanismo jurídico de “standstill” (efeito de pausa) que, na falta de consagrar direitos novos, impede que se retomem as antigas proteções, ilustra perfeitamente esta situação de “tempo de pausa”.

Num trabalho sobre segurança jurídica, pois, as colocações de François Ost sobre a crise estrutural do Estado Social não poderiam ser ignoradas. Com efeito, aparentemente, defende o autor a insegurança jurídica em nome da segurança social. Mas, concomitantemente, reconhece que tal modelo, hoje, apresenta-se com problemas. Diz, outrossim, que se vive um tempo em que a preocupação é a de manter as aquisições (o que pode ser entendido como a defesa dos direitos adquiridos, por exemplo) e não de fazer projetos para o futuro.

O autor, contudo, deixa de lado fator importante, que também não é lembrado pelos poucos autores que trabalham a crise do Estado “c”ontemporâneo: a concretização do modelo de Estado Democrático de Direito, através da materialização dos ditames constitucionais, resolveria grande parte dos problemas até aqui apresentados, sem que fosse preciso

¹¹³ OST, François. **O tempo do direito**, p. 319-20.

¹¹⁴ Idem, p. 320.

abandonar, novamente, a idéia de segurança jurídica em nome da realização de políticas públicas.

A colocação de tal idéia, ainda que seja tema de maior discussão nos capítulos seguintes, faz-se importante para afastar a solução apontada pelos chamados “neoliberais”, no sentido de retomada do Estado Mínimo, mediante o argumento de que o Estado Social corresponde a uma estrutura perniciosa, perversa e falida¹¹⁵.

Antes, porém, de passar à abordagem da segurança jurídica, não se pode fugir à análise da crise estatal no Brasil, aqui considerado como país semi-periférico¹¹⁶, sendo privilegiado o enfoque constitucional.

¹¹⁵ Tal concepção, segundo Marciano Buffon (“A crise estrutural do Estado contemporâneo e a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade”. In: **O Estado e suas crises**, p. 89) calca-se em três argumentos: a) o desequilíbrio orçamentário decorrente da expansão dos gastos sociais do Estado produz déficits públicos, que penalizam a atividade produtiva, provocam inflação e desemprego; b) a amplitude dos programas sociais, no plano político, implica significativa regulação e intervenção do Estado na vida social, reduzindo a democracia e tendendo para um autoritarismo ou totalitarismo; e c) os programas sociais estimulariam a passividade e a inatividade do cidadão, pois eliminariam os riscos, feririam a ética do trabalho e comprometeriam o mecanismo de mercado, à medida que reduzem a competitividade da mão-de-obra.

¹¹⁶ Quem trabalha a questão dos países centrais e periféricos e semi-periféricos são os franceses Bertrand Badie e Guy Hermet (**Política Comparada**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993). Segundo tais autores, os últimos séculos têm sido marcados pela crescente homogeneização dos âmbitos políticos. Em lugar de se reproduzir isoladamente, os modelos de governo circulam e as relações internacionais propiciam a formação de um código comum para todos os autores do sistema internacional. Os resultados mais evidentes disso são a mundialização da palavra “Estado”, sua participação como ator fundamental das relações internacionais e a universalização de alguns aspectos da prática estatal. A isto se agregam as conseqüências das relações de dependência – econômica, política e militar – cujo efeito é o de construir ao sul os Estados chamados “periféricos”. Tais países se estruturam como se sobre eles devessem se estabelecer as relações de dependência que unem os Estados hegemônicos. Mas, a dependência proporciona a territorialização dos âmbitos políticos, a construção de um centro de poder e a formação de estruturas burocráticas, embora, por outro lado, contribuam para limitar a soberania do Estado, a constituição de uma sociedade civil diferenciada e estruturada e o estabelecimento de fórmulas de legitimação bastante sólidas. Isso não ocorre com os países periféricos, que apresentam uma cultura que não tem a menor afinidade com a concepção estatal da ordem política aqui vista. O Estado periférico, pois, se expõe à perda da legitimidade ao mesmo tempo em que se arrisca a fracassar em seus intentos de penetrar nos âmbitos sociais por não ser atendido, nem compreendido.

1.3.2 A crise do Estado “c”ontemporâneo no contexto constitucional brasileiro: dificuldade de implementação do modelo democrático

A efetiva implementação do Estado de Bem-Estar Social e, mais especificamente, do Estado Democrático de Direito no Brasil, nunca ocorreu.

A espelho dos demais países periféricos e semi-periféricos (como é entendido nesse trabalho, por ser concebido como um país em desenvolvimento), o Brasil sempre pendeu entre duas lógicas: uma “dinâmica externa”, que sustenta as relações de dependência e submete seu funcionamento às exigências internacionais; e uma “dinâmica interna”, cujo objetivo é evitar a perigosa degradação das relações entre governantes e governados¹¹⁷.

A possibilidade e conciliação entre as duas dinâmicas é algo custoso, que põe em perigo a introdução, nas sociedades periféricas, de um modelo estatal importado¹¹⁸.

Com efeito, escrevem Bertrand Badie e Guy Hermet que, quando o modelo estatal desvincula-se da história de que provém e direciona-se para outras histórias, não encontra, nestas, elementos que o definam. Exemplificando, dizem que a construção do Estado está relacionada com uma história marcada pela decadência da sociedade feudal, a crise do poder senhoril e o reforço dos recursos do centro dinástico. Mas as sociedades dependentes vivem uma história que se orienta em sentido contrário, marcada pela debilitação do poder central, debilitada ou deslegitimada quando tem que se despojar da tutela das grandes potências, precária e com escassos recursos, por ter sido resultado de um problema de descolonização.

¹¹⁷ No dizer de Bertrand Badie e Guy Hermet (**Política Comparada**).

¹¹⁸ Como escrevem Badie e Hermet (Idem, p. 182) essa importação não se deve somente à consequência de um sistema mantido por uma ordem internacional que reproduza uma estrutura de domínio, mas também é o resultado de um elenco de atores, que é o de “construtores de Estado”, inclinados a realizar esta importação devido a seu perfil social e a seus interesses.

Trata-se, pois, de nações órfãs de modelo, ao contrário dos países centrais, como os europeus, que, de fato, sofreram todas as etapas da transição estatal até aqui narrada.

Mais diretamente no que tange ao problema da concretização de um real modelo de Estado no Brasil, além das razões acima referidas, que representam a visão de dois sociólogos atrelados a países centrais, a própria história econômica e social dessa pátria contribui para a dificuldade aqui em comento.

José Eduardo Faria¹¹⁹, autor de estudo sobre a crise brasileira contemporânea e seus reflexos sobre o Poder Judiciário, aduz que, desde os anos 70, o Brasil tem sido descrito como uma sociedade industrializada e predominantemente urbana em cujo âmbito, parte do operariado industrial, as classes médias assalariadas e alguns segmentos de trabalhadores rurais, já atingiram um nível mínimo de organização e mobilização na defesa de seus direitos e interesses.

Tem-se, no entanto, uma sociedade tensa e explosiva, estigmatizada por indicadores sócio-econômicos perversos. Tais indicadores, se, por um lado, revelam a existência de um dualismo estrutural básico, expresso pelo contraste entre uma pobreza urbana massiva e alguns bolsões de riqueza, por outro, são conseqüência de três grandes crises estruturais.

¹¹⁹ FARIA, José Eduardo. (org.) “O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 12.

No plano sócio-econômico, uma crise de hegemonia dos setores dominantes; no plano político, uma crise de legitimação do regime representativo; e, no plano jurídico-institucional, uma crise da própria matriz organizacional do Estado brasileiro, na medida em que este parece ter atingido o limite de sua flexibilidade na imposição de um modelo simultaneamente centralizador e corporativo, cooptador e concessivo, intervencionista e atomizador, quer dos conflitos sociais, quer das próprias contradições econômicas.

De fato, como refere Rogério Gesta Leal¹²⁰, a história política e constitucional brasileira demonstra que, antes de forjar uma tradição democrática e popular na elaboração de seus comandos jurídicos, o Brasil soube tão somente estabelecer pactos e compromissos com um grupo minoritário de indivíduos, detentores da maior parcela do mercado de produção e capitais. Até a elaboração da Carta de 1988, as normas contidas nos textos constitucionais brasileiros estabeleciam pautas de comportamento e condutas somente ao cidadão¹²¹.

E, mesmo o processo de elaboração da nova Constituição, como dita Leal¹²², não demonstrou respeito à representação popular, deixando de interagir com as reais e profundas demandas sociais, embora, ainda assim, seu texto final tenha esculpido matérias de ampla

¹²⁰ LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**. Cidadania e Poder Político na Modernidade, p. 216.

¹²¹ Como sustenta o autor (Idem, p. 214-6) os movimentos políticos e constitucionalistas no Brasil se caracterizam pela formalização de interesses setoriais da sociedade local, protegendo, como sempre, uma minoria. Refere que os ventos do racionalismo europeu criaram, desde o final do século XIX, um grupo de intelectuais e juristas que exigiram a colocação da vida nacional sob a égide de uma lei escrita, revestida de caracteres especialíssimos, nos moldes da Constituição Francesa de 1789 e Norte-americana, de 1776. Com a progressiva invasão do capital internacional no Brasil opera-se uma crescente desnacionalização do poder político, o que se evidencia em diversas Cartas Constitucionais (1891, reforma de 1926, 1934, 1937 e 1946). Este capital estrangeiro, centrado na indústria, na mineração e no aproveitamento hidroelétrico, influencia, por intermédio de seus advogados enquistados na administração e no Congresso, as normas de proteção de suas atividades e a formação da estrutura do Estado a seu favor. O significativo avanço das forças populares ocorrido no início da década de 1960 leva a burguesia nacional, aliada às empresas multinacionais, a correr o risco de perder, em eleições, o controle dessa estrutura estatal, o que gerou os golpes de Estado de março de 1964. A Constituição liberal de 1946 foi substituída pelas autoritárias de 1967 e 1969, sujeitas ao poder discricionário da ditadura.

¹²² LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 217.

abrangência social, contemplando vários direitos fundamentais que a modernidade relegou à sociedade política e chamando a República de Estado Democrático de Direito.

Desde 1988, pois, tem-se, no Brasil, uma Constituição formalmente democrática, que tenta seguir a concepção estatal vigente nos países centrais. O grande problema é que, em razão de todos os obstáculos históricos e estruturais já comentados (ainda que sinteticamente), há dificuldade em implementar os valores contidos nessa Lei Fundamental.

Fala-se, atualmente, em “neoliberalismo” (posição conservadora, vale reprimir) como saída para a crise estrutural vivenciada pelo Estado Social. Contudo, esse não pode ser o discurso utilizado em uma nação que sequer experimentou, de fato, os benefícios da concepção de bem-estar social e, mais detidamente, democrática de direito¹²³.

E é por tal razão que, juntamente com Lenio Streck¹²⁴, acredita-se que a importância do Direito como “campo necessário de luta para implantação das promessas do Estado Social”¹²⁵, em países da periferia e semi-periferia, como o Brasil, deve ser resgatada.

Se a concretização da Constituição de 1988 (e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito) ainda está longe de ocorrer, antes mesmo de pensar na crise como fase de transição para um novo modelo estatal, defende-se a necessidade de real ruptura com a tradição liberal-iluminista clássica que ainda permeia os ordenamentos jurídicos pátrios e a

¹²³ Como argumenta Lenio Streck (**Hermenêutica Jurídica e (m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 24-5) a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado-Providência ou *Welfare State* tem conseqüências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social. Nessa pátria, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro da modernidade. Logo, se as promessas da modernidade ainda não se realizaram, a saída encontrada pelo *stablishment*, por mais paradoxal que seja, é o retorno ao Estado (neo)Liberal. A pós-modernidade, assim, é vista com uma visão neoliberal.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 27.

¹²⁵ Streck prefere utilizar a expressão “campo necessário de luta para implantação das promessas modernas”.

efetividade da concepção oficialmente vigente, através da concretização substancial/material dos valores contidos naquela Carta. E isso somente é possível através de um Poder Judiciário mais atuante.

A realização de tal tarefa, contudo, implica também um (re)pensar para o Direito, que, no modelo de Estado Social/Democrático, não mais comporta uma ciência racional – predominante nos séculos XVII, XVIII e XIX – mas vinculada ao paradigma hermenêutico, que rompe com a filosofia da consciência, a qual vê a linguagem como instrumento, e passa a tratar da filosofia da linguagem, calcada na compreensão e na historicidade do ser. Enquanto no modelo racional os magistrados limitavam-se a descobrir a “vontade da lei”, nessa nova concepção estes são bem mais atuantes e extremamente vinculados com a noção de justiça. Ao invés de simplesmente aplicar as leis, como se fossem equações (lógica do certo ou do errado), devem promover a decisão mais justa, levando em consideração sempre o caso concreto.

Os juízes estão, outrossim, comprometidos com a historicidade, e esses juízos históricos não mais comportam o padrão epistemológico do “certo” e do “errado”. O passado, nesse contexto, não é fixo, mas essencialmente elástico, cambiante e, por isso, hermeneuticamente compreendido. Isso significa, pois, que as leis não têm sentido unívoco, mas plurívoco, incumbindo ao intérprete a árdua tarefa de “encontrar” o significado que efetivamente deva ser aplicado ao caso concreto¹²⁶.

¹²⁶ E é por tal razão que, seguindo as palavras de Ovídio Baptista da Silva (**Processo e Ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 285), o raciocínio jurídico será sempre analógico, jamais lógico, ou seja, a analogia, no Direito, deixa de ter a função de simples “preenchimento de lacunas”, para se fazer muito mais atuante, corroborando o desapego aos textos legais. A nova função da analogia, própria da compreensão hermenêutica, é, ao abandonar o esquematismo próprio das regras universais, permitir que em determinadas circunstâncias, se recuse a aplicação de certas leis que as novas condições sociais tornaram inadequadas ou

A partir de tal visão, ainda que em face de uma sociedade complexa como a atual, não há porque excluir o direito à segurança jurídica. Ao contrário do que parece defender François Ost, antes citado, para quem a implementação de políticas públicas traz segurança social, mas desloca a idéia de segurança jurídica (porque a entende como mera segurança de direitos individuais), no capítulo a seguir será possível vislumbrar um outro caminho, em que ambas concepções podem perfeitamente ser conjugadas.

obsoletas. Ou seja, ratificar a possibilidade de decisões judiciais *contra legem* (Idem, p. 287). Através da incorporação de conceitos hermenêuticos (mais precisamente fenomenológicos) há, assim, um modo totalmente novo de o Direito enfrentar os problemas sociais gerados na atualidade.

CAPÍTULO II - A SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DA TRANSFORMAÇÃO ESTATAL: POSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A análise da transformação estatal demonstra o estágio de incerteza com que se depara o Estado e as suas instituições, seja pelo crescimento das demandas sociais (que leva a inúmeras “reformas”, tendentes, quase sempre, a aumentar a carga tributária ou a restringir direitos), seja pela maior relevância atribuída ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito.

Destarte, nesse modelo a Constituição exerce papel fundamental, tratando-se de um sistema marcado por princípios e por abertura constitucional, especialmente no que tange às normas relativas a direitos sociais. Justamente essa abertura proporciona a maior atuação do Poder Judiciário, através do mecanismo da jurisdição constitucional, o que também contribui, aparentemente, para a insegurança (em detrimento da certeza e previsibilidade da aplicação de leis gerais e abstratas, opta-se por decisões justas, que levem em consideração o caso concreto).

Afora a questão estatal, constata-se também uma problemática sociológica. A sociedade atual está programada para descartar tudo muito facilmente. É a “modernidade líquida”, na expressão de Zygmunt Bauman¹²⁷. A cada dia surgem novas máquinas, novos planos econômicos e novas medidas políticas, destinadas a resolver problemas que, dia a-

¹²⁷ Para o autor (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 8), a modernidade pode ser comparada à fluidez dos líquidos, ou seja, os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo, já os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos a mudá-la. O que conta para os líquidos, efetivamente, é o tempo, porquanto o espaço é preenchido sempre apenas por um momento.

dia, também vão se tornando passado. O presente da atualidade é muito rápido. Vive-se um tempo diferenciado, no qual tudo é relativo.

E essa instantaneidade temporal, atinge, reflexamente, o Direito. Com efeito, o ordenamento jurídico parece sempre obsoleto, o que leva à publicação diária de novas leis e, inclusive, a diversas reformas constitucionais (até o presente momento já existem 48 emendas à Constituição de 1988). Em meio a esse contexto, a segurança jurídica parece discurso “mofado”.

Todavia, a proposta defendida nesse estudo caminha em sentido contrário, ou seja, acredita-se que não existe Estado Democrático de Direito sem segurança jurídica. E, para entender essa assertiva, o primeiro passo é desvencilhar-se do tempo físico¹²⁸, (re)visitando a noção de tempo a partir da perspectiva hermenêutica filosófica.

2.1 (RE)VISITANDO A NOÇÃO DE TEMPO: CAMINHO NECESSÁRIO PARA A SOBREVIVÊNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

A noção de tempo, ainda que abstrata, parece incutida em todo ser humano, desde seu nascimento. Quando se fala em tempo, logo vêm ao pensamento as suas três parcelas: presente, passado e futuro. Contudo, a questão “o que é o tempo?” certamente causa

¹²⁸ Acerca do tema, ver FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. “Segurança jurídica, Coisa Julgada e Justiça.” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Crítica à dogmática. Dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n° 3. 2005, p. 265. Segundo o autor, o estabelecimento de uma norma e o advento de uma situação normada são fatos que ocorrem num momento e que, no momento seguinte, se tornam fatos passados. Como fatos, desaparecem no momento seguinte. Trata-se do tempo cronológico, caracterizado pela irreversibilidade de um momento indefinido no passado que se projeta para um momento indefinido no futuro e que tem uma qualidade entrópica: tudo morre (como se vê pela segunda lei da termodinâmica). Se tudo morre, nada vale. A existência humana é um enfrentamento do tempo cronológico. Mas, neste inelutável tempo físico, introduz-se a cultura (ética, direito, religião) como a capacidade de retomada reflexiva do passado e antecipação reflexiva do futuro. Trata-se do tempo existencial.

desconforto, inclusive para as ciências exatas, como a física, que desde sempre busca a resposta que considere mais “precisa” para tal pergunta¹²⁹, ainda não tendo chegado a um consenso.

Com efeito, não se pode ignorar a contribuição de físicos renomados, como Galileu e Isaac Newton¹³⁰, impulsionadores das idéias atuais sobre o movimento dos corpos, já que, antes deles, acreditava-se em Aristóteles, para quem o repouso era o estado natural dos corpos, que se moveriam apenas quando guiados por alguma força ou impulso.

Stephen Hawking¹³¹ adverte, contudo, que tanto Aristóteles quanto Newton acreditavam no tempo absoluto, ou seja, que seria possível, sem ambigüidade, medir o intervalo de tempo entre dois eventos e que o resultado seria o mesmo em qualquer mensuração, desde que fosse utilizado um relógio preciso. O tempo seria independente e completamente separado do espaço.

Newton, além de sua indiscutível contribuição para o desenvolvimento da ciência, também serviu como fonte de inspiração para outras áreas, dentre elas a filosofia, através de

¹²⁹ Nesse sentido, é interessante a colocação de Stephen W. Hawking (**Uma breve história do tempo**. Do Big Bang aos buracos negros. Rio de Janeiro: Rocco, 1998, p. 17-8): “Um famoso cientista – alguns dizem que foi Bertrand Russell –, fazendo uma conferência sobre astronomia, descreveu como a Terra gira em torno do Sol e como o Sol, por sua vez, gira em torno do centro de uma vasta coleção de estrelas chamada galáxia. No final da conferência, uma senhora baixinha e idosa levantou-se ao fundo da sala e falou: - O que o senhor acaba de nos dizer é tolice. O mundo, na verdade, é um objeto achatado, apoiado nas costas de uma tartaruga gigante. O cientista sorriu com superioridade antes de replicar: - E sobre o que se apóia a tartaruga? – Você é muito esperto, rapaz, muito esperto – disse a velhinha –, mas existem tartarugas marinhas por toda a extensão embaixo dela. Muitas pessoas podem julgar esta imagem de nosso universo como uma torre infinita de tartarugas absolutamente ridícula, mas por que pensar que sabemos mais? O que sabemos sobre o universo e como sabemos? De onde surge e para onde ele vai? Existe um começo do universo e, se existe, o que acontecia antes dele? Qual a natureza do tempo? Chegará ele a um termo?”.

¹³⁰ Galileu foi o primeiro a verificar que corpos de pesos diferentes caíam em velocidades diferentes e Newton, com base nas mensurações daquele cientista, passou a sustentar a inexistência de um padrão único de repouso e, assim, a impossibilidade de se determinar se dois eventos que ocorriam no mesmo lugar e em instantes diferentes, aconteceriam na mesma posição no espaço.

¹³¹ HAWKING, Stephen W. *Op. cit.*, p. 39.

Kant, o qual afirmou que a racionalidade, o entendimento, só seria possível porque, *a priori*, todo sujeito de conhecimento teria em si as noções de tempo e espaço¹³².

Mais adiante, Kelsen, considerado um neo-kantiano, vai usar essa noção de tempo/espaço por meio da idéia de âmbito de validade, perspectiva muito próxima, epistemologicamente, da proposta do teórico francês Saussure¹³³.

Mas, as idéias propostas inicialmente por Aristóteles e, depois, por Galileu e Newton logo foram contestadas por outros cientistas¹³⁴, dentre os quais, Albert Einstein, até então um desconhecido funcionário público suíço. Com a Teoria da Relatividade houve uma revolução nos conceitos de tempo e espaço¹³⁵, destruindo-se a noção de tempo linear e, conseqüentemente, a idéia de tempo do antes e do depois – passado e futuro.

Como disserta Rocha¹³⁶, a partir daí deixa de ter sentido toda epistemologia montada numa racionalidade ligada à idéia de tempo e espaço newtoniano, surgindo a necessidade de se procurar um novo tempo, o tempo da relatividade, onde tudo é instantâneo, onde não existe mais separação rígida entre passado, presente e futuro.

¹³² ROCHA, Leonel Severo da. “A construção do tempo pelo direito.” In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 311.

¹³³ Idem, p. 312.

¹³⁴ Segundo Hawking (**Uma breve história do tempo**. Do Big Bang aos buracos negros, p. 39-40), foi preciso mudar o pensamento sobre tempo e espaço. Ainda que as noções até então apresentadas funcionassem com maçãs e planetas, que se deslocam, comparativamente, mais devagar, não teriam eficácia, absolutamente, com objetos que se movessem à velocidade da luz ou próxima a ela.

¹³⁵ Porque, em síntese, foi comprovado que a gravidade não seria uma força como as outras, mas sim uma conseqüência do fato de que o espaço-tempo não era plano, como anteriormente considerado, e sim curvo, ou arqueado, pela distribuição de massa e energia. (HAWKING, Stephen W. *Op. cit.*, p. 55).

¹³⁶ ROCHA, Leonel Severo da. *Op. cit.*, p. 313.

Corroborando a afirmação de que, para a ciência, o tempo não mais se mostra absoluto, é preciso referir o princípio da incerteza formulado por Werner Heisenberg, em 1926. Como bem explica Stephen Hawking¹³⁷, quanto mais precisamente se pode medir a posição da partícula, menos precisamente se pode medir sua velocidade, e vice-versa. O mérito de Heisenberg foi o de demonstrar que a incerteza em sua velocidade e o produto destas duas pela massa da partícula nunca pode ser menor do que uma dada quantidade, conhecida como constante de Planck. Aduz Hawking que o princípio da incerteza daquele cientista é uma propriedade fundamental e inescapável do mundo.

Indo mais além, Hawking¹³⁸ verifica que o princípio da incerteza teve profundas implicações na forma de percepção do mundo e que, mesmo passados cinquenta anos, tais mudanças ainda não foram completamente examinadas pelos filósofos, mantendo-se na pauta de muitas controvérsias. O princípio da incerteza assinala o fim do sonho de Laplace¹³⁹ de uma teoria da ciência, de um modelo de universo completamente determinístico; não se pode certamente prever eventos futuros com precisão, uma vez que também não é possível medir precisamente o estado presente do universo.

Verificado, pois, o fracasso da ciência em sua tentativa de “cientificizar” o mundo, tornando-o totalmente racional e objetificado, um ano após Heisenberg ter formulado o princípio da incerteza, também na Alemanha, Martin Heidegger publica “Ser e Tempo”, obra

¹³⁷ HAWKING, Stephen W. **Uma breve história do tempo**. Do Big Bang aos buracos negros, p. 86-7.

¹³⁸ Idem, p. 87-8.

¹³⁹ ANDREOTTI, Fábio. **Laplace, Pierre Simon** (1749-1827). Disponível em: <http://http://www.fem.unicamp.br/~em_313/paginas/person/laplace.htm>. Acesso em: 20 nov. 2005. Pierre Simon Laplace foi um astrônomo e matemático francês, nascido na localidade de Beumont-en-Auge, Província da Normandia em 28 de março de 1749. Laplace foi o mais influente dentre os cientistas franceses em toda a história. Sua reputação o tornou célebre e imortal e o fez o "Newton francês". Sua carreira foi importante por suas contribuições técnicas para as ciências exatas, para o ponto de vista filosófico que ele desenvolveu durante sua vida e pela parcela que tomou parte na formação das modernas disciplinas científicas.

que revolucionou não apenas a filosofia, mas todo o marco do pensamento histórico do Ocidente, restituindo ao “conceito vulgar de tempo”¹⁴⁰ sua razão própria.

Contudo, antes mesmo da publicação da obra acima aludida, Heidegger já demonstrava necessidade de se dedicar ao estudo do tempo, o que o levou a proferir uma conferência, em 25 de julho de 1924, intitulada “O conceito de tempo”¹⁴¹, posteriormente publicada¹⁴².

Foi pergunta pelo que é o tempo que orientou Heidegger¹⁴³ para a consideração sobre o ser-aí, entendido como o ente que, no seu ser, é conhecido como vida humana¹⁴⁴, o ente que se caracteriza como ser-no-mundo ou pre-sença¹⁴⁵. E é a temporalidade o sentido da presença. É o tempo o ponto de partida através do qual a pre-sença sempre compreende e interpreta implicitamente o ser, sendo o tempo, por isso, horizonte de toda compreensão e interpretação do ser¹⁴⁶. O sentido de um ente é a compreensão de seu ser.

Mas a perplexidade relativa à concepção do ser-aí não se funda no caráter limitado, na insegurança e imperfeição da capacidade de conhecer, e sim no ente que deve ser ele

¹⁴⁰ Segundo Christian Dubois (**Heidegger**: introdução a uma leitura. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 70) o conceito vulgar de tempo em Heidegger é, em primeiro lugar, o conceito de tempo que compreende o tempo desde o tempo do mundo, do tempo público e mensurável, e que, por outro lado, deixando escapar os traços próprios do tempo do mundo, o “nivela”, deixa fugir seus traços próprios, esgota-os, e não compreende mais o tempo senão como sucessão indefinida de agoras pontuais. Heidegger, na Parte II de Ser e Tempo (HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte II. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2004) dedica o capítulo VI para tratar especificamente desse tema.

¹⁴¹ Idem. **O conceito de tempo**. Lisboa: Fim de século, 2003.

¹⁴² Desde já é preciso ressaltar que a abordagem referida nesse estudo terá o mero objetivo de apresentar algumas linhas acerca do entendimento de tempo proposto em “Ser e Tempo”, não sendo intenção proceder à análise detalhada, especialmente porque tal, além de suscitar debate particularizado, fugiria ao tema central de estudo, que é a segurança jurídica.

¹⁴³ HEIDEGGER, Martin. **O conceito de tempo**, p. 33.

¹⁴⁴ Em Ser e Tempo, Heidegger afirma: “*O ser é sempre o ser de um ente*” (HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 35.)

¹⁴⁵ “*Como atitude do homem, as ciências possuem o modo de ser desse ente (homem). Nós o designamos com o termo pre-sença*”. (HEIDEGGER, Martin. Idem, p. 38).

¹⁴⁶ Idem, p. 45.

mesmo conhecido – numa possibilidade fundamental do seu ser. Há, contudo, um grande obstáculo apontado por Heidegger para que se chegue a tal compreensão: o ser está sempre a caminho do seu ser-aí. Ele é sempre algo que ainda não chegou ao fim e, justamente quando chegar ao fim, já não é¹⁴⁷.

A morte, na concepção heideggeriana, representa, assim, a possibilidade da impossibilidade. Por tal razão, o filósofo¹⁴⁸ afirma que o ser-aí, enquanto vida humana, é primordialmente ser-possível, o ser da possibilidade do trânsito certo e, no entanto, indeterminado¹⁴⁹.

E é nesse contexto que Heidegger passa a trabalhar com a noção de antecipação. A temporalidade é experimentada de modo originário no ser-todo da pre-sença através do fenômeno da decisão antecipadora. A decisão só se torna propriamente aquilo que ela pode ser como ser-para-o-fim que compreende, isto é, como antecipação da morte. A decisão não “possui” meramente um nexos com a antecipação no sentido de ser algo diferente dela. Ela abriga em si o ser-para-a-morte enquanto modalidade existencialmente possível de sua própria propriedade¹⁵⁰.

