

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

ALESSANDRA MIRIAM FRANCISCHETTI RIBEIRO DA FONSECA

**TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E SUA APLICABILIDADE PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PELOS SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS**

SÃO LEOPOLDO - RS

2012

ALESSANDRA MIRIAM FRANCISCHETTI RIBEIRO DA FONSECA

**TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E SUA APLICABILIDADE PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PELOS SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Linha de Pesquisa 'Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos'

Professor Orientador: Doutor Wilson Engelmann

SÃO LEOPOLDO - RS

2012

F676t Fonseca, Alessandra Miriam Francischetti Ribeiro da
Teoria da justiça distributiva e sua aplicabilidade pelo
supremo tribunal federal na declaração de constitucionalidade da
contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos /
por Alessandra Miriam Francischetti Ribeiro da Fonseca. -- 2012.
151 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.
Orientação: Prof. Dr. Wilson Engelmann.

1. Direito. 2. Justiça distributiva. 3. Estado democrático -
Direito. 4. Solidariedade. 5. Contribuição Previdenciária -
Servidores públicos inativos. 6. Paradigma Comunitarista. I. Título.
II. Engelmann, Wilson.

CDU 34

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

A dissertação intitulada: “Teoria da Justiça Distributiva e a sua Aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal na Declaração de Constitucionalidade da Contribuição Previdenciária pelos Servidores Públicos Inativos”, elaborada pela mestranda **Alessandra Miriam Francischetti Ribeiro da Fonseca**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 26 de junho de 2012.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

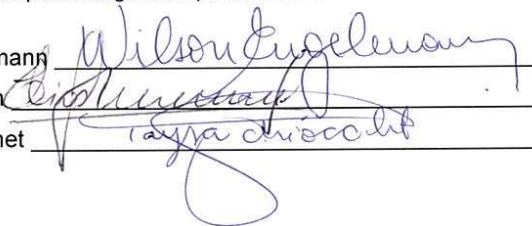
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Wilson Engelmann

Membro: Dr. Elias Grossmann

Membro: Dra. Taysa Schiocchet



Aos meus pais e filhos, pelo carinho e compreensão que tiveram comigo durante essa trajetória acadêmica.

Ao meu marido amado, Javert, a quem dedico a conquista de hoje e o amor para toda a vida. Nossos filhos, fruto desse amor que nasceu no momento certo de nossas vidas, me mostram, à todo momento, que a felicidade deste casamento está apenas começando. Ao meu companheiro de Mestrado.

AGRADECIMENTOS

A Deus por tudo, sempre;

Aos meus pais, pelos ensinamentos de vida;

Ao meu marido amado, pela dedicação na vida à dois,
Que enche de felicidade este meu coração. “Eu sei que vou te amar; por
toda minha vida eu vou te amar” (*Tom Jobim*);

Aos meus filhos, especialmente à minha ‘Nana’, compreensiva aos cinco
anos de idade, permitiu-me desenvolver esta pesquisa, sabendo que seu lugar é
especial no meu coração;

Ao meu orientador, Professor Doutor Wilson Engelmann, pelas orientações,
pela disponibilidade em todos os momentos, e sobremaneira pela confiança que
depositou em mim, nesta etapa final de desenvolvimento da pesquisa. Foi quem fez
a diferença no momento em que mais precisei de apoio. Obrigada Professor;

Aos meus colegas de escritório, pela dedicação, pois, certamente, sem a
qual não poderia ter desenvolvido este trabalho com a atenção necessária;

Também aos meus colegas de mestrado,
com os quais compartilhei esta saudosa experiência;

“[...] a justiça exclusivamente entre as virtudes é “o bem alheio” porque concretiza o que constitui a vantagem do outro [...]”.

(ARISTÓTELES)

RESUMO

Teoria da Justiça Distributiva: o tema a ser abordado nesta pesquisa se concentra em investigar a aplicabilidade da justiça distributiva pelo Supremo Tribunal Federal na declaração de constitucionalidade da contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos, apontando divergências entre correntes teóricas comunitaristas e individualistas. Identificar a partir de aporte jusfilosófico, a interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal orientada por valores, mediante aplicação da justiça distributiva no caso concreto sob fundamento principiológico da solidariedade, característica marcante do paradigma comunitarista inaugurado pela Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Palavras-chave: Justiça Distributiva. Estado Democrático de Direito. Solidariedade. Contribuição Previdenciária dos servidores públicos inativos. Paradigma Comunitarista.

ABSTRACT

Theory of Distributive Justice: the topic being addressed in this research focuses on investigating the applicability of distributive justice in the Supreme Court in the declaration of the constitutionality of social security contributions for retired civil servants, pointing out discrepancies between theoretical currents communitarians and individualists. Identify the contribution from jusfilosófico, the constitutional interpretation of the Supreme Court values driven by the application of distributive justice in this case on the basis of solidarity principiológico, striking feature of the communitarian paradigm inaugurated by the 1988 Constitution, the fundamental objective of establishing democratic state to build a free, fair and inclusive.

Keywords: Distributive Justice. Democratic State of Law. Solidarity. Social security contribution of civil servants retired. Communitarian paradigm.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia Geral da União
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
EC	Emenda Constitucional
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MPS	Ministério da Previdência Social
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	14
2.1 Breve Esboço sobre os Ideais de Justiça em Aristóteles	14
2.1.1 Noção de Bem Comum, Felicidade e Virtude.....	15
2.1.2 Justiça e Virtude Moral.....	20
2.1.3 Justiça Geral, Lei e Política.....	23
2.1.4 Justiça Universal e Justiça Particular	30
2.1.5 Justiça Distributiva - igualdade, equidade, proporcionalidade e racionalidade.	31
2.2 Transformação das Formas Estatais e o Surgimento do Estado Democrático de Direito	40
2.2.1 Breve Esboço sobre o Surgimento do Estado Social.....	40
2.2.2 Desenvolvimento e a Crise Estrutural do Estado Social.....	49
2.2.3 O Estado Democrático de Direito no Brasil e a Recepção do paradigma do Comunitarismo pela Constituição Federal de 1988.....	54
3 CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PELOS SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS: DO INDIVIDUALISMO AO COMUNITARISMO	60
3.1 Constituição Federal de 1988 e Previdência Social	60
3.2 Emenda Constitucional nº41 de 19 de dezembro de 2003 e os Fundamentos Jurídicos da ADIN 3105-8	68
3.3 Supremo Tribunal Federal e a Interpretação Comunitária do Texto Constitucional	79
3.3.1 Corrente Individualista. A subjetividade das Concepções Individuais e os Reflexos deste Paradigma no Julgamento da ADIN nº3105-8.....	87
3.3.2 Corrente Comunitarista: A interpretação constitucional orientada por valores, em evidente contemplação ao paradigma comunitarista recepcionado pela Constituição Federal de 1988.	100
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
ANEXO A - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº41, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2003	140
ANEXO B - PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº555, DE 2006.....	149

1 INTRODUÇÃO

Ao abordar a Teoria da Justiça Distributiva, sob a perspectiva da matriz filosófica aristotélica, e sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal na declaração de constitucionalidade da contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos, a presente pesquisa tratou de investigar a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal calcada em uma interpretação constitucional orientada por valores referenciais consonantes com o paradigma comunitarista recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

O estudo do tema se adéqua à linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Vale do Rio dos Sinos “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, na medida em que se propõe realizar uma análise crítica acerca da aplicabilidade dos valores fundamentais da justiça distributiva no *leading case* em comento.

O estudo do tema proposto também se harmoniza com a área de pesquisa do Prof. Orientador Doutor Wilson Engelmann, eis que concentrou especial dedicação acadêmica acerca da questão da “Teoria da Justiça”, mormente quando se depreende que na obtenção de grau de Mestre sua dissertação intitulou-se “Princípios, Regras e Conceito de direito: uma crítica ao positivismo jurídico”, e posteriormente defende a tese de doutoramento intitulada “O Princípio da lei natural e as exigências metodológicas da razoabilidade prática desenvolvidos por John Finnis: em busca de uma justificativa ética para a hermenêutica de cunho filosófico”. Destes estudos culminou, na sequência, com a publicação da obra “Direito Natural, Ética e Hermenêutica”. Sabidamente em toda esta trajetória o Prof. Orientador Doutor Wilson Engelmann valeu-se da concepção aristotélica de Justiça, assim tornando possível a reflexão crítica sobre o Direito e o Estado na cultura democrática contemporânea.

Para o desenvolvimento desta pesquisa voltada a identificar em que medida a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº41, de 19 de dezembro de 2003, constitui um exemplo de concretização da justiça distributiva a partir da matriz aristotélica, o estudo do tema comportou a seguinte divisão: em um primeiro momento trabalhou-se com a teoria e, em um segundo momento, passou-se a análise da sua aplicabilidade no *leading case* da contribuição dos inativos.

No Primeiro Capítulo abordou-se a concepção *jusfilosófica* da “Teoria da Justiça” mediante o estabelecimento da matriz teórica aristotélica como fundamento teórico para a presente pesquisa, complementada por seus interpretes e seguidores, como Tomás de Aquino, John Finnis, Michel Villey, entre outros mais que estão relacionados ao final nas referências bibliográficas. A concepção de justiça distributiva a partir da vertente filosófica adotada tem como viés a identificação do paradigma comunitarista em que o justo é o ato praticado com a finalidade de produzir um bem ao outro.

Partindo da premissa máxima aristotélica de bem comum como forma de se alcançar a felicidade, o presente estudo percorreu os caminhos trilhados pela transformação das formas de Estado, no afã de demonstrar as mudanças de paradigma ao longo da história. Inicia-se a trajetória pelo Estado Liberal, com a finalidade de delimitar o paradigma individualista, próprio desta fase em que as liberdades individuais tinham de ser preservadas pelo Estado a qualquer custo. O Estado de Bem-Estar Social também é explorado no presente estudo à guisa de apontar as necessidades sociais de proteção aos direitos coletivos e a tentativa frustrada do Estado em prover tudo, que declinou por conta da crise estrutural decorrente do descompasso entre as demandas sociais e a falta de planejamento político para atendê-las satisfatoriamente.

E, como última parada nessa viagem às diferentes formas de Estado, o presente estudo focou especial atenção no Estado Democrático de Direito e suas especificidades, posto que é neste modelo de Estado que se instala o paradigma comunitarista, descrito há muito por Aristóteles. Tal paradigma é recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como objetivo fundamental para o Estado Democrático de Direito a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a redução das desigualdades sociais, em nome da proteção do bem maior consubstanciado na dignidade da pessoa humana. Para abordagem das transformações das formas estatais contribuíram como referencial teórico as lições de Jose Luiz Bolzan de Moraes, J.J. Canotilho, Gilberto Bercovici, Paulo Bonavides, Garcia-Pelayo, Norberto Bobbio, Lenio Luiz Streck, e outros autores citados nas referências bibliográficas.

Ao estabelecer reconhecimento à dignidade humana como bem maior ao Estado e, neste contexto valorativo, apontar seus objetivos fundamentais, importou à pesquisa abordar o Sistema de Seguridade Social, dando ênfase aos objetivos por

ele instituídos, e natureza jurídica das contribuições previdenciárias, como forma de avaliar a aplicabilidade da justiça distributiva, ressaltando a solidariedade em relação à responsabilidade pelo financiamento desta atividade complexa e universal.

Tendo como pródomo a alteração da realidade social – como estatisticamente apontou o IBGE, e estes índices serão abordados adiante –, instalou-se a necessidade de discussão acerca das iniciativas políticas adequadas a manter a solvabilidade do sistema, da qual participa solidariamente a sociedade. E neste cotejo em torno dos direitos sociais, a pesquisa se direciona ao estudo do conteúdo das Emendas Constitucionais nº 20, de 15 de dezembro de 1998 e Emenda nº 41, de 19 de dezembro de 2003, conhecidas como primeira e segunda reforma da Previdência Social.

A Emenda Constitucional nº 41, de 2003 estabeleceu a contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos, a partir da vigência da norma constitucional. Dotados de uma percepção individualista, a classe dos servidores atingidos pelos efeitos da Emenda Constitucional manifestou sua irresignação mediante a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Objetivou, dentre outras pretensões, o reconhecimento da violação dos direitos individuais (direito adquirido e ato jurídico perfeito).

Neste ponto, a pesquisa explorou as diferenças entre as concepções teóricas das correntes individualista e comunitarista, para então investigar os fundamentos valorativos discutidos naquela ação, e ao final identificar que a pretensão dos autores adéqua-se ao paradigma individualista. Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal adotou corrente oposta: comunitarista. Nesta etapa, contribuíram para o desenvolvimento do presente estudo os autores John Rawls, Ronald Dworkin, Louis Dumont, Alain Renaut, Alasdair Macintyre, John Finnis, Michael Walzer, Charles Taylor, Michel Villey, Wilson Engelmann, Gisele Cittadino, Álvaro de Vita, Fernanda Frizzo Bragato, Marciano Buffon, entre outros citados nas referências bibliográficas.

Valendo-se dos aportes doutrinários que sustentam as concepções das correntes individualista e comunitarista, foi possível fazer uma análise da interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal ao declarar a constitucionalidade da contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos. Identificou-se a aplicabilidade da teoria da justiça distributiva no caso concreto, ancorado no princípio da solidariedade característica do paradigma comunitarista

inaugurado pela Constituição Federal de 1988, com objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O método de abordagem utilizado para a construção da dissertação é o fenomenológico hermenêutico, a partir da recuperação do sentido da concepção Aristotélica de justiça distributiva, concentrando a busca deste sentido no contexto histórico vivenciado no Estado Democrático de Direito. Como técnica de pesquisa utilizou-se de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Consultas (virtuais) em sites de órgãos governamentais foram importantes para aferir alguns dados estatísticos sobre o aumento da longevidade do brasileiro e da solvabilidade do sistema. A Constituição Federal, Emendas Constitucionais, Projetos de Emendas e pesquisas jurisprudenciais foram fatores importantes para edificação da ideia central deste trabalho.

Dentre as obras utilizadas como fontes bibliográficas, buscou-se autores que tenham afinidade com a linha de pesquisa deste PPG, a envolver 'Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos'. Outros doutrinadores que, embora não façam parte das citações no decorrer da pesquisa, também foram objeto de estudo para melhor compreensão acerca do assunto abordado, razão pela qual estão elencados nas referências bibliográficas.

2 TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O tema da justiça distributiva, a partir de esforços jusfilosóficos voltados à concentração do antropológico, tiveram raízes à luz da obra *Ética a Nicômaco*, desenvolvida por Aristóteles e cujos elementos basilares de sua compreensão analítica de justiça ainda permanecem inalteráveis nos dias atuais porquanto pouco se falou sobre o tema nas obras que remontam a era medieval. Esta constatação parte de Norberto Bobbio quando se reporta a Aristóteles como o mais importante filósofo a tratar da ideia de justiça “como se sobre o tema houvesse sido dito tudo o que havia a ser dito, como um patrimônio inexaurível que podia ser acrescido, mas cujo núcleo essencial permanecia imutável”¹. E a partir da compreensão dos ideais de Justiça traçados pela filosofia Aristotélica é possível extrair do texto constitucional promulgado em 1988 o paradigma comunitarista recepcionado pelo Estado Democrático de Direito.

2.1 Breve Esboço sobre os Ideais de Justiça em Aristóteles

A obra Aristotélica², em seu Livro V trata de dois tipos de justiça que o filósofo distingue como justiça da legalidade e justiça da igualdade, estabelecendo ainda a existência de diferentes formas de justiça, que entre as trabalhadas destaca a relevância da justiça corretiva e da justiça distributiva.

Este modo analítico de pensar o conceito formal e material de justiça fez de Aristóteles o propulsor do entrelaçamento da filosofia com um conjunto de questionamentos de cunho ético que possibilitaram a investigação destes conceitos tendo como base momentos político-sociais por ele observados à sua época. Aristóteles, através de uma perspectiva objetivista, trabalha com a racionalidade ética voltada ao aspecto teleológico como forma de alcançar a felicidade³. O que diferencia o filósofo, por exemplo, da proposta Kantiana subjetivista consubstanciada no “Eu transcendental”⁴. Aristóteles trata o direito solidário à justiça como uma

¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 307.

² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009.

³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 42-43.

⁴ *Ibid.*, p. 43.

realidade e não mais como um ideal “produto do espírito, ser imaginário; sonho de liberdade total e de igualdade”⁵. Diferentemente de seu mestre Platão, cuja índole é essencialmente idealista, Aristóteles procurou trabalhar o ideal de justiça e estabelecer os critérios do justo enfatizando a realidade humana dentro do modelo de instituição por ser mais coerente com a finalidade da ciência política, que é justamente regulamentar a vida em sociedade contribuindo para a formação do caráter do cidadão, a fim de que seja capaz de praticar ações nobres e que visem o bem comum, alimentando em cada cidadão a virtude da justiça, de modo geral representada pelo respeito à lei.

A partir de Aristóteles estabeleceram-se conceitos de justiça e suas diferentes formas, de modo a ser concebida como um valor ético-social positivo e que carece da determinação de critérios para atribuir a cada indivíduo aquilo que para o filósofo é tido como justo. Estes ideais que permeiam a concepção de justiça a partir de Aristóteles foram determinantes para a edificação da ciência jurídica romana, pois, segundo relata Michel Villey “ele foi aos nossos olhos o primeiro filósofo do direito em sentido estrito”⁶.

E de lá pra cá a justiça é considerada como valor principal de todas as instituições da sociedade. É bem verdade que a sociedade concebe critérios de justiça distintos de acordo com o momento histórico e político vivenciado. Fato é que o maior desafio jurídico atual é lidar com as ideias contraditórias acerca da concepção de justiça sempre vinculadas a um preceito moral, social e político⁷.

2.1.1 Noção de Bem Comum, Felicidade e Virtude

Sendo a realidade e a racionalidade o ponto de partida para a compreensão de todo enigma do universo, a filosofia aristotélica pode ser compreendida como a dedução do particular a partir da compreensão do universal, haja vista que o universal prevalece sobre o individual. É o princípio do pensamento comunitarista advindo da filosofia aristotélica.

Assim, define o estudo das condutas humanas como uma ciência prática e ética, estritamente vinculada à moral, cujo alcance supremo desta perfeição só é passível a partir de um agir em sociedade. O homem inserido no Estado e agindo de

⁵ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Martins Fontes. 2007. p. 37.

⁶ Ibid., p. 35.

⁷ MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 12.

modo a preservar o bem maior, que pra Aristóteles é o bem do Estado. Este pensamento acerca do bem comum se apresenta com clareza em *Ética a Nicômaco*, quando afirma que: “[...] ainda que seja o caso de o bem ser idêntico para o indivíduo e para o Estado, o bem do Estado é visivelmente um bem maior e mais perfeito, tanto para ser alcançado como para ser preservado”⁸.

Este bem comum e supremo do homem é definido como felicidade, considerada esta o bem agir que equivale a ser feliz. É a finalidade de todas as outras coisas. Ressalta o filósofo que cada atitude advinda de uma escolha deliberada visa alcançar um fim, que se revela como resultado do comportamento humano. Portanto, seria o bem o fim para o qual todas as coisas pendem.

O homem razoável atuando em busca da concretização de um fim (objetivo maior), que independe da vontade humana, posto que já se encontra predeterminado pela ordem das coisas. É o fim pressuposto, e considerado comum a todos os homens⁹.

Este mesmo bem supremo visto como excelente, nobre e justo por Aristóteles seria objeto da política e não da ética, pois concebe o ser humano como um animal essencialmente político, cuja essência surge e se realiza na vida em sociedade. A partir desta perspectiva, justifica a finalidade da ciência política em promover ações condizentes com a promoção do bem humano. Esta concepção de nobre e justo se direciona ao bem comum do Estado, posto que para Aristóteles proteger o bem individual é apenas melhor que nada, enquanto que o primordial é alcançar e preservar o bem do Estado.

Se o bem é a finalidade de todas as coisas e este bem é descrito como felicidade, o que vem a ser a felicidade? Aristóteles responde que a felicidade não é um estado passivo de sentimento, mas sim uma forma de atividade. Ressalta que o conceito de felicidade é divergente, posto que o homem, especialmente aquele carecedor de inteligência aguçada, tende a conceber a felicidade como um prazer como beber, comer, amar, e assim por diante. O conceito de felicidade pode assumir, inclusive, nuances diferentes, por exemplo, a partir de sua percepção por ciências distintas.

⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1094b.

⁹ ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 20.

No entanto, Aristóteles esclarece que uma coisa buscada como a finalidade em si mesma é mais completa do que outra que se busca como meio. A felicidade seria este bem absolutamente completo descrito pelo filósofo como autossuficiente. Diferentemente de outras coisas que por vezes são consideradas como bem absoluto e não o são porque se constituem apenas no meio para se alcançar a felicidade, a exemplo disso pode-se elencar a honra, o prazer, a inteligência e demais virtudes.

Mas esta autossuficiência da felicidade é que a define por ser um bem absolutamente completo não guarda relação com uma felicidade a partir de uma vida isolada, mas sim compartilhada com concidadãos, partindo da premissa aristotélica de que “o ser humano é, por natureza, um ser social”¹⁰. A *eudaimonia*, um termo grego, possui um “conceito mais abrangente do que o nosso; [...] engloba também as ideias correlatas de bem-estar e prosperidade; [...] para Aristóteles não se trata de um estado passivo de sentimento, mas de uma forma de atividade”¹¹.

Partindo desta Concepção filosófica Wilson Engelman conclui que “Aristóteles estava preocupado com a real dimensão da busca da realização prática do bem humano. Tanto isso importa uma preocupação individual, como projeta um dever para toda a sociedade, composta pelas diversas individualidades”¹².

Este bem supremo chamado de felicidade é uma obra própria do ser humano e de nenhum outro animal, pois para ser alcançado depende da racionalidade, atributo que o difere dos demais seres vivos e que possibilita o exercício da faculdade da alma em conformidade com a virtude¹³. Assim, passa-se a concluir que a filosofia aristotélica vincula o conceito de bem supremo à racionalidade humana, que se exterioriza pela inteligência, sempre tendo como escopo o bem do Estado, a partir da prática de atos nobres realizados no e para o interesse comum de uma determinada sociedade.

John B. Morrall ao repassar a ideia de felicidade advinda da filosofia aristotélica, interpreta as palavras do filósofo dizendo que nenhum homem por melhor que seja pode ser feliz sozinho em sua autossuficiência¹⁴. A felicidade para

¹⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1097b.

¹¹ Nota do tradutor quanto ao caráter de felicidade em Aristóteles. Ibid., p. 1095a.

¹² ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21.

¹³ ARISTÓTELES, op.cit., p. 1098a.

¹⁴ MORRALL, John B. **Aristóteles**. Tradução Sergio Duarte. Brasília: UNB, 2000. p. 45-46.

Aristóteles não seria um ideal individualista ressalta o autor, pelo que compreende haver uma conexão forte entre o interesse individual e a vontade comunitária, de modo que é possível conectar também a ética à política. Por esta razão é que Aristóteles concebe a ética como um setor da política.

Visando reconhecer a finalidade em cada escolha racional, Aristóteles busca o valor deste comportamento a que chama de virtude, destacando ser esta uma disposição de caráter que “leva à escolha de ações e paixões e que consiste essencialmente na observância da mediania relativa a nós, sendo isso determinado pela razão, isto é, como o homem prudente o determinaria”¹⁵.

As virtudes são adquiridas pelo ser humano a partir da prática de atos, e tendem a se aperfeiçoar conforme forem se tornando um hábito. A este tipo de virtude Aristóteles descreve como virtude moral ou ética. É esta que interessa ao tema, posto que é fruto de ações praticadas a partir da justa razão. Virtudes são conseqüências de hábitos bons. Atos praticados de forma consciente, a partir da disposição de espírito em realizá-los e, cuja deliberação possui caráter estável e permanente.

“A ação (a prática) está inexoravelmente vinculada à tradição”¹⁶. A virtude moral aperfeiçoada pela prática de atos bons é fruto da experiência vinculada à reta razão. A partir deste contexto filosófico, conclui Wilson Engelmann que um jovem não tem capacidade para agir virtuosamente, porquanto é considerado prematuro no quesito vivência, ou dito de outra maneira, experiência. Este pensamento aristotélico também foi ressaltado por Enrico Berti ao afirmar que “a experiência apresentada por Aristóteles encontra-se vinculada à razão”¹⁷.

Já os vícios são os extremos da virtude, caracterizados pelas deficiências ou excessos na realização de um ato. Neste contexto, Aristóteles aduz que:

[...] as qualidades morais são de tal modo constituídas que são destruídas pelo excesso e pela deficiência [...] O vigor é destruído tanto pelo excesso de exercícios quanto pela deficiência destes e, analogamente, a saúde é destruída tanto por alimento e bebida em

¹⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1107a.

¹⁶ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21.

¹⁷ BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1998. p. 123.

demasia quanto pela deficiência destes, que em quantidades adequadas a produzem, aumentam e preservam¹⁸.

Se os extremos são vícios que destroem a qualidade moral do ser humano, a mediania é considerada pelo filósofo o ponto eqüidistante entre os extremos, e que tem o poder de equalizar os vícios propiciando a pratica de atitudes moderadas. Neste contexto, verifica-se que o homem virtuoso é aquele que age com mediania, e o seu agir moderado é que o torna virtuoso.

Interessante destacar que o filósofo relaciona os sentimentos de paixão, prazer e dor com a virtude, alertando que estes seriam as maiores preocupações para a manutenção da qualidade moral, mas repudia a ideia de completa libertação dizendo que desta deficiência de sentimentos resulta a insensibilidade humana. Entende que o ser humano possa experimentar (disposição) paixões, medo, desconfiança, dor ou prazer quando, como, com quem, e na dose média que julgar ser moderada, justamente por ser a mediania a marca da virtude. Assim, “é necessário o exercício do controle das paixões, que acabam obnubilando a razão”¹⁹. Tal exercício mostra-se necessário porque “o que se busca não é somente o conhecimento do bem, uma espécie de teoria, mas a sua prática”²⁰.

Esta mediania de que trata Aristóteles é algo difícil de alcançar, pois o ser humano está mais suscetível ao erro do que ao acerto na medida exata do mediano entre os extremos de um ato. Segundo o filósofo, o mal é uma forma do ilimitado enquanto que o bem é uma forma do limitado, reportando-se ao pensamento dos pitagóricos. Não é a toa que se diz que ser bom é uma tarefa árdua e que requer muita inteligência (racionalidade), para se deliberar uma escolha consciente e moderada.

A racionalidade vinculada à experiência torna o homem justo capaz de “olhar para trás e para frente, a fim de deliberar qual a melhor decisão para a concretização da *eudaimonia*”²¹. Esta racionalidade estabelece o justo meio para se alcançar o fim.

¹⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1104a.

¹⁹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21.

²⁰ Ibid., p. 21.

²¹ Ibid., p. 33. Para desenvolver esse raciocínio Wilson Engelmann busca aporte nas lições deixadas por AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Traduzido por Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003. p. 22-4; ZINGANO, Marco. **Razão e sensação em Aristóteles: um ensaio sobre a anima III 4-5**. Porto Alegre: L&PM, 1998. p. 35 e GUARIGLIA, Osvaldo. **La etica em Aristóteles o la moral de la virtud**. Buenos Aires: EUDEBA, 1997. p. 302.

Aristóteles fornece três elementos que podem contribuir para o alcance da mediania. O primeiro deles concerne em evitar o extremo que mais se opõe a um ato bom, já que o acerto é limitado, então que se pratique um ato assumindo o menor dos males. O segundo elemento relevante é observar os erros já cometidos direcionando-se em sentido oposto a estes. E o terceiro, não menos importante, consiste em encarar os prazeres, sentimentos que ameaçam a virtude, e agir de forma moderada descartando os vícios deles decorrentes.

Tendo estas premissas como norte para não apenas pensar, mas também fazer o bem, e concebendo o homem como um ser livre, racional e consciente de seus atos, Aristóteles vai dizer que “na hipótese de cada homem ser, de uma certa maneira, responsável por sua disposição moral, ele será num certo sentido responsável por sua concepção do bem”²².

Esta responsabilidade o fará um homem justo cuja preocupação, além da própria felicidade, consistirá em ser feliz dentro da comunidade a que pertence praticando atos destinados a prover o bem comum. E, partindo destas premissas, Engelmann vai dizer que a prudência surge como uma espécie de saber prático que condiciona o agir do homem com o fim de alcançar o seu bem. Outrossim, ressalta que esta concepção não deve ser vista como individualista, pois a prudência (enquanto virtude intelectual adquirida através da educação moral) possibilita que a ação humana seja deliberada racionalmente a ponto de “harmonizar os bens parciais, de tal modo a possibilitar a harmonia no seu conjunto”²³.

2.1.2 Justiça e Virtude Moral

Partindo do pressuposto de que a virtude do homem é que o define como sendo um homem bom ou mal, esta concepção também se presta a justificar a justiça enquanto uma virtude moral, eis que o homem bom é aquele que pratica atos justos. Aristóteles considera a justiça como a virtude moral mais perfeita, porque as atitudes consideradas justas são direcionadas ao outro e a sociedade, e não apenas a si próprio.

²² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1114b.

²³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25.

O que Aristóteles diz é que “a justiça exclusivamente entre as virtudes é “o bem alheio” porque concretiza o que constitui a vantagem do outro”²⁴. E esta concepção foi complementada pelas observações de Tomás de Aquino quando descreve a importância da justiça em orientar a conduta humana para o bom relacionamento do ser humano com seu semelhante e deste também para com a sociedade. Noutras palavras, o pensador dos desdobramentos de Aristóteles quer dizer que a justiça, enquanto virtude, é virtude perfeita sempre que orienta o indivíduo a agir direcionado ao outro e não a si próprio, de modo a contribuir para o bem comum. Neste sentido é que Aristóteles define a justiça geral.

Tomás de Aquino, ao trabalhar com a justiça enquanto virtude moral vai dizer que

A virtude humana torna bons os atos humanos e o próprio homem. É o que, sem dúvida, convém à justiça. Pois o ato se torna bom, ao atingir a regra da razão, que o retifica. Ora, como a justiça retifica as ações humanas, é claro que as torna boas. E como Túlio declara, ‘é sobretudo por causa da justiça que os homens são chamados de bons’. [...] fazer o que se deve, com vontade espontânea e pronta, é agir virtuosamente. [...] deve-se dizer que a justiça não tem por objeto as coisas exteriores, visando a fabricação delas: tal é o domínio da arte, mas enquanto ela as utiliza para o bem de outrem ²⁵.

Desta forma a justiça é assim concebida como virtude moral, eis que o ato justo virtuoso só o é assim considerado se for praticado a partir da vontade livre, consciente, racional e deliberada, sem ladear as condições de estabilidade e imutabilidade desta disposição moral. Seria o convencimento pessoal somado ao hábito da prática da virtude. Todos os requisitos da virtude moral se amoldam à justiça, e a eleva a uma condição de virtude completa justamente por destinar-se ao fim da prática do ato justo ao outro.

Tomás de Aquino reitera este pensamento filosófico aristotélico em sua obra ao afirmar que a justiça não é uma virtude intelectual porque não lhe compete ato algum de conhecimento. No entanto para o interprete das lições filosóficas objeto do presente estudo, a justiça deve ser considerada como virtude

²⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1130a.

²⁵ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: questões 57-122. São Paulo: Loyola, 2005. v. 6, seção 2, pt. 2, p. 60-61.

moral porque tem sua sede na retidão da razão²⁶. Afirma que é chamado de justo aquele que age com retidão e movido pela vontade que tem sua sede em uma faculdade apetitiva. Portanto, justiça seria o ato pela vontade racional. O apetite obedece a razão e se inclui na vontade que segundo o Autor pode ser a sede de uma virtude moral.

E o justo pode ser entendido a partir do filósofo e de seu pensador como a vontade de entregar ao outro e tomar pra si exatamente aquilo que lhes cabe. Nem mais nem menos. Neste aspecto, Alasdair Macintyre²⁷ recepciona o pensamento aristotélico ao conceber que o ser humano depende de certa forma do seu semelhante, e esta dependência acaba por exigir a realização da virtude, entendida aqui como justiça. Esta virtude une os seres humanos e é capaz de dignificar a personalidade de cada um ao praticar atitudes justas e consideradas de responsabilidade social, como o dar e receber.

Diante destas considerações é possível dizer que o ato justo não pode ser confundido com ato de justiça, pois a visão aristotélica de ato de justiça leva a crer que esta prática vai além da obediência à lei pelo simples temor de sofrer uma sanção. O ato de justiça se revela a partir do cumprimento da lei não por medo, mas sim pelo bem da comunidade, pelo respeito ao próximo e, conseqüentemente, o bem do próprio homem que pratica atos de justiça.

Esta habitualidade consciente que permeia a justiça enquanto virtude moral também justifica a ideia de ato injusto descrita por Aristóteles, ao afirmar que não se considerar que alguém pratica um ato injusto caso o esteja realizando sob a ignorância. Para o filósofo um ato pode ser injusto, mas não ser caracterizado como injustiça se a qualificação da voluntariedade²⁸ estiver ausente.

É visível, portanto, que o pensamento desenvolvido por Aristóteles em torno da justiça como virtude moral perfeita se funda na ideia de um indivíduo que age pensando no bem comum da sociedade, de modo a se reconhecer a virtude nestas ações quando são praticadas de forma consciente, firme e imutável.

²⁶ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: questões 57-122. São Paulo: Loyola, 2005. v. 6, seção 2, pt. 2, p. 62.

²⁷ MACINTYRE, Alasdair. **Dependent rational animals**: why human beings need the virtues. The Paul Carus Lectures. 2nd ed. Illinois: Open Court, 1999.

²⁸ Quando se refere ao elemento voluntariedade, o filósofo quer dizer sob o controle do agente que o pratica. Acidente e coerção são excluídos da voluntariedade, segundo a ideia de justo e injusto desenvolvida por ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 158.

Afirma que “a justiça é a virtude perfeita por ser ela a prática da virtude perfeita, além do que é perfeita num grau especial, porque seu possuidor pode praticar sua virtude dirigindo-a aos outros e não apenas sozinho”²⁹.

2.1.3 Justiça Geral, Lei e Política

Aristóteles concebe a justiça geral a partir da lei desenvolvida para determinar o comportamento geral, cuja ordem encontra seu fundamento na lei que vale pra toda comunidade. Justiça para o filósofo é a lei.

Joaquim Carlos Salgado, interpretando Aristóteles assim descreve:

A ordem é a lei e o governo da lei é preferível ao de qualquer cidadão, por que a lei é a razão *sem apetites*, dirá Aristóteles na Política. Onde existe a relação de um ser humano com outro ser humano – relação que é natural por ser o homem social por natureza – existirá a lei para ordenar essas relações, e onde há a ordem legal, surge a possibilidade da justiça e da injustiça³⁰.

O Estado tem por objetivo maior a realização do bem comum, razão pela qual Aristóteles encontra na lei a ordem geral para se determinar o justo destino do indivíduo inserido na comunidade. Portanto, lei pode ser considerada expressão de justiça. E para que a lei seja sinônimo de justiça, faz-se necessária a junção das considerações éticas e políticas, a partir da qual se aperfeiçoa a virtude suprema. E para que um ato seja considerado justo deve obedecer a previsão legal, que estabelece de modo geral a felicidade comum e não o interesse particular.

O fim proposto pelo filósofo não guarda relação com algo simplesmente particular, pelo contrário, visa um bem supremo comum à toda sociedade, razão pela qual Wilson Engelmann esclarece que o filósofo altera o nome da filosofia prática, passando a chamá-la de ciência política³¹. Passagens da obra do filósofo deixam claro esse pensamento ao afirmar que

Na medida em que, portanto, as ciências restantes se prestam ao uso desta e, visto que ela, ademais, estabelece leis quanto ao que as

²⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1130a.

³⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1986. p. 40-1.

³¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 20.

peças deverão fazer e quais coisas deverão se abster de fazer, a finalidade dessa ciência terá que incluir as finalidades de todas as demais, Consequentemente, o bem humano tem que ser a finalidade da ciência política, pois ainda que seja o caso de o bem ser idêntico para o indivíduo e para o Estado, o bem do Estado é visivelmente um bem maior e mais perfeito, tanto para ser alcançado como para ser preservado³².

Estudando os escritos do filósofo, Michel Villey entende que a ordem realizada se revela como finalidade da justiça “geral”, “total”, de modo que é possível identificá-la à observação da lei moral inteira, o que faz brotar o conceito de justiça legal.³³ Justiça geral, portanto, pode ser entendida como ordem universal. Por considerar que a maioria das leis prescreve virtudes morais e proíbe a realização de vícios particulares, sendo esta a razão para compreender a justiça como virtude perfeita, a observância da lei é fator essencial para tornar-se justo, desde que a o previsto em lei seja condizente com a ética. Aristóteles deixa esta ideia clara quando assim escreve “[...] as ações que nascem da virtude geral são, fundamentalmente, idênticas às ações de acordo com a lei, uma vez que a lei prescreve a conduta que exhibe os vários vícios particulares”³⁴.

As ações humanas decorrem de orientações extraídas do universal, do fim moral que se busca efetivar³⁵. As leis são instrumento de imposição ao homem das regras gerais de convivência dentro da *polis*. Estas regras gerais contribuem para a formação do hábito pela prática de atos justos, hábito este que garantirá ao homem o exercício da justiça a partir de uma vontade interior criada pela habitualidade. O homem justo não cumpre a regra com medo de ser punido, mas porque compreende ser uma conduta moralmente aceitável porque a experiência e a habitualidade lhe conferiram esta justa razão. Entende o filósofo que o homem não nasce virtuoso. Por esta razão que a filosofia aristotélica propõe o desenvolvimento da educação ética, a partir do estabelecimento de regras gerais direcionada principalmente aos jovens, sem esquecer-se que adultos por vezes também necessitam desta educação, com intuito de torná-los virtuosos a partir da prática habitual de atos

³² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1094b.

³³ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Martins Fontes. 2007. p. 38-9.

³⁴ ARISTÓTELES, op. cit., p. 1130b.

³⁵ Engelmann afirma que “o universal pode ser ensinado e aprendido, compreendendo a justificação das ações humanas”. Ver ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 31.

justos, propiciando uma vida em sociedade em observância aos padrões tradicionais de grande relevância à preservação do ordenamento moral.

Tomás de Aquino descreve a virtude da justiça geral como justiça legal ao esclarecer que esta orienta o homem ao bem comum. Afirma que “compete à lei ordenar o homem ao bem comum”. O termo geral é assim definido pelo autor

Algo pode ser qualificado geral, em razão de seu poder; assim, uma causa universal é geral em relação a todos os seus efeitos, como o sol, em referência a todos os corpos, iluminados e transformados pela suas energias. [...] a justiça geral é chamada de virtude geral, enquanto, precisamente, ela ordena os atos das outras virtudes ao fim que é o dela, o que vem a ser movê-las todas por seu influxo. Com efeito, como a caridade pode ser chamada de virtude geral, enquanto ordena os atos de todas as virtudes ao bem divino, assim também é a justiça geral, enquanto ordena todos os atos de todas as virtudes ao bem comum³⁶.

John Finnis também trabalha a ideia de justiça utilizando-se dos aportes filosóficos aristotélicos para defini-la como uma qualidade de caráter que, “em sentido geral, é sempre uma disposição prática a favorecer e fomentar o bem comum de suas comunidades, e a teoria da justiça é, em todas as suas partes, a teoria do que em linhas gerais é requerido para esse bem comum”³⁷.

A política também foi objeto dos estudos aristotélicos, tendo o filósofo dedicado sua atenção a esta temática não só nos escritos de *Ética a Nicômaco* como também na obra *A Política*. Aristóteles identifica a família como uma célula a partir da qual se forma a sociedade, mas sustenta também que a família é incapaz de satisfazer por si própria as necessidades humanas, razão pela qual necessita de um agrupamento de pessoas (*polis*) para atingir o objetivo de satisfação das necessidades vitais. Nesta conjectura aparece o Estado. Aristóteles constata ser o Estado uma esperança da sociedade em alcançar o bem, pois pra ele o propósito da associação política é justamente favorecer a vantagem de seus membros. Segundo a obra nicoméica “O propósito dos legisladores é o bem comum da comunidade, e a justiça é, as vezes, definida como aquilo que concorre para a vantagem comum”³⁸.

³⁶ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: questões 57-122. São Paulo: Loyola, 2005. v. 6, seção 2, pt. 2, p. 65-6.

³⁷ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 165.

³⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1160a.

Na obra *A Política*, Aristóteles inicia suas considerações dizendo que todo Estado é uma sociedade, em princípio, em busca do bem comum como vantagem para seus membros, sendo esta a diferença entre a associação política e as demais associações que visam vantagens particulares. Estas sociedades particulares, embora possuam uma meta que também visa uma certa vantagem aos membros que dela participam, está subordinada à associação política “a qual não visa uma vantagem transitória mas a uma que abarca a totalidade da vida”³⁹.

Em síntese, o pensamento aristotélico em *A Política* está preocupado em justificar que a ética vislumbra o alcance da felicidade individual do ser humano, enquanto que a política se volta para a realização de um bem supremo, qual seja, a felicidade coletiva da *pólis*. E a política, neste contexto, assume o papel de investigadora cujo objeto de investigação consiste em descobrir quais são as formas de governo, bem como as instituições prudentemente capazes de promover e preservar a felicidade coletiva. Dito de outra forma, Aristóteles, propõe a investigação da constituição do Estado.

O Estado é assim definido como expressão mais feliz da sociedade em seu vínculo com a natureza. Por analogia, o filósofo compara a impossibilidade da concepção do indivíduo sem o Estado à concepção de uma mão sem o corpo. E, repetindo o argumento sustentado na obra nicoméica, afirma que o homem é um animal essencialmente político por natureza, eis que nasce, vive e morre em sociedade, contribuindo para a promoção do bem comum. E esse agrupamento de pessoas com a mesma necessidade de viver bem dá origem a comunidade política que carece da constituição de uma forma de governo para estabelecer as diretrizes para a promoção do bem comum.

A família é o início de uma associação, mas não se mostra capaz de prover sozinha o bem dos seus membros, razão pela qual “emerge o caráter desejável de uma ‘comunidade completa’, uma espécie de associação global a partir da qual seriam estabelecidas as iniciativas (deveres) de todos os participantes desta grande associação. A essa associação deu-se o nome de comunidade política”⁴⁰.

O bem comum supremo só se concretiza no Estado, relembrando a premissa aristotélica de que a autossuficiência não se alcança a partir de uma vida solitária,

³⁹ ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 01.

⁴⁰ Conforme se extrai da obra de FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 148-9.

mas sim no contexto de vida em *polis*. É por esta razão que, embora cronologicamente o Estado apareça como uma terceira instância, ontologicamente assume o primeiro lugar, pois nesta dimensão, segundo o filósofo, o todo existe necessariamente antes da parte. Aristóteles pensa nos indivíduos e nas sociedades domésticas como parte integrante do todo – aqui visto pela perspectiva de associação política – cujo isolamento equivale a desarticulação e a inutilidade destas associações particulares e do próprio indivíduo, uma vez separados do corpo. Esta é a realidade do homem só, que não se basta por si e cuja inclinação pende a conduzi-lo a uma convivência plena em sociedade.

A virtude perfeita fica a cargo do Estado, que a partir da imposição de leis e instituições por ele criadas tem o atributo de regular o comportamento moral do homem em sociedade, educando-o para ser habitualmente virtuoso e aprender a afastar-se dos vícios que maculam a virtude perfeita. Aristóteles vai dizer que a administração da lei implica a distinção entre o justo e o injusto. A injustiça tem sua origem na conduta viciosa do homem que pretende, agindo injustamente, tirar proveito das coisas boas e afastar-se daquilo que considera ser ruim. Pensando assim é que o filósofo conclui ser esta a “razão porque não admitimos que um ser humano governe, mas a lei, porque um homem governa em seu próprio interesse e se converte em um tirano; mas a função de um governante é ser o guardião da justiça e, se assim o é (ou seja, da justiça), então da igualdade”⁴¹. Isto porque o filósofo concebe a justiça como o bem do outro e não de si próprio.

Norberto Bobbio, ao analisar o nexa entre lei e igualdade descreve, como se estivesse lembrando Aristóteles, que o governo das leis é superior ao governo dos homens, pois a lei visa assegurar a igualdade, enquanto que o governo dos homens estaria propenso a agir em favorecimento próprio, valendo-se inclusive da arbitrariedade para garantir o proveito⁴².

A partir da análise das sociedades da época, Aristóteles reafirma a ideia de Estado forte cujo objetivo é a promoção do bem comum, ao apontar para a existência de três funções que o compõe e que, somente a partir da harmonia entre estas funções se pode afirmar que um governo vai bem. E assim vai dizer:

⁴¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1134b.

⁴² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 312.

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição⁴³.

Dentre as funções descritas pelo filósofo, esclarece caber ao poder deliberativo deliberar sobre os negócios. E neste contexto, pode-se dizer que esta função mais tarde foi definida conceitualmente como poder legislativo, cuja atribuição precípua enquanto função de Estado é elaborar leis, não se limitando apenas a isto, mas sendo este seu principal atributo. Aristóteles dizia que a Assembléia detinha a função de se pronunciar a respeito de assuntos como paz e guerra, elaborar leis ou até mesmo suprimi-la e, inclusive decidir acerca do estabelecimento de alianças. Já o poder executivo, segunda função do Estado, tem a atribuição de administrar a associação política, sendo considerado o poder e ação a partir das magistraturas e poderes por ele constituídos. E, o poder judiciário fica com a função de julgar os indivíduos pelos crimes que por ventura venham a cometer. A preocupação no estudo desta função se concentrou em definir os tribunais e como são escolhidos os juízes que os compõem do que, essencialmente a sua forma de atuação.

Aristóteles também define bem as três formas de governo, suas vantagens e desvantagens, descrevendo ser a monarquia o governo de um só em função do interesse coletivo, cujo desvio real conduz à tirania consistente na busca pela vantagem própria do rei. Mas ainda assim o filósofo a considera melhor forma de governo, pois o vício parte de apenas um governante em prol do interesse próprio de apenas um. Descreve a aristocracia como forma de governo exercida por um grupo de pessoas (governo dos melhores), constituída pelos melhores homens práticos aptos a escolher deliberadamente na política. O ponto negativo esta forma de governo seria a transformação do governo de um grupo por um governo de poucos, em que a maldade dos poucos impede a distribuição do comum conforme o mérito, de modo a desviar todas ou quase todas as vantagens àqueles poucos que de fato exercem o poder. Nas palavras de Aristóteles “o poder fica nas mãos de uns poucos

⁴³ ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 113.

homens maus, em lugar de ficar nas mãos dos homens mais excelentes⁴⁴. A república, tida como a pior forma de governo pelo filósofo, é descrita como o governo da massa dos cidadãos abastados, cuja classificação se dá a partir da propriedade. A democracia é um 'ligeiro desvio da república' assim definido por Aristóteles, e se caracteriza por ser um governo de muitos do povo, incluindo aqui os pobres.

A liberdade de escolher a forma de governo também aparece na obra de Aristóteles e que mais tarde será rediscutida na Idade Moderna, visando a superação do absolutismo monárquico. O filósofo concebia a ideia de que o povo possuía o direito de optar pela formação do Estado, escolhendo entre as formas existentes qual delas melhor atende os anseios da sociedade em questão, entregando assim o poder a quem lhe couber. No entanto, Aristóteles faz a ressalva de que "nem todos meçam com a régua a suficiência e a excelência"⁴⁵.

John Morral, interpretando Aristóteles ao referir-se a arte do governo e sua relação com as demais artes em função de seus objetos, assim escreve:

Se o praticante de qualquer dessas artes dirigi sua atenção primordial para o benefício pessoal que poderá obter por meio da arte, estará usando sua habilidade de forma ilegítima. No caso da política, isso quer dizer que um governo, qualquer que seja sua fisionomia, somente poderá ser justo se servir ao bem comum⁴⁶.

Diante destas considerações acerca da política e da função do Estado a partir das diferentes formas de governo descritas por Aristóteles, conclui-se que o Estado ideal, na concepção do filósofo não guarda relação com a arte política, ou seja, pouco importa a forma de governo escolhida pelo povo quando o faz sem a interferência de fatos exteriores. Estado ideal pra Aristóteles representa muito mais do que a forma de governo escolhida e exercida por quem os represente, estando estreitamente adstrito ao exercício de práticas e políticas que possibilitem a preservação do equilíbrio Estatal, equilíbrio este consistente no exato alcance do bem maior que se consuma com a felicidade geral da *polis*. Se a função da ciência política é promover ações condizentes a educação do cidadão de modo a torná-lo virtuoso, no Estado ideal visto a partir da concepção aristotélica, as atividades

⁴⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1160b.

⁴⁵ ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 143.

⁴⁶ MORRALL, John B. **Aristóteles**. Tradução Sergio Duarte. Brasília: UNB, 2000. p. 56-7.

exercidas pelos cidadãos devem obedecer os critérios do justo, evitando assim a interferência dos vícios que maculam a virtude perfeita da Justiça. E o Estado é responsável pelo desempenho desta função, assim descreve Aristóteles, de modo a prover a educação do povo tornando o homem virtuoso. Bons cidadãos educados a praticarem condutas moralmente boas, preenchem a função política que deles se espera e contribuem para o equilíbrio da sociedade.

2.1.4 Justiça Universal e Justiça Particular

O caráter polissêmico do conceito de justiça está presente na obra *Ética a Nicômaco*, na medida em que Aristóteles compreende a justiça tanto uma virtude moral que perpassa pela distribuição equitativa e proporcional do público como a administração da *polis* pelo povo.

A partir do Livro V de *Ética a Nicômaco*, compreende-se que a finalidade da justiça universal é a ordem realizável em observância da lei, de modo a prevalecer a moralidade na conduta de cada cidadão sempre primando pelo ideal de bem comum. Dada a importância das leis escritas e moralmente aceitas pela sociedade, o filósofo se posiciona no sentido de relacionar a justiça universal com a lei como se fossem sinônimos. Razão pela qual a legitimidade do justo se fundamenta na lei natural, que segundo o filósofo representa “idêntica validade em todos os lugares e não depende de nossa aceitação ou inaceitação”⁴⁷.

A justiça universal também se estabelece na lei convencional considerada medida padrão, posto que embora seja passível de mutação por convenção ou conveniência, guarda “princípios imutáveis de conduta correta”⁴⁸, razão em que é considerada única e universal para uma determinada *polis*. Neste viés, justo é o homem que age em conformidade com as regras convencionais, desde que expressem justiça⁴⁹, de modo a manter a ordem realizável, sendo esta a finalidade da justiça geral, cuja beneficiária do comportamento moral e, portanto justo, é a comunidade.

⁴⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1134b.

⁴⁸ MORRALL, John B. *Aristóteles*. Tradução Sergio Duarte. Brasília: UNB, 2000. p. 62.

⁴⁹ Se a lei convencional é contrária ao direito natural não será considerada justa, de tal sorte que não assumirá força vinculativa que lhe dê status de lei geral.

O conceito de justiça universal, sinônimo de justiça geral, conduz a afirmação de que a prática da virtude se direciona ao outro, por esta razão Aristóteles eleva a justiça como uma virtude especial, completa e esclarece que embora alguns indivíduos pensem sobre a justiça como ela deva ser, só conseguem praticar atos virtuosos em relação a si e aos seus próprios interesses, não conseguindo enxergar o outro como destinatário deste ato. Mas quando Aristóteles define o conceito de justo e injusto, faz questão de frisar que a justeza das ações sempre nasce da virtude geral pautada pela observância à lei. Este estreito vínculo da justiça com a lei é que se pode trabalhar com a ideia de justiça legal, eis que o direito se torna instrumento das regras morais, conforme destacou Michel Villey⁵⁰. Esta relação entre direito e moral, estabelecida por Aristóteles também foi rediscutida por seu maior interprete Tomás de Aquino⁵¹, que bem frisou ser a lei o instrumento apto a preservar a felicidade. E quando fala em felicidade, esta tem a mesma conotação lançada por Aristóteles de felicidade suprema.

Aristóteles não se prendeu apenas na identificação da justiça universal como justiça co-extensiva com a virtude geral, dedicando-se também a estudar e definir a justiça particular no que diz respeito ao relacionamento direto entre as partes. E esta análise feita pelo filósofo culminou na divisão da justiça particular em duas categorias chamadas de justiça distributiva e justiça corretiva, divisão esta revisitada por Tomás de Aquino. Segundo esta ideia compartilhada, a uma ordem entre as partes e uma ordem do todo para as partes, sendo que o todo é o bem comum.

Tomás de Aquino descreve a justiça particular como justiça que se ordena a uma pessoa privada, que está para a comunidade como a parte para o todo. Reafirma a divisão desta espécie de justiça estabelecida por Aristóteles (comutativa e distributiva), definindo a justiça comutativa como a relação entre uma pessoa privada e outra, enquanto que a justiça distributiva como relação do todo com as partes, mediante a divisão justa do comum a cada uma das pessoas⁵².

2.1.5 Justiça Distributiva - igualdade, equidade, proporcionalidade e racionalidade

Michel Villey, interpretando Aristóteles escreve que:

⁵⁰ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Martins Fontes. 2007. p. 41.

⁵¹ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: questões 57-122. São Paulo: Loyola, 2005. v. 6, seção 2, pt. 2, p. 99.

⁵² Ibid., p. 99.

O homem justo é, para Aristóteles, aquele que “não pega mais do que sua parte” (nem menos do que sua parte) dos bens exteriores partilhados num grupo social. Essa “justiça” é uma parte da (meros) da justiça total.⁵³

A justiça distributiva, segundo a concepção filosófica de Aristóteles, se presta a promover proporcionalmente a divisão de todos os bens públicos como a honra, a riqueza, e demais ativos que pertencem à comunidade política, entre aqueles que por seus méritos façam jus a divisão, de modo a prevalecer o equilíbrio. A justiça distributiva está calcada na ideia de divisão que revela a relação entre governante e governados. Neste contexto, a injustiça ocorre pela presença do elemento desigualdade, eis que a máxima aristotélica no que tange o estudo da justiça distributiva é “têm o que lhe cabe”, tendo obtido o que é igual”⁵⁴. Vale dizer que a injustiça se consuma na presença da desigualdade, sendo esta correspondente ao recebimento de uma porção maior ou menor de ônus ou bônus que seriam proporcionalmente devidos a cada indivíduo, partindo do pressuposto aristotélico que cada um recebe porção proporcional do que lhe é devido a dosar pelos seus méritos. A proporcionalidade de acordo com o mérito, segundo o filósofo, se correlaciona com a proporcionalidade entre as quantidades com que cada pessoa contribui para o recurso comum.

A distribuição justa refere-se aos bens comuns, ‘algo essencialmente público que (em prol do bem comum) deverá ser apropriado pelos indivíduos que compõem a comunidade política⁵⁵. Por bem comum entende-se tudo aquilo que não foi criado por ninguém para qualquer pessoa individual, mas que está apto a beneficiar a todos ou qualquer um⁵⁶. Mas para que seja possível prover o bem comum com a distribuição justa do bem público, também se faz necessário o elemento colaboração, seja na reunião dos entendimentos particulares para a tomada da melhor decisão, seja pela participação particular na elaboração e concretização de projetos, seja pela responsabilidade de contribuir com recursos ou fundos

⁵³ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Martins Fontes. 2007. p. 39.

⁵⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1132a.

⁵⁵ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 166.

⁵⁶ Ibid., p. 166.

necessários⁵⁷. Vale dizer, o indivíduo tem aquilo que lhe cabe, na exata proporção de sua participação para a promoção do bem comum.

Tomás de Aquino reafirma a assertiva aristotélica de que “a cada pessoa diz-se pertencer como seu, aquilo que lhe é devido por uma igualdade proporcional”⁵⁸ e, elevando seu raciocínio ao princípio da proporcionalidade distributiva, esclarece que na justiça distributiva,

Se dá algo a uma pessoa privada enquanto o que é do todo é devido à parte. Essa dívida será tanto maior, quanto maior for a preeminência dessa mesma parte no todo. Eis por quê, em justiça distributiva, se dá a alguém tanto mais dos bens comuns, quanto maior for sua preeminência na comunidade.⁵⁹

A justa distribuição dos bens públicos pautada pelo critério da proporcionalidade e da igualdade também é objeto do estudo desenvolvido por Denis Coutinho Silveira. Aponta que

O caráter dessa espécie de justiça é a proporcionalidade (proporção geométrica), e o caráter da injustiça é a falta de proporção. Isso é completamente evidenciado nos fatos, porque aquele que comete uma injustiça detém mais vantagens do que aquelas que lhe deveriam caber, [...] a pessoa que age injustamente fica com um quinhão muito grande do que é bom e a pessoa que é tratada injustamente fica com um quinhão muito pequeno⁶⁰.

Trazendo estes conceitos para a atualidade, a justa distribuição dos tributos se relaciona com a política governamental que pode ter ou não como objetivo a justiça distributiva, já que a atuação política determina o rumo de uma determinada sociedade⁶¹. “Um esquema de tributação e bem estar social pode ser distributivamente justo; sua administração licita e fiel é uma questão de justiça comutativa devida a todos aqueles que tem determinados direitos, poderes, imunidades ou deveres de acordo com ela”⁶².

⁵⁷ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 166.

⁵⁸ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: questões 57-122. São Paulo: Loyola, 2005. v. 6, seção 2, pt. 2, p. 74.

⁵⁹ Ibid., p. 99.

⁶⁰ SILVEIRA, Denis Coutinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: Edipucrs, 2001. p. 130.

⁶¹ Partindo da premissa Aristotélica.

⁶² FINNIS, op. cit., p. 182.