É a antecipação, contudo, que permite ao ser-aí (ou pre-sença) vir a ser ele mesmo, sustentando como possibilidade a impossibilidade da existência. E esta vinda a si provém do por-vir, que representa modalidade de uma possível realização do ser mesmo¹⁵¹.

¹⁴⁷ HEIDEGGER, Martin. **O conceito de tempo**, p. 43.

¹⁴⁸ Idem, p. 47.

¹⁴⁹ Refere o autor (Idem, p. 47): “...o ser da possibilidade é sempre possibilidade de saber acerca da morte...”.

¹⁵⁰ Idem. **Ser e Tempo**. Parte II, p. 97.

¹⁵¹ DUBOIS, Christian. **Heidegger**: introdução a uma leitura, p. 58.

Como aduz Heidegger¹⁵², na antecipação o ser-aí é o seu por-vir, mas de tal maneira que, neste ser-por-vir, ele regressa ao seu passado e ao seu presente. Concebido na sua possibilidade mais extrema, *o ser-aí não é no tempo, ele é o tempo*. E o ser-por-vir é o como próprio do ser temporal, é a maneira de ser do ser-aí, na qual e a partir da qual ele é no tempo.

O fenômeno fundamental do tempo heideggeriano, pois, é o por-vir. E nisso, segundo as palavras do filósofo alemão¹⁵³, revela-se que o trato originário com o tempo não consiste num medir¹⁵⁴. Em Heidegger, o tempo não se divide em presente, passado e futuro. O tempo é o próprio ser.

Mas há ainda outra questão importante acerca do tempo heideggeriano que nesse trabalho se revela indispensável: a problemática da historicidade¹⁵⁵.

Segundo Heidegger¹⁵⁶, a morte é apenas um dos fins que abrangem a totalidade da pre-sença. O outro fim é o “princípio”, ou seja, o nascimento. Só o ente entre o nascimento e morte torna presente o todo que se procura.

O ser-aí se estende, desse modo, entre seus dois fins – o nascimento e a morte. Em função disso, Dubois¹⁵⁷ questiona como pensar essa duração, respondendo pela necessidade

¹⁵² HEIDEGGER, Martin. **O conceito de tempo**, p. 51.

¹⁵³ Idem, p. 53.

¹⁵⁴ Sobre a idéia de tempo trazida pela física, aduz Heidegger (idem, p 27): “O físico encontra o tempo como [sendo] o quê? A captação determinante do tempo tem o caráter de medição. A medição indica o ‘durante’ e o ‘quando’, o ‘desde-quando-até-quando’. O relógio indica o tempo. O relógio é um sistema físico, em que se repete constantemente a seqüência de estágios temporais, partindo-se do princípio de que este sistema físico não é ele mesmo suscetível de sofrer alteração por influência do exterior. A repetição é cíclica”.

¹⁵⁵ Entendida em Heidegger (HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte II, p. 180) como o “modo de ser da história”.

¹⁵⁶ Idem, p. 177.

¹⁵⁷ DUBOIS, Christian. **Heidegger**: introdução a uma leitura, p. 61-2.

de mostrar que o instante, a temporalidade originária contém em si mesmo a capacidade de uma duração, isto é, de uma história, que o instante abriga a amplidão de uma vida fiel a si mesma. Se a temporalidade é o sentido de seu ser, a pre-sença é histórica.

Como afirma Heidegger¹⁵⁸, a análise da historicidade da pre-sença busca mostrar que esse ente não é “temporal” porque se encontra na história, mas, ao contrário, que ele só existe e só pode existir historicamente porque, no fundo de seu ser, é temporal.

Ao mesmo tempo, o filósofo alemão¹⁵⁹ não ignora o fato de que a pre-sença é temporal também no sentido de ser e estar *no tempo* porque ela precisa, de fato, de calendário e relógio. Ela faz a experiência do que “com ela” acontece, como acontecendo “no tempo”. Não há como ignorar o passado histórico, entendido como o acontecer específico da pre-sença que se dá no tempo¹⁶⁰.

Mas, o que significa pertencer ao passado? O que significa dizer que utensílios domésticos ou peças de museu pertencem ao tempo passado, se elas também se encontram dadas do presente? Como questiona Heidegger¹⁶¹, se esses instrumentos ainda não passaram, em que medida são históricos? O que passou nos instrumentos, o que foram “as coisas” que hoje não são mais? Sua resposta é incisiva: o que passa, na verdade, é o mundo. O mundo no seio do qual os instrumentos, pertencendo a um nexos instrumental, vinham ao encontro da mão e eram utilizados por uma pre-sença no mundo de suas ocupações.

¹⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte II, p. 181.

¹⁵⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁶⁰ Idem, p. 184.

¹⁶¹ Idem, p. 185.

O mundo somente *é*, no modo da pre-sença existente que, de fato, *é* enquanto ser-no-mundo¹⁶². E assim, no pensamento heideggeriano¹⁶³, existe o primariamente histórico, que *é* a pre-sença, e o secundariamente histórico, que *é* o que vem ao encontro dentro do mundo, não apenas o instrumento à mão, em sentido amplo, mas também a natureza do mundo circundante, como “solo histórico”. Ente pertencente à história do mundo *é* o ente não dotado do caráter de pre-sença, mas que *é* histórico em razão de sua pertença ao mundo.

No entanto, como diz Ernildo Stein¹⁶⁴, Heidegger percebeu que o homem, por já sempre ser história, cultura, um fato que não domina, teria uma compreensão limitada de seu ser, na medida em que ele não conseguiria dar conta do passado e não conseguiria dar conta do futuro. *É* este não conseguir dar conta plenamente que vai pôr em dúvida alguns elementos do projeto heideggeriano dez anos depois.

Como afirma Stein¹⁶⁵, compreender plenamente algo não *é* pleno, porque se lida com uma carga histórica limitadora. O homem *é* limitado por uma história que está atrás dele.

Heidegger, então, passa a dar ao elemento hermenêutico também este caráter da não-totalidade do compreender, de uma limitação do compreender, que *é* trazida pela história da qual não se consegue dar conta. Sempre se chega tarde. Só depois de ser fato concreto determinado pela história, pela cultura, só a partir daí há compreensão. *É* o que se chamou de “Segundo Heidegger”¹⁶⁶.

¹⁶² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte II, p. 186.

¹⁶³ Idem, p. 187.

¹⁶⁴ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 68.

¹⁶⁵ Idem, p. 68.

¹⁶⁶ Idem, p. 69.

Essa passagem de Heidegger, da situação hermenêutica para o acontecer da verdade, foi tomada por Hans-Georg Gadamer¹⁶⁷. Para este autor¹⁶⁸, o tempo já não é, primariamente, um abismo a ser transposto porque separa e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. A distância temporal possibilita resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os verdadeiros preconceitos – sob os quais se compreende – dos falsos preconceitos, que produzem os mal-entendidos. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente, terá de incluir também a consciência histórica¹⁶⁹. Trata-se da “consciência histórica efetual”, segundo Gadamer¹⁷⁰.

Embora ainda muito se tivesse a discorrer a respeito de tempo em Heidegger e Gadamer, é preciso, em razão das limitações próprias deste trabalho, retomar seu eixo central e questionar o que a filosofia até aqui apresentada tem a ver com a problemática da segurança jurídica. E, para tanto, é fundamental contextualizar a noção de tempo heideggeriana-gadameriana com o Direito.

¹⁶⁷ Segundo Ernildo Stein (STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**, p. 69) Gadamer tomou esta idéia de que o homem é, desde sempre, um jogo jogado, e que na hermenêutica nunca se recupera tudo. Por tal razão que o discurso hermenêutico não é apenas o discurso manifestador do discurso lógico-semântico, mas o discurso interpretativo, é o discurso que tem que interpretar e é por isso que a hermenêutica é, de certo modo, uma forma decaída de conhecimento na concepção do mundo puramente lógico-semântico. A Gadamer não interessa propriamente aquilo que se quer e se faz, mas aquilo que para além do que se quer e se faz, acontece. Todo o processo de compreensão do ser é limitado por uma história, pela história do ser que limita a compreensão. Uma história do ser que permite perceber que há um acontecer da verdade (Idem, p. 75).

¹⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 393.

¹⁶⁹ Idem, p. 395.

¹⁷⁰ Idem, p. 397. Para o autor, quando alguém procura compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina a situação hermenêutica como um todo, encontra-se sempre sob os efeitos dessa história efetual. Ela determina de antemão o que se mostra questionável e se constitui em objeto de investigação.

Efetivamente, o Direito deve ser considerado o ser-aí (ou pre-sença) porque, se pensado como ente, não terá sentido¹⁷¹. É o ser-aí que dá sentido ao ente e que possibilita a compreensão. O Direito é ser-no-mundo. E, assim, a temporalidade será o próprio sentido do Direito, ou seja, a temporalidade representará o horizonte de toda a compreensão e interpretação do próprio ser do Direito.

Atemporal será o Direito que se mantenha vinculado a concepções distantes da realidade, que desconsidere a complexidade estatal e procure garantir segurança através de leis pertinentes ao paradigma liberal, ao que já foi dado e que não é mais pre-sença.

De outro lado, isso não significa, na esteira do pensamento heideggeriano, dispensar o tempo dos relógios e do calendário, ou seja, dispensar o próprio passado que vincula a pre-sença ao mundo. O ser é, também, enquanto ser-no-mundo. Daí porque o Direito, que opera através de juízes, promotores e advogados, deve agir com fundamento em sua historicidade e pré-compreensão.

Ou, indo mais além (ao “Segundo Heidegger” e a Gadamer), o Direito, enquanto pre-sença, está marcado por uma “consciência histórica efetual” que o impede de ignorar que está limitado por uma pré-compreensão histórica. Em outros termos, o Direito também será um

¹⁷¹ A diferença entre ser e ente é chamada de “diferença ontológica” e é marca de todo pensamento heideggeriano, embora se manifeste mais latentemente naquilo que Ernildo Stein (**Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002, p. 23) chama de Heidegger I, ou seja, a primeira fase de Martin Heidegger. Como sustenta Stein (Idem. Ibidem.) em Heidegger I se encontra o teorema da diferença ontológica, que marca a finitude do Dasein. Heidegger é influenciado por Platão e Aristóteles. Indo mais adiante em Stein (Idem. p. 49) é possível entender a diferença ontológica. Segundo aquele autor, Heidegger introduz uma clivagem, na lógica, para distinguir, desde o começo, as duas ontologias: a ontologia da coisa e a ontologia fundamental. Esta última é apresentada através de dois teoremas a saber: o círculo da compreensão e a diferença ontológica. Uma lógica comandada pela circularidade e diferença. É por esse caminho que o filósofo realizará grande parte do estabelecimento dos conceitos, durante os anos 20. Pode-se mesmo descobrir, na preleção de 1929, intitulada “Os conceitos básicos da metafísica (o conceito de mundo)”, a sistematização progressiva da segunda lógica, aquela que é dominada pela diferença entre ser e ente e, contudo, trata de um ente que é o Dasein.

jogo já jogado. Sempre terá uma história que limita sua compreensão, mas, ao mesmo tempo, toda compreensão estará implicando uma reconstrução porque, justamente em razão de sua historicidade, não haverá proposição feita no vácuo. Toda afirmação pressupõe uma interpretação¹⁷².

A grande particularidade adquirida pela matriz heideggeriana-gadameriana, nesse ponto, entretanto, diz respeito aos limites da interpretação: toda interpretação, no Direito, e, mais especificamente, na Nova Crítica do Direito¹⁷³, depende de sua conformidade com um texto de validade superior, que é a Constituição.

Logo, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão acerca do sentido de Constituição. Não se interpreta um texto jurídico desvinculado da antecipação de sentido representada pelo sentido que o intérprete tem de Constituição. No plano da Nova Crítica do Direito, calcada na ontologia da compreensão (e, portanto, dissociada da metafísica), compreensão, interpretação e aplicação ocorrem em um único momento¹⁷⁴.

Vem de Gadamer a noção de que a compreensão implica uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo coloca à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da

¹⁷² STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**, p. 46.

¹⁷³ Expressão utilizada por Streck (**Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2002, p. 24), no sentido de clareira apta a iluminar a noite que se abateu sobre a operacionalidade do Direito (Idem. p. 24). De acordo com o autor, o Direito está em crise e isso causa um mal-estar na comunidade jurídica preocupada com o Direito enquanto fator de transformação social.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio.Luiz. *Op. cit.*, p. 179-80.

compreensão desse fenômeno que se pode dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil. É do sentido que se tem de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema¹⁷⁵.

A Constituição é, pois, condição de possibilidade para que o intérprete possa compreender um texto normativo, já que é fundamento de validade de todo o sistema jurídico, de acordo com o novo paradigma hermenêutico. Logo, é partir da sua interpretação/aplicação, que exurgirá a sua (in) efetividade.

É indispensável, nesses termos, a pré-compreensão do sentido de Constituição. Como afirma Lenio Streck¹⁷⁶, não se interpreta um texto jurídico, sob hipótese nenhuma, desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Ou seja, o intérprete não interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro compreende, depois interpreta, para, finalmente, aplicar. Pelo contrário, no plano da Nova Crítica do Direito, esses três momentos ocorrem em um só, que se dá no movimento da circularidade¹⁷⁷ da autocompreensão no interior do “espiral hermenêutico”. Quando um intérprete interpreta um texto, para Streck¹⁷⁸, está no entremeio do

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. “Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (antermassverbot): de como há blindagem contra normas penaus inconstitucionais.” In: **(Neo) Constitucionalismo**. Ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 243-4.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2004, p. 209-10.

¹⁷⁷ Heidegger (HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I, p. 209 e ss) trabalha com a noção de círculo hermenêutico. Segundo o autor, a compreensão, enquanto abertura do pre sempre diz respeito a todo ser-no-mundo. Em toda compreensão de mundo, a existência também está compreendida e vice-versa. Toda interpretação se move na estrutura prévia já caracterizada. Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar. Se, porém, a interpretação já sempre se movimenta no já compreendido e dele deve se alimentar, como poderá produzir resultados científicos sem se mover num círculo, sobretudo se a compreensão pressuposta se articula no conhecimento comum de homem e mundo? Esse círculo de compreensão exprime a estrutura prévia existencial, própria da pre-sença.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 210.

“círculo hermenêutico”. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o “círculo hermenêutico”.

A Constituição representa um ente disponível (o intérprete opera com ela sempre) porque o jurista desde sempre compreende (autêntica ou inautenticamente) na Constituição. E, por isso, o ato interpretativo ocorre no interior (a partir) de uma circularidade – que se dá no espiral hermenêutico, onde a circularidade da autocompreensão se desdobra também, ao mesmo tempo, como movimento – e também se interrompe na circularidade dos entes disponíveis existencialmente, onde se produzem paradas¹⁷⁹.

A lei é uma parada e a própria Constituição o é, em um nível superior, enquanto “matriz de sentido”. E isso é assim porque a compreensão do ser do ente se dá na autocompreensão. Quando ocorre uma parada, ela entifica, congela (temporariamente, porque tempo é ser e ser é tempo) o sentido¹⁸⁰.

Em um segundo momento, num resvalo metafísico, esta parada transforma-se numa polaridade categorial em que, no espiral da autocompreensão, há um congelamento do movimento, a partir de dois pontos (de parada): o autor da lei e o intérprete da lei. Nesse espiral, os dois se encontram no mesmo nível, mas nunca no mesmo ponto, porque um interrompe o movimento do outro no processo de autocompreensão, para se estabelecerem como autor e intérprete da lei. A parada, assim, é uma entificação. Mas, ao mesmo tempo, essa parada rompe, constantemente, a própria entificação. Não se trata, pois, de parada

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2004, p. 231-2.

¹⁸⁰ Idem, p. 231-2.

definitiva. A autocompreensão e o círculo da compreensão sustentam o duplo movimento através das paradas¹⁸¹.

A Constituição, a partir desse entendimento, ainda que resultante de historicidade da tradição (porque, como afirma Streck, não se pode negar que é essa historicidade que sustenta a historicidade dos textos), é uma construção caracterizada por uma pluralidade de interesses, cuja fusão nunca está definitivamente concluída. Há uma abertura permanente e o fundamento, pois, não é absoluto. O fundamento, como conclui Streck, é um modo de ser; enfim, uma construção hermenêutica¹⁸².

É nessas “paradas”, fruto da circularidade hermenêutica, que está a segurança jurídica, contextualizada a partir da matriz hermenêutica até aqui abordada. Paradas que, como visto, “congelam” ou “entificam” apenas temporariamente o sentido, porque possibilitam uma abertura permanente de interpretação/compreensão.

Não se pode, assim, ignorar a necessidade de o Direito “congelar”, “entificar” determinados sentidos, o que é feito através dos textos presentes no ordenamento jurídico, inclusive, no texto constitucional.

Pensar o Direito como ser-aí, ente que deve ser visto como ser-no-mundo ou presença e que tem na temporalidade o sentido dessa presença, não pode implicar a ocultação do fato de que esse ser-aí é também ente. E, como ente, entifica; e, ao entificar, traz a idéia de segurança. Mas essa “entificação” não tem razão de existência se não for no seu ser. E, por

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2004, p. 231-2.

¹⁸² Idem, p. 233.

isso, a parada hermenêutica (aqui já entendida como segurança jurídica) deve romper constantemente a entificação (porque ser é tempo), de modo a ser, sempre, um fundamento sem fundo. Os textos jurídicos (paradas jurídicas), portanto, devem conter uma abertura permanente, como já afirmado¹⁸³.

Partindo de tais idéias, destarte, a segurança jurídica também estará presente no contexto de abertura permanente, vinculado à concretização de um modelo estatal que permita ao Poder Judiciário, através de sua tarefa de concretização de valores constitucionais, sobrepor-se ao Legislativo, ainda vinculado ao racionalismo iluminista do liberalismo clássico. Trata-se do Estado Democrático de Direito.

Logo, no cenário hermenêutico-filosófico em que se insere esse trabalho, considera-se que, além de parada hermenêutica, quando um texto entifica o sentido, a segurança jurídica também está presente na abertura constitucional, já que se defende a segurança de valores, como será verificado adiante. A segurança, no contexto do Estado Democrático de Direito, não é apenas sinônimo de sistema jurídico positivado.

Mas, antes de discorrer acerca da possibilidade de uma (re)construção da idéia de segurança no Estado Democrático de Direito, a partir da matriz hermenêutica, é necessário

¹⁸³ Sobre o tema, ainda que entendendo o tempo como “tempo do direito” e não como “o próprio direito”, vale trazer as reflexões de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (“Segurança jurídica, Coisa Julgada e Justiça.” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Crítica à dogmática. Dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais, p. 265 e ss.). Segundo o autor, segurança tem a ver com consistência da duração, isto é, deve evitar que um evento passado, de repente, se torne algo insignificante, o que faria do tempo do direito uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida. Se o sentido de um evento passado pudesse ser alterado ou o sentido de um evento planejado pudesse ser modificado ao arbítrio de um ato presente, a validade dos atos humanos estaria sujeita a uma insegurança e incerteza insuportáveis. Mas, em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode restringir o princípio da irretroatividade das leis como mero enunciado, devendo compreender-se a lei como sua inteligência em determinado momento. A segurança jurídica é, também ela, um instrumento de justiça.

enfrentar os obstáculos que surgem na tarefa de compreensão desse tema. Com efeito, se a maioria dos teóricos continua vinculada ao modelo liberal clássico, e, portanto, entende a segurança de um modo totalmente incompatível com a realidade do Estado Democrático, aqueles que conseguem vislumbrar um novo modo de pensar, em geral, acreditam não existir mais lugar para a segurança jurídica¹⁸⁴.

2.2 A(S) NOÇÃO(ÕES) DE SEGURANÇA JURÍDICA

O primeiro obstáculo surgido na tarefa de apresentar um conceito de segurança jurídica reside em encontrar a que gênero pertence tal espécie, ou seja, segurança jurídica é fundamento, valor, princípio ou direito?

Embora poucos autores tenham efetivamente se dedicado ao tema, o que se pode verificar é a dificuldade em encontrar uma qualificação efetiva para o mesmo.

Luis Roberto Barroso¹⁸⁵, por exemplo, entende a segurança jurídica como fundamento. Aduz que aquela é, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social, um dos fundamentos do Estado e do Direito.

Em outro sentido, para José Afonso da Silva¹⁸⁶ segurança jurídica é valor. O autor afirma que a segurança é um dos valores que informam o Direito positivo e que, em verdade,

¹⁸⁴ É o que vêm dizendo autores renomados, como Vicente de Paulo Barreto (“O Direito no século XXI: Desafios Epistemológicos.” In: **Crítica à dogmática**. Dos Bancos Acadêmicos à Prática dos Tribunais, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, 2005. p. 280), para quem a visão de ordem e segurança estaria atrelada à leitura pura e simples do direito positivo, o qual se tem mostrado insuficiente no quadro de alta complexidade da sociedade do novo milênio.

¹⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49-50.

¹⁸⁶ SILVA, José Afonso da. “Constituição e Segurança Jurídica.” In: **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 16.

a positividade do Direito é uma exigência dos valores da ordem, da segurança e certeza jurídicas.

Mas, além de ser concebida como fundamento e valor, alguns autores entendem que segurança jurídica é princípio. Nesse sentido, Federico Arcos Ramírez¹⁸⁷ menciona que, como princípio, a segurança jurídica constitui uma qualidade objetiva do Direito, um imperativo baseado em razões que incluem sua própria racionalidade e coerência interna como sistema, a eficácia no controle social, etc., e que confluem no logro de uma ordem jurídica que se estrutura e funciona corretamente.

Nesse ponto é importante frisar que aquele autor entende a segurança jurídica a partir de um conceito formal, ou seja, para o autor¹⁸⁸ segurança jurídica é segurança do Direito, de saber que existe um ordenamento positivo prevendo determinadas regras¹⁸⁹.

Por fim, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹⁰ entende segurança jurídica como direito fundamental. Para o constitucionalista, mesmo que se saiba que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui e que, também para o Direito tal destino se revela inexorável, é certo que o clamor das pessoas por segurança e por certa estabilidade das relações jurídicas constitui valor fundamental de todo e qualquer Estado

¹⁸⁷ RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica**: una teoría formal. Madrid: Dykinson, 2000, p. 71.

¹⁸⁸ Idem, p. 3.

¹⁸⁹ De acordo com Federico Ramírez (**La seguridad jurídica**: una teoría formal, p. 3-4), uma compreensão formal dessa matéria apresenta duas vantagens. Em primeiro plano, porque se pensada como segurança do direito, tal é mantida dentro das concepções liberais e, mais precisamente, do Estado de Direito. Em segundo lugar, porque se obtém um conceito de proporções razoáveis e significados geralmente coerentes, algo difícil de ser mantido quando se fala da segurança como uma exigência de que o direito assegure conteúdos ético-jurídicos substantivos, como a justiça social, a proteção dos direitos fundamentais, a democracia ou mesmo a justiça das decisões políticas.

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 85-6.

que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito. De tal sorte, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, o direito à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas.

Mas, Sarlet¹⁹¹, além de considerar a segurança jurídica, inarredavelmente, como direito, também não nega seu *status* de subprincípio concretizador do princípio¹⁹² fundamental e estruturante do Estado de Direito. Nessa seara, portanto, o constitucionalista aproxima-se de Luis Roberto Barroso, porquanto a segurança jurídica, além de direito, não deixa de ser fundamento do próprio Estado de Direito.

O fato é que, como direito e subprincípio fundamental, a idéia de segurança jurídica permeia as Constituições da maior parte dos Estados, o que pode ser comprovado, por exemplo, através de recente decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha¹⁹³, reiterando a idéia de que aquele conceito constitui um dos elementos nucleares do princípio do Estado de Direito, no sentido de que o particular encontra-se protegido contra leis retroativas que afetem seus direitos adquiridos, o que evita assim, que venha a ser frustrada a sua confiança na ordem jurídica. Para a Corte Constitucional alemã, segurança jurídica significa, em primeira linha, proteção de confiança.

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**, p. 90.

¹⁹² É preciso, nesse ponto, referir a diferença entre norma e princípio, espécies pertencentes ao gênero norma. E para tanto, utiliza-se a distinção do constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000). Diz o autor que princípios são dotados de maior abstração que as regras; as regras se apóiam nos princípios, sendo estes fundamentais; e os princípios são *standards* ou pautas vinculantes que traduzem as idéias de justiça ou de direito, enquanto as regras estão ligadas ao seu conteúdo meramente funcional.

¹⁹³ BVerfGE = Coletânea Oficial das Decisões do Tribunal Constitucional Federal (V. 105. 2002). Citada por SARLET, Ingo Wolfgang *Op. cit.*, p. 90.

Saindo do Direito alienígena e adentrando na Constituição Brasileira, também o direito fundamental à segurança jurídica é facilmente vislumbrado. Com efeito, tal pode ser verificado desde o preâmbulo daquela Carta Maior, até o artigo 5º, *caput*, e diversos de seus incisos.

Não restam dúvidas, pois, de que a segurança jurídica está prevista em diversos ordenamentos constitucionais, inclusive no brasileiro, como se apresenta em destaque. Tal fato, porém, não dirime a controvérsia sobre o tema, especialmente porque, como visto alhures, sequer há unanimidade quanto ao que representa, efetivamente, essa segurança prevista nos Estados de Direito.

Nesta análise, comunga-se da opinião de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹⁴ e entende-se segurança jurídica como subprincípio (ou fundamento estatal) e direito fundamental, ou seja, acredita-se que, a despeito de alguns constitucionalistas trabalharem o tema sob um ponto de vista de valor ou princípio formal, a segurança é, de fato, um direito inerente a todos os cidadãos, assim como o direito à vida, à liberdade e à igualdade.

¹⁹⁴ Não se pode deixar de referir, contudo, que um dos precursores do tema, na doutrina brasileira, foi o jurista Almiro do Couto e Silva (“Os princípios da legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 18. nº 46, p. 11-29, 1988. O autor, em seu texto, trabalha a vinculação entre segurança jurídica e justiça, afirmando que a segurança jurídica é a própria justiça e, por tal razão, deve ser sopesada quando entrar em cena o princípio da legalidade, tão relevante no âmbito da Administração Pública. Refere (Idem. p. 29): “*A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e a jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica. Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça*”. Também sobre o tema, vale fazer referência à seguinte obra: **Fundamentos do Estado de Direito**. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. ÁVILA, Humberto (org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

O grande problema, contudo, está em contrapor tal direito a outros que também constituem o cerne dos Estados constitucionais atuais – os direitos transindividuais (coletivos e difusos)¹⁹⁵.

Para tanto, será preciso verificar como o direito fundamental à segurança se apresenta nos Estados Liberal e Social.

2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO LIBERAL

No primeiro capítulo deste estudo, verificaram-se algumas características inerentes ao liberalismo, dentre as quais merecem destaque os princípios da legalidade e a imposição de

¹⁹⁵ De acordo com José Luis Bolzan de Moraes (**Do direito social aos interesses transindividuais**. O Estado e o direito na ordem contemporânea, p. 79), partindo de um modelo liberal e de sua proteção jurídica no direito individual, chega-se ao *Welfare State*, sob a roupagem de Estado Democrático de Direito, no qual o conteúdo jurídico fundamental é dado pelos interesses transindividuais, que compreendem os direitos difusos e coletivos. Na legislação brasileira, tais direitos são definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que no art. 81, trata não apenas dos direitos difusos e coletivos, mas também dos interesses individuais homogêneos, o que leva Kazuo Watanabe (In: GRINOVER, Ana Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelo autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 623), um dos autores do anteprojeto da Lei 8.078/90, a afirmar que a tutela coletiva compreende os direitos “essencialmente” coletivos (difusos e coletivos propriamente ditos) e os “acidentalmente” coletivos – individuais homogêneos. Com efeito, o inciso I do art. 81 do Código do Consumidor define os direitos difusos como direitos de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Já o inciso II do mesmo dispositivo legal, diz que são coletivos os direitos de natureza indivisível, pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base. Por fim, o inciso III, atinente aos interesses individuais homogêneos conceitua os mesmos como aqueles que, embora uniformizados pela origem comum, permanecem individuais em sua essência. Nesse trabalho, concorda-se com Teori Albino Zavascki (“Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos.” In: **Revista Júris Síntese**, nº 212, jun. 1995, p. 17), para quem direitos individuais homogêneos são, na verdade, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. Diferenciando os interesses coletivos dos difusos, afirmam Arruda Alvim e outros (*Op. cit.*, p. 179) que, enquanto nos primeiros, há uma delimitação dos beneficiários do interesse ou direito, nos interesses difusos pessoas indeterminadas se encontram ligadas por uma situação de fato, e não jurídica (relação jurídica-base, de que trata o Código do Consumidor). É por isso que José Luis Bolzan de Moraes (*Op. cit.*, p. 141), discorrendo acerca de interesses difusos, sustenta a impossibilidade de limitar sua abrangência, defendendo o alargamento *ad infinitum*, principalmente no tocante aos sujeitos envolvidos, mas também no que diz respeito à extensão dos objetos atingidos. Exemplificando, são direitos coletivos os direitos de condôminos de um edifício, dos sócios de uma empresa, dos membros de um plano de saúde, ou mesmo o direito à Previdência Social, já que se exige filiação e qualidade de segurado. De outro lado, direitos difusos, são o direito ao meio ambiente, à saúde, à assistência social, à dignidade humana e, nesse estudo, entende-se também, o direito à segurança.

limites ao Estado, entendido como absenteísta, ou não-interventor, a fim de garantir ampla liberdade ao indivíduo.

Como diz Antonio-Enrique Perez Luño¹⁹⁶, o anseio de segurança constitui uma constante histórica que adquire especial relevo no mundo moderno. A Antigüidade e o Medievo foram idades de básica insegurança, porque os homens dessas épocas eram expostos a inumeráveis e constantes riscos. O Renascimento apareceu, assim, como a primeira reação histórica relevante frente a problemas como a constante ameaça de pragas, pestes e, inclusive, os “mares tenebrosos”.

O homem renascentista cobrava consciência, havendo, portanto, uma relação direta entre conhecimento e segurança e ignorância e insegurança. Ao mesmo tempo, em nome do racionalismo das idéias cartesianamente claras e distintas, reivindicava-se a liberdade de pensamento, o que implicava a emancipação do obscurantismo e do mito, e também a libertação da insegurança da existência¹⁹⁷.

A ciência, para o racionalismo era, na visão de Federico Ramírez¹⁹⁸, a adequação da razão subjetiva do homem à razão objetiva do universo, sendo este um sistema ordenado de leis universais e imutáveis. Logo, o Direito positivo devia ser reedificado sobre os ditados da razão, traduzindo-se na criação de um sistema ordenado de leis racionais. A equação lei = regularidade = previsibilidade = segurança era tão perfeitamente aplicável ao mundo da natureza como as relações sociais reguladas pelo Direito.

¹⁹⁶ PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. **La seguridad jurídica**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1991, p. 19-20.

¹⁹⁷ Idem, p. 19-20.

¹⁹⁸ RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica**: una teoría formal, p. 206.

Através do racionalismo, pois, o Direito foi equiparado às ciências exatas, como a matemática.

Nesse sentido, disserta Ovídio Baptista da Silva¹⁹⁹ a respeito de um grande jurista – Savigny. Como afirma aquele autor, a “geometrização” do Direito, que teve em Leibniz e nos demais filósofos racionalistas do século XVII seus representantes mais ilustres, foi depois reproduzida por Savigny na recomendação de que os juristas práticos abandonassem o exame dos casos concretos, dada a extrema complexidade de que eles se revestiam, a tornar impossível sistematizá-los, subordinando-os a “regras gerais”.

E foi nesse contexto que se firmou o pensamento jurídico liberal-individualista, marcado por um processo histórico que pretendeu equiparar a ciência jurídica às ciências da natureza ou matemáticas, no intuito de garantir a prevalência da norma sobre o fato e, assim, em tese, preservar a segurança do indivíduo contra todas as formas de arbitrariedade do poder²⁰⁰.

Somente era possível assegurar a não-intervenção arbitrária do Estado se existissem normas que não dessem margem a interpretações variadas. Ou seja, as normas precisavam também não ser arbitrárias.

¹⁹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**. O paradigma racionalista, p. 38.

²⁰⁰ Como diz Antonio-Enrique Pérez Luño (**La seguridad jurídica**, p. 26-7) a apelação ao valor da segurança como pressuposto e função do Direito e do Estado será um lugar comum na tradição contratualista. Desde suas premissas se explica a origem das instituições políticas e jurídicas a partir da exigência de abandonar uma situação em que o homem possui uma ilimitada (ainda que insegura) liberdade, em nome de uma liberdade limitada, mas protegida e garantida. Hobbes, Pifendorf, Locke, Kant, assim como a maioria dos contratualistas, conceberam a transição do estado de natureza para a sociedade como a superação do jus incertum e sua conversão em estado de segurança. Até mesmo Rousseau, em que pese sua nostalgia pela simplicidade e inocência do estado natural, reconhece que a mudança da liberdade natural em liberdade civil, regulada pela vontade geral, supõe a transformação do indivíduo, de “animal estúpido e limitado”, a “ser inteligente e humano”. A segurança, por imediata influência da filosofia contratualista e iluminista, se converterá em pressuposto e função indispensável dos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito.

Como afirma Federico Ramírez²⁰¹, no liberalismo a problemática da segurança do Direito estava centrada em sua cognoscibilidade, coerência, completude, etc., e estava, também, estreitamente ligada ao número, à duração e à aplicação rigorosa e excludente de qualquer intervenção do arbítrio do intérprete. Havia necessidade de um modelo que partisse de premissas muito definidas. As exigências de estabilidade, plenitude, abstração e irretroatividade configuravam um sistema jurídico que aspirava a ser o mais autônomo possível das vicissitudes históricas concretas, assim como da vontade também histórica e, portanto, mutável do poder político e dos intérpretes.

Tal foi buscado através da “codificação”. Segundo Pierre Bourdieu²⁰², codificar significa acabar com o fluido, o vago, as fronteiras mal traçadas e as divisões aproximativas, produzindo classes claras, operando cortes nítidos. A codificação torna as coisas simples e claras, comunicáveis, possibilita o consenso controlado sobre o sentido – tem-se certeza de dar o mesmo sentido às palavras. E a formalização²⁰³, traço característico da codificação, é o que possibilita passar de uma lógica imersa no caso particular para uma lógica independente do caso particular. É ela que permite conferir às práticas a constância que assegura a calculabilidade e a previsibilidade para além das variações individuais e das flutuações temporais. Um Direito formal assegura a substituição perfeita dos agentes encarregados de ministrar a justiça, ou seja, de aplicar regras codificadas de acordo com regras codificadas.

Em uma perspectiva como a referida acima, portanto, tem-se como consequência, na busca da segurança jurídica liberal clássica, juízes sem discricionariedade de decisão, sendo

²⁰¹ RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica**: una teoría formal, p. 202.

²⁰² BOURDIEU, Pierre. “A codificação”. In: **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 103-5.

²⁰³ No dizer de Norberto Bobbio (**El problema del positivismo jurídico**. 4. ed. México: Fomtamara, 1995, p. 13) em uma primeira acepção, entende-se por formalismo jurídico uma teoria da justiça segundo a qual ato justo é aquele que está em conformidade com a lei e injusto, é aquele que está em desacordo com ela.

obrigados a encontrar a “vontade da lei”, o que os leva, na verdade, a apenas julgar e não decidir²⁰⁴.

É o “modelo weberiano de sistema jurídico”, caracterizado por partir de uma imagem de ordem social como um mundo dominado pela desconfiança e dissenso, que sustenta a segurança jurídica do liberalismo clássico. Nestas circunstâncias, os objetivos centrais do Direito devem ser a eficiência, a liberdade e a equidade. A qualidade que define o sistema jurídico é a formalidade, em suas dimensões tanto substantiva como procedimental²⁰⁵.

Há, mais do que nunca, portanto, uma ligação da idéia de segurança jurídica no modelo liberal com a tese procedimentalista²⁰⁶. Com efeito, no projeto liberal-procedimental a segurança jurídica representa um dos objetivos mais importantes, já que se acredita ser somente possível assegurá-la através de procedimentos neutros e abstratos.

Assim, não basta a supremacia da lei, mas também que elas sejam gerais e abstratas. Mas a concepção liberal, como visto no primeiro capítulo, trouxe graves problemas, especialmente em razão de ignorar anseios sociais. A supremacia da lei não foi suficiente, conforme esperado.

²⁰⁴ Sobre o assunto vale destacar o posicionamento de José Eduardo Faria (**Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17-8). Ao comentar a crise vivenciada pelo Poder Judiciário afirma que tal poder se encontra perante um dilema: ao aplicar normas abstratas e gerais aos casos concretos, os juízes não podem contrariar o espírito e o sentido de um sistema legal crescentemente ineficaz; porém, por carecerem de liberdade criativa e de flexibilidade interpretativa, também não dispõem de condições institucionais para modernizar códigos esclerosados, motivo pelo qual muitas vezes vêm descumpridas suas sentenças.

²⁰⁵ RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica**: una teoría formal, p. 202-3.

²⁰⁶ Como já elucidado no capítulo anterior, trata-se de tese pertinente ao plano da teoria do direito que está intimamente vinculada com o pensamento racional/legal do Estado de Direito, no qual se rechaça o predomínio do Poder Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo e exalta-se a necessidade de decisões judiciais pautadas na ordem normativa vigente.

Aos poucos foi se percebendo que o ordenamento jurídico liberal é um sistema de lacunas. As normas gerais e abstratas eram incapazes de oferecer uma solução para todos os casos e situações que surgiam na vida social. Logo, para manter o pensamento racional da época, a alternativa foi a produção legislativa em massa, a fim de atender a todas as aspirações sociais. O problema é que sempre a demanda (anseios da sociedade) será maior que a oferta (leis publicadas), o que gera incerteza.

Por isso, Antônio-Enrique Pérez Luño²⁰⁷ afirma que, enquanto o problema filosófico básico da época pré-moderna foi a busca da realidade, e do liberalismo foi a busca da verdade, a problemática atual é a busca da certeza. Segundo o autor, a falta de resposta estatal às exigências sociais contribui para criar um clima de insegurança quanto à eficácia da garantia política às aspirações e necessidades da sociedade²⁰⁸.

Logo, se, no plano estatal, a tomada de consciência dos déficits existentes no modelo liberal clássico gerou seu aprimoramento, a partir do Estado de Bem-Estar Social, também especificamente no que tange à segurança jurídica, foram surgindo novas idéias, atreladas a uma concepção substancial do problema.

²⁰⁷ PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. **La seguridad jurídica**, p. 21.

²⁰⁸ Idem, p. 22.

2.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Feitas algumas considerações acerca da relação entre segurança jurídica e liberalismo clássico, é possível verificar que as características presentes nesse modelo o tornam o seio da própria segurança jurídica, já que não há espaço para decisões marcadas pela interpretação.

Mas também foi examinado que o Estado Liberal, ao menos em países centrais, está superado por outro paradigma – o Estado Democrático de Direito. Logo, surge um conflito: se o Estado Liberal é entendido como o seio do direito fundamental à segurança, que tratamento pode ser dispensado a tal direito nessa nova concepção estatal?

Como se afirmou anteriormente, a complexidade estatal, social e jurídica da atualidade permitem que se pense em segurança jurídica como discurso “mofado”.

Não por outro motivo, Federico Ramírez²⁰⁹, para quem existe uma distância entre Estado Social e Estado de Direito, questiona: “*o que significa o Estado desde a perspectiva da segurança jurídica?*” e “*é possível o Estado do Bem-Estar Social enquanto Estado de Direito?*”. A essas perguntas, apresenta três respostas diversas.

A primeira resposta: a crise do Direito é o resultado lógico e quase inevitável da tensão entre racionalismo formal e racionalismo material. Esta assertiva dá lugar a distintas conclusões, desde o fato de se acreditar na necessidade de abandono do modelo de Bem-Estar e retorno ao liberalismo, passando por abandonar a própria segurança do Direito como

²⁰⁹ RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica**: una teoría formal, p. 347-8.

segurança legal e, finalmente, chegando à relativização do Direito à segurança jurídica, através da diminuição da intensidade de suas exigências, ou relegando-o a um segundo plano em favor de outros valores como a eficácia na atuação administrativa, a justiça social, etc.

A segunda resposta aponta que o direito à segurança continua desempenhando uma função própria, a despeito da crise que provoca a atuação do Estado Social na segurança do Direito. Aduz Ramírez que há autores, inclusive, que entendem que alguns dos problemas originados pelas novas formas de intervenção pública poderiam ser superados através da observância das exigências da segurança do Direito.

Por derradeiro, a terceira resposta revela que a crise da segurança jurídica, provocada pelo advento do Estado do Bem-Estar Social, poderia ser superada através de uma atualização do conceito de segurança, agregando-se às exigências clássicas de justiça formal aquelas outras de caráter material definitórias do novo paradigma. A segurança “do Direito” consentiria em se transformar também em segurança “pelo Direito”, ou seja, ocorreria uma projeção, na ordem jurídica, da idéia geral de segurança.

É nesse sentido o posicionamento de Antônio-Enrique Pérez Luño²¹⁰, para quem se tem produzido uma reformulação da tensão segurança/justiça, tendente a superar os entendimentos baseados na pretendida antítese entre os dois enunciados. Segundo o autor, a aproximação entre segurança e justiça produz-se agora a partir de uma concreção de ambos os valores. O primeiro deixa de se identificar com a mera noção de legalidade ou de positividade do Direito, para se conectar imediatamente com aqueles bens jurídicos básicos, cuja garantia se estima social e politicamente necessária. A justiça, por sua vez, perde sua dimensão ideal e

²¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. *La seguridad jurídica*, p. 72.

abstrata, para incorporar as exigências igualitárias e democratizadoras que informam seu conteúdo no Estado Social de Direito.

Essa terceira resposta à crise tem a grande qualidade de promover um crescimento conceitual da segurança jurídica, agregando às categorias da dogmática jurídica tradicional as transformações experimentadas no plano dos direitos fundamentais. Surge, a partir daí, uma teoria material de segurança jurídica, que não necessariamente se opõe à segurança jurídica formal, mas modifica seu conteúdo.

2.4.1 Segurança jurídica material (segurança através do Direito)

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se como modelo que agrega as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social e, mais, como modelo que integra ao conteúdo da legalidade o princípio da igualdade pela realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade²¹¹.

Logo, embora tenham surgido novas necessidades que impuseram uma modificação de concepção estatal, isso não significa o abandono às idéias conquistadas pelo liberalismo, especialmente o surgimento do Estado de Direito e, conseqüentemente, do princípio da legalidade²¹².

²¹¹ Não se pode esquecer, outrossim, que se trata de conceito vinculado à hermenêutica, onde a compreensão, em detrimento da reprodução de idéias, é fundamental.

²¹² No capítulo primeiro, inclusive foi mostrado que o Estado Social é uma das fases do liberalismo, que se apresenta como liberalismo clássico ou em sentido estrito (tema do item anterior) e liberalismo social (aqui analisado). Há, com efeito, um “aprimoramento” das concepções liberais clássicas pelas concepções sociais.

Destarte, acredita-se que a segurança jurídica não deve ser relativizada, no sentido de perder sua força ou deixar de ser aplicada em certos casos, mas, ao contrário, reconstruída, através da inclusão em seu conceito de outros valores – os valores materiais.

Tal é o que propõem alguns teóricos defensores da segurança jurídica, como assevera Federico Ramírez. Segundo este autor²¹³, através da segurança material propugna-se a extensão daquele instrumento, com vistas a, junto à defesa do indivíduo frente à força dos demais homens ou à arbitrariedade dos poderes públicos, proteger também os cidadãos em relação a outras fontes de desamparo e incerteza, tais como poderes econômicos, doenças, falta de cultura e desemprego.

Nasce, desse modo, um novo conceito de segurança jurídica, que pretende combinar e equilibrar a função protetora da segurança do Direito com a segurança social, o que caracteriza a existência e o funcionamento do *Welfare State*²¹⁴.

A segurança jurídica, nesse contexto, passa a agregar uma função social, política e moral, ou seja, abandona os contornos procedimentais e adquire características substanciais, compreendendo não apenas valores individuais, mas também transindividuais (difusos e coletivos), o que a explica como material²¹⁵.

²¹³ RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica**: una teoría formal, p. 367.

²¹⁴ Idem, *ibidem*.

²¹⁵ A segurança jurídica passa a ter um conteúdo básico delimitado (valores individuais e transindividuais), que deve ser observado não apenas formalmente, mas efetivamente (concretamente).

Comungando do mesmo entendimento de Ramírez, Flávia Piovesan e Daniela Ikawa²¹⁶ consideram que o direito à segurança de direitos abarca não apenas as garantias civis e políticas, mas também as garantias necessárias à proteção de direitos econômicos, sociais e culturais. Segundo as juristas, restrições a direitos civis, políticos, sociais e econômicos ou culturais apenas são admissíveis em situações excepcionais, quando respeitada uma série de limitações²¹⁷.

Essa é a razão para haver tensão com o pensamento de François Ost²¹⁸, quando este afirma que a segurança social, a partir de um modelo de Estado de Bem-Estar, transfere a indeterminação para o coração do Direito. Na verdade, um conceito de segurança jurídica material implica entender o Direito como propulsor de segurança individual e coletiva.

A segurança jurídica, através da segurança social, amplia seu campo, passando a buscar na sociedade a expressão da relação do homem com as necessidades sociais e sua satisfação. Ainda mais, ocorre a aproximação entre a segurança jurídica e a justiça, o que se dá graças à substantivização da primeira a partir de um ponto de vista moral²¹⁹.

²¹⁶ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ikawa. “Segurança Jurídica e Direitos Fundamentais: o direito à segurança de direitos.” In: **Constituição e Segurança Jurídica**. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 83.

²¹⁷ Dentre tais limitações, destacam: a) o respeito à finalidade pública, em consonância com a preservação da sociedade democrática, do reconhecimento do outro como ser digno de consideração e respeito, e do princípio da não discriminação; b) a previsão das restrições em lei, utilizando-se a participação popular, como freio a restrições indevidas; c) a compatibilização com o conteúdo e os propósitos de convenções de direitos humanos; d) a observância do princípio da proporcionalidade entre meios e fins, isto é, a escolha dos meios mais eficazes e menos intrusivos na configuração e na implementação de políticas restritivas; f) a contenção da discricionariedade daqueles com poder de decisão sobre as restrições; g) a preservação da essência do direito restringido e h) a adoção de interpretações restritivas em favor da máxima proteção do direito. (PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ikawa *Op. cit.*, p. 83).

²¹⁸ OST, François. **O tempo do direito**, p. 319.

²¹⁹ RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica**: una teoría formal, p. 369-70.

De segurança e justiça do Direito passa-se, assim, à segurança da justiça através do Direito (ou pelo Direito). Como consequência disso, o conceito de segurança jurídica começa a ser alterado internamente porquanto, agora, a justiça somente será possível se o Direito atuar como assegurador e protetor de bens morais como liberdade e igualdade, entendidos tanto formal quanto materialmente.

Por isso se afirmou, no tópico relativo ao tempo, que numa perspectiva hermenêutica, a segurança não apenas é vista como parada (no sentido de entificar o sentido através de texto), mas também está na abertura, proporcionada pela Constituição Dirigente. Ela representa, com efeito, a segurança do Estado garantir direitos fundamentais, que pode ser vislumbrada através da proteção da confiança e da proibição de retrocesso social, como se abordará adiante.

Adota-se, nesse estudo, portanto, um conceito de segurança jurídica material que significa a possibilidade de o Estado de Direito tornar-se responsável pela garantia de segurança não apenas em âmbito individual, mas também social (que efetivamente abrange o direito à seguridade social, à saúde, à educação, à cultura, ao meio ambiente e assim por diante). Ou seja, abandonar a herança liberal, em que a segurança jurídica representava *segurança do Direito* e passar a entender tal conceito como *segurança através do Direito*.

Tal tarefa, contudo, não se revela fácil. Ao contrário, atribuir ao Estado a garantia de segurança individual e coletiva, simultaneamente, é relegá-lo a uma função extremamente complexa, que somente pode ser pensada a partir de um modelo de Constituição Dirigente.

2.5 A SEGURANÇA JURÍDICA MATERIAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

O Estado Democrático de Direito tem a Constituição Dirigente em seu núcleo, ou seja, não basta esse modelo estatal priorizar preceitos constitucionais, é preciso também que objetive a concretização dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

A lei, nesse contexto, e no dizer de Canotilho²²⁰, não é um ato livre da Constituição, mas uma atividade positiva e negativamente determinada pela Lei Maior. Move-se dentro do âmbito dos direitos fundamentais e é considerada como exigência de realização concreta desses direitos.

No entanto, sendo um projeto destinado ao futuro, a Constituição Dirigente é aberta e deixa certo espaço de discricionariedade ao legislador, que tem competência para colocar em prática a planificação constitucional.

Como menciona Canotilho²²¹, respondendo aos problemas concretos de positividade, normalização e legitimidade das tarefas estatais, a lei fundamental aproxima-se de um plano em que a realidade se assume como tarefa tendente à transformação do mundo ambiente que limita os cidadãos.

A adoção do modelo de Constituição Dirigente impõe, assim, o abandono ao excessivo positivismo ou formalismo presente no liberalismo, porquanto é devida a

²²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 483.

²²¹ Idem, p. 169.

concretização de direitos constitucionais pelo legislador infraconstitucional, desde que respeitados valores substanciais.

De outro lado, o papel da ciência jurídica na concretização de direitos fundamentais também é ampliado, na intenção de suprir as possíveis omissões legislativas²²².

Como aduz Lenio Streck²²³, no Estado Liberal o Direito tinha a função ordenadora e fixadora das bases da legislação, para se contrapor ao antigo regime e a tudo o que ele representava. O Judiciário foi colocado à margem desse processo, e a própria Constituição não assumia lugar cimeiro no velho continente europeu liberalista, porque tratava do público em tempos de triunfo do privado. A relevância era do Código Civil. Mas a crise desse modelo engendrou a necessidade de alterações no papel do Estado e do Direito. Para realizar políticas públicas corretivas, era necessário um Estado forte e um Direito apto a albergar os atos promovedores de tais políticas. Mudou a feição do Estado e, conseqüentemente, também a feição do Direito.

Ainda seguindo o autor²²⁴, mais adiante, na Europa, o segundo pós-guerra produziu uma terceira forma de Estado de Direito, na qual a preocupação com os direitos fundamentais e a democracia criaram textos constitucionais nitidamente avançados, tanto em relação aos

²²² No Brasil, que formalmente adota o modelo democrático de direito, há a previsão constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 5º, inciso LXXI e art. 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988). Mas, tais medidas constitucionais, destinadas a suprir possíveis falhas do Poder Legislativo, não são postas em prática, até mesmo porque do modo como foram elaboradas, ainda que verificada a omissão por parte do Legislativo, o Judiciário não se reveste de meios coercitivos para obrigá-lo a suprir a falha. Tal situação revela, mais uma vez o que se tem afirmado ao longo do texto, ou seja, que infelizmente, no Brasil o Estado Democrático de Direito, em termos materiais, é realidade distante.

²²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2002, p. 105.

²²⁴ Idem, p. 105-6.

fundamentos do velho liberalismo quanto à noção puramente intervencionista do Estado Social. Tal situação teve como conseqüência, novamente, uma alteração no Direito, através do Poder Judiciário. Este se legitimou não somente na especificidade própria dos tribunais *ad hoc*, mas na existencialidade dos pilares que embasam a mesma noção. O Judiciário, assim, a partir da visão de Streck, teria a função de, no modelo do Estado Democrático de Direito, resguardar seus fundamentos (direitos sociais fundamentais e democracia).

Em face da nítida expansão do papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos e garantias constitucionais, em detrimento das funções absenteísta (Liberal) e interventora (Social) dos paradigmas anteriores, é possível notar, portanto, que as noções de certeza e previsibilidade ficam cada vez mais abaladas, porquanto o modelo de Estado Democrático de Direito, preconizado pelas Constituições da atualidade, impõe juízes dotados de maior poder criativo²²⁵, o que explica o afastamento do direito à segurança jurídica, tanto sob o prisma individual como social.

Ingo Wolfgang Sarlet²²⁶ buscou, especialmente na doutrina alemã²²⁷, a possibilidade de conjugar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, os ideais de segurança individual e social, apresentando duas manifestações indispensáveis a isso: os princípios da proteção da confiança e da proibição de retrocesso.

²²⁵ Vale, sobre o tema, ler a obra do processualista italiano Mauro Cappelletti (**Juízes Irresponsáveis?**) que defende certa imposição de limites à “discricionarietà” dos magistrados no atual contexto.

²²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada.**

²²⁷ O autor assevera ter contado com o apoio decisivo do Instituto Max-Planck de Direito Social Internacional e Estrangeiro, sediado em Munique, na Alemanha, onde desenvolveu boa parte da pesquisa doutrinária e jurisprudencial (SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada**, p. 85).

Tais princípios, como já afirmado em linhas atrás, permitem que a segurança jurídica, vista sob o prisma hermenêutico aqui defendido, não se encontre apenas na parada hermenêutica (entificação de sentido), mas também na abertura permanente, proporcionada pela Constituição Dirigente.

2.5.1 Princípio da proteção da confiança

Assevera Sarlet²²⁸ que a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e projetos de vida pessoais pela ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e também seus titulares e autores) em simples instrumentos da vontade estatal, o que é incompatível até mesmo com a noção kantiana de dignidade.

O que pretende afirmar o constitucionalista, pois, é que a dignidade da pessoa humana não será plenamente assegurada em uma sociedade marcada pela instabilidade. É preciso que o Estado, a despeito de concretizar o projeto constitucional, equilibre sua tarefa com a preservação de direitos fundamentais individuais.

E é por isso que Sarlet²²⁹ menciona a necessidade de o Direito garantir um patamar mínimo de segurança, através da proteção da confiança do indivíduo e do corpo social na ordem jurídica e na Constituição.

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada**, p. 95.

²²⁹ Idem, ibidem.

Nessa mesma esteira, Canotilho²³⁰ diz que a segurança jurídica e a proteção da confiança são elementos constitutivos do Estado de Direito, porquanto o homem necessita de confiança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida.

O grande problema, contudo, se constitui em delimitar o alcance de tal proteção, ou seja, trata-se de decidir se a proteção da confiança do indivíduo (cidadão) no Estado refere-se apenas aos direitos já perfectibilizados em seu patrimônio individual ou pode ir mais além.

Sarlet²³¹, comentando a respeito, diz que a proteção da confiança atua como importante elemento para a aferição da legitimidade constitucional de leis e atos de cunho retroativo, até mesmo pelo fato de que a irretroatividade de determinados atos do Poder Público encontra o seu fundamento na necessidade de proteger a confiança do cidadão na estabilidade de suas posições jurídicas. Tal situação tem levado ao reconhecimento, para além da salvaguarda dos direitos adquiridos, de certo grau de proteção das assim denominadas expectativas de direitos, bem como da necessidade de estabelecer regras de transição razoáveis, nos casos de alteração de determinados regimes jurídicos²³².

Sob outro prisma, registra o constitucionalista²³³ que o princípio da proteção da confiança guarda estreita relação com o princípio da boa-fé o qual, apesar de estar sendo intensamente versado na esfera do Direito privado, ainda se ressentido de um maior

²³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 256.

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada**, p. 96.

²³² A fim de comprovar sua afirmação o autor aduz que, embora a jurisprudência da Corte Constitucional alemã não costume reconhecer uma proteção da confiança nos casos em que o legislador apenas regula suportes fáticos para o futuro, já se constata hipóteses excepcionais nesse sentido, onde se verifica uma configuração fática especialmente merecedora de confiança. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 96).

²³³ Idem, *ibidem*.

desenvolvimento no âmbito do Direito público. Segundo o autor, a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário o dever de a parte não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos.

Finalizando seus comentários acerca do princípio da proteção da confiança, vale transcrever literalmente as palavras de Ingo Sarlet²³⁴, as quais ratificam posicionamento adotado nessa análise:

O que importa consignar, nesta quadra, é a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja, por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos.

Destarte, seguindo as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, mesmo num contexto de Estado Democrático de Direito é plenamente possível se pensar no resguardo de direitos fundamentais individuais, em nome de um “metaprincípio”, que é a dignidade da pessoa humana²³⁵.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**, p. 98.

²³⁵ Quem trabalha a necessidade de preservação da segurança jurídica em razão do princípio da dignidade humana é Flávia Piovesan e Daniela Ikawa (“Segurança Jurídica e Direitos Fundamentais: o direito à segurança de direitos.” In: **Constituição e Segurança Jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**, p. 48). Para as autoras, a idéia de um direito à segurança de direitos se centra na própria dignidade, no fato de que existem certos direitos fundamentais que, embora construídos historicamente, fundamentam-se em um valor intrínseco ao ser humano: a dignidade. Nesse sentido, o direito à segurança de direitos perfaz um direito ao não retrocesso, um direito à preservação de direitos, já reconhecidos institucionalmente, um direito ao universalismo atemporal de direitos.

E, o que é ainda mais importante: a proteção dos direitos individuais não pode ficar limitada àquilo que alcança o ato jurídico perfeito, os direitos adquiridos e a coisa julgada. Se assim fosse, se estaria em face de uma segurança jurídica imperfeita, já que somente existiria a preservação da dignidade através da segurança em situações expressamente delimitadas. Tal representaria, com efeito, um retorno ao liberalismo clássico, no qual todas as situações devem ser previstas pelo legislador e os demais poderes estatais não podem intervir.

2.5.2 A proibição de retrocesso

Se o princípio da proteção da confiança é considerado essencial no sentido de explicitar o direito fundamental à segurança jurídica individual, ao se defender um conceito de segurança jurídica material, que inclua também os direitos sociais, não se pode descurar da importância de outro princípio: a proibição de retrocesso.