Serge-Christophe Kolm, importante teórico descreve a justiça como uma teoria que envolve filosofia, porquanto atenta-se para os pressupostos éticos, e economia eis que também não menos importante se faz a análise criteriosa da distribuição de recursos cada vez mais escassos na sociedade. Este autor recupera a concepção Aristotélica de justiça, abarcando os preceitos da economia para descrever uma noção moderna da teoria da justiça, dizendo que

A moderna teoria da justiça, contudo, é tanto economia quanto filosofia (que inclui a ética), e deve, logicamente, ocupar parte muito extensa da economia. A economia, na verdade, é a ciência da distribuição de escassos recursos, onde “escassos” se refere as necessidades humanas. Diz respeito tanto ao modo como essa distribuição é feita quanto ao modo como deveria ser feita⁶³.

O princípio da justiça é o favorecimento do bem comum, “o florescimento de todos os membros da comunidade”⁶⁴. E para propiciar a ‘realização dos bens humanos básicos’, John Finnis propõe a aplicação de alguns critérios. O critério primário consiste na “necessidade”, em que situações emergenciais podem determinar que poucos ou muitos sejam privados de muitas coisas para capacitar e encorajar aqueles que necessitam. O segundo critério proposto pelo filósofo vincula a distribuição justa à “função” ou, dito de outro modo, a responsabilidade de cada um inserido na comunidade. A “capacidade”, como terceiro critério, leva em consideração os papéis desenvolvidos pelos indivíduos e suas respectivas possibilidades de promoção. O filósofo utiliza-se da expressão “flautas para flautistas” para descrever o critério da capacidade. O critério da “recompensa ou da contribuição” indica que o auto-sacrifício ou o mérito de esforço refletem um grande bem humano, ‘tanto para quem dá quanto para quem recebe’⁶⁵.

E quando o elemento desigualdade aparece e traz consigo a ideia do injusto, surge a segunda modalidade de justiça, chamada por Aristóteles de justiça corretiva, cuja função é restabelecer a igualdade⁶⁶, buscando a mediania como ponto de equilíbrio entre o ganho e a perda que caracterizam o injusto. O juiz ideal seria aquele cuja educação atingiu a completude e a experiência da vida, conduta e ações

⁶³ KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 3.

⁶⁴ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p.172.

⁶⁵ Ibid., p. 173.

⁶⁶ Neste contexto de desigualdade, ARISTÓTELES frisa o papel do juiz em tornar o injusto desigual em justo a partir da busca pela igualdade. Para ele, a justiça corretiva é exercida pelos Tribunais.

são guiadas pela racionalidade, de modo a ser ele, por assim dizer, a ‘justiça personificada’, conforme definição de bom juiz tecida pelo filósofo em seus escritos sobre a justiça.

O juiz ao estabelecer o equilíbrio da relação desigual, exerce sua função pautada pelo princípio da equidade, determinando a cada um dos envolvidos da relação aquilo que em sua consciência moral, capitaneada pela clemência, necessariamente presente além do espírito da lei, é tido como proporcionalmente devido a quem de direito. Esta consciência moral que Aristóteles designa ao ato de julgar será relevante para análise dos fundamentos lançados na decisão proferida pelo STF, objeto do *leading case* foco desta pesquisa, que será ponto de abordagem no próximo capítulo.

A justiça então compete o ato de julgar, segundo Tomás de Aquino ressalta ao interpretar os ideais filosóficos em destaque. E quanto a este papel do juiz diante da diversidade existente a partir de uma partilha de bens exteriores Michel Villey, interpretando Aristóteles vai dizer que:

[...] o ofício do juiz não consiste, como o do moralista, em tornar o homem justo (*díkaios*). Ser um homem ou uma mulher justa é efetuar atos justos [...] ademais, ninguém é justo sem espírito de justiça; a virtude de justiça não existe sem disposições interiores. O *Díkaiion* é a partilha (a relação justa, a parte) que compete ao jurista determinar. Ele não tem de cuidar da moralidade subjetiva;⁶⁷

Caberá ao juiz a justiça das divisões previamente operadas, levando em consideração as condições de desigualdades apresentadas. Michel Villey cita o exemplo da impossibilidade de se estabelecer o mesmo valor de impostos a serem pagos tanto por ricos quanto por pobres, dizendo que “convirá atribuir mais responsabilidade pública, na medida do possível, às pessoas mais competentes”. Por esta razão é que a distribuição se pauta na quantidade do todo e na qualidade da parte, razão em que é aceitável e justo que pessoas diferentes recebam quantidades diferentes do bem público.

Aristóteles, prevendo o dilema da divisão justa por conta da lacuna da lei, para resolver situações concretas fundadas na desigualdade, oferece ao julgador a possibilidade de adaptar e/ou corrigir as lacunas legislativas a partir do que chama

⁶⁷ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Martins Fontes. 2007. p. 46.

de equidade, o que representa não uma justiça legal, mas sim a retificação da justiça legal. Equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça legal.

Atento para a contrariedade da lei escrita ao direito natural, Tomás de Aquino defende que “o julgamento que implica a determinação reta do que é justo pertence propriamente à justiça”⁶⁸ e que existem dois modos de se ter algo como justo. Primeiro pela natureza da coisa, a partir do direito natural. E segundo, pela convenção estabelecida entre os homens (lei), desde que não contrarie o conteúdo do direito natural. Caso a iniquidade seja constatada, o interprete da concepção filosófica aristotélica defende o julgamento não em conformidade com a lei, mas pautado pela equidade, “visada pela intenção do legislador”⁶⁹. Esta compreensão da lei e sua adequação ao caso concreto revelam o juiz ideal que exerce sua função com a finalidade de alcançar e entregar às partes a justiça.

Tomás de Aquino expressa sua compreensão acerca destas duas modalidades de justiça em sentido estrito, relacionadas aos bens comuns e sua distribuição às pessoas envolvidas na medida em que contribuem para a formação do todo, dizendo que a justiça distributiva reflete uma proporção geométrica, enquanto que a justiça corretiva seria a proporção aritmética. E sobre o tema descreve a igualdade da seguinte forma

Assim, na justiça distributiva, o meio termo não se considera por uma igualdade de coisa a coisa, porém segundo uma proporção das coisas às pessoas; [...] Por isso o filósofo declara que esse meio-termo se considera segundo uma ‘proporcionalidade geométrica’, em que a igualdade não é de quantidade mas de proporção. [...] Ao contrário, nas comutações, dá-se algo a uma pessoa particular, por causa de uma coisa que dela se recebeu, o que é da maior evidencia nas compras e vendas, nas quais primeiro se manifesta a noção de comutação. [...] Dessa forma, se realiza a igualdade segundo uma média aritmética, estabelecida por um excedente quantitativo igual.⁷⁰

Esta proporção geométrica pela qual se define e se almeja uma distribuição justa do bem comum acontece quando a igualdade se estabelece nas relações. Igualdade pode-se entender pela mediania composta do justo a partir do igual, da indicação dos extremos, que da qualidade do igual se consiga extrair duas partes

⁶⁸ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: questões 57-122. São Paulo: Loyola, 2005. v. 6, seção 2, pt. 2, p. 85.

⁶⁹ Ibid., p. 92-3.

⁷⁰ Ibid., p. 99-100.

iguais e que na qualidade do justo, se estabelece os indivíduos para os quais este justo representa a igualdade.

Aristóteles utiliza-se destes termos para alcançar a igualdade como mediania na distribuição dos bens comuns como forma de demonstrar que as pessoas não são iguais como aparentam ser, razão pela qual os princípios basilares da igualdade só podem ser aplicados à igualdade entre os iguais. A igualdade não pode ser indiscriminada e geral. Para o filósofo, estabelecer igualdade entre desiguais indiscriminadamente é injusto. Noutras palavras, a igualdade em termos quantitativos depende da igualdade de condições do grupo, de tal sorte que havendo desigualdade social, haverá uma diferença proporcional entre o que cada um terá de receber, para que o justo se concretize na distribuição.

Denis Coutinho Silveira trabalha a concepção de justiça como uma virtude moral lecionando que

O objetivo final de nossa vida é alcançar a felicidade. Para alcançarmos a felicidade, precisamos viver racionalmente, e viver racionalmente implica viver segundo a virtude (Arete). A virtude é encontrada no meio termo (mesotes) entre as ações opostas, entre o excesso e a deficiência. A virtude irá depender de um julgamento por força da reta razão, para repudiar o excesso e alcançar o meio termo. A virtude não é dada ao homem inatamente, mas é através da prática, do hábito, que nos tornamos virtuosos.⁷¹

A igualdade se estabelece entre coisa e pessoa, motivo pelo qual se define a justiça distributiva como uma proporção geométrica que leva em consideração a medida do todo que pertence à parte, a partir da posição e dos méritos que ela possui na *polis*. Mas consciente de que esta igualdade nem sempre é visível, Aristóteles pensou e construiu critérios para se atingir a igualdade de proporções, pautado pelas desigualdades inerentes aos homens. A proporcionalidade de acordo com o mérito foi a solução encontrada pelo filósofo, mas que cuja definição se amolda de acordo com as formas de governo pelo que esclarece que “para os democratas se identifica com a condição de homem livre, aqueles que são adeptos da oligarquia o identificam com a riqueza ou o bom nascimento, os seguidores da aristocracia fazem desse mérito a virtude”⁷².

⁷¹ SILVEIRA, Denis Coutinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: Edipucrs, 2001. p. 130.

⁷² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1131a.

Mas o que se apresenta com clareza na filosofia aristotélica é que a justiça distributiva é uma proporção em prol da igualdade nas relações, e que necessita da mediania para estabelecer as porções iguais a indivíduos iguais ou porções diferentes a indivíduos diferentes desde que a igualdade seja o resultado desta proporção desigual. Isto não significa dizer que aquele que dá a outrem uma porção maior do que lhe é devido de forma voluntária esteja sofrendo uma injustiça por ficar com uma porção menor do que seus méritos o conferem. No máximo estará no prejuízo, mas nunca na injustiça, eis que a escolha voluntária prescinde de uma deliberação consciente sob objetos que estão sob o controle do agente, o que o torna responsável pela disposição moral de dar mais a outrem do que aquilo que lhe cabe.

Wilson Engelmann, ao tratar da igualdade como um justo meio, diz que “A igualdade é muito mais uma consideração de respeito à dignidade de cada pessoa do que uma medida exata para conceder alguma coisa a alguém.”⁷³ Para o autor vincula-se a noção de igualdade como ‘justo meio’ no tratamento das pessoas entre si, à concepção de bem comum.

A natureza humana se diferencia das demais espécies de seres vivos porque tem a capacidade de pensar racionalmente, e este pensar racional próprio do homem também se relaciona de certa forma com o equilíbrio proporcional em debate na justiça, porque proporciona a deliberação de um juízo justo e equânime. Assim, pode-se dizer que justiça distributiva se constrói sob o alicerce principiológico da igualdade racional. Alasdair Macintyre vai dizer que a capacidade de ser justo é visível na *polis* a partir de uma dose de racionalidade que é própria do homem enquanto ser social integrante da *polis*⁷⁴.

Ocorre que um modelo estruturado tão só mediante regras implicaria, a rigor, num sistema jurídico de precária racionalidade prática. Esse teor meramente legalista, perfeito e acabado em sua disciplina exclusivista, teria, com suas premissas, por prefixado em termos definitivos os resultados do mundo e da vida. Seria um modelo de segurança sem espaços para complementação ou desenvolvimento de um sistema como, por exemplo, o constitucional (necessariamente um sistema aberto, como anota Jose Joaquim Gomes Canotilho)

⁷³ ENGELMANN, Wilson. **O princípio da igualdade**. São Leopoldo. Sinodal. 2008. p. 27.

⁷⁴ MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 38.

que, ademais, obstaria a “introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta”.⁷⁵ Também um sistema assentado exclusivamente em princípios orientaria a resultados insatisfatórios traduzidos na incerteza quanto a preceitos incidentes e, daí, à conseqüente insegurança jurídica.

Aristóteles já apontava, conforme ressaltou Miguel Reale, para o reconhecimento da justiça como a mais completa das virtudes porque praticada em função dos outros e dentro de um contexto social. Assim, para os romanos, que consideravam os juristas ministros das coisas divinas, e concebiam a jurisprudência como conhecimento sagrado, a noção de Justiça partia do pressuposto de que a vontade consistia em dar a cada um o que é seu. E neste contexto ressalta o ideário platônico de que “não há justiça sem homens justos, nem homens justos sem adequada educação da vontade”. E como conclusão do pensamento aristocrático de que, poucos são aqueles que acedem ao “bom e justo”, deveria o Estado ser “dirigido por filósofos, ou seja, pelos amantes da sabedoria”.⁷⁶

Gustav Radbruch, ao trabalhar com o conceito de justo, oferece a seguinte reflexão: “Estamos portanto autorizados a nos determos na justiça como num último ponto de partida, visto que o justo, tal qual o bom, o verdadeiro e o belo, é um absoluto, isto é, um valor não derivado de nenhum outro”.⁷⁷

A concepção aristotélica aponta para a seguinte conclusão: Se a virtude moral é uma disposição que diz respeito a escolha e esta um desejo deliberado, a escolha deve ser boa. Sendo assim, a razão deve ser verdadeira e o desejo correto, devendo este buscar as mesmas coisas que a justa razão. O homem prudente é capaz de bem deliberar sobre o que é bom pra si mesmo e também o que o é vantajoso e útil como recurso para o bem estar geral. Esta é uma qualidade racional de consecução da verdade, assim descreve o filósofo.

O desenvolvimento ideal está voltado para uma auto-realização coletiva para o alcance da satisfação plena. Em contrapartida, a prevalência do privilégio individual sobre o coletivo compromete a justa distribuição dos bens comuns, segundo a vertente Aristotélica.

⁷⁵ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.162.

⁷⁶ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 4 e ss.

⁷⁷ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 48.

O século XIX foi o marco histórico do rompimento deste paradigma comunitarista inaugurado pela filosofia aristotélica e o surgimento de um novo paradigma positivista marcado pelo individualismo, e que põe fim a relação estreita do direito com a ética muito bem desenhada nos escritos de Aristóteles.

Em linhas gerais, estas seriam as proposições filosóficas que Aristóteles deixa para a humanidade na tentativa de contribuir para o ideal de justiça e de sociedade justa, mas que a transformação política, jurídica e social acabaram por deixá-lo ao esquecimento, perdendo força a concepção moral da justiça e ganhando corpo a concepção legal, de modo que a justiça não mais se relacionou com as disposições morais, virtudes por ele descritas.

Esta mudança paradigmática torna-se nítida com o surgimento do Estado Moderno, onde a discussão sobre a centralização do poder pelo atual regime absolutista favorece nascimento do capitalismo.

2.2 Transformação das Formas Estatais e o Surgimento do Estado

Democrático de Direito

A teoria Aristotélica consolidou a concepção de justiça como forma de promover o bem comum, a partir da distribuição justa. No entanto, este caráter solidário ficou ladeado durante o período de império do individualismo bem característico do Estado Liberal. Nessa razão, importa à pesquisa uma incursão histórica sobre as transformações do Estado com intuito de identificar as mudanças paradigmáticas ocorridas ao longo deste processo político-jurídico de modo a possibilitar uma interpretação crítica e reflexiva dos ideais defendidos em um Estado Democrático de Direito em que se recepciona o paradigma comunitarista voltado a proteção de um bem maior comum a todos.

2.2.1 Breve Esboço sobre o Surgimento do Estado Social

Foi neste Estado Moderno, ainda sob os moldes do absolutismo, como pontuou José Luis Bolzan de Moraes, que se atribui à crise como reflexo da característica tradicional de se colocar como centro único e autônomo de poder, “sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional e ator

supremo no âmbito do espaço territorial de um determinado ente estatal nacional”⁷⁸, pois as pareias com democratização das sociedades, surgiu um descompasso entre a pretensão de um poder unitário e o caráter pluralista destas mesmas sociedades, desencadeando numa dispersão nos centros do poder.

Ao tratar do tema soberania, Jose Luis Bolzan de Moraes esclarece que desde sua origem, soberania, como poder característico da autoridade estatal, reflete a ideia de sua subordinação e perpetuidade. Descreve o autor esta concepção histórica de soberania em comentário de nota de rodapé de seu texto *As crises do Estado*, assim explicando:

Tendo emergido como uma característica fundamental do Estado Moderno, a soberania é tratada teoricamente por primeira vez em *Lex Six Livres de La République* de Jean Bodin, no ano de 1576. Antes disso, a construção deste conceito vem-se formando, embora não apareça, ainda, permeada pela ideia que lhe será fundante, como poder supremo, o que irá acontecer já no final da Idade Média, quando a supremacia da monarquia já não encontra poder paralelo que lhe faça sombra – o rei torna-se, então, detentor de uma vontade incontestada em face de outros poderes, ou melhor, de outros poderosos, e.g., os barões ou senhores feudais nos limites de suas propriedades.⁷⁹

José Luis Bolzan de Moraes arremata, afirmando que “deixa de existir uma concorrência uma concorrência entre poderes distintos, e ocorre uma conjunção dos mesmos em mãos da monarquia, do rei, do soberano”⁸⁰.

Norberto Bobbio sustenta que a formação do Estado absoluto ocorre através de um duplo processo paralelo de concentração e de centralização do poder num determinado território. Entende o autor que concentração é o processo pelo qual os poderes, através dos quais se exerce a soberania, “são atribuídos de direito ao soberano pelos legistas e exercidos de fato pelo rei e pelos funcionários dele diretamente dependentes”. E por centralização, define como

processo de eliminação ou de exaustoração de ordenamentos jurídicos inferiores, como as cidades, as corporações, as sociedades particulares, que apenas sobrevivem não mais como ordenamentos

⁷⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **O Estado e suas crises**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. p. 12.

⁷⁹ Ibid., p. 11.

⁸⁰ Ibid., p. 11.

originários e autônomos mas como ordenamentos derivados de uma autorização ou da tolerância do poder central.⁸¹

Historicamente a soberania se caracteriza pelo poder juridicamente incontrastável, pelo que se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo, eficácia e alcance das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado limite geográfico e além de capaz de fazer frente a eventuais injunções externas e até internas.

Enfim, “a soberania constitui, é constitutiva e constituída pela ideia de Estado-Nação ou Estado Nacional, própria da modernidade”⁸². Mas falar em soberania nesta quadra do segundo milênio, como um poder irrestrito, e sem ladear seus limites jurídicos, “parece muito mais saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem”⁸³.

À luz deste caráter pluralista, Aristóteles concebeu uma sistemática para distinguir as formas de governo com base no número de governantes. Em *A Política* já havia sustentado que “É necessário que o poder soberano seja exercido por um só, por poucos ou por muitos”⁸⁴.

Norberto Bobbio recorda Aristóteles ao acrescentar à classificação com respeito ao número de governantes a classificação com respeito ao diverso modo de governar, ou pelo bem comum ou para o próprio bem de quem governa, donde deriva a distinção não menos celebre entre as formas boas e formas más⁸⁵. Isso é, se o critério de governar é o bem comum ou para o próprio bem.⁸⁶

José Luis Bolzan de Moraes sustenta que

[...] todo período histórico abriga, no seu interior, forças que o contestam. Foi no contexto de repúdio às tendências absolutistas que os ideais liberais brotaram e encontraram como aliados o

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. 15. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 115.

⁸² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **O Estado e suas crises.** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. p. 11.

⁸³ Ibid., p. 12.

⁸⁴ ARISTÓTELES. **A política.** São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 1279a.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. 15. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 137.

⁸⁶ Ibid., p.141.

iluminismo, o individualismo bem como o pensamento contratualista das escolas jusracionalistas.⁸⁷

A burguesia, classe abastada daquele período histórico, se beneficia deste desenvolvimento de capitais e, a partir do século XVIII manifesta seu interesse por um poder mais do que econômico, visando assumir as cadeiras ocupadas até então pela aristocracia na política. O perfil do liberalismo nascente tem por base a limitação do poder e das funções do Estado, tendo como finalidade precípua acabar com os privilégios atribuídos a poucos, característica do regime absolutista. Este movimento idealizado pelas forças sociais contará com o apoio da burguesia enriquecida pelo comércio e que também tem seus motivos para querer mudar as regras do jogo. Aqui vale a máxima de que a união faz a força.

A burguesia ganha o espaço almejado a partir da Revolução Francesa, momento que marcou a crise institucional e social e que contou com a união dos esforços da classe de proletários com a burguesia, elo este que mais tarde se rompe já que o intuito da união não refletia uma vontade real de contribuir para a valorização da classe proletária. Assim bem destacou Paulo Bonavides quando descreve que “a vitória do terceiro estado logo se desmascarou como vitória exclusiva de uma pequena parte desse estado, como conquista do poder político através da camada socialmente privilegiada, a burguesia proprietária⁸⁸”.

Daí que o liberalismo surge como solução contra as mazelas do absolutismo. Ladeando o caráter concentrador do poder, a autonomia da vontade ganha relevo e representa a limitação da autoridade por meio do dogma da especialização de funções e do princípio da legalidade⁸⁹. Atribuiu-se à lei – em seu sentido formal – a responsabilidade de renovar, dito de outra forma, reinventar o sistema jurídico da época. Erigia-se então o princípio da legalidade formal como critério de identificação do direito.

Nesta fase, sustentou José Luis Bolzan de Moraes que

Estavam semeados os valores de um Estado Liberal, calcado na liberdade individual, na igualdade formal, na não-intervenção estatal, na especialização de funções, fortemente influenciado pelo

⁸⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Estado constitucional, direitos fundamentais**: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF-4ª Região, 2008. p. 12. (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo. Malheiros. 1995. p. 74.

⁸⁹ MORAIS, op. cit., p. 10.

iluminismo e marcado pelo positivismo jurídico, resultando no princípio (formal) da legalidade e na conseqüente subordinação do executivo e judiciário ao legislativo, ou seja, na supremacia da lei e simplificação das atribuições e poderes do judiciário. A supremacia da lei, portanto, reflete a transformação do papel do Estado (Soberano) na sociedade, bem como o papel do Direito/Lei enquanto meio de regulação estatal. A influência que este cenário exerce sob a concepção de direito e jurisdição é flagrante⁹⁰.

Fato é que a vitória marcou o rompimento da ordem absolutista favorecendo o surgimento do liberalismo, cujo interesse maior era pelo estabelecimento de um pacto social sob formato de Constituição que tivesse como ideia central contratualista a proteção do indivíduo. José Guilherme Melquior faz uma importante constatação sobre este momento histórico quando diz que “o contratualismo de Locke representou a apoteose do direito natural no sentimento individualista moderno”⁹¹. Vislumbra-se o crescimento do individualismo como resposta ao modelo absolutista superado. O constitucionalismo surge para garantir a proteção do indivíduo contra as arbitrariedades e o abuso arbitrário do poder legal, características muito presentes no absolutismo monárquico. Neste contexto é que se entendeu ser o Estado Liberal um regime no qual se apregoa a intervenção mínima do Estado, limitando sua ação apenas para prover a paz e a segurança do indivíduo.

Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes definem a liberdade, direitos humanos, ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social entre outros, como consolidação das conquistas liberais no século XIX⁹².

Partindo do referencial liberalista de limitação da atuação estatal, Norberto Bobbio vai dizer que o “liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções”⁹³. Noutra banda, o núcleo moral deste regime consiste na afirmação dos direitos de liberdade do indivíduo permitindo assim a mobilidade social o que necessariamente indica a possibilidade do homem a partir de suas condições alcançar o patamar almejado na sociedade. Tudo depende

⁹⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Estado constitucional, direitos fundamentais**: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF-4ª Região, 2008. p. 13. (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

⁹¹ MELQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo**: antigo e moderno. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 1991. p.45

⁹² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006. p. 56.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo. Brasiliense. 1988. p. 17.

do homem, mas a liberdade está à seu favor. Em resumo: “O liberalismo se apresentou como uma teoria antiestado.”⁹⁴

O enaltecimento do indivíduo define o poder de atuação do Estado de modo a limitá-lo ao exercício de garantias negativas, intervindo apenas para garantir a proteção dos interesses individuais restabelecendo a paz e a segurança e nada mais, não podendo dispor de ações que visem exercer qualquer tipo de interferência na independência e livre iniciativa do indivíduo.

É no século XIX que a situação começa a mudar e o cenário de intervenção mínima do Estado sofre transformações, de modo que as ações positivas começam a ganhar espaço neste terreno liberalista e individualista por excelência. O Estado é chamado a intervir na garantia dos direitos à cidadania através de implementação de políticas públicas, eis que a classe de proletários – aquela que contribuiu para a superação do absolutismo mediante união de esforços com a burguesia – continuou à margem da pobreza e sem perspectivas quanto ao alcance de uma posição condizente com os direitos do cidadão em uma sociedade pautada pela intervenção mínima, cujo benefício se reverte apenas e tão somente em favor da burguesia. O Estado mínimo perde força e os ideais liberalistas passam a ser questionados.

Na passagem entre os Séculos XIX e XX, verificou-se “este mesmo Estado Liberal transmutar-se substancialmente, assumindo o feitio de Estado Social”, como bem apontou José Luis Bolzan de Moraes, identificando ainda

[...] um novo Constitucionalismo, vindo em resposta ao novo tratamento da chamada questão social, a qual deixa de ser um caso de polícia para tornar-se um caso de políticas públicas (sociais), com o objetivo de enfrentamento dos dilemas da escassez, sobretudo no que se refere às carências.⁹⁵

Apesar da consolidação do liberalismo no século XIX, burguesia e proletariado que se uniram para romper com o absolutismo, agora começam a confrontar-se por conta dos reflexos negativos do capitalismo sob a classe menos favorecida. E como resultado destas transformações surge no fim do século XIX a justiça social cujo objeto de análise seria a reivindicação igualitária de condições

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006. p. 61.

⁹⁵ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Estado constitucional, direitos fundamentais**: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF-4ª Região, 2008. p. 18. (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

sociais, sendo este o passo dado em direção a uma nova fase do Estado Liberal calcada nas liberdades positivas, intervencionismo estatal.

É neste momento histórico que ‘surge a institucionalização dos direitos civis, políticos e de liberdades econômicas no liberalismo’⁹⁶. A justiça social se apresenta como um instrumento de ajuda com o fim de prover a proteção dos direitos do indivíduo ante os reflexos negativos que sobre ele se deitam por conta do mercado inflexível e em pleno crescimento.

O início do século XX é marcado pelo surgimento do Estado Social, *Welfare State*, fase em que o Estado não intervém nas relações privadas apenas com intuito assistencialista, adotando a partir de agora uma função social de intervenção. Esta mutação do absentismo para o intervencionismo acontece por conta das circunstâncias desabonadoras do projeto liberal marcadas pela ultra-individualidade, assentada em um comportamento egoísta⁹⁷. Este modo de olhar o outro desprovido de preocupação com o bem comum, e divorciado do princípio da solidariedade, somado ao descaso com que contribuiu para a supremacia da classe burguesa foram cruciais para o surgimento dos movimentos sociais, bem como para o acordar do Estado para o exercício de atividades intervencionistas se tornando responsável tanto pela organização quanto pela direção da economia do Estado, momento histórico conhecido como Estado Providência, Estado de Bem-Estar Social, ou *Welfare State*. Esta transformação se deve tanto aos fatores relacionados à economia capitalista e as crises cíclicas do mercado, quanto aos reflexos históricos decorrentes da Revolução Industrial, 1ª e 2ª Guerra Mundial. Estas mudanças podem ser resumidas em um nível teórico, segundo Streck e Bolzan de Moraes, como tese liberal, antítese coletivista e síntese intervencionista⁹⁸.

Marciano Buffon, rememorando as lições de Bolzan de Moraes, faz uma comparação entre os dois modelos de Estado, apontando as suas diferenças ao dizer que

[...] para o Estado Liberal, bastava garantir a paz social dos indivíduos livres e iguais, para que seu papel restasse cumprido; ao passo que, para o modelo do Bem-Estar, cabe ao Estado uma intervenção efetiva em diversos setores econômicos, sociais e culturais, no sentido de construir uma comunidade solidária, onde ao

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006. p. 66.

⁹⁷ Ibid., p. 69.

⁹⁸ Ibid., p. 73-4.

poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea⁹⁹.

A passagem do modelo de Estado mínimo ao feito liberal clássico para o tipo de Bem-Estar Social impõe a reconsideração do fenómeno da soberania, conforme propõe José Luis Bolzan de Moraes. Afirma ele que

Enquanto o modelo liberal incorporava uma ideia de soberania como poder incontestável, própria de uma sociedade de indivíduos livres e iguais, para os quais importava apenas o papel de garantidor da paz social atribuído ao Estado, o modelo de *welfare state* adjudica a ideia de uma comunidade solidária onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea. Nesta função de *patrocínio da igualdade* transfere-se ao Estado novo atributo que contrasta com este poder ordenador, qual seja a *solidariedade*.¹⁰⁰

O caráter solidário do poder estatal, para muitos, substitui a sua característica soberana para incorporá-lo na batalha cotidiana de superação das desigualdades e de promoção do bem estar social, percebido como um benefício compartilhado pela humanidade toda¹⁰¹.