Com efeito, a proibição de retrocesso significa a tentativa de proteger a manutenção de determinados conteúdos do Estado Democrático de Direito.

Na expressão de Sarlet²³⁶, o princípio da proibição de retrocesso traduz-se no respeito à manutenção dos níveis gerais de proteção social alcançados no âmbito do Estado Social, o que abrange toda e qualquer forma de redução das conquistas sociais, mesmo quando realizadas única e exclusivamente no plano da legislação infraconstitucional que densifica o princípio da justiça e o Estado Social.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada**, p. 100.

Aduz o autor que medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, especialmente no âmbito da eficácia protetora dos direitos fundamentais. É comum, atualmente, segundo Sarlet²³⁷, a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular ou que, de modo geral, não atingem situações anteriores. Um exemplo oferecido pelo jurista é a hipótese de concretização, pelo legislador infraconstitucional, do conteúdo e da proteção dos direitos sociais em sua dimensão positiva.

Efetivamente, José Joaquim Gomes Canotilho²³⁸, um dos defensores do princípio da proibição de retrocesso, afirma que o núcleo essencial dos direitos sociais, já realizado e efetivado através de medidas legislativas, deve se considerar constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, traduzam-se na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial²³⁹.

A partir de Canotilho, entende-se, pois, que os direitos fundamentais constitucionais, uma vez concretizados pelo legislador infranconstitucional, adquirem determinado *status* que não pode ser modificado, sob pena de ofensa ao direito fundamental à segurança jurídica. Assim, *v.g.*, se o direito à Seguridade Social é regulamentado mediante determinado ato

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada, p. 99.

²³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 333.

²³⁹ Um bom exemplo da proteção de medidas de caráter prospectivo é trazido por Ingo Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 107) ao mencionar decisão do Tribunal Constitucional de Portugal (acórdão n° 39, de 1984). Tal *decisum* declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde, ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde.

legislativo, uma nova lei posterior, que venha simplesmente a ameaçar o direito concretizado, estará ferindo diretamente uma das manifestações do princípio da segurança jurídica – a proibição de retrocesso.

Como sustenta Ingo Sarlet²⁴⁰, uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito da proibição de retrocesso social não se faz necessária tão-somente quando se cuida da revogação, mas também quando se está diante de uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador.

Não obstante se defenda, nessa análise, o respeito ao princípio da proibição de retrocesso, há, de outro lado, quem apresente argumentos contrários ao mesmo. Acerca do tema, Sarlet²⁴¹ sustenta que uma das posições que negam a proibição de retrocesso defende a idéia de que o conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais não se encontra, de regra, definido ao nível da Constituição, sendo, além disso, indeterminável sem a intervenção do legislador, de tal sorte que este deverá dispor de uma quase absoluta liberdade de conformação nesta seara a qual, por sua vez, engloba a autonomia para voltar atrás no que diz com as próprias decisões.

Tal argumento, porém, desconsidera a Teoria da Constituição Dirigente, preconizada por Canotilho e que deu origem à necessidade de concretizar direitos fundamentais constitucionais. Com efeito, o constitucionalista português²⁴² afirma a vinculação jurídico-constitucional do legislador à exigência do princípio da constitucionalidade material. Isso

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada**, p. 107.

²⁴¹ Idem, p. 111.

²⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 218-9.

significa que sempre será necessário saber qual o eventual “espaço livre” ou discricionário deixado à lei na execução e realização dos preceitos constitucionais. Em outras palavras, a teoria da Constituição Dirigente impõe limites ao legislador, que não poderá atuar a seu livre arbítrio, especialmente se estiver se deparando com direitos sociais²⁴³.

Não obstante todo o afirmado, contudo, é preciso referir que o posicionamento aqui defendido – em prol do princípio da proibição de retrocesso como uma das manifestações do direito à segurança jurídica – não significa algo absoluto, ou seja, na esteira de Ingo Sarlet²⁴⁴, a defesa da proibição de retrocesso não pode ser tida como regra geral, sob pena de se retirar totalmente a autonomia do Poder Legislativo.

Nessa esfera, portanto, impõe-se a necessidade de utilização de um princípio atualmente em voga no mundo jurídico: a proporcionalidade²⁴⁵ ou equidade, no dizer de Eros Roberto Grau²⁴⁶.

²⁴³ É importante, a esse respeito, lembrar o que foi dito anteriormente, quando da abordagem da relação entre tempo e Direito, Com efeito, verificou-se que, mesmo se entendido sob uma perspectiva hermenêutico-filosófica, o Direito encontra um limite de interpretação: a Constituição. Logo, desconsiderar tal limite implica retomar todo um pensamento liberal clássico acerca de segurança jurídica, o que é completamente incompatível com esse estudo.

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada**, p. 116-7.

²⁴⁵ Desde já é preciso esclarecer a confusão existente na doutrina entre proporcionalidade e razoabilidade. Segundo Suzana de Toledo Barros (**O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 28) o princípio da proporcionalidade representa a razoabilidade do direito norte-americano, assim como para os alemães é conhecida como proibição de excesso. Logo, todas são expressões sinônimas, não existindo diferenças semânticas.

²⁴⁶ Para Eros Roberto Grau (“Equidade, razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade.” In: **Crítica à dogmática**. Dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, nº 3, 2005, p. 19) a proporcionalidade não passa de um novo nome dado à equidade. Segundo o autor, a rejeição da equidade pelo mundo moderno, porque incompatível com a calculabilidade e segurança jurídica, era plenamente adequada à teoria da subsunção (que tem sua mecânica fundada em um silogismo: a premissa maior é o texto normativo e a premissa menor são os pressupostos de fato e a consequência jurídica). Mas atualmente, sendo a interpretação constitutiva, sabendo que a norma é produzida pelo intérprete e que interpretar o Direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, não há porque não entender a proporcionalidade como equidade.

Segundo este autor²⁴⁷, o atual “princípio da proporcionalidade” (ou, no seu dizer, o critério de interpretação da proporcionalidade) não é, na verdade, novo – razão pela qual não pode ser utilizado como princípio superior, pretendendo ser aplicado a todo caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de “corrigir” o legislador, invadindo a competência deste.

Desde há muito vem o Poder Judiciário exercitando tal princípio na interpretação/aplicação do Direito. Antes, porém, chamavam-no de equidade. E, comprovando sua assertiva, Eros Grau²⁴⁸ remete a Aristóteles, que, em “Ética a Nicômaco”, já trabalhava com essas noções.

Valer-se da equidade (ou proporcionalidade), pois, representa a possibilidade de os juízes atuarem utilizando dose de subjetivismo na aplicação da lei ao caso concreto, especialmente porque não ocorre separação entre interpretação e aplicação da lei²⁴⁹.

²⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. “Equidade, razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade.” In: **Crítica à dogmática**. Dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 19-20.

²⁴⁸ Como diz Eros Grau (Idem, p. 18) Aristóteles distingue a equidade e o equitativo, relacionando-os ao justo, e então observa que o equitativo, embora seja justo, não é o justo segundo a lei, senão um corretivo da justiça legal. A razão disso está em que a lei é sempre geral e há casos em relação aos quais é impossível se estipular um enunciado geral que se aplique com retidão. Nesses casos em que é necessário que o enunciado se limite a generalidades, sendo impossível fazê-lo corretamente, a lei não toma em consideração senão as situações mais frequentes, sem ignorar os erros que isso possa importar. Nem por isso ela é menos correta, porque a culpa não está na lei, nem no legislador, mas sim na natureza das coisas. E isso porque, em razão de sua própria essência, a matéria das coisas da ordem prática se reveste do caráter de irregularidade. Logo, quando a lei expressa uma regra geral e surge algo que se coloca fora disso, é preciso corrigir a omissão e se fazer intérprete do que o legislador teria dito, ele mesmo, se estivesse presente naquele momento e teria feito constar da lei se conhecesse o caso em questão. O que Aristóteles mostra, assim, é que toda a lei se encontra em uma tensão necessária em relação à concreção do atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda sua concreção.

²⁴⁹ Como afirma Lenio Streck (**Hermenêutica Jurídica e (m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 92), pelo processo interpretativo, o jurista não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político. Nesse contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete. Por tal razão, mais do que nunca a utilização da equidade se faz essencial em um Direito que pretenda abandonar a dogmática tradicional.

O jurista não consegue se desprender de valores pessoais, de sua própria historicidade e pré-compreensão. Involuntariamente, portanto, ao interpretar/aplicar a norma, lança mão da equidade, no intuito de, através da ponderação de interesses e bens jurídicos, chegar à solução que entenda “mais justa” para aquele caso concreto, ainda que isso implique o sacrifício de outros interesses também relevantes e, até mesmo, coletivos.

Escrevendo a respeito, Ingo Sarlet²⁵⁰ defende a necessidade de flexibilizar o princípio da proibição de retrocesso, sustentando que a variabilidade e a instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade como um todo – especialmente num contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social, acompanhado de problemas na esfera de arrecadação de recurso que possam dar conta dos reclamos na esfera da proteção social²⁵¹ – igualmente dá conta de que o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não poderia resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto.

Esta, efetivamente, tem sido a tarefa do *Welfare State*, desde seus primórdios: conciliar os direitos sociais com a economia²⁵².

²⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada**, p. 119.

²⁵¹ Nesse sentido, basta verificar a análise das crises estatais, realizada no capítulo anterior.

²⁵² Como dita Gosta Esping-Andersen (“As três economias políticas do *Welfare State*.” In: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. O Presidencialismo em questão e *Welfare State* e experiências Neoliberais, São Paulo, n° 24, p. 85-116, set. 1991, p. 85) no século XIX, cem anos antes de se poder dizer com propriedade que já existia um *Welfare State*, os economistas clássicos – de convicções liberais, conservadoras ou marxistas – já se preocupavam com o relacionamento entre capitalismo e bem-estar social.

E na persecução desse objetivo sempre esteve a Seguridade Social²⁵³, que nasceu, paradoxalmente, no liberalismo clássico, na intenção de “afrouxar” o *status* de pura mercadoria através dos quais eram vistos os cidadãos²⁵⁴, tentando proteger aqueles que só teriam força de trabalho a oferecer dos riscos de vida a que estariam expostos.

Logicamente, essa idéia inicial de Seguridade foi bastante alterada desde suas primeiras manifestações, incitando debates teóricos e gerando modelos diversos no mundo inteiro, especialmente em razão da complexidade social e dos problemas econômicos enfrentados por todas as nações para manter os benefícios propostos, tanto nos Estados centrais, como os europeus, chegando até os periféricos e semi-periféricos.

Ainda assim, porém, não se pode pensar o Estado Democrático de Direito desatrelado de um sistema que se proponha a assegurar direitos sociais a cidadãos, mesmo que através de contribuições, como é o caso da Previdência Social. Evidentemente, ao assumir tal tarefa, a Seguridade Social vincula-se com a noção de estabilidade. E, por tal razão, entende-se importante, no capítulo seguinte, (re)pensar a Previdência Social brasileira a partir da concepção de segurança jurídica material, na intenção de auxiliar no deslinde da crise estrutural e constitucional verificada nessa pátria.

²⁵³ Com efeito, William Beveridge (que, como visto no capítulo anterior, foi responsável pelo “Plano Beveridge”, considerado o marco do advento do *Welfare State* na Inglaterra), no dizer de Miriam Costa Rebollo Câmara (“William Beveridge e a Seguridade Social britânica.” In: **Revista de Previdência Social**, São Paulo: Ltr, v. 16. n° 142, p. 755-73, set. 1992, p. 756), considerava a Seguridade Social como parte de uma abrangente política de progresso social destinada a atacar os “Cinco Gigantes” – miséria, sordidez, doenças, vadiagem e ignorância.

²⁵⁴ CÂMERA, Miriam Costa Rebollo. *Op. cit.*, p. 102. Também sobre o tema, diz Amancio C. Lopes (“Proteção em face dos riscos de vida.” In: **Revista de Previdência Social**, São Paulo: Previdenciária, v. 10, n° 65, p. 165-203, abr. 1986, p. 198) que no liberalismo clássico surgiram duas classes perfeitamente definidas: a dos que podiam oferecer capital ao processo produtivo e a dos que só tinham para oferecer sua força de trabalho. Os primeiros, tinham como respaldo, em face dos riscos da vida, seu patrimônio; os segundos, ficaram desprotegidos.

CAPÍTULO III - ALGUMAS IMPLICAÇÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA NA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

O Estado de Bem-Estar Social, como visto nos capítulos antecedentes, é pautado pelos valores de bem-estar e solidariedade e se propõe a assegurar direitos não apenas individuais, mas também transindividuais (coletivos e difusos), dentre os quais se encontra a Seguridade Social, que tem vinculação direta com uma certa noção de estabilidade, já que representa, *a priori*, o Estado protegendo a sociedade contra os riscos sociais.

A história da Seguridade demonstra, no entanto, que esta, ainda que se identifique, sobretudo, com o *Welfare State*, apresenta suas primeiras manifestações já no fim do século XVII, quando surge a idéia de seguro social, entendido pelos liberais como forma de redução de incertezas, mesmo que visto, inicialmente, com certa desconfiança²⁵⁵.

De fato, muitos foram (e continuam sendo) os caminhos percorridos pela Seguridade Social e, mais especificamente, a Previdência, ao longo da história. Ainda que possa continuar sendo pensada como política de “redução de incertezas sociais”, nos dias hodiernos, a própria complexidade social implica um (re)pensar da Previdência, especialmente nos países periféricos e semi-periféricos, como o Brasil, em que não se pode afirmar a efetiva concretização do Estado Democrático.

²⁵⁵ Como assevera Pierre Rosanvallon (**A nova questão social**. Repensando o Estado Providência. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998, p. 32), desde o fim do século XVII Leibnitz assumiu a posição de defensor do seguro como instrumento de justiça. Ao Estado “reductor da incerteza”, que tem Hobbes como teórico, ele opõe o seguro mútuo obrigatório como solução para o problema do risco. Mas, diz Rosanvallon (Idem. p. 33) que ainda que as idéias securitárias tenham surgido nos séculos XVII e XVIII, as “idéias inovadoras”, formuladas no final do Antigo Regime, terão importância marginal porque aplicado às pessoas e não aos bens, o princípio do seguro ainda provocava temor. Acreditava-se que benefícios como a aposentadoria enfraqueceriam a responsabilidade humana e se afastariam das profissões baseadas na iniciativa e independência.

Todavia, se é latente a necessidade de reformulação de algumas noções que acompanharam a Seguridade e, conseqüentemente, a Previdência Social, desde suas primeiras manifestações, também não se pode desvinculá-las de um de seus objetivos principais - a garantia da segurança contra riscos sociais. Há, desse modo, um contraponto que merece ser (re)pensando, a partir da idéia de segurança material, preconizada nesse estudo.

Mais especificamente, no que tange à Previdência Social brasileira, acredita-se que esse (re)pensar da noção de segurança é fundamental para a concretização de direitos sociais previdenciários, os quais, atualmente, são responsáveis pela dificuldade de implementação de um Estado Social efetivo, implicando, ao contrário do que pretende o Estado Democrático de Direito, verdadeiro retrocesso social.

Para tanto, a proposta é, inicialmente, traçar um perfil da Previdência Social brasileira, não sem antes percorrer, brevemente, a história da Seguridade Social no mundo. Em um segundo momento, será preciso trabalhar com a(s) crise(s) vivenciada(s) pela Previdência e as propostas de reforma que têm surgido no intuito de solucionar ditos percalços, esclarecendo-se, desde já, que será privilegiado o tratamento dispensado ao Regime Geral de Previdência, em razão das próprias limitações desse estudo.

Por derradeiro, será apresentado um (re)pensar da Previdência Social brasileira, a partir da concepção material de segurança jurídica, o que, acredita-se, possa, efetivamente colaborar para os problemas estruturais e constitucionais que assolam a concretização de direitos sociais no país.

3.1 PERCORRENDO CAMINHOS HISTÓRICOS...

3.1.1 Do Mercantilismo aos três referenciais teóricos da Seguridade Social

O nascimento da Seguridade Social está ligado à percepção da noção de riscos sociais, que começaram a preocupar a sociedade a partir do advento do Mercantilismo²⁵⁶, época marcada pelo florescimento de algumas idéias, como o “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*” dos fisiocratas, que rejeitavam qualquer forma de proteção social além dos vínculos monetários, e o Contrato Social, de Rousseau.

Tais correntes inovadoras provocaram o estouro da Revolução Francesa, tentando acabar com o absolutismo monárquico e inaugurando uma nova fase estatal – o liberalismo clássico²⁵⁷.

Mas, a mudança social não tende a se estabilizar. Ao contrário, é acelerada através da Revolução Industrial, que converte em virtude a até então vergonha do empréstimo a juro. Os problemas da produção e da distribuição da moeda e do valor, assumem características inéditas e tão próprias que já não é mais possível continuar lidando com os mesmos no quadro da política. Torna-se necessária uma abstração particular e, assim, nasce a Ciência Econômica²⁵⁸.

²⁵⁶ Como ensina Amâncio C. Lopes (“Proteção em face dos riscos de vida.” In: **Revista de Previdência Social**, p. 196) quando o comércio deixou de ser considerado atividade pouco nobre, ascendendo aos mais altos níveis da consideração social, os cidadãos, em busca de melhores condições de vida, deixaram seu meio natural (o campo) e invadiram as cidades. Tal situação trouxe uma grave conseqüência: as formas tradicionais de proteção deixaram de ter eficácia na medida em que a concentração urbana aumentava. Os marginalizados se tornaram tão numerosos que a caridade tradicional não tinha como os atender.

²⁵⁷ Idem, p. 196.

²⁵⁸ Idem, p. 196.

O “*laissez-faire*” dos fisiocratas deixa de ser recomendação política, para se converter em princípio científico. É, segundo Amâncio Lopes²⁵⁹, o segundo pilar do edifício liberal. Nenhuma força deve alterar as decisões individuais e o Estado, então a única força concreta de poder, não deve intervir na economia.

Como aduz Rosanvallon²⁶⁰, desde a Revolução Francesa, o grande problema consistia em adequar o “princípio da solidariedade”, segundo o qual a sociedade teria uma dívida para com seus membros, ao “princípio da responsabilidade” – em cada indivíduo é senhor da sua vida e deve se responsabilizar por ela.

Em meio a esse contexto, surgem duas classes perfeitamente definidas: as dos que podem oferecer capital ao processo produtivo, e a dos que só têm a força de trabalho a oferecer. O grande problema é que a força de trabalho não pode ser acumulada em caso de doença ou acidente que torne o trabalhador inativo²⁶¹.

Desse modo, a aplicação do seguro aos problemas sociais (o seguro convidava a considerar o social de um modo diferente) permitiria sair das dificuldades enfrentadas, passando-se da noção subjetiva da conduta e da responsabilidade individual à noção subjetiva do risco²⁶².

²⁵⁹ LOPES, Amâncio C. “Proteção em face dos riscos de vida.” In: **Revista de Previdência Social**, p. 197-8.

²⁶⁰ ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**. Repensando o Estado Providência, p. 34.

²⁶¹ LOPES, Amâncio C. *Op. cit.*, p. 198. Segundo o autor (Idem. p. 199) os desprotegidos sonham com um mundo melhor, mas enquanto ele não chega, continuam sendo vítimas dos infortúnios. É preciso defender-se de alguma forma, e que forma será melhor que resgatar o velho princípio de Fraternidade Humana? No seio das organizações obreiras de resistência, ou em paralelo a elas, floresceram as organizações de ajuda mútua, os fundos comuns formados por contribuições dos companheiros, que atendiam solidariamente ao trabalhador atingido pela doença, o acidente ou o desemprego.

²⁶² ROSANVALLON, Pierre. *Op. cit.*, p. 35.

No dizer de Rosanvallon²⁶³, a abordagem do risco remete, em primeiro lugar, a uma dimensão probabilista e estatística do social (o risco pode ser calculado), que permite relegar a segundo plano o julgamento dos indivíduos²⁶⁴. Outrossim, a abordagem em termos de risco tem a vantagem de poder considerar de modo unificado muitos problemas diferentes: doença, velhice, desemprego, acidentes, que são reunidos em uma mesma categoria. Os benefícios passam a ser vistos como um dever, não uma liberalidade.

E a Seguridade Social, nesse caminho, é justamente o sistema criado e organizado pelo Estado para dar cobertura a tais eventos, chamados de riscos sociais²⁶⁵, tendo sido marcada por três grandes referenciais teóricos que pautam, no mundo ocidental desenvolvido, a estruturação de seus sistemas: o Industrial-meritocrático ou Conservador-corporativo, o Residual ou Liberal, e o Institucional-redistributivo ou Social-democrata²⁶⁶.

O modelo Industrial-meritocrático, ou Conservador-corporativo foi criado pelo Chanceler Bismarck, na Alemanha de 1881²⁶⁷. Descrevendo o sistema de Seguridade alemão, Simone Fortes²⁶⁸ refere que o mesmo se consubstanciou em um plano completo para a criação

²⁶³ ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**. Repensando o Estado Providência, p. 35-6.

²⁶⁴ Também se preocupando com a abordagem do risco social, Simone Barbisan Fortes (**Previdência Social no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Ltr, 2005, p. 63) diz que riscos ou contingências são eventos incertos, determinantes da perda da autonomia dos sujeitos, por conta de impossibilidade laborativa, cuja ocorrência, embora em um primeiro momento tenha um reflexo puramente individual, apresenta, também, evidente importância para a sociedade, já que a situação de desemprego ou desocupação involuntária, considerada em termos globais, opera reflexos econômico-sociais consideráveis. Geralmente são tidos como contingências sociais os encargos da maternidade, idade avançada, doença, invalidez, morte e desemprego.

²⁶⁵ Urge mencionar, nesse passo, que, segundo Pierre Rosanvallon (**A nova questão social**. Repensando o Estado Providência.) essa noção de risco, que influenciou o nascimento dos sistemas de Seguridade Social no mundo, hoje perdeu muito de sua pertinência. Para o autor, o social não pode mais ser considerado em termos de risco porque os fenômenos da exclusão e o desemprego de longo prazo definem muitas vezes situações estáveis. Deficiências, doenças e dependência não são fenômenos aleatórios, salvo no caso de invalidez acidental de jovens. E, por tal razão, o autor propõe a introdução do conceito de “solidariedade nacional global”, que será examinado adiante, sob a nomenclatura de “solidariedade substancial”.

²⁶⁶ FORTES, Simone Barbisan. *Op. cit.*, p. 64.

²⁶⁷ Este modelo foi considerado a primeira legislação sobre a matéria, que inaugurou a etapa formal dos seguros sociais, de acordo com Amâncio Lopes (LOPES, Amâncio C. “Proteção em face dos riscos de vida.” In: **Revista de Previdência Social**, p. 199).

²⁶⁸ FORTES, Simone Barbisan. *Op. cit.*, p. 64.

de um sistema público de segurança social para os trabalhadores, representando o início de um crescente processo de intervenção do Estado neste domínio. Sua feição original previa, como direitos, segurança obrigatória contra as contingências de doença, acidentes de trabalho, velhice e invalidez, custeada por contribuições vertidas pelos empregados e empregadores, em Caixas próprias para cada categoria profissional.

Mas justamente o fato de se tratar de um sistema pautado por contribuições sociais foi o que, na opinião de Esping-Andersen²⁶⁹, não assegurou a desmercadorização substancial dos cidadãos, tão buscada na época, através da introdução da Seguridade Social pelos Estados de Bem-Estar Social. Como diz o autor, os benefícios dependiam quase inteiramente de contribuições e, assim, de trabalho e emprego. Logo, segundo ele, não basta a existência de um direito social, mas são necessárias as regras e pré-condições correspondentes, que ditam em que extensão os programas de bem-estar social oferecem alternativas genuínas à dependência em relação ao mercado.

Seguindo, assim, a trajetória dos referenciais teóricos que estruturaram os sistemas de Seguridade Social no mundo, tem-se o modelo Residual ou Liberal, no qual predominam a assistência aos comprovadamente pobres, reduzidas transferências universais ou planos modestos de Previdência Social²⁷⁰. Trata-se, com efeito, de um sistema financiado por impostos, e destinado aos mais pobres. Como diz Esping-Andersen²⁷¹, aqui os limites do bem-estar social se equiparam à propensão marginal à opção pelos benefícios sociais em lugar do

²⁶⁹ ESPING-ANDERSEN, Gosta. “As três economias políticas do *Welfare State*.” In: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. O Presidencialismo em questão e *Welfare State* e experiências Neoliberais, p. 103.

²⁷⁰ Idem, p. 108.

²⁷¹ Idem, ibidem.

trabalho. O Estado encoraja o mercado, tanto passiva – ao garantir apenas o mínimo – quanto ativamente – ao subsidiar esquemas privados de Previdência.

Por derradeiro, o terceiro grande referencial teórico, responsável pela estruturação da Seguridade Social no mundo, é o Social-democrata, criado por William Beveridge, em 1944 e implantado pelo governo inglês em 1946. No dizer de Simone Barbisan Fortes²⁷², Beveridge propunha um programa de prosperidade política e social, mediante ingressos suficientes para que o indivíduo ficasse garantido contra a ocorrência dos riscos sociais (como indigência ou impossibilidade laborativa)²⁷³.

Também dissertando sobre o sistema Social-democrata, Esping-Andersen²⁷⁴ refere que os social-democratas buscaram um *Welfare State* que promovesse a igualdade com os melhores padrões de qualidade, e não uma igualdade das necessidades mínimas, como estaria ocorrendo em toda a parte.

²⁷² FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 64.

²⁷³ Em trabalho dedicado à William Beveridge, Miriam Costa Rebollo Câmara (“William Beveridge e a Seguridade Social britânica.” In: **Revista de Previdência Social**, p. 770-1) cita os princípios que justificaram as idéias mais radicais do *Report* e que decorreram da consciência da necessidade de reformas sociais mais profundas, bem como da necessidade de solidariedade social, inculcadas em Beveridge pelos sofrimentos trazidos pela 2ª Guerra Mundial: I – a previsão de que o desemprego deveria e poderia ser abolido dentro do contexto do sistema político vigente; II – a uniformização do Seguro Social para toda a comunidade e não apenas a operários braçais e outros trabalhadores cujas receitas estivessem aquém de dado limite; III – a proposta de que os benefícios deveriam ser estabelecidos ao nível de subsistência, nível esse não apenas referido à possibilidade ou impossibilidade de poupança privada complementar, e tampouco correlato ao nível de sobrevivência física, mas sim à noção mais ampla de atendimento às necessidades humanas; IV – ênfase no atributo do Seguro Social de mecanismo de redistribuição de rendas, não apenas como cobertura de riscos e contingências, mas como o efeito de promover a realocação de recursos de pessoas solteiras a famílias, dos mais aquinhoados aos menos, etc.; V – a Seguridade Social não deveria ser encarada como um sistema isolado, mas como parte de um conjunto de medidas de planificação social coordenada, como parte integrante de um programa mais amplo, que deveria abranger transporte, habitação, educação, emprego e saúde; V – a ênfase na coesão social, mais ética do que propriamente orgânica (instituições mais indivíduos mais Estado), com o objetivo da libertação integral, de todos, da desmoralização gerada pela pobreza e a condenação do “escândalo representado pela miséria material.

²⁷⁴ ESPING-ANDERSEN, Gosta. “As três economias políticas do *Welfare State*.” In: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. O Presidencialismo em questão e *Welfare State* e experiências Neoliberais, p. 109.

Trata-se de fórmula que mistura programas altamente não mercadológicos e universalistas que, mesmo assim, correspondem a expectativas diferenciadas. Todas as camadas são incorporadas a um sistema universal de seguros, mas mesmo assim, os benefícios são graduados de acordo com os ganhos habituais. Tal modelo exclui o mercado e, conseqüentemente, constrói uma solidariedade essencialmente universal em favor do *Welfare State*. Todos se beneficiam; todos são dependentes; e supostamente todos se sentem obrigados a pagar. O modelo, na visão de Esping-Andersen, é uma fusão entre liberalismo e socialismo²⁷⁵.

Ainda, para o autor²⁷⁶, talvez a característica mais notável do regime social-democrata seja a fusão entre serviço social e trabalho. O direito ao trabalho tem o mesmo *status* que o direito à proteção de renda. E, de outra parte, os enormes custos de manutenção de um sistema de bem-estar solidário, universalista e não mercadológico indicam que é preciso minimizar os problemas sociais e maximizar os rendimentos. A melhor forma de conseguir isso é, obviamente, com o maior número possível de pessoas trabalhando e com o mínimo possível vivendo de transferências sociais. Esse é o modelo predominante nos países escandinavos.

Vistos os três grandes modelos, responsáveis pela estruturação da Seguridade Social do mundo, importa referir, seguindo Simone Barbisan Fortes²⁷⁷, que independentemente do referencial teórico, em todos os sistemas de Seguridade a cobertura dos infortúnios opera, essencialmente, por meio de serviços vinculados à saúde (relacionados ao atendimento

²⁷⁵ ESPING-ANDERSEN, Gosta. “As três economias políticas do *Welfare State*.” In: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. O Presidencialismo em questão e *Welfare State* e experiências Neoliberais, p. 109-10.

²⁷⁶ Idem, p. 110.

²⁷⁷ FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 65.

médico e hospitalar), à qualificação ou requalificação profissional e de benefícios pecuniários. Este é, também, o caso do Brasil, que segundo a Constituição de 1988, entende a Seguridade Social como gênero que abarca a Saúde, a Assistência Social e a Previdência.

3.1.2 Da Lei Eloy Chaves à Constituição de 1988

A história da Previdência Social brasileira é traçada, por alguns autores²⁷⁸ em, no mínimo, quatro períodos: 1º) de 1923 a 1930 (período de democracia oligárquica); 2º) de 1930 a 1945 (período de autoritarismo orgânico); 3º) de 1945 a 1964 (período de democracia populista); 4º) de 1964 a 1983 (período de autoritarismo burocrático e crise da Previdência). A estes, é mister acrescentar um quinto momento – de 1988 até os dias atuais – o qual, na perspectiva adotada neste estudo, será chamado de “período democrático-constitucional”²⁷⁹.

²⁷⁸ MALLOY, James. **A Política da Previdência no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1986 e OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; TEIXEIRA, Sonia M. Fleury. **(Im)Previdência Social**. 60 anos de história da Previdência Social no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1985. Além destes, também outros trabalhos importantes se dedicam à questão previdenciária no contexto brasileiro, razão pela qual, merecem ser citados: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS FISCAIS DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ANFIP). **Economia Política e Seguridade Social**. Uma contribuição à crítica. Brasília, 1999. (Coletânea de textos); BACHA, Edmar; KLEIN, Herbert S. **A transformação incompleta no Brasil desde 1945**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986; CASTELLO BRANCO, Elair. **Segurança social e seguro social**. São Paulo: Universitária de Direito, 1976; COHN, Amélia. **Previdência Social e processo político no Brasil**. São Paulo: Moderna, 1981; COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; LEITE, Celso Barroso. **A crise da Previdência Social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981; MÉDICI, André César; ALVAREZ GARCÍA, Maria del Carmen et al. **La seguridad social en Brasil**. México: Conferência Interamericana de Seguridad Social, 1995; SEMINÁRIO INTERNACIONAL POLÍTICAS SOCIAIS NO BRASIL E NA ALEMANHA: Sistema Previdenciário e Mercado de Trabalho. 1994. Brasília. O desafio da questão social.

²⁷⁹ Como afirma Wanderley Guilherme dos Santos (**Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979, p. 16-17) aparentemente, a tendência universal da política de bem-estar é iniciar-se com programas relativos a acidentes de trabalho, expandindo-se para a cobertura de velhice e invalidez, depois, doença e maternidade, alargando-se para abonos familiares, até chegar ao seguro-desemprego. O Brasil, nesse contexto, seguiu a tendência macro, tendo-se iniciado com a proteção a acidentes de trabalho, em 1919, seguida por legislação simultânea sobre velhice, invalidez e morte e doença e auxílio-maternidade (1923), abonos familiares (1941) e, finalmente, uma espécie de auxílio-desemprego, em 1965. A opção pelo uso da nomenclatura “democrático-constitucional” no “último” período histórico da Previdência brasileira se deve ao fato de que a Constituição de 1988 se propôs a implementar o modelo de Estado Democrático de Direito.

O marco da legislação previdenciária brasileira é datado de 1923, quando foi publicado o Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro, o qual ficou conhecido como “Lei Eloy Chaves”.

Tal decreto foi resultado do choque crescente que havia, ao longo da República Velha e até 1919, entre a postura marcadamente liberal do Estado e o movimento operário-sindical²⁸⁰.

Para Jaime Oliveira e Sônia Teixeira²⁸¹, à nascente e frágil burguesia industrial brasileira do início do século, era fundamental a permanência do estatuto liberal, que lhe garantia condições “selvagens” de exploração da força de trabalho. Mas, o “boom” da economia cafeeira a partir de meados do século passado, e o início de sua prolongada crise, já em fins do século, criaram as condições para o deslocamento do pólo dinâmico da economia nacional para a região centro-sul do país (Rio de Janeiro e São Paulo), e para o crescimento urbano-industrial nesta área, o que levou ao nascimento de um setor moderno da economia, no qual se expandiram o secundário e o terciário e, com eles, a classe operária. Emergia um

²⁸⁰ Como asseveram Jaime Oliveira e Sônia Teixeira ((**Im**)Previdência Social. 60 anos de história da Previdência Social no Brasil, p. 35) até o início dos anos 20, a República Velha vai se constituir como um regime aferrado rigidamente aos princípios do liberalismo econômico no que tange ao mercado de força de trabalho, com uma conseqüente postura não intervencionista na área do que hoje se conhece como política trabalhista e social. Também descrevendo o período que antecedeu a criação da Lei Eloy Chaves, James Malloy (**A Política da Previdência no Brasil**, p. 32-3) afirma que durante essa época, grande massa da população era rural, o que fazia com que fossem difundidas políticas, em todos os níveis, de caráter patronal e pessoal. Mais ainda, os cidadãos ficavam presos dentro da estrutura como dependentes e clientes dos chefes locais e eram, portanto, sobretudo aquiescentes em termos políticos. Nesse sistema, de base rural, não havia conflito entre grupos de interesse competitivos e classe, mas sim entre facções competitivas intra-elite e sua clientela que operava em nível local, estadual e nacional. Mas, embora este modelo de política tenha sido predominante na República Velha, não foi, de modo algum, o único. Enquanto o período transcorria, outros grupos sociais, articulando novas concepções de vida e de política nacional, desafiavam cada vez mais fortes, os governantes tradicionais e os coronéis, visando controlar o governo federal e a capacidade de definir o caráter nacional do país.

²⁸¹ OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; TEIXEIRA, Sonia M. Fleury. *Op. cit.*, p. 37.

novo contingente, formado por trabalhadores assalariados e, essa massa trabalhadora era composta, em grande medida, por estrangeiros²⁸².

E foi esse grupo de trabalhadores assalariados que, através de políticas organizadas, reivindicou a preocupação dos governantes com questões trabalhistas e sociais, levando os mesmos, assim, a, em 1923, editarem aquele que foi considerado o primeiro diploma legislativo previdenciário do Brasil – a Lei Eloy Chaves.

Tal “decreto” (Decreto nº 4.682) foi responsável pela criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões de uma categoria de trabalhadores específica – os ferroviários²⁸³.

Jaime Oliveira e Sônia Teixeira²⁸⁴ caracterizam esse primeiro período histórico da Seguridade Social pela amplitude (ou seja, além de benefícios previdenciários incluíam também a prestação de alguns serviços) e pela prodigalidade (principalmente em razão da amplitude, o sistema previdenciário dos anos 20 gerou custos elevados), característica essa que não irá se manter no segundo momento.

²⁸² OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; TEIXEIRA, Sonia M. Fleury. **(Im)Previdência Social**. 60 anos de história da Previdência Social no Brasil, p. 40.

²⁸³ Comentando a referida Lei, James M. Malloy (**A Política da Previdência no Brasil**, p. 49) diz que esta lançou as bases legais e conceituais para todos os esquemas subsequentes, gerando um fundo específico (CAP) para cada companhia ferroviária do país, com o que se criou um princípio de administração sobremodo importante. Abrangeu o conceito de que a Previdência Social não se estenderia a amplas categorias sociais, baseada numa noção abstrata de classe ou cidadania, mas se dirigiria a grupos que exerciam determinados trabalhos. Ainda, outro aspecto relevante da Lei Eloy Chaves, é o fato de atribuído à Previdência um “caráter civil”, ou seja, o Estado, embora tivesse sido responsável pela criação de tal instituição previdenciária, não se responsabilizava pelo custeio da mesma, como aduzem Jaime Oliveira e Sônia Teixeira (Idem, p. 22).

²⁸⁴ OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; TEIXEIRA, Sonia M. Fleury. *Op. cit.*, p. 23 e ss.

O segundo período histórico da Previdência Social brasileira compreende os anos de 1930 a 1945 e é marcado pela chamada “Era Vargas”²⁸⁵. Alguns autores²⁸⁶, inclusive, entendem que, na realidade, a história da Seguridade Social no país começa justamente nessa época.

De fato, o regime Vargas construiu um sistema de Previdência que trouxe proteção social básica para todos os setores organizados da classe média urbana, embora tenha deixado de lado os trabalhadores rurais, os autônomos, profissionais liberais, domésticos, lojistas ou aqueles que não tinham emprego certo ou trabalhavam sem vínculo empregatício²⁸⁷.

Ao contrário do momento anterior, marcado por custos elevados, os anos que seguem a 1930 indicam uma queda brusca de despesas, gerada por três fatores fundamentais: a) houve um crescimento muito marcante e rápido da massa segurada, o que, em um primeiro momento, gerou receita sem despesa, já que nos benefícios pecuniários ocorre um grande lapso de tempo entre a inscrição e a ocorrência do evento gerador do benefício; b) houve um esforço ativo de restrição de despesas por parte das instituições previdenciárias; c) o Estado também passou a figurar como contribuinte²⁸⁸.

²⁸⁵ Segundo James M. Malloy (**A Política da Previdência no Brasil**, p. 59) a dominação de Vargas pode ser subdividida em três períodos: os anos de 1930 a 1934, que foram um período de transição e experimentação no qual Vargas exerceu poder de mandato de facto; em 1934, uma nova Constituição criou um processo político mais aberto, mas o Executivo federal continuou como ponto focal do poder; em 1937, um golpe dentro do golpe original resultou no estabelecimento formal constitucional de um regime corporativista dominado por Vargas.

²⁸⁶ Dentre eles, VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**. Estratégias de bem-estar e políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 139.

²⁸⁷ MALLOY, James. *Op. cit.*, p. 69.

²⁸⁸ OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; TEIXEIRA, Sonia M. Fleury. **(Im)Previdência Social**. 60 anos de história da Previdência Social no Brasil, p. 59-60.

Outrossim, foi também nesse período que surgiram as primeiras regras constitucionais previdenciárias – na Constituição de 1934²⁸⁹.

Ao longo de todo o momento histórico, foram criados diversos Institutos de Aposentadorias e Pensões, destinados a atender às mais variadas categorias profissionais (como marítimos, bancários, industriários, comerciários, servidores públicos, dentre outros²⁹⁰).

Mas, a partir de 1940, as políticas de contenção de gastos com Previdência que até aquele momento permitiam amplo debate entre o governo e as classes trabalhadoras, passaram a se tornar explícitas e rigorosas, fazendo com que desaparecesse toda a possibilidade de continuação da resistência organizada dos segurados a tais medidas²⁹¹.

O movimento de explicitação, organização e defesa das teses contencionistas pretendia fazer crer que a Previdência não cobrava menos dos trabalhadores, nem gastava

²⁸⁹ Conforme Daniel Machado da Rocha (**O direito fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 54-5) tratava-se de Carta inspirada na Constituição de Weimer e que provocou uma significativa inserção dos direitos sociais no ordenamento jurídico pátrio, o que é concluído, inicialmente, pelo preâmbulo daquela Lei Maior, que declarava a intenção dos constituintes de organizarem um regime democrático para assegurar à Nação a unidade, liberdade, justiça e o bem-estar social e econômico. Havia, na Carta de 1934, um Título próprio sobre ordem econômica e social. Também, no capítulo destinado aos direitos individuais – no qual, além dos direitos civis e políticos, pela primeira vez surgiram os sociais – o *caput* do art. 113 destacava a preocupação com a subsistência.

²⁹⁰ Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos (Decreto nº 22.872/1933); Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Bancários (Decreto nº 24.615/1934); Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários (Decreto nº 367/1936); Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciários (Decreto-Lei nº 2.122/1940) e Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (Decreto-Lei nº 288/1938).

²⁹¹ Como afirmam Jaime Oliveira e Sônia Teixeira (**(Im)Previdência Social**. 60 anos de história da Previdência Social no Brasil, p. 110) tais políticas foram necessárias porque não havia como explicar a riqueza da Previdência Social, materializada em grandes reservas financeiras, ações, imóveis, etc., e fruto da baixa relação despesa/receita, no período posterior a 1930.

mais com os mesmos, simplesmente porque não podia. Tal tese produziu, naquele momento, a chamada “Teoria do Seguro Social” ou “Teoria do Modelo de Capitalização”²⁹².

Mas, ainda que o regime Vargas tenha criado um sistema dentro do qual nenhum grupo sozinho ou aliança de grupos podia dominar o Estado para seus próprios fins, as estruturas de cooptação e controle estatal permitiram a grupos particulares mudar o curso do processo e, por sua vez, cooptar e controlar partes do Estado. Como resultado, a habilidade do Estado para operar como entidade patrimonial dominante, e, mais especificamente, do Executivo para assumir o papel de “poder moderador”, acima do conflito de certos grupos de interesse, foi destruída de dentro para fora. Esta realidade iria comprometer e finalmente destruir a nova experiência em governo democrático²⁹³, surgindo, aí, o terceiro momento histórico da Previdência Social no Brasil.

Em 30 de outubro de 1945 Getúlio Vargas foi destituído por um golpe de Estado e o Brasil ingressou numa experiência de governo democrático formal que terminou com a Revolução de 1964. Como infere Malloy²⁹⁴, tal período foi caracterizado pelo aparecimento

²⁹² OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; TEIXEIRA, Sonia M. Fleury. **(Im)Previdência Social**. 60 anos de história da Previdência Social no Brasil, p. 111. Segundo os autores (Idem, p. 141) o “modelo de capitalização” ou “seguro social” funciona na base da constituição de reservas financeiras, que são investidas, de modo a defender o seu valor dos desgastes inflacionários, ou mesmo crescer em termos reais. Importante o que diz, a respeito, Simone Barbisan Fortes (**Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 67) para quem o regime de capitalização pauta a Previdência Social do Sistema Liberal ou Residual, visto anteriormente. Para a autora (Idem, p. 105) o regime de capitalização é aquele segundo o qual a Previdência Social se estrutura de modo que as receitas auferidas se prestam não somente para custear as despesas correntes, mas também para a formação de fundos de aplicação, capitalizando os valores e gerando, assim, receita adicional. As contribuições podem advir somente dos segurados, ou também deles e das empresas, e, afora a hipótese de benefícios garantidos como renda mínima para a parcela da população efetivamente carente, cada beneficiário do regime forma uma poupança individual, e para ele são revertidos os aportes contributivos relativos à sua relação de filiação ao Regime Previdenciário, de modo que o valor de seu futuro benefício terá, necessariamente, relação com os valores que, capitalizados, ele houver computado em sua conta.

²⁹³ MALLOY, James. **A Política da Previdência no Brasil**, p. 88.

²⁹⁴ Idem, p. 89.

de novos partidos, de um aumento dramático de mobilização política e intensa competição eleitoral, sendo, por isso chamado de “fase populista” da política brasileira.

Mais especificamente no que tange à Previdência Social, esta foi uma estrutura que ficou essencialmente intacta, ainda que tenha sido objeto de intenso e crescente debate²⁹⁵.

Contudo, não se pode deixar de considerar que foi nessa etapa histórica, mais precisamente em 1960, que foi publicada a primeira consolidação legislativa previdenciária no Brasil, a “Lei Orgânica da Previdência Social” (LOPS), com o objetivo de uniformizar, em um só documento, todos os Institutos de Previdência até então existentes.

Em termos econômicos, a “LOPS” serviu para agravar ainda mais os gastos com Previdência, que começaram a se manifestar no pós-1945. E esse aumento de gastos, juntamente com a diminuição de saldos, o esgotamento das reservas e os déficits orçamentários foram fatores determinantes para a falência do regime de capitalização. A Previdência se voltava rapidamente para o regime de repartição, ou seja, tendia a se tornar mera repassadora aos segurados, através de benefícios pecuniários e de serviços, do total da receita arrecadada²⁹⁶.

Dissertando sobre o regime de repartição, Simone Barbisan Fortes²⁹⁷ diz que neste sistema, o financiamento das prestações (e também de todas as suas despesas operacionais) é feito mediante o aporte de contribuições ou impostos, que têm como sujeitos passivos não

²⁹⁵ MALLOY, James. **A Política da Previdência no Brasil**, p. 89.

²⁹⁶ OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; TEIXEIRA, Sonia M. Fleury. **(Im)Previdência Social**. 60 anos de história da Previdência Social no Brasil, p. 149-51.

²⁹⁷ FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 67-8.

somente os segurados, mas também as empresas, os entes públicos e a própria coletividade, sem nenhum tipo de vinculação entre estas e os benefícios futuros: as despesas correntes são pagas com as receitas correntes.

De fato, a introdução do sistema de repartição na Previdência Social desse país foi uma das causas do intenso debate que marcou o período, como assinalado anteriormente. Os técnicos e dirigentes previdenciários sofriram a influência de William Beveridge, que anos antes havia introduzido um modelo previdenciário novo na Inglaterra. Criaram-se, assim, duas facções: aqueles que defendiam a organização da Previdência nos moldes neoliberais do “seguro social” e aqueles que apresentavam a noção de “seguridade social”.

Em meio a esse debate, ocorreu um golpe militar, em 1964, o que levou a um quarto período da história da Previdência Social no Brasil, marcado pelo autoritarismo burocrático. Consolidou-se, a partir do golpe, um movimento de modernização econômica sem precedentes no país, firmando-se o capitalismo, expandindo-se o parque industrial, diversificando-se a estrutura ocupacional e dando crédito a uma multiplicidade de interesses²⁹⁸.

Como consequência de dita expansão, verificou-se um aumento da clientela da Previdência Social (porque o crescimento econômico fez emergir grandes contingentes de assalariados) e, assim, a despeito das formas e intenções que dirigiam o processo, foi propiciado um deslocamento rumo à universalização dos direitos sociais, ainda que a

²⁹⁸ VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil.** Estratégias de bem-estar e políticas públicas, p. 143.

disseminação de tais direitos não tenha correspondido a uma estrutura capaz de assegurar o exercício dos mesmos, o que tornou precária a cidadania que se universalizava²⁹⁹.

Como assinala Maria Lúcia Teixeira Werneck Vianna³⁰⁰:

Antes de 64 a manipulação dos benefícios oferecidos pelo Estado se restringia a uma clientela que, embora pequena e estratificada, estava incorporada ao universo da cidadania, participando, politicamente inclusive, de decisões importantes através de suas lideranças. Tratava-se de um clientelismo de horizontes limitados movendo-se num leito de mão-dupla que, se dificultava o aumento do número de cidadãos plenos, vinha sendo aos poucos corrigido por novas demandas proporcionadas pelo jogo democrático. A modernização iniciada com a criação do INPS desmontou os mecanismos de integração e inibiu a trajetória alemã do sistema previdenciário. Expandiu a população contribuinte (e beneficiária) mas desintegrou os esquemas associativos que lhe asseguravam voz; e impondo à política social ao mesmo tempo uma racionalidade privatizante – tecnicamente justificada – e um papel de moeda de troca no mercado político, desencadeou a sua (perversa) americanização.

Segundo a autora, nesse momento histórico, marcado pelo autoritarismo, houve a criação do INPS, Instituto Nacional de Previdência Social (através do Decreto nº 72, de 21 de novembro de 1966, mas oficialmente instalado em 1967), que pretendia uniformizar a legislação sobre contribuições e benefícios, centralizando tudo em um único Instituto, inclusive a assistência médica, que foi privatizada, ainda que mantida sob efetivo controle estatal.

E esse “franqueamento” ao capital privado não se deu apenas na área da saúde, mas também em relação a outros serviços, consideráveis rentáveis, como a educação, a habitação e o mercado de seguros³⁰¹.

²⁹⁹ VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil.** Estratégias de bem-estar e políticas públicas, p. 144.

³⁰⁰ Idem. 145.

³⁰¹ MOTA, Ana Elizabete. **Cultura da crise e seguridade social:** um estudo sobre as tendências da previdência e da assistência social brasileiro nos anos 80 e 90. São Paulo: Cortez, 1995, p. 139.

O novo modelo econômico, pautado no crescimento das grandes empresas de capital intensivo, gerou uma diferenciação entre os trabalhadores: de um lado, os assalariados, vinculados a essas grandes empresas, e de outro os precarizados. Com isso, consolidou-se, na década de 70, também a dupla face da política social: de um lado, as políticas voltadas para a reprodução da força de trabalho contratada pelo setor monopolista; e de outro, as políticas residuais, voltadas para a reprodução do trabalhador do setor não monopolista³⁰².

Mas, a trajetória da política de Previdência Social delineada nos anos 70 não ficou isenta de contradições, acirradas no final dessa década, com o esgotamento do milagre econômico³⁰³ e da estratégia de obtenção do consenso passivo das classes subalternas ao projeto político da ditadura militar, o que vem a compor um novo cenário econômico e político nos anos 80³⁰⁴ e a culminar na promulgação da Constituição Federal de 1988.

Em conformidade com Maria Lúcia Teixeira Werneck Vianna³⁰⁵ o resultado formal das mudanças operadas na Seguridade Social brasileira durante a década de 80 foi o estabelecimento de um sistema bastante avançado, que correspondia às expectativas em torno da política social³⁰⁶ e que alguns consideravam transformador de quase toda a realidade no país.

³⁰² MOTA, Ana Elizabete. **Cultura da crise e seguridade social**: um estudo sobre as tendências da previdência e da assistência social brasileiro nos anos 80 e 90, p. 141.

³⁰³ Dissertando sobre a questão, Maria Lúcia Teixeira Werneck Vianna (**A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**. Estratégias de bem-estar e políticas públicas, p. 149) diz que o ano de 1974 constituiu novo marco na trajetória da segunda modernização autoritária. O contexto político começou a sofrer mudanças no sentido da lenta e gradual distensão anunciada pelo General Geisel, o curso do “milagre econômico” se interrompe, as questões sociais ressurgem. E mais especificamente no que tange às políticas sociais, estas mudanças vão se traduzir no aceleração da “universalização excludente”.

³⁰⁴ MOTA, Ana Elizabete. *Op. cit.*, p. 142.

³⁰⁵ VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. *Op. cit.*, p. 151.

³⁰⁶ Por exemplo, o acesso à saúde se tornou universal, através da criação do SUDS (Sistema Único e Descentralizado de Saúde), previsto no Decreto nº 94.657, de junho de 1987, desaparecendo as distinções entre segurados e não-segurados da Previdência em relação ao atendimento médico.

De fato, ainda que limitados pelas condições objetivas dominantes da ordem capitalista, começaram a haver lutas pela autonomização das condições de reprodução do trabalhador em face da esfera da reprodução econômica do capital, o que, no plano político-jurídico, se manifestou através da institucionalização dos direitos políticos e sociais, fundados na necessidade do trabalho e não nas necessidades da venda da força de trabalho³⁰⁷.

Segundo Ana Elizabete Mota³⁰⁸, nos anos 80, a dinâmica desse movimento se inicia com o reconhecimento dos partidos organicamente vinculados aos trabalhadores, dos sindicatos e dos movimentos sociais como interlocutores da cena política brasileira. E, diferentemente do que ocorreu no passado, a burguesia se viu obrigada a atender certas reivindicações em função da nova correlação de forças que se estabeleceu na sociedade.

Os trabalhadores, nesse contexto, conseguiram ampliar bastante o campo de suas reivindicações, seja por meio de contratos coletivos de trabalho, ou seja por propostas encaminhadas pelas centrais sindicais e pelos partidos políticos, de natureza mais universal, que abriram espaço para a institucionalização de novos direitos políticos e sociais, tais como autonomia sindical, direito de greve, universalização da saúde e Previdência, além de mudanças na legislação trabalhista³⁰⁹.

³⁰⁷ MOTA, Ana Elizabete. **Cultura da crise e seguridade social**: um estudo sobre as tendências da previdência e da assistência social brasileiro nos anos 80 e 90, p. 151.

³⁰⁸ Idem, *ibidem*.

³⁰⁹ Idem, p. 151-2.

Todas essas alterações foram incorporadas pela Constituição de 1988, que “tentou” representar o ponto culminante do processo de restauração do Estado Social brasileiro, caracterizando-se como uma Carta compromissária, analítica e dirigente³¹⁰.

Especialmente no que tange à Seguridade Social, esta foi efetivamente consagrada como gênero que compreende Previdência, Assistência e Saúde, a partir da nova Lei Maior³¹¹.

Como aduzem Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen³¹², a posição tópica da Seguridade, inserida na Ordem Social, indica que tem como base o primado do trabalho, e como objetivos o bem-estar e a justiça social, compreendendo, na forma do artigo 194, um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos pertinentes às espécies que engloba, revelando-se, desse modo, um comprometimento de políticas sociais que, mais do que alcançar níveis mínimos de sobrevivência, aponta como teleologia a elevação das condições da vida da população, calcada no princípio da solidariedade.

³¹⁰ Não se pode negar, de fato, as diversas inovações trazidas pela nova Lei Maior, especialmente no concernente a direitos sociais. Já no Título I, são elencados, dentre os fundamentos que constituem o Estado Democrático de Direito, a cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Outrossim, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária – art. 3º, inciso I -, remetendo-se, pois, ao Estado do Bem-Estar Social. O Capítulo II, do Título I, condizente aos direitos fundamentais, refere-se a direitos sociais, e o Título VIII é todo dedicado à ordem social, incluindo a proteção à Seguridade, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e tecnologia, à comunicação, ao meio ambiente, à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, bem como aos índios.

³¹¹ Como afirma Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen (**Direito da Seguridade Social. Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 28) a Seguridade Social, na exata extensão do termo, enquanto sistema, foi criada no Brasil pela Constituição Federal de 1988. Até então, tinham-se instituições e mecanismos de cunho securitário, em especial previdenciário, porém esparsos e não sistematizados. Com a nova Carta Constitucional, a Seguridade Social se albergou no Capítulo II do Título VIII, que trata da Ordem Social, e foi situada enquanto gênero do qual constituem espécies a Saúde (arts. 196 a 200), a Previdência Social (arts. 201 a 202) e a Assistência Social (arts. 203 e 204).

³¹² FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Op. cit.*, p. 28.

Também, na nova Constituição, a Saúde e a Assistência pertencem a sistemas universalistas, enquanto que a Previdência existe mediante contribuição, adotando-se o sistema de repartição, mais próximo ao modelo inglês, portanto³¹³.

Mais especificamente no que tange ao Regime Geral da Previdência Social, objeto de estudo desse capítulo, acredita-se importante, juntamente com Daniel Machado da Rocha³¹⁴, apresentar os aspectos mais relevantes trazidos pela Lei de 1988. Assim, no que tange ao benefício da aposentadoria, passou a haver a possibilidade de o homem ou a mulher aposentarem-se por idade, respectivamente, com 65 e 60 anos, houve a redução de cinco anos para os trabalhadores rurais e nasceu a aposentadoria por tempo de serviço aos 35 anos para homens e 30 para mulheres, mantendo-se a tradição da idade mínima. Também, continuou a existir a aposentadoria especial para o professor, aos 30 anos de serviço e, para a professora, aos 25.

Quanto às demais inovações, passaram a existir a pensão por morte no caso do cônjuge sobrevivente ser homem e a previsão da contagem recíproca. No concernente à correção dos benefícios, foi cristalizada a forma de cálculo dos mesmos, a partir do reajuste monetário de todos os salários-de-contribuição e a aplicação de reajustes periódicos para os benefícios já concedidos com o desiderato de manter o seu valor real. Vale ainda mencionar a introdução do princípio de que o valor dos benefícios não pode ser inferior a um salário

³¹³ São princípios constitucionais, atinentes à Seguridade Social (art. 194, parágrafo único): I) universalidade da cobertura e do atendimento; II) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV) irredutibilidade do valor dos benefícios; V) equidade na forma de participação no custeio; VI) diversidade de base de financiamento; VII) caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Alguns deles, merecerão maior comentário adiante, quando se abordar a atual crise da Previdência Social.

³¹⁴ ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**, p. 73-4.

mínimo, e o asseguramento de gratificação natalina aos aposentados e pensionistas, tendo por base os proventos do mês de dezembro.

A Constituição de 1988, portanto, exerceu papel extremamente relevante, no sentido de consolidar a Seguridade Social no âmbito dos direitos fundamentais sociais³¹⁵.

Contudo, ainda assim, não se pode esquecer que o Estado, como visto no capítulo inicial desse trabalho, vive hoje um período de crise, o qual assume contornos diferenciados em países semi-periféricos, como o Brasil, no qual se constata que o Estado Providência não chegou efetivamente a ocorrer. E nesse contexto de crise(s) se encontra a Previdência Social, especialmente se pensada como um dos setores mais dispendiosos para a máquina estatal³¹⁶.

A esse respeito, diz Simone Barbisan Fortes³¹⁷ que a crise estrutural que atinge o Estado de Bem-Estar abarca também as políticas sociais, especialmente as previdenciárias, que se consubstanciam em um de seus mais expressivos caracteres. Isso porque, de um lado, fazem parte da própria mecânica que engendra a crise (aumento das demandas sociais) e, de

³¹⁵ Com efeito, não há como se negar o caráter de direitos fundamentais dos mesmos, ainda que incluam direitos prestacionais. Defendendo a referida assertiva, Ingo Wolfgang Sarlet (**A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 259) sustenta que os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, sendo imediatamente aplicáveis, nos termos no art. 5º, parágrafo 1º, da Lei Maior. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, incidindo (com muito mais razão) a regra geral, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.