García Pelayo¹⁰² ressalta que o novo modelo de Estado não menospreza a proteção aos direitos e garantias individuais de liberdade e de propriedade, mas entende que para torná-los mais efetivos é necessário atribuir-lhes conteúdo material, partindo do pressuposto de que o indivíduo está conectado com a sociedade e dela se mostra dependente.

Este século foi marcado por inúmeras transformações econômicas, políticas e sociais principalmente na Europa, mas merece destaque o fim da escravidão, o incentivo à educação, o princípio da universalização do voto (que se concretizou no século XX, os contratos sociais escritos em formato de constituição, entre outras tantas que também tiveram seu viés dentro deste momento histórico do Estado Liberal. Mas são os movimentos sociais iniciados pelos operários que merecem

⁹⁹ BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. p. 77. Ao abordar as diferenças entre os modelos de Estado, Marciano Buffon faz referência às lições de MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**: Estado e constituição I. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002. p. 30.

¹⁰⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. p. 14.

¹⁰¹ Ibid., p. 14.

¹⁰² GARCIA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. 4. ed. Madrid: Alianza, 1996. p. 26.

especial atenção porquanto são responsáveis pela passagem do estado mínimo para a atividade positiva prestacional.

Norberto Bobbio define o Estado de Bem-Estar Social como aquele que “garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político”¹⁰³.

Nessa linha de raciocínio, justificando a atuação do Estado por meio de políticas públicas como forma de redução das desigualdades e, conseqüentemente, alcance de uma igualdade material, Paulo Bonavides vai dizer que

O Estado social é enfim um Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia¹⁰⁴.

Esta fase tem início com a prestação positiva do Estado visando atender os desamparados, desempregados, menores e operários descontentes com as jornadas de trabalho exaustivas impostas pela burguesia. Esta atuação exerce certa limitação da liberdade econômica característica marcante do Estado Liberal, representando se é que assim pode-se dizer, uma adaptação do Estado Liberal conquistado a partir e para os interesses da burguesia à nova realidade social marcada pelo pós-revolução industrial. É o Estado assumindo papel de ator privilegiado na regulação do jogo econômico.

O Estado Social assume a obrigação pela efetividade dos direitos sociais e, segundo afirma Jose Eduardo Faria

Ao contrário dos direitos individuais, civis e políticos e das garantias fundamentais desenvolvidos pelo liberalismo burguês com base no positivismo normativista, cuja eficácia requer apenas que o Estado jamais permita a violação, os direitos sociais não podem ser atribuídos aos cidadãos. Como não são self-executing nem muito menos fruíveis ou exeqüíveis individualmente, esses direitos têm sua efetividade dependente de um welfare commitment. Em outras palavras, necessitam de uma ampla e complexa gama de programas

¹⁰³ BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1986. p. 416.

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 343.

governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade¹⁰⁵.

Esta forma estatal requer prestações positivas do Estado no sentido de prover direitos sociais estabelecidos no projeto social, de modo que a implementação de políticas públicas seria o instrumento apto a concretização destes direitos de terceira dimensão.

2.2.2 Desenvolvimento e a Crise Estrutural do Estado Social

A simples intervenção do Estado na economia capitalista não atendia as expectativas da classe proletária, razão pela qual se destacou a função social da medida interventiva, o que se observou concretamente com a exigência do fim social para convalidar o direito real de propriedade, deixando de ser um direito pleno de uso, gozo e disposição. O dirigismo contratual também consolida a intervenção do Estado de forma a garantir a função social nos contratos, enfraquecendo a liberdade contratual. Gilberto Bercovici vai dizer que “O Estado deixa de ser apenas o poder soberano para, também, tornar-se o principal responsável pelo direito à vida, concretizado por meio dos direitos sociais.”¹⁰⁶

O intervencionismo tal como se apresentou a partir de então marca o início da decadência do regime liberal. Neste contexto histórico-político-social o papel do Estado é de intervenção e promoção, cujas razões de seu desenvolvimento são uma de ordem política que reconheça os direitos individuais de terceira dimensão, políticos e sociais e, outra de ordem econômica pautada no reconhecimento do desenvolvimento industrial como uma ameaça à segurança social¹⁰⁷.

Nesta fase o que se busca é o estabelecimento de um ‘mínimo social’ em termos de direitos fundamentais do cidadão como, renda, saúde, alimentação, escola, moradia, que segundo Norberto Bobbio reflete um direito político de todo cidadão¹⁰⁸. Mas a garantia deste mínimo existencial depende da implementação de políticas públicas que devem estar presentes no planejamento do governo de acordo com os ideais do Estado de Bem-Estar.

¹⁰⁵ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 272-3.

¹⁰⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad. 2003. p. 50.

¹⁰⁷ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006. p. 79.

¹⁰⁸ ESTADO do bem-estar. In: **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1986.

Este modelo nominado por Norberto Bobbio de socialismo liberal preservou a identidade individualista característica marcante do liberalismo, mas por conta do reconhecimento dos direitos sociais como direitos políticos do cidadão fez aparecer o princípio da justiça distributiva descrita há 300 anos a.C. pelo filósofo Aristóteles nos escritos deixados em *Ética a Nicômaco*. Princípio que aparece neste contexto histórico como forma de atingir o ideal democrático pautado na igualdade. Este modelo social carrega consigo a ‘ideia de uma comunidade solidária’, em que o Estado assume importante função consistente na distribuição dos bens públicos.

Mas o ideal de bem-estar voltado a garantia do mínimo na tentativa de se buscar a igualdade, também acabou favorecendo a classe que menos precisava do apoio do Estado. O intervencionismo estatal no Brasil só serviu para favorecer a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população¹⁰⁹. Ao passo que, este foi apenas o primeiro, mais muito importante passo em direção ao que mais tarde se concebeu como Estado Democrático de Direito inaugurado primeiramente nos países desenvolvidos.

Pode-se dizer que o Estado Social representa uma democracia política e social na medida em que os cidadãos participam das escolhas pela universalização do voto e conseqüentemente na formulação de políticas públicas. Então começa-se a pensar em um Estado de Direito, fundado em direitos fundamentais característicos de uma tradição histórica, e que não pode ser confundido com um conjunto de normas jurídicas que refletem a legalidade.

Este Estado de Direito é visto sob três perspectivas distintas e que sinteticamente podem ser resumidas da seguinte forma. Em versão inaugural o Estado de Direito assume um viés liberal, onde se busca regulamentar os limites de ação do Estado através do Direito, encontrando no liberalismo o seu surgimento. Neste primeiro momento, o ‘Estado Moderno apresenta uma nítida preocupação com o jurídico que assume papel delimitador do âmbito de atuação estatal, visando garantir os direitos assegurados ao cidadão’¹¹⁰. Sintetizando, “o Estado de Direito significa, assim uma limitação do poder do Estado pelo Direito”, de modo que este Estado “apresenta forte viés positivista, com a clara preponderância da forma em

¹⁰⁹ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006. p. 81.

¹¹⁰ ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. p. 230.

relação ao conteúdo”¹¹¹. Ou, dito de outra forma, a Constituição estabelece regras de proteção de direitos, mas não define meios para a concretização.

Num segundo momento o Estado de Direito assume um viés social, sem deixar de ser um instrumento regulador da atividade estatal em prol do individualismo liberal, assume mais um papel consistente em estabelecer direitos às prestações do Estado de modo a concretizar o ideal social, isso por conta das transformações sociais já bem destacadas na evolução da presente pesquisa. A emergência do Estado Social tem como objetivo “corrigir o individualismo liberal, assegurando (talvez garantindo) direitos de cunho coletivo”¹¹². Esta modificação da concepção de Estado de Direito demonstra o avanço político-jurídico no sentido de estabelecer garantias coletivas de caráter comunitarista visando enfraquecer o ideal individualista que marcou o regime liberal.

Por fim, é no terceiro estágio de amadurecimento que se concebe o Estado Democrático de Direito, eis que a igualdade guerreada pelo Estado Social não foi alcançada, deixando um sentimento de frustração quanto a concretização da ideia social de Direito. E neste viés Engelmann esclarece

É nesse cenário que se abre espaço para a modelação do Estado Democrático de Direito, como modo de aprofundar o modelo de Estado de Direito e do *Welfare State*. Vale dizer, ‘ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como quê a sua qualificação pela questão da igualdade’.¹¹³

O Estado Democrático de Direito teria como princípios básicos, segundo Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes e sua interpretação à luz da obra de J.J. Canotilho:

A – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; **B** – Organização Democrática da Sociedade; **C** – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropológicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa

¹¹¹ ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. p. 230.

¹¹² Ibid., p. 231.

¹¹³ Ibid, p. 232. Ao tratar da modelação do Estado Democrático de Direito, Engelmann conduz à leitura de STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 85.

humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; **D** – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; **E** – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; **F** – Divisão de Poderes ou de Funções; **G** – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; **H** – Segurança e Certeza Jurídicas.¹¹⁴

Engelmann refere-se ao Estado Democrático de Direito como um verdadeiro Estado Constitucional pautado em uma “Constituição escrita e rígida, servindo de fio condutor para a caminhada do elemento humano – o povo – no contexto do Estado”¹¹⁵. Noutro tanto, o aspecto rígido da Constituição não impede a sua “adaptação/modificação de acordo com o surgimento de novos aspectos no mundo circundante”¹¹⁶, como forma de promover a redução das desigualdades sociais.

Diante deste conteúdo principiológico que o permeia, é possível entender o Estado Democrático de Direito como um aprimoramento dos dois primeiros modelos, cuja ideia não é limitar a atuação do poder, tampouco criar mecanismos legais de atuação estatal que garantam os ideais sociais. O foco deste modelo de Estado é transformar a realidade e as relações sociais.

Um Estado Social empenhado em atender um fim social de promover a igualdade partindo da garantia do mínimo existencial, não se estabeleceu sobre contornos definitivos, eis que para concretizar o ideal almejado deveria suportar os custos destes direitos sociais, tão caros ao Estado. Além do que o Estado não se prepara apenas para implementar as políticas públicas, como também deve preparar-se para suportar os riscos de um aumento inesperado de despesas, sob pena de fracassar. Some-se o surgimento dos novos riscos sociais que acabaram por aumentar a dificuldade de cumprimento do papel destinado ao Estado cujo ideal se funda no bem-estar social. Neste contexto, o “Estado deixou de ter apenas uma obrigação de cobrir riscos clássicos – doença, desemprego, terceira idade – e

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006. p. 98-9.

¹¹⁵ ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. p. 233.

¹¹⁶ *Idid.*, p. 233.

passou a assumir a cobertura de novos riscos sociais tais como: o desemprego de longa duração, a proteção ao meio ambiente [...]”¹¹⁷.

O desenvolvimento do Estado Social repercutiu de maneira relevante sob o pensamento jurídico. Uma reflexão teórica que bem justifica essa afirmação diz respeito a distinção entre direitos individuais e direitos sociais. Os direitos individuais, enquanto categoria de direitos cuja abrangência se dá sobre liberdades liberais clássicas e os direitos políticos de participação, tendem a revestir-se de um *status* jurídico diferenciado, uma vez que não carecem de ações positivas a serem implementadas pelo Estado. Já os direitos sociais, por seu turno, ‘explicitam uma natureza política, já que estão relacionados diretamente às condições materiais de sua realização, tendo em conta que carecem de investimento de recursos financeiros por parte do Estado’¹¹⁸.

Esta crise provocada pelo aumento das demandas sociais em evidente contramarcha a receita orçamentária destinada a prover o bem social acabou desestruturando os pilares de sustentação deste modelo de Estado. Ao passo que neste modelo de Estado “se aprofundava e incorporava os elementos, os problemas relativamente à estrutura tornaram-se mais evidentes”¹¹⁹. E assim começaram a emergir as carências do financiamento dos novos riscos na medida em que os problemas sociais se multiplicavam de forma avassaladora em total descompasso com o estabelecimento de fontes de arrecadação. Sobre o assunto, Lenio Streck detalhou

Os problemas de caixa do Welfare State já estão presentes na década de 1960, quando os primeiros sinais de que receitas e despesas estão em descompasso, estas superando aquelas são percebidos. Os anos 70 irão aprofundá-la, à medida em que o aumento da atividade estatal e a crise econômica mundial implicam um acréscimo ainda maior de gastos, o que implicará o crescimento do déficit público. Muitas das situações transitórias, para a solução das quais o modelo fora elaborado, passaram, dadas as conjunturas

¹¹⁷ BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução da solidariedade. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. p. 81-2.

¹¹⁸ Ver BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 516-9.

¹¹⁹ BUFFON, op. cit., p. 82.

internacionais, a ser permanentes – o caso do desemprego nos países centrais exemplifica caracteristicamente este fato¹²⁰.

Por esta razão é que se concebe como frustrada a tentativa de se promover o bem comum a partir da forma estatal do *Welfare State*, tendo em conta que o Estado assumiu a responsabilidade pelo provimento dos direitos sociais almejados pela sociedade, mas não deu cobro de estruturar a criação de mecanismos de implementação destes direitos. O resultado foi a frustração do modelo de Estado Social e a inauguração do Estado Democrático de Direito.

2.2.3 O Estado Democrático de Direito no Brasil e a Recepção do paradigma do Comunitarismo pela Constituição Federal de 1988

O novo modelo de Estado decorrente da transformação do *Welfare State*, visa a concretização material da igualdade, em busca de uma sociedade menos desigual, transformada. Lenio Streck descreve o Estado Democrático de Direito como um elo indissociável à concretização dos direitos fundamentais, ao qual dá o nome de ‘*plus*’ normativo. Para ele o Estado Democrático surge para complementar as lacunas deixadas pelos modelos que o antecederam, de forma a resgatar as promessas da modernidade consistentes em prover direitos humanos, justiça social e igualdade¹²¹.

E neste viés, importante destacar, que o modelo constitucional do Estado Democrático de Direito deve estar assentado em um ‘binômio democracia e direitos humanos-fundamentais-sociais de modo a atender as promessas da modernidade, segundo a concepção de José Luis Bolzan de Moraes¹²².

No Brasil, Constituição Federal de 1988 consagrou o regime democrático recepcionando o paradigma comunitarista em seu ideal, eis que destacou para além da vida digna do homem sua preocupação com o bem comum da sociedade, tendo como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Este ideal traz a tônica sustentada por Aristóteles de que o bem maior é o bem da sociedade e não de um indivíduo solitário, isolado do contexto social.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 55.

¹²¹ *Ibid.*, p. 127-128.

¹²² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 108. Sobre o assunto ver MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

A Constituição Federal traçou em seus objetivos fundamentais a redução das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza e da marginalização como forma de promover o bem de todos, sem distinção de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação, haja visto que fundamento primordial do Estado, a partir dos objetivos traçados, é a concretização da dignidade humana.

Aristóteles há muito já dizia

[...] o bem humano tem que ser a finalidade da ciência política, pois ainda que seja o caso de o bem ser idêntico para o indivíduo e para o Estado, o bem do Estado é visivelmente um bem maior e mais perfeito, tanto para ser alcançado como para ser preservado. Assegurar o bem de um indivíduo é apenas melhor do que nada; porém, assegurar o bem de uma nação ou de um Estado é uma realização mais nobre e mais divina.¹²³

Sua Concepção filosófica consubstanciada na proteção do bem humano, elevado a condição de bem maior a ser protegido em um Estado, é incorporada na Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade humana. E a concretização do bem humano torna-se possível a partir da prática da justiça que, exclusivamente entre as virtudes, aponta Aristóteles, “é o bem alheio porque concretiza o que constitui a vantagem do outro”¹²⁴. Sob esta ótica é possível vislumbrar o nascimento do princípio da solidariedade, daí é possível concluir que o filósofo foi o precursor da teoria comunitarista.

Suas concepções acerca do bem maior e, por conseqüência, da virtude da justiça focada na prática do bem alheio, refletem o paradigma comunitarista recepcionado pela Constituição de 1988, sobremaneira ao estabelecer como fundamento “a dignidade da pessoa humana”¹²⁵, e como objetivo a ‘construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza, da marginalização, e redução as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem

¹²³ ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1094b.

¹²⁴ *Idid.*, p. 1130a.

¹²⁵ Art. 1º, III. BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2012.

de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹²⁶.

A Constituição também explicita o princípio da solidariedade quando, ao tratar de direitos sociais¹²⁷, e formas de implementação, estabelece que “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”¹²⁸.

Note-se o viés solidário que o legislador inseriu ao texto constitucional, ao trazer a sociedade para o compromisso de contribuir para a manutenção da solvabilidade do sistema de seguridade social, como forma de assegurar a concretização dos direitos sociais. Esse compromisso da sociedade com o ônus do sistema se mostra evidente na redação do artigo 195 do texto constitucional, ao estabelecer que a “seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei [...]”. Esta participação solidária da sociedade em prol da concretização do bem maior comum à todos se caracteriza pela implementação da justiça distributiva, há muito concebida por Aristóteles. E, nas palavras de Gisele Cittadino, “implementar a justiça distributiva, em resumo, é o objetivo fundamental do constitucionalismo “comunitário brasileiro”¹²⁹.

Vicente de Paulo Barretto¹³⁰ trabalha algumas reflexões acerca dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito Brasileiro atribuindo seu nascimento no ordenamento jurídico como resposta à uma desigualdade econômica e social advinda da sociedade liberal de concepção individualista e com garantia de liberdades negativas, estabelecida a partir da intervenção mínima do Estado. Os direitos sociais de segunda ordem¹³¹ passam a ser concebidos como legitimadores do que chama de bem comum, cuja finalidade é assegurar a possibilidade de estabelecer e manter uma igualdade na sociedade. E diante destas promessas de promoção do bem comum, talvez ‘os desejos e projetos dos seres humanos em sua

¹²⁶ Art. 3º, I, III e IV. BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 1º, III. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2012.

¹²⁷ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Ibid.,

¹²⁸ Art. 194. Ibid.,

¹²⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 73.

¹³⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 195.

¹³¹ Ibid., p. 203.

maioria guardem relação com a concretização das propostas positivadas no texto constitucional¹³².

Gisele Cittadino, ao abordar os valores constitucionais e direitos fundamentais, diz que “a dignidade da pessoa humana, que se revela no sistema de direitos constitucionais, é vista como um valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal.”¹³³ E complementa dizendo que a partir deste constitucionalismo comunitário o cumprimento dos princípios fundamentais equivalem a realização dos valores que dão sentido à Constituição.

Os fundamentos lançados no texto constitucional nos artigos 1º e 3º são fundamentos e fins da sociedade brasileira, haja vista tratar-se de uma Constituição do Brasil e não apenas da República Federativa do Brasil. Seus programas não se destinam a uma realização prestacional apenas por parte do Estado, mas também exige uma prestação positiva por parte da sociedade¹³⁴.

Robert Alexy faz uma distinção entre os direitos fundamentais de primeira instância, cuja proteção se projeta a liberdade do indivíduo mediante ações negativas do Estado, e direitos fundamentais (constituídos em boa parte pelos direitos sociais) a conferir um direito a prestações. E, especificamente quanto ao direito a prestação esclarece que

Na maioria das vezes a expressão ‘direito a prestações’ é associada a idéia de um direito a algo que o titular poderia obter de outras pessoas privadas se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente. No entanto, há dois motivos decisivos para estender o conceito de direito a prestações, para além desses direitos como a proteção por meio de normas de direito penal ou a criação de normas organizacionais e procedimentais¹³⁵.

O primeiro motivo decorre do fato de que os direitos fundamentais sociais, considerações direitos a prestações por excelência possuem uma parcela de prestações normativas e outra parcela de prestações fáticas. Um segundo se consubstancia no fato de que

¹³² SANTOS, Andre Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 22.

¹³³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 44.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006. p. 106.

¹³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 442.

[...] direitos a ações positivas compartilham problemas com os quais os direitos a ações negativas não se deparam. Direito a ações negativas impõem limites ao Estado [...] mas não dizem nada sobre quais objetivos devem ser perseguidos. [...] Direito a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. [...] Por isso todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos¹³⁶.

E como resposta ao problema que o direito a prestação por vezes se depara, Robert Alexi aponta para a solução, lembrando o amplo controle judicial de constitucionalidade garantido em um Estado constitucional, mediante a distribuição de competência entre tribunal constitucional e legislador.

Partindo dos ideais, princípios e metas que desenham o conteúdo do texto constitucional, o Estado Democrático de Direito não pode ser concebido e limitado a uma predisposição legal, pois sua função enquanto agente transformador da realidade social é utilizar-se da lei para influenciar nas transformações, cujo resultado almejado é o alcance das promessas da modernidade. E neste contexto marcado por metas sociais, um dos maiores desafios do Estado Democrático de Direito é distribuir de forma justa a renda (o bem público) de modo a atingir o seu objetivo consistente em erradicar a pobreza e a marginalização. E para restabelecer o equilíbrio, atingir a igualdade material, o recurso utilizado pelo Estado é a tributação, como forma de arrecadação de receitas e distribuição justa para o fim de erradicação da pobreza. Desta forma, não há como se pensar e concretização dos direitos sociais, e conseqüentemente de erradicação da pobreza, sem a contraprestação dos cidadãos para a composição do bem público sob a forma de contribuição.

Se de um lado se tem direitos fundamentais consolidados, de outro haverão deveres fundamentais constitucionalmente previstos, já que o destinatário destes direitos é o indivíduo inserido em uma sociedade que precisa estar em perfeita harmonia para que o paradigma comunitarista recepcionado no Brasil pela Constituição de 1988 seja alcançado com a promoção do bem de todos. Só assim será possível a construção de uma sociedade justa e solidária tal qual já descrevia Aristóteles. Mas será que 'as discussões e decisões políticas que precedem o

¹³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 444.

fenômeno da positivação normativa tem se preocupado com o bem maior aristotélico buscado pela maioria dos seres humanos?¹³⁷

Correta parece ser a afirmação de Buffon ao concluir que a obrigação de pagar tributos “corresponde aos meios para que o Estado possa atingir a sua histórica finalidade de propiciar o bem comum, o que, em arriscada síntese, pode ser entendido como a concretização dos objetivos constitucionalmente postos, mediante, especialmente, a realização dos direitos fundamentais”¹³⁸.

Estes direitos fundamentais sociais que integram o rol de direitos fundamentais, uma vez alcançados equivalem à concretização do bem comum, mas para que tenham esta dimensão necessitam da realização de prestações positivas tanto por parte do Estado quanto pela coletivização da sociedade.

Esta realização prestacional se configura com a implementação da justiça distributiva que, por sua vez, é o objetivo fundamental do constitucionalismo comunitário brasileiro, especificamente no que diz respeito a concretização dos direitos fundamentais sociais. Por tais razões o texto constitucional, ao tratar da Seguridade Social, define como “o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade e que será financiado por toda a sociedade, de forma direta ou indireta”¹³⁹. Eis o princípio da solidariedade insculpido no texto constitucional, recepcionando o paradigma comunitarista no Estado Democrático de Direito, voltado a concretização dos interesses de ordem coletiva na sociedade contemporânea.

¹³⁷ SANTOS, Andre Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 22.

¹³⁸ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade da pessoa humana: entre direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86.

¹³⁹ Art. 194 e 195. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2012.

3 CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PELOS SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS: DO INDIVIDUALISMO AO COMUNITARISMO

A partir deste paradigma comunitarista em que se amoldam os direitos e garantias fundamentais insculpidos no texto constitucional, a polêmica acerca da constitucionalidade da Emenda nº41, de 19 de dezembro de 2003, que previu a obrigatoriedade de contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos, instiga o debate teórico acerca da aplicabilidade da teoria da justiça distributiva no caso concreto, como forma de implementação desses direitos sociais protegidos constitucionalmente e que devem ser custeados a partir de uma união de esforços entre Estado e sociedade.

3.1 Constituição Federal de 1988 e Previdência Social

A Constituição Federal promulgada em 1988 recepciona um novo paradigma comunitarista, estabelecendo como objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito prover uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e das desigualdades sociais. A Concepção aristotélica de elevação da proteção do bem humano, afirmando ser este o bem maior a ser protegido pelo Estado, é incorporada na Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade humana, cuja concretização torna-se possível a partir da prática da justiça, que dentre as virtudes descritas na obra nicoméia “é o bem alheio porque concretiza o que constitui a vantagem do outro”¹⁴⁰. Estabelecendo um elo entre a justiça e o bem alheio, Aristóteles dá vazão ao princípio da solidariedade, daí porque o filósofo é reconhecidamente um comunitarista por excelência.

E sob este novo e festejado paradigma o legislador incorporou uma série de direitos sociais à Constituição chamada por Ulisses Guimarães¹⁴¹ de “Constituição Cidadã”. Tais direitos receberam lugar especial na Carta Magna com vistas a erradicar a desigualdade social herdada do passado. Correto afirmar que ‘a

¹⁴⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1130a.

¹⁴¹ Presidente da Assembléia Constituinte.

Constituição Federal de 1988 tem como uma das suas metas fundamentais operar profundas transformações em nosso quadro social¹⁴².

Originalmente o Texto Constitucional previa um sistema previdenciário com caráter distributivo e solidário. A distribuição, segundo a concepção filosófica de Aristóteles, se presta a promover proporcionalmente a divisão de todos os bens públicos que pertencem à comunidade política, entre aqueles que por seus méritos façam jus a divisão, de modo a prevalecer o equilíbrio. Justiça distributiva está calcada na ideia de divisão que revela a relação entre governante e governados, Estado e sociedade. Trata-se da divisão do ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário - contribuição para alimentação do sistema e promoção do bem comum - e, respectivamente, do bônus de receber dele o benefício da aposentadoria ou pensão, decorrentes do preenchimento dos requisitos para a concessão.

A distribuição de que trata este sistema não conta apenas com ações políticas providas pelo Estado, mas de um necessário apoio solidário da sociedade com intuito de ajudar a quem precisa, abandonando gradativamente o paradigma individualista proposto pelo sistema liberal.

Esta participação, vista sob a perspectiva contributiva, segundo frisou o Ministro Cezar Peluso, apresenta-se como condição essencial para a concessão de benefício previdenciário, em observância aos princípios da universalidade e distributividade estabelecidos no artigo 194 da Constituição Federal de 1988¹⁴³. O princípio da universalidade da cobertura do atendimento se relaciona com a possibilidade de promoção do maior acesso realizável de benefícios, no afã de garantir a proteção da sociedade de todos os perigos sociais previsíveis e possíveis. O conjunto de ações de que trata o texto constitucional deve ter como premissa as

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Tribunal Pleno. Autor: CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público Federal. Réu: Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília/DF. Acórdão publicado em D.J. 18/02/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

¹⁴³ Art. 194, § único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: 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 da base de financiamento; VII- Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante a gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 maio 2012.

necessidades individuais e coletivas. O princípio da distributividade agrega a finalidade de estabelecer a ampla distribuição tanto de tributos quanto de benefícios sociais, visando sempre o atendimento ao maior número de necessitados. O caráter contributivo da Previdência Social delimita o rol de segurados que terão direito a benefícios.

Somando-se a estes princípios, a Previdência Social, enquanto espécie do gênero Seguridade Social, também se rege pelo paradigma da solidariedade recepcionado no texto constitucional, uma vez que “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social¹⁴⁴”.

Marcelo Leonardo Tavares conceitua a Previdência Social como um conjunto de medidas destinadas a “a garantir, precipuamente, o mínimo de condição social necessária a uma vida digna, atendendo ao fundamento da República contido no art. 1º, III, da CRFB/88”¹⁴⁵.

Destacou o Ministro Sepúlveda Pertence que “a contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a da Seguridade¹⁴⁶. O artigo 195 prevê as fontes de financiamento, imputando à sociedade, de forma direta ou indireta o custeio da seguridade social, “nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.”

Esta solidariedade social insculpida no sistema previdenciário permite afirmar que o contribuinte não subvenciona a sua própria aposentadoria, mas sim concorre na qualidade de integrante de uma sociedade para a manutenção do sistema que, a rogar pela participação da sociedade no custeio de suas ações poderá, preenchidos os requisitos autorizadores da concessão de benefícios pagar ao contribuinte em

¹⁴⁴ Art.194, caput. BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. 12 maio 2012.

¹⁴⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário.** 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 10.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº1441-2.** Tribunal Pleno. Autor: PT - Partido dos Trabalhadores e outros. Réu: Presidente da República. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília/DF. Acórdão publicado em D.J. 18/10/1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347060>>. Acesso em 29 maio 2012. Neste caso concreto, embora não tenha sido julgado o mérito da demanda por conta da caducidade da Medida Provisória nº1.463-17/1997 (que instituiu a contribuição social obrigatória dos servidores inativos), o Supremo Tribunal Federal, no voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, manifestou seu entendimento acerca do caráter solidário do tributo.

questão proventos decorrentes de aposentadoria ou pensão. A solidariedade social pode ser concebida através da idéia primeira de Aristóteles de amizade humana nascida no ambiente familiar, que para John Finnis, pode ser entendida como princípio da 'subsidiaridade'. O autor afirma que a subsidiaridade é um princípio de justiça e, reportando-se a Aristóteles vai dizer que 'a função da associação (Estado-sociedade) é ajudar os participantes a ajudar a si mesmos'. E reforça o papel fundamental que cada cidadão assume a partir do princípio da subsidiaridade ao afirmar que

Ninguém pode passar todo o seu tempo, em todas as suas associações, liderando e tomando iniciativas; mas a pessoa que não é mais do que um dente de engrenagem em um mecanismo tocado por outros tem negada sua participação em um importante aspecto do bem-estar humano¹⁴⁷.