³¹⁶ De acordo com o diagnóstico de crise do Estado Providência, em Rosanvallon (**A crise do Estado-providência**, p. 13), três são os elementos de análise: a) o Estado se encontra atualmente em um impasse financeiro; b) sua eficácia econômica e social diminuiu; c) seu desenvolvimento é contrariado por certas mutações culturais em curso. Também dissertando acerca da crise do Estado e suas implicações na Previdência Social, Simone Barbisan Fortes (FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 137) afirma que a transposição do Estado liberal para o Estado Social implicou no crescimento da máquina estatal, que passou a atuar e investir nos mais diversos setores econômicos, como alavancadora do processo produtivo. Ao mesmo tempo, a democratização das relações sociais permitiu que as classes tradicionalmente oprimidas fizessem chegar ao Estado suas demandas, aumentando, assim, a extensão das políticas sociais por ele devidas, que se consubstanciam não mais em favores, mas efetivos direitos de cidadania.

³¹⁷ FORTES, Simone Barbisan. *Op. cit.*, p. 138.

outro, porque o Estado, com a diminuição das receitas, não se encontra mais apto a satisfazê-las³¹⁸. Efetivamente, em relação às políticas previdenciárias, põe-se, em primeiro lugar, o problema de financiamento e, depois, a própria ineficiência estatal em garantir prestações efetivamente satisfatórias (insuficiência das garantias alcançadas aos cidadãos). A tudo isso, ainda se aliam os impasses culturais, gerando, assim, uma efetiva crise de solidariedade.

Adiante, seguindo os objetivos propostos, essa “crise” da Previdência Social brasileira será explorada, especialmente porque se acredita que todas as dificuldades afetas à Previdência têm relação direta com o enfrentamento da possibilidade de sobrevivência da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito.

3.2 PREVIDÊNCIA E (M) CRISE

A Constituição de 1988, como afirmado, foi bastante inovadora em matéria de direitos sociais, incorporando, formalmente, os conteúdos próprios do Estado Democrático de Direito, especialmente no que tange à Seguridade Social.

³¹⁸ Sobre a crise estrutural, retomar MORAIS, José Luis Bolzan. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**.

Mas, além de ser uma Carta promulgada em um período de transição democrática³¹⁹, a nova Lei Maior também sofreu as influências de um novo contexto, marcado globalmente por problemas econômicos, especialmente em razão do aumento das demandas estatais³²⁰ e sociais, como o crescimento da expectativa de vida dos cidadãos.

Tais fatores levaram à dificuldade de implementação das políticas prestacionais descritas na Lei Maior.

³¹⁹ Como afirma José Eduardo Faria (“A eficácia do direito na consolidação democrática.” In: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. Direito e direitos, São Paulo, n° 30, p. 35-72, 1993, p. 35-6): “...o processo de transição democrática na América Latina tem duas fases: do ponto de vista jurídico-formal, ele começa com a restauração do respeito à lei, avança com o restabelecimento dos mecanismos representativos e o retorno das eleições diretas, por meio do voto secreto e universal, e se encerra no ato da promulgação de uma nova constituição; do ponto de vista político substantivo, no entanto, o processo de transição democrática somente estaria terminado caso se revelasse capaz de propiciar a estabilização da moeda, a retomada do crescimento, a superação das desigualdades sociais, regionais e setoriais e o equacionamento da marginalização econômica de amplos segmentos da sociedade. Como se vê, embora a expressão ‘transição democrática’ seja de uso constante para designar o processo de distensão do autoritarismo ao pluralismo, ela não é, por si só, explícita e auto-unívoca. O problema desse conceito está na complexidade de seu objeto: longe de ser linear ou racional, tal processo não se esgota com a dissolução de um regime autoritário, mediante uma simples liberação do sistema político. A elaboração teórica dos processos de ‘abertura’, especificamente aquela produzida nos anos 80, afirma que eles só se consolidam efetivamente quando o regime recém-liberalizado, além de restaurar o pleno exercício do pluralismo, restituir os direitos políticos e as garantias públicas, restabelecer institutos jurídicos abolidos ou pervertidos durante o regime autoritário e definir regras democráticas para o jogo representativo, também institucionaliza os direitos sociais e econômicos e promove reformas e mudanças estruturais”. Logo, é possível verificar que o período de promulgação da Constituição de 1988 representou um momento de total fragilidade política e social no país.

³²⁰ Estelle James (“Novos sistemas previdenciários: experiências, evidências e questões pendentes.” In: **A economia política da reforma da previdência**. Traduções de textos selecionados. Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, 2001. v. 9, p. 11-2), comentando acerca dos problemas enfrentados pela Seguridade Social no mundo, refere que a maioria dos sistemas formais de seguridade é gerenciada pelo governo, que paga determinados benefícios segundo uma fórmula baseada nas rendas e nos anos de serviço do trabalhador e são financiados por impostos incidentes sobre a folha de pagamento nos moldes de repartição simples. Mas, esses sistemas geram muitos problemas, dentre os quais: I) elevadas e crescentes alíquotas sobre a folha de pagamento, que pode aumentar o desemprego; II) sonegação e escape para o setor informal, onde é mais baixa a produtividade; III) aposentadoria antecipada, o que reduz a oferta de mão-de-obra experiente; IV) má alocação de recursos públicos, à medida em que as escassas receitas fiscais são usadas para benefícios previdenciários, em vez de educação, saúde ou infra-estrutura; V) perda da oportunidade de aumentar o nível da poupança de longo prazo; VI) incapacidade de redistribuição para grupos de baixa renda; VII) transferências intergeracionais não pretendidas; e VIII) crescimento de uma grande dívida previdenciária pública implícita e oculta, o que introduz um desequilíbrio financeiro no sistema.

Escrevendo em 1993, Sônia Miram Draibe³²¹ questiona:

Após praticamente dez anos de reformas continuadas e com o volume de modificações pretendidas, que afinal sucedeu com nossas políticas de bem-estar social, com nosso Welfare State? Infelizmente, o balanço é bastante negativo. Chegamos em 1993 com as políticas sociais carentes de recursos e de rumos, além de se mostrarem dramaticamente ineficazes³²².

Segundo a autora³²², o ano de 1993 (data em que escreve seu texto) demonstra pobres cada vez mais desprotegidos do que estavam há meia ou uma década atrás. Os programas sociais, tais como programas de alimentação e nutrição, foram paralizados ou desapareceram. Para a massa da população pobre e indigente, restaram a escola de primeiro grau e o atendimento básico de saúde, minados de problemas, e também a merenda escolar, descontínua e sem financiamento garantido.

E se a instabilidade econômica poderia ser uma das causas da situação acima referida, tal se revela, no entender de Miriam Draibe³²³, um diagnóstico insuficiente. Com efeito, os avanços no campo social são inegáveis. Mas, tais avanços vêm com a marca original de “proteger os protegidos”, isto é, nas reformas sociais dos anos 80 o mecanismo cooptativo e o padrão vertical de expansão de benefícios são mantidos. Não são verificados “direitos” e sim, “privilégios de categorias funcionais”. As concessões tendem a ser instrumentalizadas através de uma rede burocrática clientelística.

Sendo assim, ao se processar a agenda democrática de reforma dos programas sociais brasileiros, ao mesmo tempo em que no plano jurídico-institucional foram ampliados os

³²¹ DRAIBE, Sônia Miriam. “Qualidade de vida e reformas de programas sociais: o Brasil no cenário latino-americano.” In: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. Qualidade de vida. São Paulo, n° 31, p. 5-46, 1993, p. 5.

³²² Idem, ibidem.

³²³ Idem, p. 43.

direitos sociais e estendido o escopo da proteção, ocorreu um aprofundamento do fosso entre os “habilitados” para benefícios e serviços sociais, e os “não-habilitados”³²⁴.

A situação brasileira, descrita acima, não foi isolada, ou seja, também outros países, especialmente os periféricos e semi-periféricos, enfrentavam dificuldades semelhantes, o que levou o Banco Mundial, em 1994, a publicar um documento, chamado “Envelhecendo sem Crise”, no qual procurava estabelecer uma nova “ortodoxia previdenciária”³²⁵.

Tal documento recomendava um sistema capitalizado e gerenciado pelo setor privado, em vez de um sistema plenamente público, de repartição simples e benefícios definidos. Especificamente, o Banco Mundial sugeria a adoção de um sistema previdenciário assentado em três pilares: a) um pilar obrigatório, gerenciado pelo governo e financiado a partir dos impostos para fins de redistribuição (a intenção seria proporcionar uma “rede de segurança” social para os idosos, principalmente aqueles cuja renda vitalícia tenha sido baixa); b) um pilar obrigatório gerenciado pelo setor privado e plenamente capitalizado para a finalidade de poupança (estabeleceria um vínculo atuarial entre os benefícios e as contribuições, como em um plano de contribuição definida. Seria plenamente capitalizado e gerenciado em moldes competitivos pelo setor privado); c) um pilar voluntário para aquelas pessoas que desejassem mais proteção na aposentadoria (seria composto por anuidades voluntárias e ofereceria renda previdenciária suplementar àquelas pessoas que almejassem maior poder de consumo na aposentadoria)³²⁶.

³²⁴ DRAIBE, Sônia Miriam. “Qualidade de vida e reformas de programas sociais: o Brasil no cenário latino-americano.” In: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. Qualidade de vida, p. 44.

³²⁵ FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 148.

³²⁶ Segundo Estelle James (“Novos sistemas previdenciários: experiências, evidências e questões pendentes.” In: **A economia política da reforma da previdência**, p. 12-3).

Comentando a proposta do Banco Mundial, Simone Fortes³²⁷ diz que a mesma estaria centrada na máxima redução dos patamares protetivos públicos, limitados, preferencialmente, à Assistência Social, ou seja, destinados, tão-somente, ao combate à pobreza.

A adoção desse sistema de Seguridade, pois, implica um afastamento do modelo de *Welfare State*, pautado no bem-estar social e no princípio da solidariedade. Com efeito, trata-se de um sistema calcado na busca individual de proteção e segurança³²⁸, extremamente vinculado ao liberalismo clássico.

E muitos países acabaram adotando variações dessa proposta do Banco Mundial, como, na América Latina, Chile, Argentina, Colômbia, Peru, Uruguai e Bolívia, que pautaram sua Previdência Social em contas individuais de aposentadoria, através da escolha de entidades gestoras de investimento³²⁹.

Ao revés dessa tendência, provocada pela crise dos sistemas de prestação social na década de 90, contudo, o Brasil manteve os pilares constitucionais sobre os quais estaria assentada a sua Seguridade Social, especialmente o sistema de repartição e os princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, da irredutibilidade do valor dos benefícios, da equidade na forma de

³²⁷ FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p.149.

³²⁸ Nesse sentido, Simone Fortes (FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 149) refere que o risco social, para além da linha da pobreza, deixa de ser diluído entre toda a sociedade. Não há, salvo no que tange ao patamar mínimo assistencial, solidariedade social para fazer frente às contingências: cada um poupa para si, e tem a proteção correspondente àquilo que poupou.

³²⁹ JAMES, Estelle. "Novos sistemas previdenciários: experiências, evidências e questões pendentes." In: **A economia política da reforma da previdência**, p. 16.

participação no custeio, da diversidade de base de financiamento e do caráter democrático e descentralizado da administração.

Mas, ainda assim, esse país não se viu imune à necessidade de reformas, já que os problemas enfrentados pelos países do resto do mundo também afetavam/afetam o Brasil, além das dificuldades particulares que enfrenta essa Nação, no sentido de concretizar o elenco de direitos sociais previstos na Lei Maior³³⁰.

Logo, em 15 de dezembro de 1998 foi publicada a Emenda Constitucional nº 20, que procedeu à primeira grande reforma na Previdência Social brasileira. Ao salientar a necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário, a Emenda nº 20 demonstrou uma preocupação elevada em conferir certo caráter comutativo à Previdência, na medida em que estreitou os laços entre contribuição e acesso aos benefícios – só há proteção onde houver contribuição – e mais, entre o aporte contributivo e a respectiva renda das prestações – a cada um o benefício correspondente às contribuições vertidas³³¹.

³³⁰ Como diz Simone Fortes (FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p.207-8) o sistema adotado no Brasil é o de repartição, tanto no que se refere aos trabalhadores da iniciativa privada, quanto aos servidores públicos, ou seja, todos contribuem para o fundo comum do respectivo regime a que estiverem filiados e dele advém os recursos para manutenção das prestações e da respectiva estrutura administrativa. Mas, entre os regimes medeia profundo distanciamento não somente administrativo, como também no que tange ao custeio, requisitos para a obtenção de benefícios e à forma de cálculo de suas rendas, o que se mostra em desconformidade com o princípio da uniformidade de atendimento. Outrossim, segundo a autora, citando dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, em 2001, muito embora formalmente os regimes abarquem, formalmente, na condição de beneficiários obrigatórios, todos os trabalhadores da iniciativa privada e do serviço público, dos 70,6 milhões de trabalhadores brasileiros, apenas 30 milhões contribuem para a Previdência Social. Ou seja, 40,6 milhões não possuem cobertura alguma de regime previdenciário. Nesse ponto, é preciso esclarecer que a Seguridade Social brasileira abarca três regimes previdenciários: o Regime Geral da Previdência Social, pertinente a trabalhadores da iniciativa privada e gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o Regime Próprio da Previdência Social, no âmbito da União, Estados e Municípios, relativo a servidores públicos, e o Sistema de Previdência Complementar, administrada por regime privado e organizada de forma autônoma em relação ao Regime Geral. Nesse estudo, a análise se limita ao primeiro regime, qual seja, o Regime Geral.

³³¹ FORTES, Simone Barbisan. *Op. cit.*, p. 210.

Tratou-se, no dizer de Simone Fortes³³², de supostamente adequar o regime previdenciário às exigências de equilíbrio atuarial, sob os fundamentos de uma linha neoliberal que, para além de meras reformulações tendentes a evitar a quebra financeira do regime, operou na realidade, a redução dos limites de proteção.

Comentando a primeira reforma previdenciária pós-1988, Daniel Machado da Rocha³³³ aduz que a mesma apresentou caráter eminentemente restritivo.

Dentre as alterações sofridas na Constituição, o autor³³⁴ aponta a desconstitucionalização da regra de cálculo do valor dos benefícios, o término das aposentadorias especiais para professores universitários, jornalistas e aeronautas, a restrição do salário-família e do auxílio-reclusão para as famílias consideradas de baixa renda, a fixação de um limite máximo para benefícios do Regime Geral, a ampliação da previdência complementar – revogando-se a regra que previa a instituição de um regime público complementar – a instituição de restrições à acumulação de remuneração e proventos de aposentadoria e a aplicação das mesmas regras definidas para os servidores públicos aos magistrados, promotores e membros do Tribunal de Contas, excluindo-se os militares, em razão da Emenda Constitucional nº 18/98.

³³² FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 210.

³³³ ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**, p. 76.

³³⁴ Idem, *ibidem*.

Mais especificamente no que tange à aposentadoria por tempo de serviço, essa passou a ser chamada de “aposentadoria por tempo de contribuição”, o que evidenciou ainda mais o caráter contributivo trazido pela reforma³³⁵.

Outro fator importante trazido pela Emenda nº 20 foi a desconstitucionalização da regra de cálculo do valor dos benefícios, ou seja, destinou-se tal tarefa à legislação ordinária, o que levou à segunda reforma previdenciária pós-1988³³⁶, através da publicação da Lei 9.876/99, responsável por modificar os critérios de apuração do salário-de-benefício³³⁷.

Hoje, consiste o salário-de-benefício, nas aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição,

³³⁵ Como diz Simone Fortes (FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 212): “Essa modificação ressalta a necessidade de aporte contributivo para a perfectibilização da relação previdenciária, o que caminha na contramão da idéia de universalização do regime previdenciário para que atenda a todos os trabalhadores, já que, em contrapartida, não se estabeleceu um regime contributivo mais equânime que pudesse operar a incorporação de todo o contingente de trabalhadores que, de uma forma ou de outra, colaboram para a movimentação da economia nacional e que, nada obstante, encontram-se à margem da proteção previdenciária”.

³³⁶ O que releva notar, porém, é que a primeira reforma previdenciária, após a Constituição de 1988, foi resultado de uma Emenda Constitucional em 1998 (Emenda nº 20, de 15 de dezembro), quando, inclusive o Banco Mundial, já havia percebido as deficiências de sua orientação de 1994, acerca da necessidade de voltar ao Estado mínimo. Interessante, nesse ponto, o que afirma Gilberto Dupas (“A lógica econômica global e a revisão do *Welfare State*: a urgência de um novo pacto.” In: **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 1999, p. 219). Para o autor, a internacionalização dos agentes econômicos privados e a privatização dos serviços públicos de infra-estrutura, além de trazer claros benefícios à eficiência econômica da produção, têm gerado tendência simultânea de aumento do desemprego formal e crescente flexibilização da mão-de-obra. Em decorrência, os governos acabam, inevitavelmente, pressionados a garantir certa “proteção social” às crescentes populações carentes, em contradição com seus recursos fragilizados pela meta imperiosa de equilíbrio orçamentário. Dupas (Idem. p. 220) verifica, assim, duas tendências do cenário mundial, no final da década de 1990: “Após ampla aceitação do esgotamento das possibilidades de manutenção das práticas keynesianas, o debate acabou balizando-se entre a idéia de um ‘Estado mínimo’ – que não crie nenhum embaraço ao mercado – e de um ‘Estado forte’ – que saiba atuar no mundo globalizado minimizando seus conflitos, inclusive a exclusão social”. E a tendência do Banco Mundial, segundo o autor (Idem. Ibidem.), que cita relatório publicado em 1997, é de se inclinar para a necessidade de um “Estado forte”, entendendo que um Estado atuante e não um Estado mínimo é essencial ao desenvolvimento econômico e social, ainda que como parceiro e facilitador. Tal posição do Banco Mundial, pois, diz Dupas, implica a revisão de conceitos mais liberais que caracterizaram as recomendações dessa instituição até recentemente. Provavelmente o autor esteja se referindo ao relatório de 1994, já referido nesse trabalho. Há um reforço, assim, das idéias mencionadas no capítulo inicial desse estudo, no sentido de que, efetivamente, o Brasil deve ser considerado como um país de modernidade tardia.

³³⁷ Na definição de Sérgio Pinto Martins (**Direito da Seguridade Social**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 318) salário-de-benefício é a média aritmética de um certo número de contribuições utilizada para o cálculo da renda mensal inicial do benefício. O artigo 202 da Constituição Federal, segundo o autor (Idem. p. 319) previa que o cálculo do benefício seria feito de acordo com a média dos 36 últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, sendo feitos reajustes de modo a preservar seu valor real.

correspondentes a 80% de todo o período contributivo, multiplicado pelo fator previdenciário, que é facultativo no caso das aposentadorias por idade³³⁸. O fator previdenciário, por sua vez, é uma fórmula introduzida na própria Lei 9.876/99, que utiliza como grandezas a expectativa de vida, o tempo de contribuição, a idade, e uma alíquota que corresponde a 0,31.

Em princípio, a idéia dessa nova forma de cálculo do salário-de-benefício seria corrigir o aumento da expectativa de vida da população, já que, através do fator previdenciário, aposenta-se com renda maior quem tiver maior idade. Contudo, tal sistemática criou outras distorções, segundo infere Simone Barbisan Fortes³³⁹:

A idéia subjacente (...) é a de equalizar as aposentadorias precoces com o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do regime, diminuindo-se o valor da renda para pessoas que gozariam por mais tempo do benefício, sem perda do compromisso solidário. Nesta linha, a teleologia da mudança não parece ferir o princípio da igualdade na dignidade e da redistribuição de renda, que demanda tratamentos diferenciados em situações diferenciadas. Nada obstante, é preciso sinalar que, do ponto de vista técnico, a figura do fator previdenciário apresenta graves deficiências que operam desigualdades injustas (que não se prestam a igualar situações desiguais), ainda a serem solucionadas para uma perfeita adequação aos critérios de Justiça Social.

Como menciona a autora³⁴⁰, através da fórmula do fator previdenciário há, por exemplo, uma redução maior da renda para as mulheres, já que aquele é único para homens e mulheres e estas, adquirem direito à aposentadoria com menos tempo de contribuição e, portanto, com menos idade. Também, a novel reforma privilegia os que ingressam no mercado de trabalho mais tarde – pois completarão com mais idade o tempo mínimo para a inatividade – que são, justamente, os com melhor nível de instrução. Com isso, bloqueia-se em certa medida a redistribuição de renda, uma vez que os que ingressam mais cedo no

³³⁸ Art. 3º da Lei 9.876/99.

³³⁹ FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 214-5.

³⁴⁰ Idem, *ibidem*.

mercado de trabalho são justamente os com menores níveis de renda e que estão mais sujeitos ao desemprego. Por fim, o fator previdenciário utiliza a expectativa de vida nacional, desconsiderando peculiaridades locais bastante relevantes³⁴¹.

Efetivamente, pois, as duas reformas sofridas pela Previdência Social brasileira foram responsáveis por afastar dos fundamentos que cercam o Estado de Bem-Estar Social o exemplar sistema de proteção social previsto, originalmente, na Lei Maior.

É possível constatar certo distanciamento do sistema de repartição, por exemplo, já que o problema do custeio das demandas sociais é evidenciado através das duas mudanças verificadas, o que leva também à reaproximação da Seguridade Social brasileira ao sistema Industrial-meritocrático, de Bismark. Não se pode deixar de pensar, assim, em retrocesso social, elemento que abala, como visto no capítulo anterior, a segurança jurídica – o Estado acaba se distanciando de sua função de garantidor das demandas sociais.

Mas, antes de adentrar nessa questão, vale comentar brevemente a mais recente reforma previdenciária brasileira, resultado de nova Emenda Constitucional – a Emenda nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que atinge, essencialmente, aos servidores públicos,

³⁴¹ Também discorrendo sobre o fator previdenciário, imposto pela reforma de 99, Maria Amélia Senos de Carvalho (Reforma da Previdência e Direito Adquirido. In: **Revista de Previdência Social**. V. XXIV. Nº 237, p. 773-776. São Paulo. Agos. 2000. p. 774) diz que especialistas em estatística e técnica previdenciária denominaram o multiplicador como arbitrário porquanto, apesar de conter elementos atuariais (expectativa de vida, tempo de contribuição e idade), a fórmula não se baseia em critério atuarial ou naquilo que seria atuarialmente justo. Por outro lado, refere a autora que a tabela de expectativa de vida é a tábua do IBGE, o que gera problemas técnicos e eventuais distorções, já que o conjunto de beneficiários do Regime Geral tem características próprias que lhe garantem uma expectativa de vida maior do que a do Brasil como um todo. Outrossim, a tábua do IBGE não tem como registrar os óbitos não reportados, o que diminui a expectativa de vida nela prevista e, conseqüentemente, aumenta o valor dos benefícios. Na opinião da autora, portanto, uma tábua específica para os beneficiários da Previdência deveria ter sido formulada. Por derradeiro, ainda comentando acerca dos problemas causados pelo fator previdenciário, Maria Amélia de Carvalho menciona que o multiplicador prolonga o tempo de contribuição, o que leva o trabalhador a permanecer em atividade, acarretando, com isso, redução na oferta de trabalho no mercado. Em síntese, pois, para a autora a reforma no cálculo do salário-de-benefício não condiz com a realidade brasileira.

procurando equiparar o Regime Próprio ao Regime Geral³⁴² e mais, aproxima-se bastante de um dos pilares previdenciários propostos pelo Banco Mundial, em 1994, ao instituir um regime de previdência complementar aos servidores que recebam acima do teto do Regime Geral³⁴³.

Tal reforma foi responsável por acirrado debate político já que, a espelho da Emenda Constitucional nº 20, provocou alterações substanciais na Previdência Social desse país, ainda que, como dito acima, em sua maioria, mudanças pertinentes ao Regime Próprio dos servidores³⁴⁴, categoria que, efetivamente, encontra-se em momento de total insegurança,

³⁴² Foram alterados os artigos 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201, e revogado o art. 142, inciso IX, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988.

³⁴³ Como sustenta Daniel Machado da Rocha (**O direito fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**, p. 77): “Contando com um apoio maciço dos meios de comunicação, buscou-se convencer a sociedade de que a previdência pública é uma instituição falida. Em face dessa situação dramática, como verdadeira panacéia capaz de resolver todos os problemas nacionais, o Poder Executivo apresentou sua receita milagrosa: a inclusão de um pilar obrigatório de previdência privada, em um primeiro momento, afetando os servidores públicos que recebem acima do teto do regime geral. A referida medida, segundo o apregoado por seus arautos, teria o condão de tonificar a capacidade de poupança nacional, robustecer o mercado interno, viabilizar o crescimento da economia e talvez, até mesmo gerar os dez milhões de empregos prometidos pelo atual Presidente em sua campanha”. Tal modificação está nos parágrafos 14 e 15 do artigo 40 da Constituição Federal: “§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. § 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida”. Ou seja, a partir da imposição de um teto previdenciário aos servidores públicos, fica expressamente instituído o regime de previdência complementar para a categoria, à semelhança do segundo pilar proposto pelo Banco Mundial, em 1994 - um pilar obrigatório gerenciado pelo setor privado e plenamente capitalizado para a finalidade de poupança.

³⁴⁴ Em síntese, foi instituída a contribuição de inativos (que passaram a ter descontado em seus proventos de aposentadoria o percentual de 11%), houve o abandono do princípio da integralidade, ou seja, as aposentadorias e pensões dos novos inativos não mais representarão o valor da última remuneração, mas a média das remunerações percebidas no serviço público e em eventual atividade privada, tendo como limite o teto do regime geral da Previdência Social e um abono de permanência de 11% para os servidores que optarem por continuar trabalhando. Com a novel reforma, destarte, pode-se vislumbrar quatro categorias de servidores, a saber: servidores já inativos, novos inativos, ativos anteriores à Emenda Constitucional nº 20 de 1998, e ativos posteriores a 1998. Quem ingressou no serviço público a partir de 1998 garantiu a aposentadoria integral, com o preenchimento dos seguintes requisitos: idade (60 anos, se homem, 55 anos, se mulher); tempo de contribuição (35 anos, se homem, 30 anos, se mulher); 20 anos no serviço público; 10 anos de carreira e 5 anos no último cargo. Para os servidores anteriores a 1998, a EC nº 20 trouxe uma regra de transição: 53 anos de idade, se homem, 48 anos de idade, se mulher; 35 anos de contribuição, se homem, 30 anos de contribuição, se mulher e pedágio de 20% sobre o tempo que faltava, naquela data, para completar o tempo de contribuição. Esses servidores, não obstante já atingidos pela regra de transição, com a EC nº 41, sofrerão mais uma mudança em seu regime jurídico: a implantação de um redutor no salário-de-contribuição em relação à idade de referência - 60 anos - no percentual de 5% a partir de 2006, e 3,5% entre 2004 e 2005. Já os que ingressarem sob a vigência da EC nº 41 terão uma penalidade ainda maior: um teto de aposentadoria no valor de R\$ 2.400,00. Ainda é preciso registrar que, não obstante algumas regras ainda sequer tenham sido efetivamente aplicadas, a chamada “Pec Paralela” (Proposta de Emenda Constitucional nº 77), veio para restabelecer a paridade no reajuste de benefícios entre os servidores que se aposentarem e os servidores na ativa (desde que o aposentado tenha 20 anos de serviço público, 10 anos na carreira e 5 anos no último cargo que ocupou), autorizar a adoção de critérios especiais para a aposentadoria de portadores de deficiência, e isentar de contribuição os aposentados e pensionistas com doenças incapacitantes que recebam pensões ou aposentadorias até o limite de R\$ 4.800,00 (União) ou R\$ 2.880,00 (Estado) – valores constantes da Proposta de Emenda. Além disso, o servidor público que completar o tempo de serviço, antes da idade mínima, terá sua aposentadoria antecipada em um ano para cada ano excedente trabalhado.

especialmente porque a Emenda Constitucional nº 47, fruto da “Pec Paralela”, apenas recentemente ingressou no ordenamento jurídico – julho de 2005.

O que não se pode, entretanto, é afirmar, de pronto, que a Emenda nº 41 contraria a noção de segurança jurídica material preconizada nesse estudo (que inclui não apenas segurança individual, mas também social) já que, para tanto, seria necessária análise específica, averiguando-se os motivos que ensejaram a reforma, dados estatísticos, casos concretos, e assim por diante. Somente é possível verificar que, de fato, a segurança individual dos servidores foi abalada, especialmente através da imposição da contribuição de inativos àqueles que já estavam aposentados na data da reforma.