Assim é o parecer de Luis Roberto Barroso ao sustentar que

[...] o sistema da previdência social é fundado, essencialmente, na ideia de solidariedade, especialmente quando se trata do regime próprio dos servidores públicos. Em primeiro lugar, existe solidariedade entre aqueles que integram o sistema em um dado momento, como contribuintes e beneficiários contemporâneos entre si. Além disso, no entanto, existe solidariedade entre as gerações, um pacto de confiança entre elas. O modelo de repartição simples constitui um regime de financiamento solidário, no qual os servidores em atividade financiam os inativos e comungam da crença de que o mesmo será feito por eles em algum lugar do futuro, pela geração seguinte¹⁴⁸.

Fabio Konder Comparato trabalha o conceito de solidariedade abordando a ideia de que não diz respeito a uma unidade isolada, mas a uma relação de todas as partes de um todo entre si e cada um perante o conjunto de todas elas.¹⁴⁹ Ressalta, ainda, que este conceito de solidariedade é fruto da revolta dos trabalhadores do século XIX em resposta as privações suportadas neste citado período histórico.

¹⁴⁷ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 148.

¹⁴⁸ Parecer de Luiz Roberto Barroso juntado aos autos e referido na fundamentação do voto do Ministro Gilmar Mendes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

¹⁴⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 577.

Marciano Buffon¹⁵⁰ divide o conceito de solidariedade atual em solidariedade paterna ou vertical - vinculada a realização dos direitos sociais e dos direitos solidários (citando como exemplo o direito solidário de ter um meio ambiente equilibrado), cabendo ao Estado prover tais direitos e assegurar um mínimo de dignidade aos membros da sociedade –; e solidariedade fraterna ou horizontal – vinculada aos deveres da comunidade social de cumprimento do dever de solidariedade e do Estado de cumprimento dos deveres constitucionalmente previstos.

Maria Lucia Werneck Vianna faz um *link* entre o termo Seguridade Social e a responsabilidade social para demonstrar que o sistema foi criado para que o Estado com apoio da sociedade possa garantir a segurança e dignidade das pessoas em dificuldades (por falta de emprego, por motivo de doença, maternidade ou pela idade avançada, dentre outras causas) através do sentimento de solidariedade vertente na sociedade. Assim, afirma

Seguridade social é um termo cujo uso se tornou corrente a partir dos anos quarenta [do século XX], no mundo desenvolvido e particularmente na Europa, para expressar a ideia de superação do conceito de seguro social no que diz respeito à garantia de segurança das pessoas em situações adversas. Significa que a sociedade se solidariza com o indivíduo quando o mercado o coloca em dificuldades. Ou seja, significa que o risco a que qualquer um, em princípio, está sujeito – de não conseguir prover seu próprio sustento e cair na miséria – deixa de ser um problema meramente individual e passa a constituir uma responsabilidade social, pública¹⁵¹.

No entanto, trabalhadores em pleno exercício de suas funções contribuía para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões para muitos aposentados e pensionistas que adquiriam tais benefícios sem que para isso tivessem contribuído proporcionalmente – já que um dos requisitos hodiernamente previstos para a concessão destes proventos consubstanciava-se no tempo de serviço e não de contribuição como atualmente se estabelece. Por isso dizer que o

¹⁵⁰ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. p. 96-7.

¹⁵¹ VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**: estratégias de bem-estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: IPUERJ: UCAM, 2000. p. 173-4.

sistema previdenciário originalmente desenhou-se sob o caráter distributivo e solidário¹⁵².

Diante deste quadro, a reforma da Previdência mostrava-se necessária para atender a contingência. Pierre Aubenque diz que importa vislumbrar todas as possibilidades para se alcançar a vida boa, a partir da aproximação do geral ao particular, de modo a estabelecer-se uma medida adequada de acordo com a situação posta¹⁵³. Suas lições foram revisitadas por Engelmann ao concluir que “será necessária a avaliação das condições dadas e dos contornos da situação particular e do contexto onde o sujeito se encontra naquele momento”¹⁵⁴.

A Emenda Constitucional nº20/98, aprovada em 15 de dezembro de 1998 pelo Congresso Nacional, conhecida como a “primeira reforma da Previdência”, alterou substancialmente o sistema previdenciário, introduzindo-lhe o caráter contributivo consubstanciado na exigência do tempo de contribuição e não mais no tempo de serviço como até então se aplicava, sendo este feito condição necessária para concessão de benefícios previdenciários¹⁵⁵.

Celso de Mello explica esta transição do sistema previdenciário, com a nova roupagem contributiva esclarecendo em seu voto proferido na ADIN 3105 que

[...] No regime anterior à Emenda nº20, a contribuição não era pressuposto para obtenção do direito aos proventos. Os pressupostos limitavam-se ao cumprimento de tempo de serviço, idade ou invalidação. [...] Com a Emenda nº20, não há mais benesse do Estado. A prévia contribuição é requisito para a aquisição de direito. Uma vez adquirido justamente com base na contribuição, o direito está protegido contra nova obrigatoriedade contributiva.

Interessa destacar que a referida Emenda alterou a redação do artigo 40 da Constituição Federal, de modo a estabelecer o regime de Previdência de caráter contributivo aos servidores titulares de cargos efetivos. No entanto, não autorizou a cobrança de contribuição aos servidores inativos, eis que não são detentores de cargos efetivos, porquanto aposentados. A Emenda 20/98 deu nova redação ao

¹⁵² Conforme descreve o Ministro do Supremo Tribunal Federal CEZAR PELLUSO, no acórdão proferido no julgamento da ADIN 3105, publicado no DJ em 18/02/2005.

¹⁵³ AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Traduzido por Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003. p. 70.

¹⁵⁴ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.

¹⁵⁵ O tempo de serviço laborado antes da EC 20/98 sem comprovada contribuição previdenciária pode ser computado, desde que o segurado apresente prova material do serviço mediante tramitação de processo administrativo.

artigo 40 da Constituição Federal¹⁵⁶, fazendo constar tempo mínimo de serviço público efetivo e de cargo efetivo para aposentadoria voluntária e idade e tempo de contribuição para concessão de aposentadoria por tempo de contribuição e serviço. Assim foi introduzido o caráter contributivo ao regime da Previdência Social.

Além de acrescer ao sistema caráter contributivo e também o requisito idade mínima, a referida Emenda limitou o pagamento de proventos pelo regime geral em até dez salários de contribuição.

Diferentemente da sistemática imposta ao direito à saúde – um dos tripés da Seguridade Social - que, conforme redação do artigo 196 da Constituição Federal é direito de todos e dever do Estado, a Previdência Social exige o cumprimento do requisito contribuição, para que então possa o Segurado adquirir direito subjetivo de gozar do benefício, tudo em conformidade com a redação da Emenda nº 20/98.

Sob esse aspecto contributivo do sistema Maria Garcia tece algumas observações relevantes para esta fase da pesquisa, ao explicar que

De acordo com a Constituição Federal, art. 194, a Previdência Social insere-se no sistema de medidas ou ações objetivando a proteção dos trabalhadores e circunstâncias especiais, previstas na própria Constituição, arts. 201 e 202. Trata-se do sistema da seguridade social que inclui outros subsistemas: a assistência social (art. 203) e a saúde (art. 196) devidas a todos que necessitarem. Desses três subsistemas, apenas a Previdência Social é mantida mediante contribuição dos próprios trabalhadores, conforme 102, citado.¹⁵⁷

A inclusão do fator contributivo no sistema previdenciário através da Emenda 20/08 se justifica pelo flagrante desequilíbrio atuarial vivenciado pelo sistema na década de 90. O governo se mobilizou no sentido de modificar as regras que fundamentavam as aposentadorias e pensões em uma tentativa de reduzir o desajuste que punha em risco a saúde da Previdência Social.

¹⁵⁶ BRASIL, **Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 25 maio 2012. Nova redação ao art.40 da CF/88: § 1º. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º [...] III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) 60 (sessenta) anos de idade e 35 (trinta e cinco) de contribuição, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) de contribuição, se mulher; b) 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

¹⁵⁷ GARCIA, Maria. A emenda previdenciária e os direitos adquiridos. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 26, p. 113, 1999.

E neste contexto de crise estrutural evidenciada da Previdência Social, coerente se apresenta a observação do economista Fabio Giambiagi¹⁵⁸ quando diz que “sem novas mudanças o sistema tenderá a crise”. O economista afirma que a reforma da Previdência não se faz em um só ato, pelo contrário, depende de um longo processo e de vários ajustes ao longo do tempo de modo que sugestivamente propõe a ideia de uma “agenda previdenciária” por década.

O Banco Mundial, em 1994 divulgou um relatório dando a conhecer que a crise estrutural dos sistemas previdenciários estatais é um problema persistente e global. Dentre as constatações de amplitude mundial, importa destacar alguns apontamentos acerca da crise do sistema na América Latina e o respectivo diagnóstico e sugestões de medidas para reduzir o desajuste. O Banco Mundial constatou que

[...] a urbanização, mobilidade, guerras e a miséria enfraquecem a assistência familiar e os laços comunitários, os sistemas informais sentem-lhes o impacto. E este impacto é tanto maior onde a proporção da população dos idosos cresce rapidamente, em consequência dos progressos da medicina e do declínio da fertilidade. [...] Na América Latina, Leste Europeu e na ex-União Soviética, que já não podem sustentar os programas formais de seguridade social ao idoso, introduzidos há muito tempo, é ainda mais urgente a necessidade de reavaliar políticas. Aposentadorias precoces e benefícios generosos têm exigido elevadas cargas de contribuições, [...] Mas, através das próximas duas décadas, a carga dos tributos tende a aumentar em muitos pontos percentuais, ao passo que o valor dos benefícios tende a cair. Isso intensificará o conflito entre as gerações de aposentados (alguns dos quais ricos), que recebem pensões públicas, e os jovens trabalhadores (alguns dos quais pobres), que estão pagando altas taxas para financiar esses benefícios, mas que nunca poderão reembolsar-se. [...] O desafio é introduzir reformas que sejam boas para o país, a longo prazo, ainda que isso implique subtração de benefícios esperados por alguns grupos, em curto prazo.¹⁵⁹

E, diante deste quadro social, econômico e político inquietante e ameaçado pela crise estrutural vivenciada pela Previdência Social, motivos e motivos a seguir transcritos ensejaram a aprovação da Emenda Constitucional nº41/2003, em 19 de dezembro de 2003.

¹⁵⁸ GIAMBIAGI, Fabio. **As muitas reformas da previdência social**. 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e00012_01.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

¹⁵⁹ BANCO MUNDIAL. **Relatório “Averting the old crisis, policies to protect the old and promote growth”**. 1994. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/1994/09/698030/averting-old-age-crisis-policies-old-promote-growth.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

3.2 Emenda Constitucional nº41 de 19 de dezembro de 2003 e os Fundamentos Jurídicos da ADIN 3105-8

Apropriando-se do raciocínio do economista Fabio Giambiagi de que a reforma da Previdência consiste em um processo contínuo caracterizado por vários ajustes ao longo do tempo e de acordo com as necessidades do sistema, somando-se ao fato da primeira reforma previdenciária não ter logrado êxito na solução do desajuste entre a carga contributiva dos servidores de cargos efetivos e os servidores inativos – eis que a maioria dos aposentados adquiriu tal benefício sem ter contribuído por muito tempo e pagando alíquotas módicas -, surgiu a necessidade de se promover a chamada “segunda reforma” da Previdência Social, através da Emenda Constitucional nº41, aprovada pelo Congresso Nacional em 19 de dezembro de 2003¹⁶⁰.

Cezar Peluso¹⁶¹ argumenta que “a crescente pressão financeira sobre uma estrutura predominantemente solidária e distributiva, conduziria a inexorável desproporção entre servidores em atividade e aposentados, tendendo ao colapso de todo o regime”.

Previdência Social banca prestações pecuniárias aos segurados ou aos seus dependentes de forma a atender a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; maternidade; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes dos segurados ou aos seus dependentes de forma a atender a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; maternidade; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes. Tais prestações pecuniárias pagas pela Previdência Social é o que se chama de benefício.

¹⁶⁰ Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. BRASIL. **Emenda constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm>. Acesso em: 25 maio 2012.

¹⁶¹ Voto-Vista Ministro Cezar Peluso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. p. 221. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

Para o caso em exame, objeto desta pesquisa, o ponto fulcral consiste na contribuição com vistas à concessão de benefício ao aposentado ou pensionista. As aposentadorias são pagamentos mensais vitalícios, efetuados ao segurado por motivo de tempo de contribuição, idade, invalidez permanente, vinculada ao tempo de trabalho exercido ao longo da vida.

Atingindo a idade estabelecida, o segurado faz jus aos benefícios de aposentadoria por idade e contribuição e conseqüentemente ao salário-benefício, que consiste na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, corrigidos, correspondentes a 80% de todo período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; e para os benefícios de aposentadoria por invalidez e especial, auxílio-doença e auxílio-acidente, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, corrigidos, correspondentes a oitenta por cento de todo período contributivo. E no caso de aposentadoria por idade, o segurado pode optar pela segunda regra, se mais vantajosa.

O fator previdenciário é calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição, sendo que a expectativa de sobrevida é obtida da tábua de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE e divulgada pelo Ministério da Previdência Social, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos¹⁶².

Alguns números fornecidos pelo IBGE bem justificam a sistemática previdenciária:¹⁶³

Em 34 anos, a população brasileira praticamente dobrou em relação aos 90 milhões de habitantes da década de 1970 e, somente entre 2000 e 2004, aumentou em 10 milhões de pessoas. Em 2050, seremos 259,8 milhões de brasileiros e nossa expectativa de vida, ao nascer, será de 81,3 anos, a mesma dos japoneses, hoje.

Advertiu ainda o IBGE que, apesar de haver um acréscimo na expectativa de tempo de vida dos brasileiros, por outro lado “[...] o envelhecimento da população está se acentuando: em 2000, o grupo de 0 a 14 anos representava 30% da

¹⁶² BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Anuário Estatístico da Previdência Social 2010**. Disponível em: <http://www.mps.gov.br/arquivos/office/3_111202-105619-646.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2012.

¹⁶³ FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Brasil já tem mais de 180 milhões de habitantes**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=207>. Acesso em: 09 jun. 2012.

população brasileira, enquanto os maiores de 65 anos eram apenas 5%; em 2050, os dois grupos se igualarão em 18%”.

A longevidade representa um inchaço no sistema previdenciário, pois significa que seus usuários estarão atrelados por mais tempo. Certo que a melhoria nas condições gerais de vida e os avanços da ciência e medicina contribuíram em muito para elevar a expectativa de vida dos brasileiros. Entre os anos 1940 e 1980 aumentou 17 anos (de 45,5 para 62,6 anos, respectivamente). No início deste segundo milênio o indicador alcançou os 70,4 anos. Aponta o IBGE que esta idade deverá atingir os 81,3 anos em 2050.

Assim o Brasil ocupa 89º lugar entre os 192 países avaliados pela ONU, sendo certo que a média mundial para a esperança de vida ao nascer era de 65 anos, em 2000, e deverá atingir os 74,3 anos entre 2045 e 2050¹⁶⁴.

Pesquisas dão a conhecer que há diminuição de jovens e aumento dos idosos, e que isso é reflexo das alterações nas taxas de fecundidade e mortalidade, o que ocasionou mudanças na estrutura etária. Veja-se que em 2000, 30% dos brasileiros tinha de zero a 14 anos, e os maiores de 65 representavam 5% da população. Em 2050, esses dois grupos etários se igualarão: cada um deles representará 18% da população brasileira.

Estes números revelam a importância cada vez maior das políticas públicas relativas à Previdência, diante do crescente número de indivíduos aposentados, em relação àqueles em atividade. Também tornam-se cada vez mais importantes as políticas de saúde voltadas para a Terceira Idade: se em 2000 o Brasil tinha 1,8 milhão de pessoas com 80 anos ou mais, em 2050 esse contingente poderá ser de 13,7 milhões – segundo o IBGE.

Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Previdência Social, em seu Anuário Estatístico da Previdência Social 2010¹⁶⁵, no ano de 2010 foram concedidos 4,6 milhões de benefícios, dos quais 84,3% eram previdenciários e 8,1% assistenciais. Num total de R\$ 3,58 bilhões, valor que representou um acréscimo de 12,5% em relação ao ano anterior. Considerando o valor dos benefícios, as espécies mais concedidas foram todas previdenciárias: o auxílio-doença, a aposentadoria por

¹⁶⁴ FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Brasil já tem mais de 180 milhões de habitantes**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=207>. Acesso em: 09 jun. 2012.

¹⁶⁵ BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Anuário Estatístico da Previdência Social 2010**. Disponível em <http://www.mps.gov.br/arquivos/office/3_111202-105619-646.pdf>. Acesso em 09 jun. 2012.

tempo de contribuição e a aposentadoria por idade, cujas participações foram de 43,9%, 9,9% e 9,4%, respectivamente.

Destacou-se no Anuário Estatístico da Previdência Social 2010 que

Os benefícios concedidos a pessoas com 60 anos ou mais representaram 20,2% de todos os benefícios concedidos. Esse percentual aparentemente reduzido deveu-se aos benefícios que são concedidos independentemente da idade e que responderam por 65,9% do valor das concessões. Eram constituídos pelos benefícios de curta duração ou pelos benefícios decorrentes de invalidez, tais como os auxílios previdenciários, o salário-maternidade, os benefícios acidentários e o amparo ao portador de deficiência¹⁶⁶.

O valor médio dos benefícios apresentou um crescimento de 8,47% no ano, passando de R\$ 711,64 em 2009 para R\$ 771,90 em 2010. A espécie de benefício com maior valor médio é a aposentadoria por tempo de contribuição (R\$ 1.280,31), seguida da pensão por morte acidentária (R\$ 1.154,24) e da aposentadoria por invalidez acidentária (R\$ 1.095,56). O valor médio dos benefícios urbanos concedidos à pessoas do sexo masculino (R\$ 947,27) é 25,05% maior que o do sexo feminino (R\$ 757,73).

Os motivos pelos quais regime previdenciário mostrava-se ameaçado constaram expressamente na exposição de motivos da Emenda, que assim justificou:

66. Inúmeras são as razões que determinam a adoção de tal medida, cabendo destacar o fato de a Previdência Social ter, essencialmente, um caráter solidário, exigindo, em razão desta especificidade, que todos aqueles que fazem parte do sistema sejam chamados a contribuir para a cobertura do vultoso desequilíbrio financeiro hoje existente, principalmente pelo fato de muitos dos atuais inativos não terem contribuído para o recebimento dos seus benefícios ou terem contribuído, durante muito tempo, com alíquotas módicas, incidentes sobre o vencimento e não sobre a totalidade da remuneração, e apenas para as pensões, e, em muitos casos, também para o custeio da assistência médica (que é um benefício da seguridade social e não previdenciário).

67. Apenas na história recente a contribuição previdenciária passou a ter alíquotas mais próximas de uma relação contributiva mais adequada e a incidir sobre a totalidade da remuneração, além de ser destinada apenas para custear os benefícios considerados previdenciários.

¹⁶⁶ BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Anuário Estatístico da Previdência Social 2010**. Disponível em: <http://www.mps.gov.br/arquivos/office/3_111202-105619-646.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2012

Observa-se, então, a introdução de um regime previdenciário solidário e contributivo com a aprovação da Emenda Constitucional nº 41/2003, eis que a partir da segunda reforma, tornou previsível explicitamente a incidência da carga tributária sobre os proventos dos servidores públicos inativos. Veja-se o caráter contributivo e solidário da redação¹⁶⁷:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

A possibilidade de introdução do caráter solidário e contributivo – duas características marcantes de uma proposta comunitarista - ao regime previdenciário é matéria de direito constitucional abordada por José Joaquim Gomes Canotilho¹⁶⁸. O Autor sustenta que o sistema jurídico constitucional formado por um conjunto de regras e princípios, é caracterizado pelo dinamismo de normas, o que o torna aberto. A “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais atende as mudanças da realidade, segundo o Autor.

E o Estado Democrático de Direito, pautado por uma Constituição Federal capaz de atender as mudanças da realidade e tendo como pródomo a realização do bem de todos, faz recordar os pensamentos filosóficos da Teoria Aristotélica, na exata razão em que adotou a justiça distributiva como instrumento de implementação das políticas públicas voltadas a concretização dos objetivos

¹⁶⁷ BRASIL. **Emenda constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 28 abr. 2012.

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 171-173.

fundamentais nela insculpidos. Este objetivo maior do Estado é descrito por Aristóteles como Estado ideal, que representa muito mais do que a forma de governo escolhida e exercida por quem os representa, estando estreitamente adstrito ao exercício de práticas e políticas que possibilitem a preservação do equilíbrio Estatal, equilíbrio este consistente no exato alcance do bem maior que se consuma com a felicidade geral da *polis*.

E a realidade de hoje diverge da realidade de 1988, época em que a Constituição foi promulgada, razão pela qual plausível se apresenta o pensamento de Canotilho ao interpretar o sistema normativo constitucional como um conjunto de regras e princípios aberto e capaz de apreender as mudanças da realidade.

Diante deste quadro, o artigo 4º da Emenda passou a prever impositivamente a contribuição dos servidores públicos inativos para a alimentação do regime previdenciário de que trata o artigo 40 da Constituição Federal, atendendo também o objetivo da Seguridade Social consubstanciado na diversidade da base de financiamento (CF/1988, art. 195).

José Afonso da Silva¹⁶⁹ entende este objetivo da diversidade de financiamento como princípio da solidariedade financeira, exercida de forma direta – onde a sociedade contribui mediante o pagamento de contribuições, ou indireta – originando-se dos recursos provenientes de orçamentos de pessoas políticas, que também tem relação com a sociedade, já que tais recursos advêm do recolhimento de tributos em geral.

Marco Aurélio Greco contribui para a abordagem do tema solidariedade contributiva ao esclarecer que

[...] nas contribuições o conceito básico não é o poder de império do Estado, nem o benefício que o indivíduo vai obter diretamente de uma atividade do Estado (nem necessariamente o seu custo), mas sim o conceito de solidariedade em relação aos demais integrantes de um grupo social ou econômico, em função de certa finalidade.¹⁷⁰

José Joaquim Gomes Canotilho aborda o tema dizendo que ‘o verdadeiro problema levantado pelos limites materiais do poder de revisão é este: será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projectos políticos que, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte?’. Preocupado

¹⁶⁹ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 808.

¹⁷⁰ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições (uma figura “sui generis”)**. São Paulo: Dialética, 2000. p. 74.

com o que chama de ‘constituição imorredora e universal’ o autor faz o seguinte questionamento: ‘Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a força normativa?’¹⁷¹ Diante deste cenário, a Emenda Constitucional promulgada em decorrência dos relevantes motivos exteriorizados na proposta é medida cabível e perfeitamente aceitável quando o sentido da alteração de disposição normativa visa adequar o ordenamento jurídico à realidade política e social.

Importa destacar que não se pretende nesta pesquisa ladear o fato da má administração dos recursos destinados ao custeio da Previdência Social. A má administração também gera efeitos negativos à solvabilidade do sistema previdenciário, mas quanto a este fator também se percebe a implementação de medidas por parte do Estado visando propiciar a ação fiscalizadora por parte da sociedade. A Lei de Acesso à Informação nº 12.527/2011 com aplicação prevista para os três poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, “garante à sociedade acesso quase irrestrito às informações relacionadas aos órgãos de todas as instâncias da administração pública.”¹⁷² A sociedade contemporânea reclama do governo, sobremaneira em países onde se estabelece o regime democrático. Não se pode olvidar que houve e ainda há “escorregões e excessos na atuação desses mecanismos de accountability, mas também houve aperfeiçoamentos, como a criação do Conselho Nacional do Ministério Público. A possibilidade de fiscalização inteligente e responsável da atividade Estatal pela sociedade contou com a Lei de acesso à informação como instrumento.

Fernando Abrucio afirma que essa disposição normativa recente

poderá tornar mais transparente a forma de funcionamento do governo e dar aos diversos grupos da sociedade a capacidade de controlar com inteligência o Estado. Mais que isso, poderá iluminar os principais problemas de organização da administração pública brasileira. [...] o objetivo mais nobre da Lei de Acesso à Informação: ser uma escola de cidadania para a sociedade brasileira. [...] A nova legislação vai levar, também, à ação coletiva dos cidadãos. [...] se

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 943.

¹⁷² LEI de Acesso à Informação promete dar transparência aos atos públicos. **Jornal da Ordem**. Publicação da Ordem dos Advogados do Brasil, Paraná, n. 160, p. 28, maio 2012.

atuarem de forma articulada, poderão ter mais sucesso em compreender os problemas e dilemas da administração pública¹⁷³.

Percebe-se com isso que a solvabilidade do sistema previdenciário também pode conter em seu bojo os reflexos da imperfeita administração pública, mas o objetivo da pesquisa é focar os estudos na transformação da realidade social, sobremaneira pela indicação estatística trazida pelo IBGE. A Emenda Constitucional nº 41/2003 e a conseqüente discussão judicial acerca da constitucionalidade relaciona-se com a identificação do paradigma comunitarista pautado pelo princípio da solidariedade. Nessa razão, o viés da pesquisa é identificar a transformação da realidade social, a necessidade da reforma previdenciária com intuito de atender o fim social de promoção do bem comum, a partir da implementação da justiça distributiva, cuja raiz se identifica na Teoria Aristotélica.

No entanto, apesar de toda fundamentação de cunho distributivo, contributivo e solidário, a EC nº41 de 2003 causou irresignação à classe de servidores públicos inativos, razão em que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP propôs ação direta de inconstitucionalidade em face do art. 4º da referida Emenda Constitucional, argüindo ofensa à princípios e garantias constitucionais.

A medida judicial proposta pela CONAMP contou com substrato jurídico respaldado em pareceres de escol elaborados por Celso Antonio Bandeira de Mello, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Afonso da Silva¹⁷⁴ para sustentação da tese de violação do inciso XXXVI, do artigo 5º, o inciso II, do artigo 150 e o inciso IV, § 4º, do artigo 60, da Constituição Federal. E, tendo em conta que o acórdão proferido nesta demanda alterou em parte o dispositivo normativo constante no artigo 4º da Emenda Constitucional impugnada, importa destacar seu conteúdo inicialmente promulgado. A saber:

Art. 4º. Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu artigo 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.
[...]

¹⁷³ ABRUCIO, Fernando. A Lei de Acesso à Informação e a cidadania. **Revista Época**, São Paulo, ed. 734, p. 14, 12 jun. 2012.

¹⁷⁴ REFORMA da Previdência. CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. : Produção editorial José Acácio de Campos. Rio de Janeiro, 2004. p. 15-160.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e pensões que supere:

[...]

I – cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[...]

II – sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

O primeiro fundamento da ação de inconstitucionalidade consistiu na ofensa ao preceito constante no inciso XXXVI, do artigo 5º da Constituição Federal, em que se consagra o princípio da irretroatividade das leis. Neste contexto, sustentou o CONAMP que o dispositivo normativo impugnado violaria garantias individuais inerentes ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito, posto que tais garantias não estariam à mercê dos efeitos de Emenda Constitucional impugnada, segundo a redação do artigo 60, inciso IV, parágrafo 4º do texto constitucional.

Ao descrever os fundamentos da ação, a Ministra Ellen Gracie fez constar em seu relatório que o argumento utilizado pelo Requerente como fundamentação da violação das garantias individuais foi o de que

[...] se os servidores aposentados até 19.12.03, bem como os que detinham as condições para sê-lo, possuem o direito de não pagar contribuição previdenciária, a obrigação imposta pelo dispositivo impugnado prejudica este mesmo direito, impondo situação jurídica mais gravosa ao seu titular ¹⁷⁵.

Outro fundamento relevante utilizado pelo CONAMP ao impugnar a Emenda Constitucional nº41 consistiu na violação do princípio da isonomia tributária prevista no inciso II, do artigo 150 da Constituição, haja vista que no parágrafo único do artigo 4º impugnado constava uma diferença de percentual sobre o qual incidiria a contribuição previdenciária para servidores inativos e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e servidores inativos e pensionistas da União. Sustentou o CONAMP que haveria um tratamento desigual entre grupos de aposentados estaduais, distritais e municipais em relação aos servidores inativos

¹⁷⁵ Relatório da Ministra ELLEN GRACIE no Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

federais. Ainda no tocante a isonomia tributaria, constou entre os argumentos de motivação que a fórmula de cálculo para se apurar o *quantum* a ser recolhido à título de contribuição previdenciária causaria uma disparidade entre os servidores aposentados à época da promulgação da Emenda Constitucional – que estariam sujeitos ao pagamento de contribuições em percentual maior – e aqueles que viessem a se aposentar posteriormente – posto que contribuiriam em percentual menor. Este tratamento diferenciado entre membros da mesma classe de servidores públicos inativos evidenciaria legítima ofensa ao princípio da isonomia tributaria.