No que tange ao Regime Geral, objeto desse capítulo, constata-se que a reforma de 2003, ao contrário do desenho traçado para os servidores, foi positiva, já que acrescentou o parágrafo 12 ao artigo 201, determinando que lei disponha sobre sistema especial de inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda (donas de casa e trabalhadores sem vínculo empregatício), garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo.

Na Emenda Constitucional nº 47 (“Pec Paralela”) há a introdução do parágrafo 13 ao artigo 201, especificando que o sistema especial de inclusão previdenciária previsto no parágrafo 12 terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do Regime Geral.

A nova reforma, portanto, representa uma tentativa de maior inclusão social para os trabalhadores que ficam excluídos do Regime Geral de Previdência, em razão de não ter renda. Mas, ainda assim, os dispositivos que aproximam o Estado brasileiro do modelo

Industrial-meritocrático previdenciário permanecem em vigor, criando, na realidade prática, situações que dificultam a concretização do Estado Democrático de Direito no país, através da implementação de direitos sociais.

Com efeito, a crise financeira é sempre utilizada como causa para a falta de implementação de políticas sociais, ou mesmo para a criação de obstáculos do acesso ao sistema (são impostas altas contribuições, inúmeros requisitos para a obtenção dos benefícios e benefícios de valores baixos), o que leva a persistirem problemas antigos, dentre os quais, destaca-se a falta de estímulo ao emprego (o custo de um empregado, atualmente, é extremamente oneroso aos empregadores).

Destaque-se, entretanto, um estudo elaborado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (ANFIP)³⁴⁵, que analisou a Seguridade Social brasileira em 2001, o qual indica que, apesar de uma permanente campanha oficial negativa em que se propaga para a opinião pública que o Regime Geral de Previdência possui um *déficit* estrutural, o sistema continua apresentando crescimento ano após ano em sua arrecadação. Em 2001, a arrecadação líquida da Previdência cresceu 12,16% (passando de R\$ 55,715 bilhões para R\$ 62,491 bilhões), crescimento bem acima do verificado na economia brasileira³⁴⁶.

³⁴⁵ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (ANFIP). **Análise da Seguridade Social - 2001**. Disponível em: <<http://www.fundacaoanfip.org.br/pdfs/estudos5.zip>>. Acesso em: 11 out. 2005.

³⁴⁶ Em conformidade com o estudo apresentado pela ANFIP, a receita da Seguridade, em 2001, teve a seguinte composição: a) COFINS (R\$ 45,679 bilhões); b) Contribuição sobre o Lucro Líquido (R\$ 8,968 bilhões); c) Arrecadação Previdenciária Líquida (R\$ 62,491 bilhões); d) Outras receitas do INSS – rendimentos financeiros, antecipação de receita e outros, segundo o Fluxo de Caixa do INSS (R\$ 0,618 bilhão); e) Receita própria do Ministério da Saúde (R\$ 0,962 bilhão); f) Outras contribuições sociais – contribuições sobre o DPVAT, que vai para a saúde, prêmios prescritos e bens apreendidos (R\$ 0,481 bilhão). Tais valores totalizam R\$ 136,877 bilhões. Em contraponto, essas foram as despesas da Seguridade Social, no mesmo ano: a) Benefícios (R\$ 78,697 bilhões); b) Saúde (R\$ 21,111 bilhões); c) Assistência Social Geral (R\$ 1,875 bilhão); d) Custeio e outras

O que ocorre, na verdade, são algumas disfunções, como no caso do COFINS (Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social). O estudo elaborado pelos técnicos da ANFIP, com efeito, indica que, pela execução orçamentária de 2001, passada pela Secretaria do Tesouro Nacional, foi arrecado um total de R\$ 45,678 bilhões, dentre os quais R\$ 13,462 bilhões teriam sido repassados à Previdência. Mas, o Fluxo de Caixa do INSS demonstra que este, na realidade, recebeu R\$ 13,845 bilhões da STN. Logo, haveria uma diferença de R\$ 383 milhões a maior, valor este alocado possivelmente em outras ações do Ministério da Previdência, mas sem a devida transparência.

Sem a intenção de ficar-se restrito à problemática do desvio de verbas, contudo, o que releva notar, do estudo apresentado acima, é que os problemas verificados na Previdência Social brasileira vão muito além de dificuldades financeiras, inclusive porque as mesmas são contestáveis³⁴⁷. Há, por certo, a necessidade de repensar valores, pondo-se em prática os fundamentos que, desde 1988, constam da Lei Maior do país, dentre eles, a relevância da solidariedade social.

Mais especificamente no que tange à Previdência, surge a importância da sua convivência com os conteúdos próprios do Estado Democrático de Direito, impondo-se o abandono ao excessivo positivismo ou formalismo ainda persistente, através da concretização de valores substanciais que possam assegurar, plenamente, os direitos sociais e, desse modo, garantir a proteção da confiança e a proibição de retrocesso social, o que será visto adiante.

ações do MPAS – custeio administrativo e de pessoal (R\$ 3,497 bilhões); e) Ações do fundo de combate à pobreza (R\$ 0,233 bilhão). Tais valores totalizam R\$ 105,413 bilhões. Há, portanto, um saldo positivo de R\$ 31,465 bilhões.

³⁴⁷ Não se pode negar que o aumento da demanda de prestações sociais gere um aumento de despesas. Contudo, tais despesas, pelo estudo apresentado, já foram incorporadas na receita do país, não havendo motivos para se alegar déficit previdenciário.

3.3 (RE)PENSANDO A PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA A PARTIR DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE SEGURANÇA JURÍDICA

Há duas histórias possíveis do Estado Providência: a) Institucional - fundamentada na análise da aplicação de técnicas securitárias ao domínio social e à sua extensão; b) Filosófica – articulada em torno da noção de cidadania, que relaciona os direitos sociais com a dívida contraída pelo Estado com os indivíduos³⁴⁸.

O contexto atual, para Pierre Rosanvallon³⁴⁹, exige a segunda abordagem, ou seja, que se pense o Estado de Bem-Estar Social a partir de uma concepção mais filosófica e política, que propriamente econômica ou atuarial. E para que se alcance o objetivo proposto, surge a necessidade de compensar a oposição tradicional entre justiça comutativa³⁵⁰ e justiça distributiva³⁵¹ - já que a justiça é sempre incerta, derivada do debate público em que se discute o contrato social – o que é feito através da solidariedade, entendida pelo autor³⁵² como ação

³⁴⁸ ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**. Repensando o Estado Providência, p. 53.

³⁴⁹ Idem, p. 54.

³⁵⁰ A justiça comutativa, segundo Simone Fortes (FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 38), valendo-se do critério de igualdade absoluta, aritmética, é o tipo de justiça que rege as relações de sujeitos sob o ponto de vista individualista, a despeito de estarem eles inseridos em uma comunidade política. Visa ao bem individual, em primeiro plano, embora enquanto critério aplicável a todos vise, de forma indireta, também ao bem de todos.

³⁵¹ A justiça distributiva, para Simone Fortes (FORTES, Simone Barbisan. *Op. cit.*, p. 38) é aquela que tem lugar no âmbito das relações da comunidade com seus integrantes, regendo as distribuições dos bens e coisas comuns, ou, ainda, encargos, entre todos. Mas, há uma dificuldade na aplicação dessa concepção de justiça, que se encontra no estabelecimento do justo convencional, ou dos efetivos critérios distributivos de igualdade proporcional a serem aplicados nas relações concretas, ou seja, a despeito de se ter como justo natural o critério da contribuição individual em favor da comunidade, como serão consideradas tais contribuições, enquanto geradoras de direitos, no seio de comunidades políticas reais? (Idem. p. 43). E em razão das dificuldades surgidas a partir da idéia de justiça distributiva nasceu um novo conceito – a justiça social. Em conformidade com Simone Fortes (Idem. p. 53), a concepção de justiça social nasce a partir da idéia de justiça distributiva, porém se desenvolve de tal maneira que se autonomiza, estabelecendo-se um novo critério de regulação das relações entre a comunidade política e o indivíduo. Através da justiça social, pois, incumbe a cada indivíduo o dever de participar na formação do bem comum, para que se efetive a dignidade humana de todos os membros da comunidade. A justiça social, mescla caracteres da justiça comutativa e distributiva, regulando as relações entre os indivíduos considerados na sua condição de membros da comunidade - parte integrante do todo com parte integrante do todo (Idem. p. 54-55).

³⁵² ROSANVALLON, Pierre. *Op. cit.*, p. 58.

positiva de distribuição. Uma solidariedade substancial e não marcada por um caráter superficial de identidade coletiva como ocorre no Terceiro Mundo³⁵³.

Essa crítica é também tecida por Pedro Demo³⁵⁴, para quem o apelo à solidariedade pode esconder efeitos de poder, sobretudo quando provém do centro do sistema capitalista (e aí difere de Rosanvallon, especialmente porque afirma que o centro do sistema capitalista é a Europa) ou das elites em cada país. De fato, na esteira de Pedro Demo, acredita-se que a dificuldade de incorporar a idéia de solidariedade substancial não se restringe ao “Terceiro Mundo”, como faz crer o autor francês, ainda que, pelas particularidades dessas nações, especialmente pelo fato de sequer terem incorporado o Estado de Bem-Estar Social, tal problema pareça mais grave nesses locais.

Independentemente da divergência apontada, todavia, o fato é que se comunga com Rosanvallon³⁵⁵ quando este afirma que os benefícios sociais representam uma dimensão da cidadania, constituem uma das expressões do vínculo social e testemunham, a seu modo, uma forma de igualdade. Logo, somente a solidariedade pode organizar a segurança de todos. Ela implica a compensação das disparidades de *status*.

E é nesse contexto que se insere um (re)pensar da Previdência Social brasileira. Partindo das idéias defendidas no capítulo antecedente, no sentido de que o Estado Democrático de Direito deve proporcionar segurança jurídica, a qual inclui não apenas

³⁵³ ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**. Repensando o Estado Providência, p. 66.

³⁵⁴ DEMO, Pedro. **Solidariedade como efeito de poder**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 11. Segundo o autor (Idem, p. 11-2) a solidariedade apregoada pela primeira-dama do governo Fernando Henrique Cardoso, com seu Programa Comunidade Solidária, nada tem a ver com a proposta entranhadamente ética de gente como Betinho. De igual forma, é preciso desconfiar da solidariedade pregada pela Europa, porque advém da cultura que jamais foi solidária com outras culturas. Logo, é preciso compreender até que ponto a solidariedade pode ser ancorada na história concreta e, até que ponto, é apenas truque de domesticação.

³⁵⁵ ROSANVALLON, Pierre. *Op. cit.*, p. 85.

segurança individual, mas também social (o que implica garantir o direito à saúde, educação, cultura, meio ambiente, Previdência Social, etc.), acredita-se que um dos caminhos que a Seguridade Social encontra é a incorporação de um novo conceito de solidariedade, uma solidariedade substancial, que se preocupe em proporcionar segurança a *todos* os cidadãos.

Com efeito, seguindo Simone Barbisan Fortes³⁵⁶, a idéia de solidariedade, no sistema de repartição previdenciária, como o brasileiro, coloca em evidência o fato de que, diante da contingência social, incumbe à própria sociedade afastá-la ou minorar suas conseqüências individuais, como modo de coletivizar os ônus decorrentes da insegurança – porque, no sistema de repartição, o trabalhador de hoje, financia os atuais beneficiários. Outrossim, não se trata de receita obtida exclusivamente com o recolhimento de contribuições previdenciárias dos segurados. Também são sujeitos passivos do sistema as empresas, os entes públicos e a própria coletividade.

Desde já, contudo, é preciso afastar o “inocente” pensamento no sentido de que essa solidariedade social possa se dar de modo voluntário. Como acentua Alfredo J. Ruprecht³⁵⁷, a solidariedade não é fruto de um espírito humanístico ou humanitário, de ajuda voluntária ao próximo, de caráter econômico. Basta lançar um olhar retrospectivo nas origens da Seguridade Social, para perceber que a grande maioria das tentativas feitas nesse sentido, e que eram de caráter facultativo, falharam em sua base. Quem tinha pouco ou nada mal podia contribuir para a sustentação eficaz do instituto, e quem tinha mais não via necessidade de contribuir, pois era auto-suficiente. A Seguridade Social adquire seu grande desenvolvimento, pois, quando imposta por via legal como obrigatória.

³⁵⁶ FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**, p. 69.

³⁵⁷ RUPRECHT, Alfredo J. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Ltr, 1996, p. 72.

O grande problema, contudo, é que a imposição legal da solidariedade, no âmbito da Seguridade e, mais especificamente da Previdência Social, foi um dos fatores que obstaculizaram (e ainda obstaculizam) a incorporação da idéia de solidariedade social substancial (e conseqüentemente, a concretização dos direitos sociais, indispensáveis à garantia da segurança jurídica). Com efeito, o Direito Previdenciário é marcado por excesso de positivismo.

Mais especificamente no caso brasileiro, ainda que os princípios basilares de Seguridade e Previdência estejam contidos na Constituição, tanto explícita como implicitamente³⁵⁸, os benefícios e o custeio da Previdência são regulamentados por leis ordinárias – Lei 8.213/91 e Lei 8.212/91, respectivamente. Tal legislação elenca uma série de procedimentos.

Cada benefício previdenciário, v.g., impõe, para sua concessão, o implemento de vários requisitos. Assim é com a aposentadoria por tempo de contribuição, que exige carência, idade e tempo de contribuição. Tais procedimentos, dispostos na legislação ordinária, fruto de uma solidariedade imposta, geram, entretanto, um afastamento entre o Direito Previdenciário e os preceitos constitucionais.

³⁵⁸ Como cita Maria Lúcia Luz Leiria (**Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito**: uma (re)discussão à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 114) dentre os princípios não-escritos – mas que encontram fundamento no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, nele ingressando através da cláusula contida no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, e que vinculam o juiz em suas decisões – sobressaem, por exemplo, o princípio da razoabilidade e o princípio do não-retrocesso social, os quais encontram amplo espaço de aplicação na proteção de direitos de cunho eminentemente social como os direitos relativos à seguridade social. É que tais princípios funcionam como verdadeiras balizas e limitações à atuação da Administração Pública, do legislador e mesmo do julgador, permitindo uma interpretação judicial harmonizadora dos poderes conferidos com os direitos sociais elencados especialmente a partir do artigo 6º até o artigo 11 da Constituição de 1988.

Em primeiro plano, a intenção do legislador, ao impor requisitos para a concessão de benefícios, é ter condições de planejar o próprio orçamento da Seguridade, já que todas as condições são, em princípio, cuidadosamente estabelecidas em conformidade com critérios atuariais. Destarte, também se poderia pensar que os requisitos estabelecidos pela lei traduzem a segurança necessária aos cidadãos, já que, uma vez conhecedores das regras, todos podem ter acesso aos benefícios.

Todavia, essa não é a realidade verificada, em especial, por duas razões. Em primeiro lugar porque, em diversos casos práticos, cidadãos que não têm condições de preencher os requisitos exigidos pelos procedimentos legais são postos à margem do sistema. Em segundo lugar porque inexistente, no Direito Previdenciário brasileiro, direito adquirido a benefício sem a efetiva implementação de todos os requisitos dispostos na lei, o que, em razão da instabilidade política e econômica do país, leva as expectativas de direito a serem diuturnamente frustradas (gerando, por óbvio, extrema insegurança social).

No primeiro caso, vale ilustrar com duas situações práticas que têm ocorrido no cotidiano dos Tribunais: o caso das regras sobre os dependentes da Previdência Social e o caso dos empregados domésticos.

Determina o artigo 16 da Lei 8.213/91, a Lei de Benefícios da Previdência Social, quem são os dependentes dos segurados da Previdência, dispositivo que é utilizado nos casos de pensão por morte. Ocorre que, segundo a regra, cada inciso corresponde a uma classe de

dependentes e, a existência de dependentes em uma classe, exclui os dependentes das classes seguintes³⁵⁹.

Na prática, o fato de se tratar de artigo taxativo, pode representar problemas sociais gravíssimos, sendo que alguns têm sido levados ao Poder Judiciário. É o caso, por exemplo, de mãe (dependente da segunda classe) que dependeu a vida inteira de seu único filho, que lhe possibilitava moradia, alimentação, remédios e lazer. Se esse filho vem a falecer e deixa algum pupilo, a genitora é automaticamente excluída de seu direito à pensão, passando, assim, à condição de miserável. Os Tribunais, nesses casos, têm apresentado interpretações extremamente legalistas, deixando de lado o exame do caso concreto³⁶⁰.

Problemática semelhante se dá com empregados domésticos, os quais confiam suas Carteiras de Trabalho e Assistência Social (CTPS) aos empregadores, na ilusão de que estes procederão ao pagamento das contribuições perante o INSS (segundo o artigo 30, inciso V, da Lei de Custeio, a responsabilidade pelo recolhimento de contribuições é do empregador do doméstico). Contudo, na época de obtenção do benefício de aposentadoria, verificam que inúmeros períodos jamais foram pagos e, portanto, encontram-se sem tempo de contribuição suficiente à inatividade, ou mesmo sem carência para a concessão do auxílio-doença.

³⁵⁹ “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II – os pais; III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; § 1º. A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes”.

³⁶⁰ “PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - GENITORA - EXISTÊNCIA DE DEPENDENTE DE CLASSE SUPERIOR - I - Restando comprovado nos autos a existência de uma filha do falecido, indevida a concessão do benefício de pensão por morte à sua genitora, por expressa vedação legal, consoante disposto no parágrafo 1º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91. II - O fato de o falecido residir com sua mãe nos anos antecedentes ao seu óbito, não assegura a esta o direito à pensão, de vez existente dependente da primeira classe. III - Apelação da autora improvida.(AC nº 96030944092/SP. TRF 3ªR. 10ª Turma. DJ 30.03.2004)”. “PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. CLASSE PREFERENCIAL. GENITORA. CLASSE SECUNDÁRIA. 1. A companheira é dependente de classe preferencial para fins previdenciários, excluindo o direito das classes seguintes, na qual se encontra a autora, mãe

Ao contrário do que ocorre com os demais empregados, a Lei 8.213/91, no artigo 27, inciso II, determina que, no caso específico de empregados domésticos, *é preciso haver recolhimento de contribuições sem atraso*. Logo, se assim não ocorrer, fica inviabilizada a concessão de quaisquer benefícios àquela categoria de segurados.

Nestes casos, as decisões do Poder Judiciário têm sido favoráveis aos domésticos, mas não indicam, como se possa pensar, um avanço em matéria de concessão de direitos sociais, já que se mantêm os Tribunais apegados ao excessivo positivismo aqui criticado. Só decidem em favor dos empregados porque a regra do artigo 30, inciso V, da Lei 8.212/91 impõe o recolhimento de contribuições pelo empregador³⁶¹.

Quanto à segunda razão para as dificuldades enfrentadas pela Previdência Social brasileira para concretizar a segurança social, em sua dimensão material, está a problemática das reformas. Segurados que, na época da edição das reformas, estavam prestes a implementar os requisitos para a obtenção dos benefícios ficam sujeitos a novas regras, o que afeta sua segurança jurídica individual, como ocorreu com a publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

do segurado falecido, o que inviabiliza a concessão do benefício pleiteado, consoante as disposições do artigo 16 da Lei nº 8.213/91. 2. Apelação improvida. (AC nº 200071000182581/RS. TRF4ªR. 6ª Turma. DJ 03.11.2004)”.
³⁶¹ “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. EMPREGADA DOMÉSTICA. CARÊNCIA COMPROVAÇÃO. I – A legislação atribui exclusivamente ao empregador doméstico, e não ao empregado, a responsabilidade quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias (ex vi do art. 30, inciso V, da Lei 8.212/91). II – A alegada falta de comprovação do efetivo recolhimento não permite, como consequência lógica, a inferência de não cumprimento da carência exigida. Agravo regimental desprovido. (AGRESP nº 200100938768/SP, 5ª Turma, j. em 28-10-2003, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 09.12.2003, p. 310)”. “PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. CONDIÇÕES PESSOAIS. ATRASO DAS CONTRIBUIÇÕES. FALTA DE CARÊNCIA. - Segurada acometida de acidente vascular cerebral, com seqüelas causadoras de incapacidade para suas atividades habituais de empregada doméstica, com idade avançada e baixo de grau de instrução, as quais a impedem de competir no mercado de trabalho, faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez. - O atraso no recolhimento das contribuições previdenciárias, em se tratando de empregada doméstica, não prejudica a contagem para fins de carência, pois se trata de encargo do empregador. (TRF4ªR. AC nº 200104010214542/SC. 5ª Turma. Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz. DJ 16.10.2002)”.

Com efeito, seguindo Maria Lúcia Leiria³⁶², com o advento da reforma surgiu uma situação *sui generis* para os segurados que possuíam expectativa na concessão de aposentadoria por tempo de serviço³⁶³, qual seja, a formação de três “classes” de segurados, dependendo da época de sua filiação à Previdência, bem como do momento em que o segurado implementará (ou implementou) as condições para concessão do benefício.

No primeiro caso estão aqueles que já eram filiados à Previdência e implementaram as condições para obtenção da aposentadoria anteriormente a 16/12/1998; estes são os detentores de direito adquirido, segundo o regramento do artigo 3º da Emenda Constitucional³⁶⁴.

No segundo caso, tem-se aqueles que já eram filiados à Previdência, mas somente implementaram ou implementarão as condições para a obtenção do benefício posteriormente a 16/12/1998; estes detêm apenas expectativa de direito. São os que, na visão de Maria Lúcia Leiria³⁶⁵, possuem a situação mais delicada do sistema, uma vez que, com sua vida laboral em curso, muitos detinham uma expectativa de aposentadoria breve, que se viu frustrada com a nova legislação. Para essas situações, ficou estipulado que, ou se adotaria o regime imposto pela Emenda, ou se implantaria uma regra de transição, com pagamento de um “pedágio”, na

³⁶² LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito**: uma (re)discussão à luz da hermenêutica, p. 136.

³⁶³ Porque somente com a edição da EC nº 20/1998 passou a existir a “aposentadoria por tempo de contribuição”.

³⁶⁴ “Art. 3º. É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. § 1º. O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para a aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, “a”, da Constituição Federal. § 2º. Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no “caput”, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios ou nas condições da legislação vigente”.

³⁶⁵ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *Op. cit.*

forma do artigo 9º da Emenda nº 20³⁶⁶, o que levou a inúmeras discussões acerca do embate entre direito adquirido e expectativa de direito³⁶⁷.

Por fim, a terceira “classe” de segurados é atinente àqueles que, em 16/12/1998, ainda não eram filiados ao Regime Geral. Nesse caso, por óbvio, ao ingressarem no sistema, são atingidos pelo novo regramento trazido pela Emenda.

³⁶⁶ “Art. 9º. Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos: I – contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e II – contar com tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) trinta e cinco, se homem, e trinta anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; § 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do caput, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições: I – contar com tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; II – o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o caput, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento”.

³⁶⁷ Nesse estudo, não se tem a pretensão de adentrar no embate entre direito adquirido e expectativa de direito, por entender que o mesmo demandaria análise particularizada e detalhada. No entanto, é preciso dizer que, seguindo a matriz teórica adotada, acredita-se que a verificação do direito adquirido deve estar vinculada ao exame do caso concreto. A teoria sobre direito adquirido versada no Brasil e em inúmeros outros países é a teoria do “retorno à doutrina clássica” (ver, sobre o tema, PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e Ordem Pública**. Segurança Jurídica e Transformação Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005), a qual tem como expoentes o alemão K. Von Savigny (que escreveu sobre o tema nos anos de 1849 e 1898) e o italiano Francesco Gabba (autor de *“Teoria della Retroattività delle Leggi”*, escrita em três volumes, publicados em 1891, 1897 e 1898). O pensamento de Savigny, quanto ao direito adquirido, era estruturado da seguinte forma: *“As novas leis não se deve atribuir força retroativa”*, e *“As novas leis devem deixar intactos os direitos adquiridos”* (Idem, p. 119). Mas, como adverte Maria Coeli Pires (Idem. Ibidem.) ainda que Savigny sustentasse, no que diz respeito à aquisição do direito pelo indivíduo, ser a irretroatividade a regra, admitia situações em que a retroprojeção melhor atendesse aos propósitos de justiça – quando se tratasse de norma que tivesse por objetivo a existência ou modo de existência de direitos no plano geral. A irretroatividade em Savigny, portanto, suscitaria a idéia de respeito aos direitos adquiridos, mas não poderia ser vista como princípio único e absoluto, eis que deveria tolerar exceções para afastar iniquidade. A despeito dessa exceção à irretroatividade absoluta das normas, presente na tese de Savigny, releva discutir o fato de que, justamente uma doutrina surgida no início do século XIX, com a afirmação do liberalismo clássico, é atualmente a adotada pela maioria dos países (centrais, semi-periféricos e periféricos), para trabalhar com a temática do direito adquirido. Considera-se, assim, uma idéia de tempo que não mais atende às expectativas da sociedade complexa e, conseqüentemente, surge dificuldade em conviver com a temática do direito adquirido e da própria segurança jurídica, afirmando-se, em muitas vezes, o seu fracasso. Ignora-se, com efeito, a necessidade de vincular o estudo do direito adquirido ao caso concreto (porque, na realidade, é o que ocorre, ou seja, os direitos adquiridos sempre estarão se referindo a casos concretos), pensamento defendido nesse estudo, que trabalha com a noção de segurança jurídica material. Outrossim, toda reforma constitucional, especialmente se destinada a suprimir direitos de caráter individual, não pode ignorar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, o princípio da proteção da confiança, já verificado no capítulo antecedente.

Todas as situações aqui indicadas, ou seja, o caso dos segurados que são postos à margem da Previdência Social, por impossibilidade de preenchimento de requisitos dispostos na lei, e da incerteza causada pelas mudanças de cunho econômico ou político (através da incidência do poder constituído de reforma), indicam a dificuldade de, na realidade prática, o Estado se pôr como garantidor de solidariedade social e, conseqüentemente, da segurança jurídica material.

Com efeito, o excesso de positivismo que ainda impera na Previdência Social leva uma infinidade de casos práticos ao Poder Judiciário, que diuturnamente é atropelado por centenas de demandas judiciais.

Logo, incumbe-se esse poder que, no Estado Democrático de Direito, tem importância fundamental, da tarefa de garantidor de segurança jurídica, através da concretização dos preceitos constitucionais, tanto explícitos, quanto implícitos, dentre os quais, está a proteção da confiança e a proibição de retrocesso.

No dizer de Maria Lúcia Leiria:

... as causas que envolvem o Direito Previdenciário são causas referentes a direito social garantido constitucionalmente por princípios inafastáveis pela legislação ordinária. Sob essa ótica, passa-se a examinar determinadas lides que, por reiteradas provocações ao Judiciário, levam a concluir pela necessidade desta nova postura interpretativa, para que se alcance a efetividade destes direitos garantidos pela Constituição Federal. ... Há que se ter presente o caráter alimentar, o fim social do benefício. As causas previdenciárias estão intimamente ligadas com a sobrevivência do cidadão que, após uma vida de trabalho ou por infortúnios, teve sua capacidade laboral diminuída ou fatalmente anulada e tem direito a receber contraprestação da autarquia previdenciária que venha a substituir o que percebia enquanto apto para o trabalho. ... Há que ter presente, este julgador, a importância de seu contato com a sociedade e o mundo do qual é parte; a consciência de que detém um Poder porque recebeu e não porque é este Poder; a clarividência de buscar na aplicação da lei a garantia dos próprios princípios constitucionais. ...impõe-se buscar uma

interpretação mais elástica, uma interpretação dirigida aos valores em litígio, para aplicação da lei que melhor solução dê ao caso concreto³⁶⁸.

Destarte, se já se afirmou inexistir solidariedade voluntária, se a solidariedade necessita ser imposta, que o seja por intermédio de valores que vão além do mero preenchimento de requisitos para a obtenção de benefícios ou da “singela” relação “*direito adquirido x expectativa de direito*”³⁶⁹. Que se tome como princípio, as palavras transcritas acima e que se atribua ao Poder Judiciário a tarefa de verdadeiro concretizador das políticas sociais, através da incorporação de uma nova postura hermenêutica, mediante a qual o intérprete cria, analisa o caso concreto e é consciente de sua tarefa na sociedade.

As decisões apresentadas nessa análise indicam que ainda há muito a ser feito, ou seja, que, mesmo especializando-se varas judiciais em matéria previdenciária³⁷⁰, os Tribunais continuam optando pela aplicação de dispositivos legais completamente dissociados da realidade prática e, o que é grave, do próprio sentido de Constituição.

Seguindo Lenio Streck³⁷¹, o sistema da administração da justiça (magistratura, Ministério Público, Advocacia de Estado, Defensoria Pública e Polícia) consegue enfrentar, de forma mais ou menos eficiente, os problemas que se apresentam rotinizados, sob a forma

³⁶⁸ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito**: uma (re)discussão à luz da hermenêutica, p. 169-70.