A classe dos servidores públicos (ativos e inativos) debateu o assunto exaustivamente de modo a enfatizar a necessidade de proteção aos direitos e garantias individuais, não apenas durante o trâmite da ação direta de inconstitucionalidade como também em encontros nacionais promovidos por membros do Ministério Público e Associação dos Magistrados. Em um destes encontros¹⁷⁶ Ivo Dantas¹⁷⁷ proferiu palestra abordando o tema em questão, sustentando que a Constituição tem um sentido duplo - caráter de permanência e de mudanças. “Permanência para instituir segurança social e mudança para se adaptar às novas realidades sociais”. Mas, de acordo com as concepções teóricas fundadoras do pensamento do magistrado, eventuais mudanças na Constituição Federal não permitem a tangibilidade de cláusulas pétreas, dentre elas os direitos individuais explicitados no art. 60 da Constituição Federal.

E os argumentos tecidos em prol da defesa desses direitos individuais não só foram defendidos de forma ostensiva naquele momento histórico em que se aguardava um pronunciamento do STF, como ainda continuam ecoando na Proposta de Emenda Constitucional nº 555/2006 apresentada pelo Ex-Deputado Federal Carlos Mota à Câmara de Deputados, cujo fundamento normativo consiste em revogar o dispositivo da Emenda Constitucional nº 41/2003, de modo a acabar com a cobrança de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos.

¹⁷⁶ 1º Encontro Nacional de Magistrados do Trabalho Aposentados, realizado em abril de 2009. MAGISTRADOS defendem fim dos descontos previdenciários para aposentados. 01 maio 2009. Disponível em: <<http://anamatra.jusbrasil.com.br/noticias/1036506/magistrados-defendem-fim-dos-descontos-previdenciarios-para-aposentados>>. Acesso em: 06 jun. 012.

¹⁷⁷ Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Doutor em Direito Constitucional - UFMG. Livre Docente em Direito Constitucional - UERJ. Livre Docente em Teoria do Estado - UFPE. Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos. Juiz Federal do Trabalho - (aposentado). Advogado e Parecerista.

A referida PEC tem como objetivo ‘rever o ato praticado pelo Congresso Nacional com a Reforma da Previdência, sob o fundamento de que se a decisão judicial proferida na ADIN 3105-8 a respeito revestiu-se de caráter definitivo, mesma restrição não se pode impor ao Poder Legislativo, a quem compete, por força de suas atribuições institucionais, revisar continuamente todo e qualquer ato que pratique¹⁷⁸. Ainda não houve pronunciamento da Câmara dos Deputados acerca da proposição legislativa, mas claro está que a decisão judicial analisada na presente pesquisa gerou os efeitos esperados, mas não conseguiu modificar o pensamento individualista pautado pela busca constante de concretização dos interesses subjetivos.

Retornando ao caso concreto, a partir deste contexto jurídico lançado na ADIN 3105-8, manifestou-se o Congresso Nacional, através da Advocacia Geral da União¹⁷⁹, sustentando a constitucionalidade da Emenda e ressaltando que a reforma previdenciária foi aprovada pela Corte Legislativa em razão das necessidades atuais do regime previdenciário e, sobremaneira para atender aos princípios constitucionais de promoção de uma sociedade, justa, fraterna e solidária a partir da redução das desigualdades sociais. Além de ressaltar a necessidade de ponderação dos princípios constitucionais em jogo no presente caso, a AGU também respondeu aos fundamentos sustentados pelo CONAMP, de ofensa ao princípio da irretroatividade das leis e da isonomia tributária, sustentando a concepção de que contribuição previdenciária tem natureza de tributo, razão pela qual não se há falar em direito adquirido de não sofrer a incidência de tributação. E mais, a partir da compreensão de que a contribuição previdenciária reflete um contexto de solidariedade, que é característico do sistema da seguridade social, a tributação impõe-se a todos os Cidadãos (ativos e inativos) com intuito de alimentação deste sistema de cunho solidário.

Estes são os pontos de maior relevância jurídica e de instigante interesse pelo aprofundamento teórico em torno da decisão proferida na ADIN 3105-8, e que serão avaliados a partir de uma análise crítica calcada no estudo comparado de correntes

¹⁷⁸ CONAMP acompanha tramitação da PEC 555/06. **JusBrasil Notícias**. 15 mar. 2010. Disponível em: <<http://conamp.jusbrasil.com.br/noticias/2117423/conamp-acompanha-tramitacao-da-pec-555-06>>. Acesso em: 06 jun 2012.

¹⁷⁹ Defesa apresentada à fl. 209/216. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

liberais de concepções individualistas e comunitários cuja interpretação do texto constitucional é orientada por valores.

3.3 Supremo Tribunal Federal e a Interpretação Comunitária do Texto Constitucional

A Constituição Federal de 1988 recepciona o paradigma comunitarista ao prever um compromisso político pautado em um amplo sistema de direitos, e resguardado por instrumentos processuais adequados a tornar possível a concretização destes direitos fundamentais. E esta mesma Constituição, em seu artigo 102, define ‘o caráter político da função do Supremo Tribunal Federal ao lhe conferir o papel de guardião da Constituição’¹⁸⁰.

O compromisso político que permeia boa parte da Constituição Federal se funda em valores supremos como direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, objetivando a promoção de uma sociedade justa, fraterna e solidária. E a dignidade humana “se revela no sistema de direitos constitucionais como um valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal”¹⁸¹. E, de acordo com a concepção constitucionalista comunitária, ‘a concretização dos direitos fundamentais equivale à realização de valores’.¹⁸²

Simone Barbisan Fortes, a partir de concepções filosóficas em busca do significado para o “homem constitucional” conclui que

[...] o pluralismo, textualmente reconhecido na Constituição Federal de 1988, remete-nos à sua dimensão comunitária, uma vez que assume uma feição valorativa para a sociedade brasileira, a que se acrescentam também os valores da fraternidade e ausência de preconceitos¹⁸³.

E ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião do texto constitucional de conteúdo valorativo, não só pode como deve se ater aos valores supremos estabelecidos no ordenamento jurídico, interpretando a Constituição a partir da

¹⁸⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 43-4.

¹⁸¹ Ibid., p. 44.

¹⁸² Ibid., p. 46.

¹⁸³ FORTES, Simone Barbisan. A antropologia da Constituição Federal de 1988 – o homem por detrás da Constituição e os fundamentos jusfilosóficos do novo constitucionalismo brasileiro. **Revista de Direito Social**, Sapucaia do Sul, n. 15, p. 49, jul./set. 2004.

hierarquia valorativa e valendo-se do juízo de ponderação dos valores para solução de conflitos de ordem constitucional.

Esta ação do Supremo Tribunal Federal, ao declarar o sentido e alcance das regras jurídicas Constitucionais “traduz uma ação política ou, pelo menos, de inexorável repercussão política”¹⁸⁴. E neste viés, o Ministro Joaquim Barbosa fez constar em seu voto que

[...] o princípio dos direitos adquiridos, do mesmo modo que os outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela nossa Constituição, de modo que se estaria diante de princípios constitucionais relativos, que admitem ponderação com outros princípios, desse confronto podendo resultar o afastamento pontual de um deles. [...] a ser acolhida em caráter absoluto, como se propôs nesta ação direta, sem qualquer possibilidade de limitação ou ponderação com outros valores igualmente importantes, tais como os que proclamam o caráter social do nosso pacto político, a teoria das cláusulas pétreas terá como consequência a perpetuação da nossa desigualdade¹⁸⁵.

Cumprindo a sua função de caráter político, cuja ação deve ser pautada na promoção dos valores supremos com a utilização da hierarquia valorativa e do juízo de ponderação, o Supremo Tribunal Federal declarou, por decisão majoritária, a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº41, de 19 de dezembro de 2003, especificamente em relação a redação dada ao *caput* do artigo 4º, que torna obrigatória a contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos.

Lenio Streck aborda o tema do controle de constitucionalidade fazendo a seguinte afirmação

Ora, nenhum campo do direito está imune a essa vinculação constitucional. Conseqüentemente, na medida em que a Constituição figura como o *alfa* e o *ômega* do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa. Ou seja, a partir do paradigma instituído pelo novo constitucionalismo e a partir daquilo que o Estado Democrático de Direito representa na tradição

¹⁸⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 62.

¹⁸⁵ Voto Ministro Joaquim Barbosa. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

jurídica, o legislador não mais detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma liberal-iluminista.¹⁸⁶

E arremata seu pensamento dizendo que ‘o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade’.

O julgamento desta ADIN 3105-8 é considerado histórico pelo STF, posto que envolveu o manifesto direito individual cuja proteção foi exaustivamente defendida tanto pelo autor da referida medida judicial quanto pelos diversos interessados no desfecho da ação através da intervenção processual na condição de *amicus curiae*¹⁸⁷, e o bem comum, e a prevalência do princípio a solidariedade que nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa “guarda total coerência com a matriz filosófica da nossa Constituição, quando confrontado com o suposto direito adquirido de não pagar contribuição previdenciária, necessariamente deve prevalecer”¹⁸⁸.

Contribuição previdenciária, como já se afirmou, tem caráter contributivo e solidário. E, quanto a sua natureza jurídica, a doutrina concorda em qualificá-la como tributo, apesar da divergência teórica entre parte dos teóricos que sustentam não constituírem espécie autônoma¹⁸⁹ (porque por vezes se revestem de características de impostos, e outras se amoldam as particularidades da taxa), e parte da doutrina que identifica uma autonomia conceitual¹⁹⁰, posto que a Constituição assenta finalidade e destinação ao tributo de contribuição

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e constituição**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

¹⁸⁷ Descrição do Verbete: "Amigo da Corte". Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: *Amici curiae* (amigos da Corte). AMIGO da Corte In: GLOSSÁRIO Jurídico Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: 20 maio 2012.

¹⁸⁸ Voto Ministro Joaquim Barbosa. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

¹⁸⁹ Sobre o assunto, Paulo de Barros carvalho, Américo L. Masset Lacombe, Antonio Sampaio Dória, Alberto Xavier, Jose Roberto Vieira, Elisabeth Nazar Carrazza, Roberto Catalano Botelho Ferraz, entre outros, sustentam não se tratarem de espécies autônomas. Octavio Campos Fischer descreve bem esta corrente teórica em sua obra *A contribuição ao PIS*. FISCHER, Octavio Campos. **A contribuição ao Pis**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 67.

¹⁹⁰ Celso Ribeiro Bastos, Hugo de Brito Machado, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, Jose Eduardo Soares de Melo fazem parte desta corrente que defende ser a contribuição uma espécie autônoma de tributo.

previdenciária. O Supremo Tribunal Federal há muito enfrentou o tema e consolidou o entendimento acerca da natureza jurídica da contribuição previdenciária, qualificando-a como tributo¹⁹¹, com regime jurídico próprio com finalidade e destinação específica, como determina o artigo 149 da Constituição Federal¹⁹².

Outrossim, embora manifesta concepção acerca da natureza tributária em julgados anteriores ao enfrentamento da ADIN 3105-8, no caso em apreço houve uma singela, porém não desaperecebida discordância quanto ao tema pelo Ministro Carlos Britto que, em seu voto¹⁹³ desconstitui a natureza tributária da contribuição dizendo que

[...] acho que se instalou uma relação jurídica não ortodoxamente tributária – ‘uma relação jurídica do tipo securitário, perfeitamente definida: suportaria ele’ – servidor – ‘o pagamento de uma contribuição por um período determinado, considerando um limite de idade específico, visando a obtenção de um prêmio futuro’¹⁹⁴.

A ponderação feita pelo Ministro Carlos Britto acerca da natureza jurídica da contribuição previdenciária deu margem á um debate ferrenho durante o julgamento, sobremaneira pelas intervenções dos Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Veloso. A discussão em torno da temática se mostrou pertinente naquele momento decisório eis que refletia potencialmente na possibilidade ou não de se conceder a proteção ao direito adquirido. Isto porque, segundo os rumos percorridos durante o julgamento, que aos poucos vão sendo lançados na presente pesquisa, a natureza jurídica da contribuição condiciona a existência ou não de um direito adquirido.

Prevaleceu o entendimento acerca da natureza tributária e nesta linha de raciocínio, o Ministro Sepúlveda Pertence se pronunciou

¹⁹¹ Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 146.733**, Relator Min. Moreira Alves, RTJ 143/684; **RE nº158.577**, Relator Min. Celso de Mello, RTJ 149-54.

¹⁹² Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso: 30 maio 2012.

¹⁹³ Voto vencido e com traços de concepções individualistas. Talvez para justificar a sua concepção jurídica acerca da impossibilidade de imposição de contribuições previdenciárias aos servidores públicos inativos, tenha modificado seu entendimento acerca da natureza jurídica do tributo, e com base nesta concepção entender que os proventos dos inativos estão protegidos pela preservação do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

¹⁹⁴ Voto Ministro Carlos Britto. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

Mas há um dado que, a meu ver – e esperei pela lição do Ministro Celso de Mello a respeito -, expulsa da discussão o tema direito adquirido: é a natureza tributária da contribuição social para a Previdência Social, que, nesta causa, levou a eminente Relatora neste ponto, a afastar a invocação do direito adquirido, com argumentos, a meu ver, irrespondíveis. [...] O fato de algum ato ou algum bem não ser em determinado momento objeto de incidência tributária não estabelece, em favor do seu titular, um estatuto pessoal de intributabilidade, salvo [...] se há imunidade constitucional a acobertar determinada pessoa, determinado tipo de relação ou determinado bem¹⁹⁵.

O Ministro Carlos Velloso, cujo voto limitou-se a tratar da matéria sob a ótica tributária, afastando a proteção absoluta ao direito adquirido tendo por base a constatação da natureza tributária da contribuição, ressalta que a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 149, consagrou o caráter tributário da contribuição¹⁹⁶.

Importa dizer que, à pesquisa não há relevância o debate teórico acerca da determinação da autonomia do tributo, pois conforme bem destacou Marco Aurélio Greco¹⁹⁷

Se as contribuições forem tributos, nem por isso seu regime constitucional será idêntico ao tributário, porque várias diferenças resultam do exame da CF-88; se elas não forem tributos, nem por isso deixarão de ter em comum como eles a características de serem exigências patrimoniais constitucionalmente previstas e admitidas, estando ambas as figuras submetidas a algumas limitações do poder de tributar¹⁹⁸.

Uma vez sedimentada, do ponto de vista doutrinário e, por maioria de votos no julgamento da ADIN 3105-8, a concepção teórica quanto à natureza jurídica tributária da contribuição previdenciária, volta-se a análise do julgamento proferido pelo STF que, valendo-se primeiramente dessa qualificação manifestou a impossibilidade da garantia constitucional do 'direito adquirido' justificar a intenção

¹⁹⁵ Voto Ministro Sepúlveda Pertence. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. Ibid.

¹⁹⁶ ADIN 3105-8, STF. Voto do Ministro CARLOS VELLOSO. Descreve que o Sistema Tributário Nacional é composto, dentre outros tributos, pelas contribuições sociais que se desdobram em contribuições de seguridade social (CF/88, art. 195), contribuições de seguridade social decorrentes de novas fontes (CF/88, art. 195, §4º), contribuições sociais gerais (salário educação, art. 212, § 5º, FGTS, PIS, contribuições do sistema "S", SENAI, SENAC, SESI – art. 239, 240).

¹⁹⁷ Contrário à maioria da doutrina ao defender o caráter não-tributário das contribuições.

¹⁹⁸ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições (uma figura "sui generis")**. São Paulo: Dialética, 2000. p. 74.

subjetiva do servidor público inativo de se eximir da incidência do tributo de ordem constitucional. Destacou o Ministro Cezar Peluso

[...] não há, em nosso ordenamento jurídico, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional. [...] no rol dos direitos subjetivos inerentes à situação de servidor inativo, não consta o de imunidade tributária absoluta dos proventos correlatos¹⁹⁹.

Além da fundamentada ausência de previsão constitucional de imunidade tributária sobre proventos de aposentadoria, o STF também justificou em sua decisão que a irredutibilidade do valor dos referidos proventos não se estende aos tributos, valendo-se para tanto, do entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal em outras oportunidades em que foi chamado a explicitar sua interpretação normativa do texto constitucional.²⁰⁰

Em um Estado Democrático de Direito pautado por princípios, onde se reconhece a proeminência da dignidade humana e a igualdade substancial, o princípio da capacidade contributiva assume “privilegiada importância, e sua observância e concretização corresponde ao inescapável norte da tributação”²⁰¹. A redução das desigualdades sociais e econômicas requer uma interpretação jurídica desigual entre os desiguais para se atingir a igualdade substancial que, revela o novo modelo constitucional²⁰².

Ao tratar da busca pela igualdade substancial ou material em oposição às desigualdades sociais, Ronald Dworkin, apesar de pertencer à corrente dos liberais contratualistas²⁰³ ao lado de John Rawls, entende como dever do Estado a prevalência

¹⁹⁹ Voto Ministro Cezar Peluso. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

²⁰⁰ ADI 790-DF, RTJ 147/921,925; ADI 2010.

²⁰¹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e os deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.176-81.

²⁰² Sobre igualdade substancial ver STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (Ereignen) da constituição. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: Mestrado / Doutorado. Unisinos, São Leopoldo, p. 112, 2000. Neste estudo o Autor afirma que o novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal e parte em busca da igualdade material, calcada no fundamento do ordenamento jurídico que expressa a ordem de convivência fundada em conteúdos materiais da vida. Este esquema de igualdade material se insere no projeto de superação da realidade alcançável com a integração de outras necessidades e resolução de conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.

²⁰³ Que tratam da efetividade dos direitos civis à luz da teoria Kantiana, com proeminência do eu transcendental, e a concepção de sociedade como um complexo de identidades que conflitam acerca das diversas concepções individualistas de bem e de vida digna.

da igualdade ao se questionar: “Podemos dar as costas à igualdade?” Como resposta afirma que “Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade”. Para Ronald Dworkin, “qualquer teoria que adote a igualdade de bem-estar social deve dar atenção ao bem-estar das pessoas como um todo, e não ao bem-estar oriundo ou perdido de uma determinada fonte”²⁰⁴.

O princípio da capacidade contributiva serve de instrumento para se alcançar a igualdade substancial, ao passo que define a carga de ônus tributário a ser contribuído por cada cidadão para a coletividade, impondo maior ônus àqueles que detêm maior capacidade e menor ônus ou a sua inexistência àqueles com menor a capacidade contributiva, de modo a preservar a intangibilidade do mínimo existencial, ou dito de outra forma, o mínimo vital à existência humana. E, “um esquema de tributação e bem-estar social pode ser distributivamente justo”²⁰⁵ desde que a autoridade pública utilize o princípio da capacidade contributiva na distribuição do ônus tributário.

É através da tributação que o Estado Democrático de Direito conseguiu estabelecer a possibilidade de reduzir as desigualdades sociais e com isso concretizar os objetivos elencados no texto constitucional consistente em construir uma sociedade justa, fraterna e solidária. Este modelo de Estado preocupado com a promoção do bem de todos através da implementação de políticas públicas respaldadas pela justiça distributiva se adéqua ao Estado ideal descrito por Aristóteles, que representa muito mais do que a forma de governo escolhida e exercida por quem os represente, estando estreitamente adstrito ao exercício de práticas e políticas que possibilitem a preservação do equilíbrio Estatal, equilíbrio este consistente no exato alcance do bem maior que se consuma com a felicidade geral da *polis*. Aristóteles afirma que o papel da ciência política é promover ações condizentes a educação do cidadão de modo a torná-lo virtuoso no Estado ideal. Para o filósofo as atividades exercidas pelos cidadãos devem obedecer os critérios do justo, evitando assim a interferência dos vícios que maculam a virtude perfeita da Justiça. E o Estado é responsável pelo desempenho desta função, de modo que bons cidadãos educados a praticarem condutas moralmente boas, preenchem a função política que deles se espera e contribuem para o equilíbrio da sociedade.

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad.: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 9.

²⁰⁵ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 182.

Helenilson Cunha Pontes afirma que

No Brasil, a atividade tributária, como de resto todas as demais atividades estatais, deve ser dirigida para o atingimento dos objetivos fundamentais elencados no art. 3º da Constituição Brasileira. Tal dispositivo prescreve os princípios jurídicos que, pela alta carga axiológica que albergam, devem nortear o processo interpretativo das demais regras e princípios constitucionais. Neste sentido, o princípio da capacidade contributiva constitui um importante instrumento constitucional para o atingimento do objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, dever fundamental imposto à República Federativa do Brasil (art.3º, I)²⁰⁶.

Esta carga valorativa das disposições normativas constitucionais são características de uma Constituição dirigente instituída em um Estado Democrático de Direito. Lenio Streck explica que a 'Constituição brasileira, em que pese seu caráter aberto, é densa de valores, compromissária e voltada para a transformação das estruturas econômicas e sociais, contendo em seu bojo instrumentos para implantação de políticas do *Welfare State*, tendo como pressuposto de compatibilidade o princípio da dignidade humana²⁰⁷.

É na interpretação constitucional orientada por valores que o Supremo Tribunal Federal mostra sua fidelidade ao paradigma comunitarista recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ponderando valores igualmente protegidos e consignando a prevalência da proteção à dignidade humana consubstanciada no princípio da solidariedade. Joaquim Barbosa deixa claro este pensamento comunitarista quando afirma que a Emenda Constitucional nº41/2003

[...] não suprimiu nem aboliu direitos e garantias individuais que possam integrar um núcleo essencial intangível, imune à ação do poder constituinte derivado. A Emenda limitou-se a adequar o conjunto normativo à realidade política e social de modo a manter a viabilidade do sistema previdenciário, pois a perpetuação da configuração alterada pela Emenda comprometeria o bem-estar das gerações futuras. [...] A solidariedade deve primar sobre o egoísmo²⁰⁸.

²⁰⁶ PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da capacidade contributiva e extrafiscalidade: uma conciliação possível e necessária. In: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Ordem econômica e social**: estudos em homenagem a Ary Brandão de Oliveira. São Paulo: LTr, 1999. p. 147.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 18-9.

²⁰⁸ Voto Ministro Joaquim Barbosa. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

Neste ponto a pesquisa caminha para a produção de uma resposta ao tema central, consistente na investigação acerca da aplicabilidade da Teoria da Justiça Distributiva, a partir da matriz teórica aristotélica na declaração de constitucionalidade da contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos. Busca-se constatar se a interpretação feita pelo STF converge com o valor supremo atribuído ao princípio da dignidade humana, e se os fundamentos da decisão demonstram aplicação da Justiça Distributiva para a promoção do bem comum, bem como o enaltecimento do ‘espírito da fraternidade’, elo que vincula Estado e sociedade.

3.3.1 Corrente Individualista. A subjetividade das Concepções Individuais e os Reflexos deste Paradigma no Julgamento da ADIN nº3105-8

A desumanização da sociedade, a redução da responsabilidade coletiva, a ruptura com os padrões de reciprocidade, são resultado da sobreposição dos valores individualistas aos da solidariedade. Embora o Estado Democrático Brasileiro seja regido por uma Constituição Federal pautada pelo paradigma comunitarista, ainda não se alcançou a superação dos valores individualistas típicos do Estado Liberal e que se mantém presente na contemporaneidade por conta dos imperativos categóricos do sistema econômico.

A dificuldade em romper com o paradigma individualista mediante a sobreposição pelos valores comunitaristas é evidente, inclusive, no julgamento da ADIN nº3105-8, que contou com quatro votos vencidos, todos no sentido de sustentar a proteção de direitos e garantias individuais, em detrimento do bem maior reconhecidamente da dignidade da pessoa humana, cujo elemento solidariedade conduz a concretização dos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A Ministra Relatora Ellen Gracie sustenta em seu voto vencido que o servidor público é qualificado como contribuinte ou beneficiário no regime previdenciário, a depender da condição ativa ou inativa do exercício de sua função. Nessa razão, a contribuição por tempo determinado lhe confere o direito de perceber benefício de prestação continuada. Apropriando-se desse raciocínio, a Ministra afirma que a EC nº41/2003 causa a ruptura do sinalagma da relação jurídica previdenciária, uma vez que a imposição da contribuição aos servidores inativos e pensionistas não guarda

relação jurídica entre custo e benefício. Sustenta ainda a Ministra Relatora que o princípio da solidariedade que respalda a exposição de motivos da referida Emenda Constitucional apenas serve para forçar os servidores públicos aposentados ou pensionista a doarem parte de seus proventos, o que fere frontalmente o princípio constitucional da garantia contra a bi-tributação e do não-confisco. Segundo Ellen Gracie, a criação de uma contribuição somente se admite como válida constitucionalmente se houver um novo benefício em favor do contribuinte. Encerra suas razões de voto sustentando a defesa dos direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas intocáveis pela atividade reformadora²⁰⁹.

No voto de lavra do Ministro Carlos Britto, por exemplo, resta claro seu posicionamento acerca de que

o objetivo específico do sistema é oferecer proteção a quem previdentemente desembolsou recursos para a formação de uma economia que, embora comum ao funcionalismo [...], é de aplicabilidade benfazeja individual. [...] Por isso mesmo, não pode operar senão na perspectiva da configuração de direitos subjetivos que se tornem indisponíveis para o Ente mantenedor de tal sistema.²¹⁰

Carlos Britto também concorda com a Ministra Ellen Gracie ao afirmar que a contribuição previdenciária reflete um trinômio contribuição-retribuição-paridade, de modo que o servidor público que contribui por tempo determinado adquire o direito de receber do Estado uma retribuição em forma de benefício. Neste contexto é que afirma tratar-se de um direito subjetivo decorrente da formação de uma economia individual, vislumbrando-se a função impeditiva de retrocesso o que, segundo Carlos Britto, garante o avanço do Estado Democrático de Direito.

Esta concepção adotada nos votos vencidos caminha em sentido oposto ao desenvolvimento ideal de um Estado voltado para uma auto-realização coletiva a fim de alcançar a satisfação plena. A prevalência do privilégio individual sobre o coletivo compromete a justa distribuição dos bens comuns, segundo a vertente Aristotélica. Pode-se dizer que os entendimentos que embasam os votos vencidos guardam

²⁰⁹ Voto Ministra Relatora Ellen Gracie. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

²¹⁰ Voto do Ministro CARLOS BRITTO. Importa frisar que embora a decisão pela constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos, quatro votos vencidos evidenciaram a sombra do paradigma individualista. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. Ibid.

relação com o paradigma positivista marcado pelo individualismo, que se contrapõe à relação estreita do direito com a ética muito bem desenhada nos escritos de Aristóteles.

A proteção das garantias e direitos individuais em detrimento do bem comum também mostrou-se latente no voto do Ministro Marco Aurélio Melo, ao afirmar que a EC nº41/2003 não criou uma contribuição e sim um ônus referente ao custeio da previdência social, em evidente ofensa ao princípio constitucional do não-confisco. Ao fundamentar as razões do voto pela inconstitucionalidade da Emenda, Marco Aurélio Melo afirma que a imposição do ônus de custeio da previdência com redução dos proventos percebidos por servidores públicos aposentados e pensionistas não só quebra o sinalagma custo/benefício, como também fere o princípio da dignidade humana face a redução dos proventos²¹¹. Pode-se concluir que nas razões do voto vencido prevalece a influência do paradigma individualista.

Louis Dumont²¹², ao tratar do tema relativo à ascensão do individualismo, ‘atribui a drástica transformação do homem ao cristianismo’. Segundo este autor, ‘com o cristianismo surgiu a autossuficiência do indivíduo humano, incutindo em seu pensamento um sentimento de rebaixamento e desvalorização do mundo’. O nascimento do individualismo afasta a extração dos valores e direitos do indivíduo a partir do meio social, elevando-o a condição transcendental, cuja filiação não é mais com a sociedade e sim com Deus. Pode-se dizer que o cristianismo foi responsável pela retirada do homem do mundo tal qual.

Alain Renault, utilizando-se das concepções de Louis Dumont, esclarece que ‘a condição para o nascimento do individualismo moderno ocorreu por conta da contaminação da vida mundana face o elemento individualista e universalista do cristianismo, de tal forma que acabou por subverter a estrutura hierárquica do todo social’²¹³. Os valores supremos não se consubstanciam mais no bem comum, como apregou Aristóteles. O homem não é mais visto como um ser essencialmente político. O individualismo sobrepõe-se ao comunitarismo com valores supremos fundados na igualdade e na liberdade.

²¹¹ Voto Ministro Marco Aurélio Melo. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

²¹² DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Publicações Dom Quixote: Lisboa, 1992. p. 39.

²¹³ RENAULT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história de subjectividade. Tradução de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1989. p. 72.

A primazia do individualismo é descrita por Alain Dumont da seguinte forma

Chamo ideologia a um sistema de ideias e de valores que vigora num dado meio social. Chamo ideologia moderna ao sistema de ideias e valores característicos das sociedades modernas. [...] A ideologia moderna é individualista. [...] Quando alguém opõe sem mais o nacionalismo ao individualismo, devemos sem dúvida entender que o nacionalismo corresponde a um sentimento de grupo que se opõe ao sentimento 'individualista'. Na realidade, a nação no sentido preciso, moderno do termo, e o nacionalismo – distinto do simples patriotismo – estão historicamente ligados ao individualismo como valor. Não só o acompanha historicamente, como a interdependência entre ambos é algo que se nos impõe de tal maneira que se pode dizer que a nação é a sociedade global composta por pessoas que se consideram indivíduos. É uma série de ligações deste gênero que nos autoriza a designar pela palavra 'individualismo' a configuração ideológica moderna²¹⁴.

Gisele Cittadino²¹⁵, ao abordar o individualismo, afirma que 'o tão anunciado triunfo da democracia liberal convive com o fim da utopia igualitária, face as constantes violações dos direitos humanos. Refere-se ao indivíduo como um ser dotado de 'sentimento vazio e uma compreensão política enquanto mera estratégia de engenharia social, com concepções de "estado mínimo" e de mercado concorrencial que agravam a sensação de amparo e fragilidade.

Ressalva-se que embora os liberais possuam concepções diferentes acerca do bem comum, importante frisar que nesta corrente defende-se "a determinação do bem comum a partir da combinação de preferências individuais, através de processos políticos e econômicos"²¹⁶. A identidade não se relaciona com o tipo de sociedade contemporânea, de acordo com o paradigma individualista. 'Diferença e desacordos são seus traços fundamentais'²¹⁷.

A corrente liberal não concebe valor, autonomia ao pluralismo, identificando neste fenômeno apenas, nas palavras de John Rawls, um fato social, que segundo essa vertente se caracteriza pela diversidade de concepções individuais acerca dos bens comuns e da vida digna. John Rawls, principal representante da corrente liberal contratualista, em dois momentos distintos estabelece conceito para o princípio da

²¹⁴ DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Publicações Dom Quixote: Lisboa, 1992. p. 20-1.

²¹⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 75-6.

²¹⁶ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.150.

²¹⁷ CITTADINO, op. cit., p. 78.

Justiça enquanto igualdade de tratamento. Em *“Uma teoria da justiça”*, o autor descreve o princípio da Justiça da seguinte forma: “Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos”²¹⁸. Em *“O liberalismo político”*, sua concepção acerca do princípio de Justiça é reformulada e consiste em que “toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos”²¹⁹. John Rawls contribuiu substancialmente para a formulação de uma Teoria de Justiça que descreve de forma habilidosa o ideal de imparcialidade das teorias liberais.

Gisele Cittadino, ao desenvolver um trabalho analítico acerca das divergências entre as correntes teóricas que formulam suas concepções acerca do pluralismo, do Direito e da Justiça Distributiva, descreve a concepção teórica defendida por John Rawls ressaltando que

Rawls parte do pressuposto de que há uma ideia intuitiva básica implícita na cultura pública das democracias que descreve a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais. Desta ideia intuitiva básica decorrem duas outras, de igual forma intuitivas. A primeira, a ideia de ‘sociedade bem ordenada’ que pressupõe a existência de uma ‘concepção política de justiça’ que a regula. [...] Daí a ideia de ‘justiça com imparcialidade’, [...] afirma que sua concepção política de justiça é neutra em relação às diversas visões compreensivas acerca da vida digna. [...] A segunda ideia é a de que os indivíduos são pessoas livres e iguais²²⁰.

A ideia intuitiva de John Rawls acerca de pessoas livres e iguais parte do pressuposto que todas as pessoas são dotadas de capacidade moral e de raciocínio, logo podem ser cooperativos com a sociedade a partir de suas capacidades. Essa capacidade moral e racional é que justifica a ideia intuitiva de pessoas livres e iguais em John Rawls. E, a partir desta sociedade bem ordenada e de sujeitos capazes e, por isso, livres e iguais, é possível compreender a ideia de pluralismo razoável formulado por John Rawls, enquanto diversidade de doutrinas razoáveis, perspectivas diferentes de se observar o mundo. Assim, a posição

²¹⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 333.

²¹⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 345.

²²⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 80-1.

particular das pessoas na sociedade não é justa, nem injusta, mas um fato natural. Por isso John Rawls atribui ao pluralismo a condição de fato e não de valor.

André Leonardo Copetti Santos estabelece um diálogo entre duas concepções antagônicas de bem e de Justiça Distributiva e, neste diálogo afirma que ‘no pensamento liberal a teoria dos bens, ao priorizar a equidade do ponto de partida, privilegia direitos e garantias individuais em detrimento do espaço não-individual, pois elas são elas que permitem formalmente, dentro dos moldes do Estado de Direito, uma equalização dos pontos iniciais das disputas e distribuições sociais’²²¹.

O privilégio que se concebe aos direitos individuais é traço marcante no paradigma individualista que ainda se manifesta na sociedade contemporânea. Inclusive, a falar no julgamento da ADIN nº3105-8, a Ministra Relatora Ellen Gracie, em seu voto vencido, ancora-se nas considerações tecidas pelo Ministro Celso de Mello para corroborar o entendimento acerca da inconstitucionalidade da contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos. Sob a ótica da absoluta proteção aos direitos subjetivos, Celso Mello é lembrado pela relatora ao sustentar que “o princípio da anterioridade da lei tributária, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos direitos fundamentais mais relevantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes”²²².

A racionalidade, como pressuposto da sociedade democrática, é capaz de optar por um sistema equitativo de cooperação social, em que uma concepção política de Justiça regularia a denominada sociedade bem ordenada. A capacidade moral que o autor atribui ao sujeito, segundo ele, permite que o indivíduo tenha senso de Justiça que o condicionará a agir de forma cooperativa para com o coletivo.

Álvaro de Vita argumenta que a conduta humana dotada de um grau suficiente de capacidade moral pode alcançar o acordo, ou dito de outra forma, o senso de justiça. E nesse viés hermenêutico afirma que

²²¹ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 151.

²²² Voto Ministra Ellen Gracie. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

Mas somente pessoas para quem a motivação moral for suficientemente forte aceitarão deixar de lado, ao argumentar com outros sobre questões fundamentais de justiça, os fatores que considerariam importantes de seu ponto de vista individual. Em suma, a motivação moral é o que faz que um acordo sobre princípios comuns de justiça possa ser alcançado. É com base na suposição de que essa motivação se encontra presente em um grau suficiente na conduta humana que podemos afirmar que as partes contratantes aceitarão as restrições impostas por esses princípios às formas pelas quais cada um poderá empenhar-se em realizar seus fins, quer se trate de interesse próprio de indivíduos ou de grupos quer se trate de determinada visão abrangente do bem²²³.

Josué Emilio Moller, a partir das concepções filosóficas de John Rawls, descreve a Teoria da Justiça como equidade, baseada em noções liberal-igualitárias reconhecidas na cultura democrática, 'a partir da sociedade bem ordenada e percebida como um sistema equitativo de cooperação social, cujos elementos básicos são (i) a ideia da razão pública - decorrente da cultura democrática e da definição de bases comuns que podem ser aceitas pelos indivíduos independentemente de concepções que compartilhem -, (ii) a ideia de reciprocidade – a partir da qual todos os indivíduos envolvidos na cooperação retirem proveito da união social – e (iii) a ideia de vantagem racional – de fixação de uma ideia de bem que seja ambicionado por todos²²⁴. Este intérprete da teoria filosófica de John Rawls conclui que

Esse bem comum rawlseniano será alcançado em realidade (em uma sociedade não-fictícia) mediante a imposição de um sistema de justiça procedimental pura, sendo que o ordenamento jurídico que rege a sociedade deve estar adaptado ao conteúdo da concepção de justiça, o que possibilitará, a longo prazo, a plena identificação dos valores relativos ao bem público que cada um possua (consoante com o que dispõe o senso de justiça individual) com os valores encerrados nos princípios de justiça ideais²²⁵.

A ideia de reciprocidade, enquanto elemento da cooperação social, em John Rawls, conduz ao raciocínio de proveito ao indivíduo inserido na cooperação. A partir de uma abordagem teórica sobre os reflexos do paradigma individualista que

²²³ VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 283.

²²⁴ MOLLER, Josué Emilio. **A justiça com equidade em John Rawls**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 88-93.

²²⁵ Ibid., p. 94.

nortearam o voto da Ministra Ellen Gracie²²⁶, assim como dos demais votos vencidos descritos neste capítulo da pesquisa, percebe-se que o entendimento converge com a concepção de Rawls na medida em que afirma que a ‘criação ou majoração de benefícios previdenciários só se justifica mediante o estabelecimento de um novo benefício’.

Mizabel Derzi também segue esta mesma linha de raciocínio ao sustentar que

Existe estrita vinculação causal entre contribuição e benefício. A contribuição somente se explica e se justifica ante a perspectiva da sua retribuição em forma de benefício, assim como o benefício somente se torna direito mediante a prévia contribuição. São dois termos de uma equação. Um não existe sem o outro. Nem há contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. A cobrança de contribuição do aposentado fere essa lógica e subverte a vinculação causal, porque não há nenhuma perspectiva de benefício que lhe vá ser dada em contrapartida. A Lei 9783, de 1999 trata de cobrança sem causa eficiente.

Em um regime previdenciário contributivo, necessariamente, há correlação entre custo e benefício. Regime contributivo é, por definição, retributivo²²⁷.

O custo benefício a que se refere Misabel Derzi pode ser associado à ideia de reciprocidade trabalhada por John Rawls como elemento de cooperação social do indivíduo. Trazendo estas concepções para a análise teórica dos fundamentos lançados no voto, o Ministro Marco Aurélio entende que o ‘aposentado ou pensionista do Tesouro são credores, por títulos definitivos, perenes e irreatáveis’. Reduzindo o objetivo da criação do sistema no beneficiamento do servidor ‘entende que a contribuição deve ficar a cargo dos ativos’²²⁸.

E sob os pressupostos da ‘rigidez da Constituição Federal que só permite o “menosprezo” dos direitos e garantias individuais através do poder constituinte originário’²²⁹, são reforçadas as palavras de Pontes de Miranda

O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio da lei que já incidiu, é efeito de hoje, riscando, cancelando o efeito

²²⁶ Voto Ministra Ellen Gracie. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

²²⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Da instituição de contribuição sobre os proventos dos servidores inativos. **Enfoque Jurídico**, São Paulo, n. 2. p. 13, set. 1996.

²²⁸ Marco Aurélio Mello refere-se ao caráter retributivo da contribuição quando faz esta afirmação.

²²⁹ Voto Ministro Marco Aurélio Melo. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

pretérito: o hoje contra o ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão fisicamente irreversível. É preciso que algo que foi deixe de ser no próprio passado; portanto, que deixe de ter sido. O efeito hodierno, normal, é o hoje circunscrito ao hoje. Nada se risca, nada se apaga, nada se cancela do passado. O que foi continua a ser tido como tendo sido. Só se cogita do presente e da sua lei. [...] A lei do presente é a que governa o nascer e o extinguir-se das relações jurídicas. Não se compreenderia que fosse a lei de hoje reger o nascimento e a extinção resultantes de fatos anteriores. Isso não obsta a que uma lei nova tenha – como pressuposto suficiente, para a sua incidência, hoje – fatos ocorridos antes dela. Porém não só ao nascimento e à extinção das relações jurídicas concerne a regra jurídica de co-atualidade do fato e da lei. Os efeitos produzidos antes de entrar em vigor a nova lei não podem por ela ser atingidos; dar-se-ia a retroatividade²³⁰.

A concepção política de Justiça e a ideia de Justiça com imparcialidade tendem a evidenciar o caráter imparcial da teoria liberal. A pergunta que se faz é como essa imparcialidade aparece na prática? John Rawls responde com base na neutralidade da sua teoria, sustentando que indivíduos racionais, no momento de optarem pelos princípios de Justiça que vão regular a sociedade, ‘encontram-se na chamada posição original (de concepção de Justiça), protegidos por uma espécie de véu da ignorância’. Essa neutralidade proporciona a ideia de que ninguém é favorecido ou desfavorecido ao exercer sua capacidade racional de escolha acerca dos princípios nem por conta do acaso natural nem pela contingência de circunstâncias sociais. ‘Os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo’²³¹.

John Rawls formula suas concepções de Justiça como equidade, a partir do que chama de situação hipotética do consenso original. Parte do pressuposto que os princípios de Justiça já estão acordados em um *status quo* inicial, onde as pessoas estão sob o “véu da ignorância” e ninguém procura favorecer sua condição particular. Este pensamento rawlseniano impõe que os princípios de Justiça sejam compartilhados por todos, possibilitando assim a convivência cívica. John Rawls vai dizer

O véu de ignorância impede que modelemos nossa visão moral de acordo com nossos interesses e vínculos particulares. Não analisamos a ordem social a partir de nossa situação, mas

²³⁰ PONTES DE MIRANDA. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda n° 1, de 1969**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. t. 5, p. 80-81.

²³¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 13.

assumimos um ponto de vista que todos podem adotar em pé de igualdade. Nesse sentido, consideramos nossa sociedade e nosso lugar dentro dela de forma objetiva: partilhamos com os outros um ponto de vista comum, e não fazemos nossos julgamentos assumindo um viés pessoal. Assim, nossos princípios e convicções morais são objetivos, na medida em que foram atingidos e testados através da adoção desse ponto de vista geral e através da avaliação dos argumentos a seu favor mediante as restrições expressas na concepção da posição original.²³²

Tendo em conta que a situação hipotética não é vulnerável a ponto de sofrer influências de interesses particulares e preconceitos, John Rawls consegue formular uma Teoria de Justiça como equidade, consubstanciada em uma teoria contratualista, afastando-se da teoria moral, advinda dos gregos, e capaz de garantir a imparcialidade no nível político, como bem descreve Aristóteles.

De acordo com a teoria liberal, que entende o pluralismo como “uma concepção vinculada à figura do indivíduo, enquanto ser capaz de agir segundo a sua concepção sobre a vida digna”²³³, a sociedade contemporânea se alimenta das diversas concepções individuais de mundo. Esta seria a razão precípua para a proteção dos indivíduos a realização de suas visões particulares. Os liberais encontram no individualismo a garantia da realização das liberdades individuais, adquiridas a partir de um longo e doloroso processo de revolução. E, falar em prioridade de direitos individuais, requer a aceitação de restrições ao avanço da democracia, posto que a garantia de direitos individuais implica um estabelecimento de liberdades negativas e intervenção mínima por parte do ente público. A liberdade individual se concretiza a partir da não-ingêrência seja por parte da opinião pública seja por conta da atuação do Estado.

Ao abordar o princípio da anterioridade tributária, visto como garantia individual e elevado ao nível de cláusula pétrea, a Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADIN nº3105-8, rememora o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira em outra oportunidade jurisdicional, que assim fez constar

[...] é preciso ter presente que, se é exato que a normatividade decorrente da Constituição, enquanto esta é fundamento da ordem jurídica e das instituições políticas, há de encontrar seiva vital na realidade histórica de seu tempo, nas circunstâncias, nos fatos sociais, não é menos certo que a necessária pretensão de eficácia, de

²³² RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 575.

²³³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 85.

efetividade, que exurge do conteúdo normativo da Constituição, não pode ceder ao império da realidade histórica. Diante da normatividade da Constituição, de sua constante vocação à eficácia e do necessário respeito que há de merecer, não resta espaço legítimo, portanto, a opor razões de conveniência ditadas pela conjuntura, pela realidade de fatos presentes, por vezes suscetíveis de rápida mutação, - se não estiverem em conformidade com a Constituição²³⁴.

A concepção de liberdade em que se funda a teoria liberal está associada à ideia de liberdade negativa. Neste contexto, a constatação que se alcança é a de que a concepção de sociedade bem ordenada e formada pela diversidade de concepções individuais acerca do bem e da vida digna, não deve sofrer qualquer tipo de intervenção em suas vidas privadas, justamente porque parte-se do pressuposto de que todos são livres e capazes moral e racionalmente, o que remete a igualdade em John Rawls. A limitação da atuação da esfera pública sobre os direitos individuais possibilita que o indivíduo exerça liberdade. Gisele Cittadino conclui “Com efeito, os direitos e liberdades básicas, assegurados pelo primeiro princípio, cumprem o papel fundamental de garantir ao cidadão a possibilidade de realizar os fins configurados pela concepção de bem que adotou para si”²³⁵.

Por óbvio que o individualismo exige a criação de uma estrutura normativa capaz de assegurar a concretização dos direitos individuais, afastando de seu campo de incidência qualquer que seja a forma de interferência ou desrespeito. Assim, a proposta liberal se funda na afirmação de que o papel primordial Constituição é fundamentalmente proteger a concretização das liberdades negativas, recebendo a nomenclatura de Constituição - Garantia, cujo conteúdo normativo seja eminentemente protetivo quanto a efetivação das liberdades individuais, impedindo a sua violação.

A efetivação das liberdades individuais em Rawls são bem trabalhadas por Gisele Cittadino, que esclarece

[...] Segundo Rawls, é do caráter inalienável dos direitos e liberdades básicas que decorre o papel da Constituição em uma sociedade bem ordenada. A Constituição, segundo ele, conforma um procedimento político justo que fixa as restrições pelas quais os direitos e liberdades básicas são não apenas assegurados como têm garantida

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº939-DF**. Relator Min. Sydney Sanches. Acórdão publicado no D.J 17.12.1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346704>>. Acesso em: 20 maio 2012.

²³⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 85.

a sua prioridade. Esta, segundo Rawls, é a concepção de Constituição mais compatível com a cultura política das sociedades democráticas contemporâneas²³⁶.

A teoria liberal enfatiza a garantia de proteção aos direitos e liberdades básicas a ponto de estabelecer que ‘uma liberdade básica pode ser limitada ou negada apenas em favor de uma ou mais liberdades básicas diferentes e nunca por razões de bem público ou valores perfeccionistas²³⁷’. O primeiro princípio é que assegura esses direitos e liberdades individuais, a partir de um ponto original. E o resultado destas formulações é a Constituição-garantia, compatível com a ideia de Justiça com imparcialidade. Gisele Cittadino afirma que para Rawls ‘a própria história constitucional das sociedades democráticas que revela a ausência de necessidade de constitucionalização dos princípios distributivos que regulam as desigualdades econômicas e sociais²³⁸’. A prioridade da Constituição é tratar da definição dos direitos e liberdades básicas e os respectivos mecanismos de proteção, enquanto que o restante “se deixa nas mãos da etapa legislativa”²³⁹.

No que diz respeito a função dos Tribunais Constitucionais, a teoria liberal defende uma interpretação constitucional calcada em racionalidade e moralidade, a fim de manter a neutralidade da Constituição. Fala-se em liberdades negativas. Neste sentido, é função primordial do Supremo Tribunal Federal guardar a Constituição no sentido de garantir, dito de outra forma, impedir, através de ações afirmativas, a violação de liberdades individuais seja em razão de decisões políticas ou decisões judiciais, mesmo que essa violação assim vista pelos liberais decorra de uma união de vontades da maioria.

A partir de uma aproximação da concepção teórica de Justiça com imparcialidade, liberdades negativas e proteção contra violação de direitos e liberdades individuais mesmo que em razão de decisões políticas, anota-se que no julgamento da ADIN nº3105 o Ministro Carlos Britto tece suas convicções em torno do tema, no sentido de imputar ao Poder Público a gestão e a responsabilidade pelas verbas de contribuição arrecadadas, de modo que este Poder Público não pode decidir repassar o ônus ao contribuinte, uma vez que não exerceu seu dever de bem administrar o fundo de tal modo a garantir continuidade vitalícia dos

²³⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 150.

²³⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 274-5.

²³⁸ CITTADINO, op. cit., p. 151.

²³⁹ RAWLS, op.cit., p. 312.

benefícios. Ou seja, a decisão política de impor ao inativo a contribuição previdenciária sem uma justa causa eficiente não deve ser permitida pelo Tribunal Constitucional, levando-se em consideração o julgamento com imparcialidade e em acordo com os primeiros princípios formulados por John Rawls. “A questão do equilíbrio atuarial e financeiro não diz respeito ao servidor, diz respeito ao gerente. Compete ao gerente administrar a arrecadação de recursos para fazê-los render o suficiente para a auto-sustentação do sistema”²⁴⁰.

Neste ponto da pesquisa importa reconhecer os reflexos negativos da má administração pública dos recursos arrecadados. No entanto, cumpre destacar, como já frisado anteriormente, que a presente pesquisa reporta-se à identificação do paradigma comunitarista no julgamento da ADIN nº3105-8, sob o viés da responsabilidade solidária. Uma vez reconhecida a alteração da realidade social ao longo destes 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, conclui-se pela necessidade de rediscutir as formas de implementação de políticas públicas através da aplicabilidade da Justiça Distributiva, como caminho para manutenção da solvabilidade do sistema previdenciário, para com o qual participa solidariamente a sociedade.

Apesar de reconhecerem a importância das liberdades individuais, sobremaneira em tempos atuais vivenciados pela sociedade contemporânea, a vertente comunitarista não recusa a ideia de que estes direitos possam ter uma existência independente da vida ética comunitarista – já que não reconhecem no indivíduo um ser pré-político -, ou possam ser identificados como um conjunto de liberdades negativas que assegura a autonomia moral individual.

É com este divisor de águas chamado solidariedade que a corrente teórica comunitarista resgata as concepções de justiça com origem em Aristóteles, valendo-se da Justiça Distributiva como instrumento de divisão do bem público – e do ônus também - para a promoção do bem comum. A solidariedade serviu de sustentáculo para a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento pela constitucionalidade da contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos.

Foi através de uma interpretação do texto constitucional orientada por valores que o STF justificou a constitucionalidade da Emenda - que representou uma verdadeira reforma na Previdência Social -, na necessidade de adequação da ordem

²⁴⁰ ADIN 3105-8. Quando o Ministro Carlos Britto fala em gerente ele, na verdade, se reporta ao Poder Público responsável pela arrecadação e administração das contribuições previdenciárias.

constitucional à uma realidade social preocupante. E, sobremaneira no objetivo maior da Carta Magna, qual seja, concretizar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária com a redução das desigualdades sociais. Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal aplicou a Teoria da Justiça Distributiva difundida por Aristóteles, assertiva esta que a partir de agora ficará evidente diante da análise das concepções teóricas defendidas pelos comunitaristas e sua aproximação com os fundamentos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3.2 Corrente Comunitarista: A interpretação constitucional orientada por valores, em evidente contemplação ao paradigma comunitarista recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

“[...] a justiça exclusivamente entre as virtudes é “o bem alheio” porque concretiza o que constitui a vantagem do outro...”²⁴¹

Retornando ao raciocínio vinculado à intrassubjetividade das identidades sociais, os teóricos vinculados à corrente comunitarista resgatam os fundamentos filosóficos da ética, do Direito e da política fundados por Aristóteles, para justificar a construção da democracia. Esta corrente compreende o pluralismo para muito além das diversas concepções individuais sobre a vida digna sustentadas pelos liberais. Descrevem o pluralismo como a diversidade de identidades sociais e culturais característica da sociedade contemporânea. O reconhecimento da existência de sociedades plurais culmina no reconhecimento das diferenças incontornáveis, de modo que se pode conceber a ideia de não haver soluções definitivas para a realização de uma sociedade livre, justa e solidária. Sob a ótica dos comunitaristas não há justiça com imparcialidade que alcance uma solução universal para os conflitos de interesses individuais. Ao compreender o pluralismo como reconhecimento das diferenças, os comunitários abrem as portas para a compreensão do particularismo histórico, o que os afasta dos traços liberais sustentados na imparcialidade ou universalismo.

Gisele Cittadino esclarece bem esta concepção de pluralismo sob a ótica comunitarista ao afirmar que

²⁴¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1130a.

Em outras palavras, em face do pluralismo, não nos resta outra alternativa senão abdicar das respostas únicas verdadeiras e definitivas para o problema da associação política e admitir o caráter parcial, incompleto e conflitivo do consenso entre indivíduos²⁴².

Michael Walzer, principal representante da corrente comunitarista, ao tratar da relação entre pluralismo e Justiça, explica de forma concisa

Quero defender mais do que isso: que os princípios de justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais - o inevitável produto do particularismo histórico e cultural²⁴³.

Em um processo interpretativo da concepção teórica de pluralismo, a partir da visão comunitária estabelecida por Michael Walzer, Gisele Cittadino anota que “o reconhecimento da diversidade de mundos plurais conformadores das identidades sociais – está vinculada a uma metodologia particularista incompatível com a ideia de imparcialidade, necessária para a definição de um ponto de vista moral compartilhado por todos”²⁴⁴. O reconhecimento da diversidade e do particularismo implica necessariamente no estabelecimento de uma tolerância como exigência moral. E, aprofundando o pensamento Walzeriano, a tolerância política seria uma atividade democrática com vistas a equalizar os conflitos de consenso entre indivíduos. Nas palavras de Gisele Cittadino “se o consenso definitivo é inalcançável e se estamos condenados a viver em meio ao conflito, é a tolerância política que faz da política democrática uma atividade permanente”²⁴⁵.

Michael Walzer inicia suas lições acerca da Teoria da Justiça a partir de uma constatação de grande relevância para o comunitarismo, consistente em reconhecer o indivíduo como ser inserido em um contexto social, onde não levam em consideração apenas a produção e o consumo, mas principalmente a distribuição dos bens sociais.

Michael Walzer trabalha a distribuição dos bens sociais, a partir de pressupostos Aristotélicos, onde se afirma que a divisão destes bens não ocorre de

²⁴² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 87.

²⁴³ WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

²⁴⁴ CITTADINO, op. cit., p. 90.

²⁴⁵ Ibid., p. 88.

forma simples aritmética. Aristóteles trabalha com a concepção de distributividade proporcional²⁴⁶. O autor identifica na pluralidade humana a complexidade da distribuição e, conseqüentemente, a diversidade de bens, critérios de distribuição e agente distribuidor. Levando em consideração a pluralidade humana, o processo distributivo carece de significado social para cada bem, de modo que se o significado for diferente, cada bem social admitirá uma forma distributiva autônoma, com critérios, métodos e agentes de distribuição próprios.

E, como solução para uma distribuição justa do comum, propõe a consideração do particularismo de cada sociedade, o que segundo Michael Walzer demonstra a fragilidade da concepção de Justiça em John Rawls, uma vez que este teórico sustenta a formação dos princípios de justiça, alheia ao particularismo, 'sob o véu da ignorância'. E, diante destas considerações, Michael Walzer vai dizer:

Quero defender mais do que isso: que os princípios de justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural²⁴⁷.

Tendo em conta a proeminência da sociedade em relação ao indivíduo²⁴⁸, já que os comunitários, à luz da matriz filosófica Aristotélica compreendem o ser humano como um ser produzido culturalmente, torna-se impossível o desvincular da Justiça em relação à sociedade. Isto porque concepções acerca dos princípios de Justiça estão intimamente relacionados ao contexto histórico, social e cultural refletido em cada comunidade.

Em direção contrária às razões estabelecidas por John Rawls e seu véu da ignorância, a partir da sustentação de desconsideração de valores culturais, sociais e religiosos na adoção de um senso comum de Justiça, o pensamento comunitarista Walzeriano ressalta que os homens são fruto dos valores culturais e sociais da

²⁴⁶ O filósofo descreve a justiça como “uma espécie de proporção, sendo esta não apenas uma propriedade numérica, mas também da quantidade em geral. A proporção é uma igualdade de relações e que envolve, ao menos, quatro termos”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1131a.

²⁴⁷ WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

²⁴⁸ Pensamento Aristotélico – em que o homem é visto como um ser essencialmente político, dependente da sociedade - resgatado pela corrente comunitarista representada por Michael Walzer.

comunidade onde vivem. Pluralismo e Justiça se relacionam pelo viés de reconhecimento da multiplicidade de identidades sociais e culturais específicas a cada ambiente social contemporâneo, cujos valores possuem uma dimensão comunitária e não individual.

O compromisso com os valores culturais perfazem os laços de união entre os indivíduos de uma sociedade. Tais valores servem de fundamento nas democracias contemporâneas, na medida em que justificam os direitos fundamentais constantes nos contratos sociais. Assim, conclui Gisele Cittadino que “a interpretação constitucional deve considerar os valores comunitários, dada a prioridade normativa da concepção de bem compartilhada pela comunidade política”²⁴⁹.

A dimensão comunitária de valores torna marcante a autonomia pública, através da proeminência de um Estado mais atuante em prestações positivas, fazendo com que a soberania popular e a deliberação pública assumam posição prioritária em detrimento dos direitos individuais, em oposição ao pensamento liberal consubstanciado em liberdades negativas em que a prevalência dos direitos individuais neutraliza a atuação do Estado descompromissado com os valores histórico-culturais e sociais de determinada comunidade contemporânea.