³⁶⁹ Até mesmo porque, como afirmado no capítulo antecedente, a proteção da confiança dos cidadãos deve levar o Estado a salvaguardar não apenas direitos adquiridos, mas também, em certos casos, expectativas de direito, o que não tem se verificado nos direitos atinentes à Previdência Social brasileira. Outrossim, é preciso considerar, nesse (re)pensar do direito previdenciário, a noção de tempo apresentada no início do capítulo II, um tempo próximo ao paradigma hermenêutico, em que se abandona as parcelas “presente”, “passado” e “futuro”. Um tempo que seja o próprio Direito (enquanto ser-aí) e que, por isso, enquanto dotado de uma consciência histórica efetual, encontre limites apenas na Constituição Federal, entendida, no Estado Democrático de Direito, como Constituição Dirigente.

³⁷⁰ Segundo Maria Lúcia Leiria (LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *Op. cit.*, p. 166) o primeiro Tribunal a especializar Turmas e Varas em matéria previdenciária foi o Tribunal Regional da 4ª Região.

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 89.

de problemas estandarizados. Quando, porém, surgem questões macrossociais, transindividuais, e que envolvem, por exemplo, a interpretação das ditas “normas programáticas” constitucionais, tais instâncias, mormente o Poder Judiciário, procuram, nas brumas do sentido comum teórico dos juristas, interpretações despistadoras, tornando inócuo/ineficaz o texto constitucional.

Aliás, um “passeio” pelo repertório jurisprudencial da Justiça Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (Corte Constitucional desse país) indica que os acórdãos se tornaram verdadeiras “súmulas”, sendo aplicados a uma infinidade de casos, apenas alterando-se o número do processo e o nome das partes e advogados.

Não é essa a segurança jurídica preconizada nesse estudo, ou seja, não se pretende que o Estado continue a se pautar em valores liberais, marcados pelo princípio da legalidade, através do qual não há espaço para interpretação. Esse modelo não condiz com a realidade. Vive-se, como já afirmado, um outro tempo, um tempo fluído, que não consiste num medir. E o Direito, retomando algumas afirmações do segundo capítulo, será atemporal se se mantiver vinculado a concepções distantes da realidade, ao que já foi dado e não é mais presença.

Há apenas um limite para a interpretação exarada dos Tribunais, segundo a Nova Crítica do Direito: toda interpretação depende de sua conformidade com um texto de validade superior, que é a Constituição.

E a Constituição de 1988 determina que a República Federativa do Brasil se constitui Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho; como objetivos fundamentais, a

construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e o direito à segurança dentre seus direitos fundamentais (artigo 5º, *caput*). Outrossim, são também constitucionais os direitos sociais e os princípios atinentes à Seguridade Social (e conseqüentemente, à Previdência).

Logo, a segurança pretendida é aquela que possibilita aos cidadãos terem a certeza da proteção da confiança (garantindo um patamar mínimo de segurança através da proteção da confiança do indivíduo e do corpo social na ordem jurídica e na Constituição) e da proibição de retrocesso social (protegendo a manutenção de determinados conteúdos do Estado Democrático)³⁷². É a segurança que está presente tanto na entificação de sentido (parada hermenêutica), quanto na abertura permanente do texto constitucional.

Diretamente no que tange à Previdência Social, isso significa que o Poder Judiciário, embora não possa se desvincular da legislação ordinária (que, em um primeiro momento, garante um patamar mínimo de segurança aos cidadãos, que passam a conhecer as “regras do jogo”), deverá atuar sempre no interesse maior, que é o interesse protegido pela Constituição, evitando, com isso, a redução das conquistas sociais.

E somente o caso prático poderá indicar quando é preciso “abrir mão” da “segurança formal”³⁷³, em nome da “segurança social”, pautada na Constituição, respeitados, obviamente,

³⁷² E é por isso que constatou a existência de tensão com o pensamento de François Ost, como visto no capítulo inicial, quando este diz que a segurança social traz a indeterminação para o coração do direito. Ao contrário, a segurança material, defendida nesse estudo, é a segurança da Constituição Federal, Lei Maior de qualquer ordenamento jurídico, não é a segurança do direito, mas a segurança através do direito. Podendo-se – por que não? – falar em “segurança constitucional”.

³⁷³ Vale reprisar que nem sempre a segurança formal do Direito positivo proporciona a segurança efetiva, substancial. Esta foi a razão, inclusive, para se “aprimorar” o modelo liberal clássico, chegando-se ao Estado Democrático de Direito. Constatou-se que a tentativa de “cientificizar” o Direito, aproximando-o de fórmulas matemáticas, que pudessem ser utilizadas em qualquer situação, independentemente do caso concreto, tornou-se cada vez mais frustrada. O Direito não pode ignorar a realidade. E no âmbito previdenciário, como demonstrado ao longo desse capítulo, tal assertiva se torna ainda mais latente. Embora a legislação tenha procurado preservar os cidadãos contra determinados riscos sociais, facilmente previstos, é preciso que exista uma abertura permanente a novos riscos, especialmente em razão da complexidade social. De outro lado, incumbe ao Poder Judiciário a tarefa de suprir eventuais lacunas legislativas, assumindo a posição de “concretizador dos direitos fundamentais”.

os parâmetros de equidade, e abandonando-se a “colonização do Direito pela economia”³⁷⁴, através da qual os interesses econômicos se sobressaem ao Direito e acabam orientando as decisões jurídicas, confundindo, pois, “Lei Maior” com “Letra Morta”.

³⁷⁴ Sobre a temática, ver: FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000. A partir desse autor, depreende-se que a globalização seria a causa para o predomínio dos interesses econômicos sobre o Direito, pois, como diz (Idem. p. 7), tal “fenômeno” gerou a relativização de alguns dos mais importantes conceitos, princípios e categorias do mundo jurídico, como soberania, cidadania, equilíbrio dos poderes, segurança e certeza, que foram atingidos por mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais, em grande parte ocorridas à margem das estruturas jurídicas, dos mecanismos judiciais, das engrenagens institucionais, dos procedimentos democráticos e da capacidade de regulação, controle, gestão, direção, planejamento e adjudicação dos Estados nacionais. A predominância dos interesses econômicos sobre os interesses sociais, portanto, será outro obstáculo para a concretização dos direitos fundamentais, dentre elas a garantia do direito à segurança material, porque o Poder Judiciário, ao buscar suprir as deficiências do modelo jurídico racional ainda posto, poderá se deparar com circunstâncias econômicas globais, consideradas mais importantes, e terá que ter consciência da necessidade de também superar tais barreiras. No mesmo sentido, dissertando sobre a “colonização do Direito pela economia”, a partir da globalização, Alexandre Mussoi Moreira (**A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos**, p. 127) refere que a crise do Estado Social se vincula ao mundo globalizado, onde o mercado assume, paulatinamente, o comando das ações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade atual, marcada pela complexidade e aumento das demandas estatais, leva a crer na aparente dificuldade de convivência entre o direito fundamental à segurança e o Estado Democrático de Direito. Assim, o maior objetivo dessa pesquisa foi verificar a possibilidade de sobrevivência da segurança jurídica no atual modelo de Estado e, a partir daí, analisar a relação entre segurança e Previdência Social, num contexto marcado pelo que se chamou de crise, bem como de sua especificidade semi-periférica (Brasil).

Para percorrer esse caminho, diversos temas foram abordados e muitas conclusões foram verificadas, o que levou a escrever essas considerações finais a partir de três grandes blocos, na intenção de conjugar as discussões mais relevantes: 1. Liberalismo, Segurança e Previdência; 2. As crises do Estado Social, a crise brasileira e a crise da Previdência Social; 3. O Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica material e a Previdência Social nesse contexto.

1. Logo de início, quando abordadas as características do Estado Liberal, ficou claro que a noção de segurança jurídica estava plenamente atrelada a este modelo. A tarefa do Estado, no liberalismo clássico, era, além de garantir ampla liberdade ao indivíduo, através da imposição de limites à sua atuação, também a de

proporcionar segurança, mediante um sistema edificado em leis racionais, objetivas (normas gerais e abstratas que dotem o cidadão de certeza).

O Direito, nesse modelo, estava estritamente vinculado ao pensamento racionalista, no qual todas as ciências eram equiparadas à matemática e à lógica. Não havia espaço para incertezas, o fato jamais podia prevalecer sobre a norma e, assim, também não existia mais de uma interpretação. Essa era a segurança proporcionada: a segurança através da codificação. Criou-se, no paradigma liberal clássico, um Direito formal, marcado pelo positivismo, no qual o caso concreto não era relevante. A lei era diretamente aplicável sobre o fato e não se examinava as conseqüências de tal *applicatio*.

E, curiosamente, nesse contexto histórico, surgiram as primeiras manifestações acerca de Seguridade Social e Previdência. O fim do absolutismo e o início do liberalismo coincidiu com o florescimento do mercantilismo que atraiu inúmeros camponeses às cidades, em busca de emprego no comércio e de melhores condições de vida.

Com efeito, nesse cenário vislumbravam-se duas classes bem definidas: os que tinham capital e os que tinham apenas força de trabalho a oferecer. Estes últimos, em caso de doença, idade ou acidente ficavam desamparados. O Estado, portanto, viu-se compelido a pensar em programas de redução de riscos sociais, como forma de dirimir as incertezas sobre as condições e qualidade de vida da população. Mas havia um problema – no liberalismo, o Estado intervinha minimamente, já que os indivíduos queriam ampla liberdade.

Por tal razão, mencionou-se Pierre Rosanvallon, que refere a tensão entre os princípios da solidariedade (a sociedade teria uma dívida para com seus membros) e da

responsabilidade (cada cidadão é senhor de sua vida e deve se responsabilizar por ela). A solução para tal enfrentamento foi buscada através da criação do seguro social. A Seguridade seria o sistema criado para cobrir os riscos sociais já que estes, juntamente com as transformações sociais, geravam sentimento de insegurança.

Foi também a necessidade de redução dos riscos sociais que motivou a criação dos primeiros institutos de aposentadorias e pensões no Brasil, ainda que tais se destinassem a apenas algumas categorias de empregados – inicialmente, somente aos ferroviários. O que importa notar é que o nascimento da Previdência Social está direcionado às classes operárias ou aos empregados mais carentes da população, situação que até hoje persiste, a despeito da forte crise vivenciada por esse sistema, considerada como reflexo das crises do Estado.

2. Nesse trabalho, a crise foi abordada sob dois prismas: a crise estrutural que acomete os países centrais, periféricos e semi-periféricos (sem deixar de referir as demais – crise conceitual, institucional, funcional e política); e a dificuldade de implementação do modelo de Estado Democrático de Direito no Brasil.

A crise estrutural diz respeito à dificuldade enfrentada pela máquina estatal para atender todas as demandas sociais. O Estado, quando deixou de ser Mínimo e passou a assumir determinadas tarefas, no intuito de garantir direitos sociais indispensáveis aos cidadãos, aumentou consideravelmente seus custos. Atrelado a isso, está também o surgimento dos “novos riscos sociais”, gerados em razão do próprio desenvolvimento tecnológico e científico. De outro lado, verificou-se que a crise estrutural provoca também um abalo intelectual, já que há um sentimento de insegurança que se espalha pelas nações que

conseguiram concretizar o modelo social, por estarem constatando os graves problemas gerados por sua implementação, especialmente de ordem econômica.

Em outra realidade, ou seja, também vivenciando a crise estrutural, porém sendo afetados de modo distinto ao dos países centrais, encontram-se os países periféricos e semi-periféricos, como o Brasil, nos quais não houve a efetiva implementação do Estado Social. Ainda que muitos deles tenham adotado oficialmente o Estado Democrático de Direito, como é o caso brasileiro, a realidade ainda está muito distante dessa prática. Continua-se pautando a atuação estatal através de um racionalismo de cunho liberal-individualista, típico do Estado Mínimo, embora a Constituição de 1988 tenha contemplado muitos direitos fundamentais, como é o caso da Previdência Social, que está consolidada dentre os direitos fundamentais sociais.

Mais detidamente no que tange à Previdência Social brasileira, viu-se que, além de sofrer problemas financeiros típicos, esta ainda enfrenta outros obstáculos, tais como o desemprego (que leva a um menor número de segurados e, conseqüentemente, de contribuintes) e o aumento da expectativa de vida da população, o que agrava a fórmula da nomeada crise estrutural.

Destarte, tais fatores, aliados à ineficiência estatal em garantir as prestações, e aos impasses culturais, geram o que se chamou de “efetiva crise de solidariedade”.

Mesmo que o Brasil não tenha optado por adotar a nova ortodoxia previdenciária proposta pelo Banco Mundial em 1994, como fizeram outros países da América Latina, a crise na Previdência, levou o Regime Geral a sofrer duas grandes reformas: em 1998, através

da Emenda Constitucional nº 20; e em 1999, através da Lei 9.876/99 (a última alteração na Previdência Social, em 2003, provocada pela edição da Emenda Constitucional nº 41, como demonstrado, destinou-se mais diretamente aos servidores públicos). Tais reformas distanciaram o Regime do sistema de repartição e o reaproximaram do modelo Industrial-Meritocrático de Bismarck, pautado exclusivamente na contribuição de empregados e empregadores.

Conforme se demonstrou, as “tentativas” de solucionar a crise na Previdência representaram verdadeiro retrocesso social, porquanto, embora não tenham sido radicais a ponto de acatar a proposta do Banco Mundial, no sentido de criar um sistema capitalizado e gerenciado pelo setor privado, impingiram aos cidadãos maiores dificuldades de acesso ao direito fundamental à Previdência. Isso atinge, diretamente, o direito à segurança, já que põe em risco o amparo do Estado em situações de dificuldade, como velhice, doença e invalidez.

Questionou-se, nesse ponto, se haveria razoabilidade entre o sacrifício ao direito à segurança e as medidas tomadas pelo Estado para manter outros direitos sociais. Verificou-se, contudo, através de estudo realizado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (ANFIP), que o Regime Geral da Previdência Social não apresenta *déficit*, mas *superávit*, concluindo-se, assim, que os problemas enfrentados vão muito além de dificuldades financeiras, o que impõe um (re)pensar do sistema, através da adoção do conceito de segurança jurídica material, vinculado ao Estado Democrático de Direito.

3. O modelo “oficialmente” vigente na Constituição Brasileira de 1988 é o Estado Democrático de Direito, que tem como objetivo transformar a sociedade. Não é possível, como demonstrado, descrever o Estado Democrático sem vinculá-lo à Lei

Maior, que assume, preferencialmente, a forma de Constituição Dirigente, ou seja, de uma Carta que comanda a própria ação governamental, impondo ao governo uma política permanente de concretização dos preceitos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais.

Outrossim, a Constituição Dirigente foge à pretensão de completude. Não mais se pretende que a ciência jurídica abarque todas as possibilidades, o que somente é admitido através de normas gerais e abstratas que desconsiderem o caso concreto, como ocorria no liberalismo clássico. O dirigismo constitucional é marcado por uma abertura permanente, uma abertura no tempo, o que leva à incompletude material, optando-se por uma técnica normativa de princípios e cláusulas abertas. Toda norma constitucional, independentemente de sua estrutura ou conteúdo normativo, é norma jurídica genuína, vinculante e capaz de produzir efeitos jurídicos.

O Poder Judiciário, nesse modelo de Estado e Constituição, adquire relevância, especialmente porque se torna responsável pela garantia de implementação do texto constitucional, através da jurisdição constitucional.

E, nesse proceder, não é possível defender a efetiva implementação do Estado Democrático de Direito sem lançar mão do método hermenêutico. A hermenêutica filosófica possibilita ao jurista a superação do modelo liberal-individualista, abandonando posturas meramente positivistas e entendendo que a tarefa do intérprete é criação, produção – e não reprodução.

Todas essas características afastam o Direito do modelo liberal clássico e, conseqüentemente, levaram, nessa pesquisa, a questionar acerca da sobrevivência da segurança jurídica, já que, além da complexidade típica da sociedade atual, há maior mobilidade no exercício da atividade jurisdicional – em razão das múltiplas questões jurídicas apresentadas ao Poder Judiciário – e normas que se vinculam diretamente ao caso concreto, traduzindo incerteza. Todavia, foi demonstrado que esse “novo” proceder tem por objetivo a concretização de preceitos constitucionais, em especial os direitos e garantias fundamentais, tanto individuais quanto sociais. Logo, a certeza e a previsibilidade normativa são “sacrificadas” em prol de direitos que assegurem o respeito à dignidade da pessoa humana.

Surgiu, assim, um novo conceito de segurança jurídica, pautado na hermenêutica e que privilegia valores fundamentais – a segurança jurídica material (“segurança através do Direito” e não “segurança do Direito”).

Todavia, um (re)pensar da segurança levou também a um (re)pensar do tempo, já que se verificou que a própria física já não mais podia garantir certeza através da concepção original de tempo (como demonstrado através do “princípio da incerteza”, formulado em 1926 por Werner Heisenberg). Foi-se buscar em Heidegger, assim, um diferencial. Verificou-se que o tempo é o próprio ser-aí. Não é cronológico (dividido em presente, passado e futuro). É o horizonte de toda compreensão e interpretação do ser.

Nesse caminho, o Direito apresentou-se dotado de temporalidade. Atemporal será o Direito que se mantenha vinculado a concepções distantes da realidade, que desconsidere a complexidade estatal e procure garantir segurança através de leis pertinentes ao paradigma

liberal, ao que já foi dado e não é mais presença. Mas isso também não significa que a ciência jurídica possa se desvincular de uma “consciência histórica efetual”.

Encontrou-se em Gadamer, portanto, a complementação para a questão do tempo proposta em Heidegger, concluindo-se que todo o ser-aí está limitado por uma pré-compreensão de sua história. Sempre terá uma história que limita sua compreensão, mas, ao mesmo tempo, toda compreensão estará implicando uma reconstrução porque, em razão de sua historicidade, não haverá proposição feita no vácuo, já que toda afirmação pressupõe uma interpretação. E a grande particularidade adquirida pela matriz hermenêutica diz respeito aos limites da interpretação: toda interpretação, no Direito, e, mais especificamente, na Nova Crítica do Direito, depende de sua conformidade com um texto de validade superior, que é a Constituição, surgindo a necessidade de uma pré-compreensão acerca do sentido de Constituição, porquanto o intérprete passa a ter a Lei Maior como condição de possibilidade para compreender qualquer texto normativo.

Mas a interpretação não ocorre por partes – compreensão, interpretação e aplicação. Tudo se dá em um único momento, em um movimento de circularidade chamado de “espiral hermenêutico”. E, nesse espiral, ocorre uma parada temporária (porque a Constituição, como visto, é dotada de abertura permanente) que representa a “entificação de um sentido”. O lugar da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito está, assim, no congelamento de sentido, mesmo que temporário. Todavia, a segurança não foi entendida apenas como sinônimo de posituação. Também foi vislumbrada na abertura constitucional, já que se defendeu a segurança de valores; ela representa, com efeito, a segurança no Estado, garantidor de direitos fundamentais, que pode ser vislumbrada através da proteção da confiança e da proibição de retrocesso social.

Com efeito, a proteção da confiança significa a proteção da dignidade da pessoa humana, em meio a uma sociedade marcada pela instabilidade. Está presente aqui a necessidade de equilíbrio entre a concretização dos valores constitucionais e os direitos individuais. É através desse mecanismo que se pode lançar mão de garantias como direito adquirido e expectativa de direito, desde que analisado, sempre, o caso concreto. A proibição de retrocesso, de outro lado, impõe a proteção de determinados conteúdos do Estado Democrático de Direito. Deve haver segurança, com efeito, contra atos normativos que vão de encontro à Constituição Federal, o que ratifica, assim, a importância atribuída, nesse modelo, ao Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional, além do vínculo indissociável do Estado Democrático com o direito fundamental à segurança jurídica.

E é também para esse caminho que deve se direcionar a Previdência Social brasileira, responsável pela garantia de importantes direitos sociais aos cidadãos. Contra a crise de solidariedade que abate o sistema, para a qual contribui a jurisdição, através de decisões meramente positivistas, e o Executivo, mediante as propostas de reforma constitucional, impõe-se a necessidade de efetiva incorporação dos conteúdos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a noção de segurança jurídica aqui preconizada. Acredita-se, por oportuno, que somente a concretização da idéia de segurança jurídica material possibilitará um regime previdenciário eficaz.

Não se poderia, com efeito, propor um novo pensar para a segurança jurídica, deixando de lado a problemática previdenciária nesse país, uma vez que atualmente é o Regime Geral da Previdência Social um dos responsáveis pela instabilidade que assola essa pátria, o que abala não apenas a dignidade da pessoa humana (proteção da confiança), mas

representa também, especialmente através das alterações legislativas experimentadas, retrocesso social, e afeta a fórmula constitucional do Estado Democrático de Direito.

Procurou-se demonstrar, em face de todas as circunstâncias apresentadas, portanto, que no Estado “C”ontemporâneo há lugar para a segurança jurídica, sendo esta, inclusive, indispensável à própria concretização (ou sobrevivência) desse modelo estatal, se pensada como garantia de direitos não apenas individuais, mas também sociais.

Ainda que a instabilidade social leve a crer na segurança como discurso “mofado”, esta, a partir de um processo de reconstrução hermenêutica, aqui proposto, deve sofrer um crescimento conceitual, agregando às categorias da dogmática jurídica tradicional as transformações experimentadas no plano dos direitos fundamentais. Trata-se, todavia, de proposta que, certamente, terá que percorrer longo caminho até que se consiga colher seus frutos. As sementes foram lançadas. É preciso regá-las.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. “Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites.” In: (Neo)Constitucionalismo. Ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 2, 2004.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Porto: Afrontamento, 1984.

ANDREOTTI, Fábio. **Laplace, Pierre Simon** (1749-1827). Disponível em: <http://http://www.fem.unicamp.br/~em_313/paginas/person/laplace.htm>. Acesso em: 20 nov. 2005.

ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA ALVIM et al. **Código do Consumidor Comentado e legislação correlata**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (ANFIP). **Análise da Seguridade Social - 2001**. Disponível em: <<http://www.fundacaoanfip.org.br/pdfs/estudos5.zip>>. Acesso em: 11 out. 2005.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS FISCAIS DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ANFIP). **Economia Política e Seguridade Social**. Uma contribuição à crítica. Brasília, 1999. (Coletânea de textos).

ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito**. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHA, Edmar; KLEIN, Herbert S. **A transformação incompleta no Brasil desde 1945**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BADIE, Bertrand; HERMET, Guy. **Política Comparada**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1993.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional.” In: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo. “O Direito no século XXI: Desafios Epistemológicos.” In: **Crítica à dogmática**. Dos Bancos Acadêmicos à Prática dos Tribunais, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEVERIDGE, William H. **O plano beveridge**: relatório sobre o seguro social e serviços afins. Traduzido por Almir de Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.

BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. 4. ed. México: Fomtamara, 1995.

_____. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. “A codificação”. In: **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

BUFFON, Marciano. “A crise estrutural do Estado contemporâneo e a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade”. In: **O Estado e suas crises**. MORAIS, Jose Luis Bolzan de (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CALERA, Nicolás Maria López. **Yo, El Estado**. Madrid: Editorial Trotta, 1992.

CÂMERA, Miriam Costa Rebollo. “William Beveridge e a Seguridade Social britânica.” In: **Revista de Previdência Social**, São Paulo: Ltr, v. 16. n° 142, p. 755-73, set. 1992.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Representação Política**. São Paulo: Atlas, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.

_____. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARVALHO, Maria Amélia Senos de. “Reforma Previdenciária e Direito Adquirido.” In: **Revista de Previdência Social**, São Paulo, v. XXIV, n° 237, p. 773-6, agos. 2000.

CASTELLO BRANCO, Elair. **Segurança social e seguro social**. São Paulo: Universitária de Direito, 1976.

COHN, Amélia. **Previdência Social e processo político no Brasil**. São Paulo: Moderna, 1981.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEMO, Pedro. **Solidariedade como efeito de poder**. São Paulo: Cortez, 2002.

DRAIBE, Sônia Miriam. “Qualidade de vida e reformas de programas sociais: o Brasil no cenário latino-americano.” In: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. Qualidade de vida. São Paulo, n° 31, p. 5-46, 1993.

DUBOIS, Christian. **Heidegger**: introdução a uma leitura. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DUPAS, Gilberto. “A lógica econômica global e a revisão do *Welfare State*: a urgência de um novo pacto.” In: **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 1999.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. “As três economias políticas do *Welfare State*.” In: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. O Presidencialismo em questão e *Welfare State* e experiências Neoliberais, São Paulo, n° 24, p. 85-116, set. 1991.

FARIA, José Eduardo. (org.) “O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. “A eficácia do direito na consolidação democrática.” In: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. Direito e direitos, São Paulo, n° 30, p. 35-72, 1993.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. “O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle de Constitucionalidade.” In: **Constituição e Segurança Jurídica**. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. “Segurança jurídica, Coisa Julgada e Justiça.” In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Crítica à dogmática. Dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n° 3. 2005.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. “La teoria del derecho em tiempos de constitucionalismo.” In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Ltr, 2005.

_____.; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**. Prestações e Custeio da Previdência, Assistência e Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo**. 4. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GRAU, Eros Roberto. “Equidade, razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade.” In: **Crítica à dogmática**. Dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n° 3, 2005.

GRINOVER, Ana Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelo autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano.” In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HAWKING, Stephen W. **Uma breve história do tempo**. Do Big Bang aos buracos negros. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

HEIDEGGER, Martin. **O conceito de tempo**. Lisboa: Fim de século, 2003.

_____. **Ser e Tempo**. Parte I. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Ser e Tempo**. Parte II. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

JAMES, Estelle. “Novos sistemas previdenciários: experiências, evidências e questões pendentes.” In: **A economia política da reforma da previdência**. Traduções de textos selecionados. Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, 2001. v. 9.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**. Cidadania e Poder Político na Modernidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito**: uma (re)discussão à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEITE, Celso Barroso. **A crise da Previdência Social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

LOPES, Amâncio C. “Proteção em face dos riscos de vida.” In: **Revista de Previdência Social**, São Paulo: Previdenciária, v. 10, n° 65, p. 165-203, abr. 1986.

MACRIDIS, Roy C. “A evolução do liberalismo (I).” In: **Liberalismo**. Curso. A necessidade da política. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987.

MALLOY, James. **A Política da Previdência no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Processual do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MÉDICI, André César; ALVAREZ GARCÍA, Maria del Carmen et al. **La seguridad social en Brasil**. México: Conferência Interamericana de Seguridad Social, 1995.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo – antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MORAIS, José Luis Bolzan. “A democracia dos modernos: crise de representação e novas formas e lugares para as práticas democráticas.” In: ROCHA, Leonel Severo da; STRECK, Lenio Luiz. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan. “A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional.” In: **(Neo) Constitucionalismo**. Ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Do direito social aos interesses transindividuais**. O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do Estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

MOTA, Ana Elizabete. **Cultura da crise e seguridade social**: um estudo sobre as tendências da previdência e da assistência social brasileiro nos anos 80 e 90. São Paulo: Cortez, 1995.

NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 1987.

OHLWEILER, Leonel. “O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo.” In: (Neo)Constitucionalismo. Ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 2, 2004.

OLIVEIRA, Jaime A. de Araújo; TEIXEIRA, Sonia M. Fleury. **(Im)Previdência Social**. 60 anos de história da Previdência Social no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1985.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. “Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?” In: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OST, François. **O tempo do direito**. Baurú: Edusc, 2005.

PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Ed. do Autor, 1984.

PEREIRA NETTO, Juliana Pressotto. **A previdência social em reforma**: o desafio de inclusão de um maior número de trabalhadores. São Paulo: Ltr, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. **La seguridad jurídica**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1991.

PIOVESAN, Flávia Piovesan; IKAWA, Daniela Ikawa. “Segurança Jurídica e Direitos Fundamentais: o direito à segurança de direitos.” In: **Constituição e Segurança Jurídica**. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e Ordem Pública**. Segurança Jurídica e Transformação Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica: una teoría formal**. Madrid: Dykinson, 2000.

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

ROCHA, Leonel Severo da. “A construção do tempo pelo direito.” In: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Brasília: Editora da UNB, 1997.

_____. **A nova questão social**. Repensando o Estado Providência. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

RUPRECHT, Alfredo J. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Ltr, 1996.

SALDANHA, Nelson. **Estado de direito, liberdades e garantias**: estudos de direito público e teoria política. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. “Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas.” In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais**, nº 30, Ano 11, fev. 1996.

SANTOS, José M. Mayán. **El Estado de Bienestar Social, Estratégias para el Siglo XXI**. Política, Política Social, Educación, Sanidad, Economía y Justicia. [s.l.]:Editorial 9, 1998.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL POLÍTICAS SOCIAIS NO BRASIL E NA ALEMANHA: Sistema Previdenciário e Mercado de Trabalho. 1994. Brasília. O desafio da questão social.

SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito contemporâneo. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 18. nº 46, 1988.

SILVA, José Afonso da. “Constituição e Segurança Jurídica.” In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato Jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. “Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (antermassverbot): de como há blindagem contra normas penaus inconstitucionais.” In: **(Neo) Constitucionalismo**. Ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. **Hermenêutica Jurídica e (m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica para o direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**. Estratégias de bem-estar e políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos.” In: **Revista Júris Síntese**, nº 212, jun. 1995.