Gisele Cittadino sintetiza muito bem esta dicotomia no que diz respeito a relação entre pluralismo e Justiça ao estabelecer que

Para os comunitários, ao contrário, a soberania popular, enquanto participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos, tem prioridade frente aos direitos individuais. Ao invés de privilegiar a autonomia privada, os comunitários optam pela defesa da autonomia pública, ancorada nas ideias de atuação e participação. E mais uma vez é a concepção de pluralismo que vai configurar esse compromisso. Se o pluralismo liberal assegura a autonomia privada e os direitos individuais, como garantia da subjetividade das concepções individuais sobre o bem, o pluralismo comunitário defende a autonomia pública e a soberania popular, compatíveis com a existência de diversos centros de influência social e poder político. De outra forma, se para os liberais a neutralidade do Estado decorre do ‘fato’ do pluralismo, é o próprio pluralismo, enquanto diversidade de identidades sociais, que impede o Estado de tratar igualmente cidadãos com valores culturais distintos²⁵⁰.

²⁴⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 220.

²⁵⁰ Ibid., p. 131.

A relação entre pluralismo e Justiça faz com que se afaste da figura isolada do indivíduo – que à luz das concepções liberais tem suas convicções de vida digna respeitadas porém individualizadas -, para dar vazão ao surgimento de um consenso comunitário em que todos compartilham solidariamente de um valor. E este compartilhamento solidário de valores é próprio da concepção de indivíduo produto cultural de uma sociedade. A noção de bem nas sociedades democráticas seria uma ‘previsão constitucional dos direitos fundamentais, enquanto valor compartilhado por todos’²⁵¹.

Michael Walzer defende a ideia da diversidade de bens e, conseqüentemente, de critérios e agentes de distribuição próprios, enfatizando o necessário respeito quanto à distribuição de cada um dos bens sociais reconhecidos pela comunidade. No entanto, também reconhece que em uma sociedade sempre irá existir um bem dominante e que será monopolizado por aqueles que o possuem. A segurança e o bem-estar social representam bens sociais primordiais que devem ser providos à sociedade, em primeiro plano. E quanto ao monopólio dos bens Walzer vai dizer

Chamo um bem de predominante se os indivíduos que o possuem, por tê-lo, podem comandar uma vasta série de outros bens. É monopolizado sempre que apenas uma pessoa, monarca no mundo dos valores – ou um grupo, oligarcas – o mantêm com êxito contra todos os rivais. O predomínio define um modo de usar os bens sociais que não está limitado por seus significados intrínsecos, ou que molda tais significados a sua própria imagem. O monopólio define um modo de possuir ou controlar os bens sociais para explorar seu predomínio²⁵².

No entanto, o autor reconhece que não existem respostas exatas e definitivas no sentido de se estabelecer um critério imutável de distribuição do bem-estar social, e diante desta constatação sugere que o contrato social seja constantemente discutido pela sociedade e, se necessário for, alterado para o fim de adequar a distribuição destes bens em proporção às necessidades de seus membros.

Neste ponto importa rememorar a concepção filosófica desenvolvida por Aristóteles acerca da distribuição justa. Aristóteles utiliza-se da proporção geométrica como termo para alcançar a igualdade como mediania na distribuição

²⁵¹ Neste contexto, GISELE CITTADINO faz referência a Walzer. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 134.

²⁵² WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 11.

dos bens comuns, como forma de demonstrar que as pessoas não são iguais como aparentam ser, razão pela qual os princípios basilares da igualdade só podem ser aplicados à igualdade entre os iguais. A igualdade não pode ser indiscriminada e geral. Para o filósofo, estabelecer igualdade entre desiguais indiscriminadamente é injusto. Noutras palavras, a igualdade em termos quantitativos depende da igualdade de condições do grupo, de tal sorte que havendo desigualdade social, haverá uma diferença proporcional entre o que cada um terá de receber, para que o justo se concretize na distribuição²⁵³.

Mas o que se apresenta com clareza na filosofia aristotélica é que a Justiça distributiva é uma proporção em prol da igualdade nas relações, e que necessita da mediania para estabelecer as porções iguais a indivíduos iguais ou porções diferentes a indivíduos diferentes desde que a igualdade seja o resultado desta proporção desigual. Isto não significa dizer que aquele que dá a outrem uma porção maior do que lhe é devido de forma voluntária esteja sofrendo uma injustiça por ficar com uma porção menor do que seus méritos o conferem. No máximo estará no prejuízo, mas nunca na injustiça, eis que a escolha voluntária prescinde de uma deliberação consciente sob objetos que estão sob o controle do agente, o que o torna responsável pela disposição moral de dar mais a outrem do que aquilo que lhe cabe.

A natureza humana se diferencia das demais espécies de seres vivos porque tem a capacidade de pensar racionalmente, e este pensar racional próprio do homem também se relaciona de certa forma com o equilíbrio proporcional em debate na justiça, porque proporciona a deliberação de um juízo justo e equânime. Assim, pode-se dizer que justiça distributiva se constrói sob o alicerce principiológico da igualdade racional.

Felipe Cavaliere Tavares, ao identificar os aspectos do comunitarismo através do estudo teórico-filosófico sobre as ideias de Justiça social, concluiu que

O principal aspecto da doutrina de Walzer, e que por isso mesmo precisa ser sempre ressaltado, é a construção da verdadeira cidadania, através do resgate do espaço público e da cada vez maior participação dos indivíduos na vida política da comunidade. O futuro da democracia está cada vez mais na participação direta dos

²⁵³ O filósofo trabalha a ideia de distribuição justa a partir de uma proporção geométrica, defendendo a ideia de tratamento desigual àqueles que são desiguais, com o fim de vencer a desigualdade social. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009.

cidadãos, e a sua teoria defende ardorosamente a ideia de que somente através do debate público pode-se chegar às verdadeiras necessidades de uma comunidade particular, permitindo, assim, a realização da justiça social²⁵⁴.

O compartilhamento solidário de valores fundamentais como dignidade humana (CF/88, art. 1º, III), os valores sociais (saúde, previdência e assistência social – CF/88, art. 194), construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, art.3, I) a promoção do bem de todos (CF/88, art.3º, IV), apontados pela doutrina comunitarista como caminho para atuação do Estado em busca da concretização do bem maior, através da realização de prestações positivas assumiu especial relevância no julgamento da ADIN nº3105-8, quando o Ministro Eros Grau manifestou seu entendimento acerca da impossibilidade de se conferir imunidade tributária quanto a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos. Assim sustentou

Pois é certo que esta encontra seu fundamento no princípio da solidariedade e unicamente a concepção do homem separado da comunidade, ensimesmado, preocupado apenas com o seu interesse pessoal, homem considerado como nômade isolada, fechada sobre si própria, apenas essa concepção justificaria tal imunidade. A dignidade da pessoa humana somente poderá tornar-se concreta na medida em que se compreenda que o destino dos indivíduos está em participarem de uma vida coletiva, que os indivíduos não vivem unicamente orientados pelo seu interesse, como simples pessoas privadas, sem relação com o universal²⁵⁵.

O voto do Ministro Eros Grau se funda no princípio da solidariedade, ao passo que compreende o sistema da Previdência Social como um fundo financiado pela sociedade em que se contribui para a solvabilidade do sistema que visa atender a todos que dele participam, e não para obtenção de um direito individual. Em eu voto apresenta-se com clareza a concepção de contribuição de caráter contributivo e solidário o que se adéqua ao pensamento comunitarista cuja raiz identifica-se na concepção filosófica desenvolvida por Aristóteles, em que a preocupação maior era com a promoção do bem de todos.

²⁵⁴ TAVARES, Felipe Cavaliere. Michael Walzer e as esferas da justiça. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009. Manaus/AC. **Anais eletrônicos...** Disponível em <http://www.publica.direito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2247.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2012.

²⁵⁵ Voto Ministro Eros Grau. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

O princípio da solidariedade relacionado ao regime da Previdência Social encontra-se explícito no texto constitucional, ao prever em seu artigo 195 que 'A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta'.

O pluralismo visto como diversidade de identidades culturais se relaciona com a Justiça na medida em que a discussão pública torna possível a convivência pacífica entre essas diversas formas de identidades sociais e culturais²⁵⁶. O compartilhamento do bem comum pelos indivíduos que compõem a sociedade legitima a participação ética do povo na esfera política do Estado. Tal participação da cidadania 'em torno do ideário constitucional pautado pelos valores é que estabelecerá um grau maior ou menor de efetividade das normas constitucionais protetoras dos direitos sociais'²⁵⁷.

Percebe-se então que a corrente comunitarista se contrapõe ao pensamento liberal na medida em que não prioriza a autonomia privada e os direitos individuais, traços estes relegados aos seguidores do sentimento individualista. E a justificativa que se deu para a mudança do paradigma individualista em direção do comprometimento com o sentimento comunitário se deve pela constatação do processo de fragmentação política, decorrente da ausência de identidade cultural, definida por Felipe Cavaliere Tavares como 'uma espécie de solidão coletiva'. Assim descreve

O homem vive em meio a uma multidão, mas é solitário, desconhece a existência do próximo, de seu semelhante. Esta fragmentação leva a uma apatia política, um desinteresse do cidadão pela vida comunitária, um profundo esvaziamento do espaço público. O cidadão perde o interesse pela vida política e se concentra apenas nos seus próprios projetos de vida, ignorando de forma absoluta o que se passa a sua volta. O debate público, a confluência de ideias, a identificação de valores da própria comunidade são ignorados em nome de uma realidade individualista, em que o indivíduo se entrega a uma triste sobrevivência, onde o que impera é a relação de

²⁵⁶ Assim descreveu FELIPE CAVALIERE TAVARES em seu artigo intitulado Justiça social e pluralismo contemporâneo: as principais diferenças entre liberais, comunitaristas e crítico-deliberativos. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19. Fortaleza/CE, 2010. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3232.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

²⁵⁷ Nesse sentido, o tema é abordado por CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 50.

trabalho e consumo, ignorando que a verdadeira liberdade está justamente na participação política ativa dos cidadãos²⁵⁸.

Importa frisar que os comunitaristas não menosprezam a proteção aos direitos e garantias individuais, apenas conferem ao bem comum um valor proeminente e decorrente de uma influência cultural subtraída de um ambiente comunitário. E, ao enaltecer a participação da cidadania na esfera política, já que se busca a concretização de interesses comuns a todos os indivíduos de uma certa sociedade, Gisele Cittadino busca nas concepções de Bruce Ackermann a seguinte ponderação

O direito de participar do debate público, enquanto direito fundamental, está na origem daquilo que Ackerman define como constitucionalismo patriótico. [...] em alguns momentos da história, as comunidades políticas, através de uma consciente ação coletiva de mobilização popular, podem renovar e redefinir a sua identidade política comum²⁵⁹.

A redefinição da identidade política mediante a alteração ou criação de uma Constituição, é definida por Bruce Ackerman como “um potente símbolo político de identidade nacional, e não apenas um fetiche legalista”²⁶⁰. Nesta conjuntura, afirma-se que a ‘Constituição, enquanto projeto, revela um sentimento compartilhado, uma identidade e uma história comuns, um compromisso com certos ideais’²⁶¹.

A teoria comunitarista tem como proposta o resgate do indivíduo da indiferença política decorrente da priorização dos valores individualistas, incutindo a perspectiva de valorização do público e ressaltando a necessidade da prática da cidadania. Dito de outra forma, as liberdades individuais devem estar em verdadeiro compasso com os interesses da comunidade, de modo que os direitos fundamentais do indivíduo devem respeitar o equilíbrio com a responsabilidade social proeminente na comunidade.

Este equilíbrio entre direitos individuais e valorização do bem comum uma vez ameaçado abre portas ao Supremo Tribunal Federal - trazendo a discussão teórica

²⁵⁸ TAVARES, Felipe Cavaliere. **Justiça social e pluralismo contemporâneo**: as principais diferenças entre liberais, comunitaristas e critico-deliberativos. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza, CE, 2010. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3232.pdf>>. Acesso em: 09 jun 2012.

²⁵⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 164-165.

²⁶⁰ ACKERMAN, Bruce. **El futuro de la revolucion liberal**. Tradução de Jorge Malem. Barcelona: Ariel: 1995. p. 54.

²⁶¹ CITTADINO, op. cit., p. 162.

para os limites territoriais brasileiros – para que exerça sua função política de ‘declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas²⁶²’ de ordem constitucional, a partir de uma “dimensão comunitária”²⁶³ do ordenamento constitucional brasileiro.

E quando se atribui às decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal o caráter político, importa esclarecer que a corrente comunitarista se afasta da concepção de caráter político associada a um excesso, um ativismo jurisdicional. Isto por entender que o poder atribuído ao Judiciário no controle de constitucionalidade das disposições normativas, enquanto mecanismo adequado à conclusão racional e razoável acerca da dimensão e alcance das regras, é visto como um papel político de extrema relevância ao sistema constitucional.

E diante destas concepções teóricas acerca da função política do Poder Judiciário ao enfrentar uma situação de conflito entre direitos e garantias individuais e direitos fundamentais sociais, consagrados sob a égide do princípio da solidariedade, foi possível constatar que o Supremo Tribunal Federal interpretou o texto constitucional²⁶⁴ orientado pelos valores comunitários expressos na Constituição Federal de 1988.

Essa interpretação constitucional vista sob a perspectiva hermenêutica estabelecida por Gadamer pode ser compreendida como ‘o círculo hermenêutico do todo e suas partes’. Nessa relação circular entre o todo e suas partes, “o significado antecipado em um todo se compreende por suas partes, mas é à luz do todo que as partes adquirem a sua função”²⁶⁵. Gadamer trabalha com a perspectiva da compreensão nessa relação circular, apontando tratar-se da apreensão ‘do valor intrínseco dos argumentos apresentados, da forma mais completa possível’. E arremata com a seguinte afirmação: “Compreender é o participar de uma perspectiva comum”²⁶⁶. A perspectiva comum encontra sua raiz na tradição que, segundo Gadamer, determina as antecipações e orienta as compreensões. É neste viés que se estabelece uma relação entre a idéia de círculo hermenêutico descrito

²⁶² ACKERMAN, Bruce. **El futuro de la revolucion liberal**. Tradução de Jorge Malem. Barcelona: Ariel: 1995. p. 63.

²⁶³ Conceitos apresentados por FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

²⁶⁴ Impugnada pelo CONAMP mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3105-8. BRASIL. **Emenda constitucional nº41, de 19 de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/contituicao/emendas/emc/emc41.htm>. Acesso em: 10 maio 2012.

²⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução Paulo Cesar Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p. 58.

²⁶⁶ Ibid., p. 59.

por Gadamer e a consciência ética defendida por Aristóteles, cuja proposta filosófica é estabelecer o que é o saber ético e o ser ético. Gadamer afirma que tal como em Aristóteles, “embora num plano bem diferente, veremos que o conhecimento histórico é, ao mesmo tempo, saber histórico e ser histórico.”²⁶⁷

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela constitucionalidade da contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos, enfrentou o ponto nevrálgico que separa os pensamentos liberalistas e comunitários. Através da compreensão dos valores fundamentais estabelecidos no texto constitucional, associado ao juízo de ponderação pautado pela hierarquia dos princípios, cuja interpretação se consubstanciou nos valores comunitários expressos na Constituição, o STF ao declarar a constitucionalidade, o fez porque se encontrava no círculo hermenêutico descrito por Gadamer, onde a pré-compreensão dos valores e princípios constitucionais serviram para elaboração da interpretação e a conseqüente aplicação da norma questionada.

Esse juízo de ponderação pautado pela hierarquia dos princípios decorre da possibilidade de relativização do grau de sua aplicação em função das circunstâncias do caso concreto. Wilson Engelmann, reportando-se às considerações tecidas por Robert Alexy acerca dos princípios, explica que “os princípios são uma espécie de norma que ordenam a realização de algum ato da melhor maneira possível, observando-se as condições jurídicas e fáticas”²⁶⁸. Eles apontam para razões de relevância como fundamento e ponto de partida da concepção jurídica no momento de prolação de uma decisão judicial, o que bem por ser observado no julgamento do *leading case* abordado nesta pesquisa. Compreende-se que é ‘a partir da decisão judicial que se estabelece a ‘dimensão de peso’ ao princípio em destaque, dada as circunstâncias judiciais levantadas no caso concreto’.²⁶⁹

Neste contexto Aristóteles frisa que quando o elemento desigualdade aparece e traz consigo a ideia do injusto, a Justiça exerce a função de restabelecer a igualdade²⁷⁰, buscando a mediania como ponto de equilíbrio entre o ganho e a perda

²⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução Paulo Cesar Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p. 58.

²⁶⁸ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p.108.

²⁶⁹ Ibid., p.109-10.

²⁷⁰ Neste contexto de desigualdade, ARISTÓTELES frisa o papel do juiz em tornar o injusto desigual em justo a partir da busca pela igualdade. Para ele, a justiça corretiva é exercida pelos Tribunais.

que caracterizam o injusto. O juiz ideal, segundo descrito pelo filósofo, seria aquele cuja educação atingiu a completude e a experiência da vida, e que a conduta e ações são guiadas pela racionalidade, de modo a ser ele, por assim dizer, a 'justiça personificada'.

O juiz ao estabelecer o equilíbrio da relação desigual, exerce sua função pautada pelo princípio da equidade, determinando a cada um dos envolvidos da relação aquilo que em sua consciência moral, capitaneada pela clemência, necessariamente presente além do espírito da lei, é tido como proporcionalmente devido a quem de direito. Esta consciência moral que Aristóteles designa ao ato de julgar mostrou-se relevante no julgamento da ADIN nº3105-8.

A decisão apontou para a prioridade de proteção aos direitos sociais (bem comum a todos), salvaguardados pela aplicação do princípio da solidariedade, valores fundantes do Estado Democrático de Direito - de concretização de uma sociedade, livre, justa e solidária -, em detrimento dos direitos e garantias individuais sustentados pelos autores da ADIN 3105-8, onde se pugnava a declaração de inconstitucionalidade da incidência do referido tributo sobre os proventos dos aposentados e pensionistas com vistas a proteger o direito adquirido e o ato jurídico perfeito – direitos manifestamente individualistas.

Claro restou o entendimento exteriorizado pelo Ministro Gilmar Mendes acerca da ponderação e prevalência do princípio da solidariedade por ocasião do julgamento da ADIN nº3105-8, quando fez referência ao parecer de Luis Roberto Barroso juntado naqueles autos, para firmar sua interpretação orientada pelos valores expressos na Carta Constitucional. No referido parecer Luis Roberto Barroso afirma

Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto como fundamento direto dos direitos, como vetor de interpretação das regras do sistema. Dentre os princípios que vêm merecendo distinção na quadra mais recente está o princípio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no art. 3º, I. O termo já não está mais associado apenas ao direito civil obrigacional (pelo qual alguém tem direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida), mas também, e principalmente, à ideia de justiça distributiva. Traduz-se na divisão de ônus e bônus na busca da dignidade de todos. A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da

fraternidade, para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar o próximo²⁷¹.

Observa-se, portanto, que o julgamento proferido na ADIN 3105-8 orienta-se pelos valores supremos consagrados pela Constituição de 1988 ao passo que confere prioridade aos interesses coletivos em conformação com um Estado de bem-estar social, mediante a implementação da justiça distributiva. A “justiça distributiva é o núcleo em torno do qual se organiza a filosofia política contemporânea, e a discussão constitucional tem sido um dos resultados deste processo²⁷².”

Justiça distributiva e solidariedade se completam, de tal forma que não há como falar em distribuição sem ter em mente a preocupação com a responsabilidade pública e o compromisso solidário com a promoção do bem ao outro. Esse conceito de justiça distributiva que hoje se busca alcançar e implementar pelo conteúdo valorativo inserido no texto constitucional teve sua definição há muito tempo atrás. Aristóteles já dizia que o princípio da justiça distributiva consiste em estabelecer que “o justo nesse sentido, é uma mediania entre dois extremos que são desproporcionais²⁷³”. E, buscando essa mediania, o Supremo Tribunal aponta para uma desigualdade entre beneficiários ao afirmar que

Ora, uma vez que as vantagens percebidas pelo servidor aposentado em muito se afastam das do beneficiário do regime geral da previdência social, pelas razões já expostas, não é minimamente razoável a tese absoluta de impossibilidade de cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos, implicando uma ampliação ainda maior das desigualdades entre os beneficiários dos dois sistemas²⁷⁴.

Importa destacar que a preocupação com a aplicabilidade da Justiça Distributiva fundada no princípio de solidariedade que visa a proteção dos interesses coletivos, é matéria de grande valor aos estudos acadêmicos, pois necessário é

²⁷¹ Voto Ministro Gilmar Mender. Parecer de Luiz Roberto Barroso juntado aos autos e referido na fundamentação do voto. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

²⁷² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 73.

²⁷³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p. 1131b.

²⁷⁴ Voto Ministro Gilmar Mendes. Acórdão publicado no D.J. em 18/02/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 29 maio 2012.

reforçar esta concepção comunitária em tempos atuais, como forma de alcançar a superação do paradigma individualista traçado pelo liberalismo, e que incutiu aos cidadãos a falta de responsabilidade social, em prol da promoção de seus interesses particulares. Não é a toa que Cláudio Sacchetto chama atenção para a seguinte questão

Os estudantes são apáticos ou céticos quanto a questões constitucionais tributárias. Não há mais tempo para falar com adequação e tranqüilidade. Porque não é mais tarefa das universidades formar homens de cultura e de cultura humanista, global, tampouco fazer educação cívica. Em suma, tem sentido falar em solidariedade porque hoje existe o risco de perder o conceito de responsabilidade pública, que os cidadãos deixem de ter consciência que uma parte de suas vidas deve ser gerida em comum com os outros: este é o significado real da solidariedade, como ensina a etimologia do termo²⁷⁵.

Este princípio é o norte da Constituição Federal de 1988. Através dele se busca garantir a dignidade humana. Então, o conceito e o alcance deste princípio deve servir de orientação tanto da conduta praticada por cada indivíduo inserido em uma determinada sociedade, quanto pelo Poder Público na implementação da Justiça Distributiva, objetivo fundamental da Constituição que recepciona o paradigma comunitarista. A 'ideia de solidariedade vinculada à ideia de comunidade'²⁷⁶ pode ser compreendida em sentido objetivo como 'a relação de pertença e, por conseguinte, de partilha e de corresponsabilidade que liga cada um dos indivíduos à sorte e vicissitudes dos demais membros da comunidade'²⁷⁷. Nesse sentido, também é correto afirmar que solidariedade 'complementa e aperfeiçoa a liberdade, igualdade e segurança, na medida em que liberdade e igualdade colocam umas pessoas diante das outras, a solidariedade as reúne no seio de uma mesma comunidade'²⁷⁸. Trata-se de uma 'obrigação moral ou um dever jurídico, caso

²⁷⁵ SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECCO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano SEABRA (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. Tradução Milene Eugênio Cavalcante Greco e Marco Aurélio Greco. São Paulo: Dialética, 2005. p. 11.

²⁷⁶ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e os deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 95.

²⁷⁷ CASALTA NABAIS, José. **Estudos de direito fiscal**: por um estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. p. 84.

²⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 577.

positivada na Constituição, mas sem dúvida, em virtude da correspectividade entre deveres e direitos, informa e vincula a liberdade, a justiça e a igualdade²⁷⁹.

E foi em perfeita harmonia de interpretação quanto ao conceito e alcance do princípio da solidariedade atribuído à contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos, que o Supremo Tribunal Federal decidiu, a partir de uma concepção teórica orientada pelos valores constitucionais, pela prevalência da solidariedade em detrimento ao direito adquirido – sustentado pelos Autores da ADIN nº3105-8 como cláusula pétrea intangível pela Emenda Constitucional nº41/2003. O Ministro Joaquim Barbosa minuciosamente apontou as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal naquele caso concreto ponderou e direcionou sua decisão em favor do princípio da solidariedade quando assim se pronunciou

[...] eu sempre vi com certa desconfiança a aplicação irrefletida da teoria das cláusulas pétreas em uma sociedade com características como a nossa, que singulariza pela desigualdade e pelas iniquidades da sorte. Não nego a sua importância como instrumento hermenêutico poderoso, de extrema utilidade para a preservação de um núcleo essencial de valores constitucionais. Contudo, ante a amplitude desmesurada que se lhe quer atribuir, vejo a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual conservadora, antidemocrática e não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional. Conservadora porque, em essência, a ser acolhida em caráter absoluto, [...] sem qualquer possibilidade de limitação ou ponderação com outros valores igualmente importantes, tais como os que proclamam o caráter social do nosso pacto político, a teoria das cláusulas pétreas terá como consequência a perpetuação da nossa desigualdade. [...] antidemocrática porque, em última análise visa a impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das distorções, dos incríveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos. [...] No constitucionalismo moderno, somente por intermédio dos procedimentos da emenda constitucional e da jurisdição constitucional, fenômeno jurídico hoje quase universal, é que se consegue manter a sincronização entre a Constituição e a realidade social, cuja evolução é contínua e se dá em ritmo avassalador.²⁸⁰

A hermenêutica que se fez do princípio da solidariedade significou em ponderação do princípio do direito adquirido confrontando o valor a ele atribuído com

²⁷⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p.181.

²⁸⁰ Voto Ministro Joaquim Barbosa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

os valores supremos igualmente protegidos pela Constituição e, em observância à matriz filosófica de que se reveste o texto constitucional ao dedicar proeminência ao princípio da solidariedade o Supremo Tribunal Federal tece suas considerações no sentido de afastar o suposto direito adquirido de não pagar a contribuição previdenciária em detrimento da solidariedade. Assim, implementa a Justiça Distributiva ao declarar a constitucionalidade da contribuição nos exatos termos de cada voto vencedor. E estes votos vencedores são recorrentes no sentido de fundamentar suas razões pela decisão no prevailecimento do princípio da solidariedade como forma de se concretizar os objetivos fundamentais elencados na Constituição de um Estado Democrático de Direito.

E este princípio que direcionou toda a conjectura teórica desenvolvida no julgamento da ADIN nº3105-8, serve de âncora para estabelecer-se a capacidade contributiva, de modo que 'aqueles que suportam uma tributação mais expressiva estão cumprindo o dever de solidariedade com o restante da coletividade, ou dito de outro modo, a solidariedade como fundamento para legitimação do dever de pagar tributos reflete uma decorrência inafastável de se pertencer a uma sociedade'²⁸¹.

A partir desta compreensão acerca do liame da solidariedade como fundamento legitimador do dever fundamental de pagar tributos, mais uma vez o parecer de Luis Roberto Barroso serviu de fundamentação no julgamento da constitucionalidade da contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos, ao destacar que "À vista de tais premissas, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada a benefícios próprios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema"²⁸². O princípio da solidariedade contributiva que permeia o sistema da Seguridade Social informa que 'o valor da contribuição não tem relação direta com o benefício que os contribuintes auferem'.²⁸³ Em outras palavras, o contribuinte paga o tributo para alimentar e manter a solvabilidade do sistema para todos e não pensando apenas na sua aposentação. Não se está a falar em previdência privada onde a relação custo e benefício (contratos) é evidente.

²⁸¹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e os deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 95.

²⁸² Parecer de Luiz Roberto Barroso juntado aos autos e referido na fundamentação do voto do Ministro Gilmar Mendes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

²⁸³ VIANNA, João Ernesto Aragonés. Contribuições de seguridade social. **Revista de Direito Social**, Sapucaia do Sul, n. 15, p. 92, jul./set. 2004.

A distribuição justa do ônus consistente no dever de contribuir para a solvabilidade do sistema previdenciário propicia a formação do bem comum, 'algo essencialmente público que (em prol do bem comum) deverá ser apropriado pelos indivíduos que compõem a comunidade política²⁸⁴. Como já se frisou, por bem comum entende-se tudo aquilo que não foi criado por ninguém para qualquer pessoa individual, mas que está apto a beneficiar a todos ou qualquer um²⁸⁵. Mas para que seja possível prover o bem comum com a distribuição justa do bem público, também se faz necessário o elemento colaboração, seja na reunião dos entendimentos particulares para a tomada da melhor decisão, seja pela participação particular na elaboração e concretização de projetos, seja pela responsabilidade de contribuir com recursos ou fundos necessários²⁸⁶.

Charles Taylor, outro influente teórico do comunitarismo, contribui para o enriquecimento da pesquisa através da sua política da diferença. Este autor critica o liberalismo fundado em uma política universalista de igual dignidade, onde os cidadãos são tratados de forma equânime em função do respeito absoluto aos direitos fundamentais dos indivíduos. Para a corrente liberal, o respeito absoluto e imparcial aos direitos individuais seria a única forma razoável de se estabelecer a dignidade humana ou, dito de outra forma, dignidade humana vincula-se a proteção dos direitos individuais.

Charles Taylor concorda que a política da igual dignidade é uma grande conquista da humanidade. No entanto, também reconhece a diferença de modo que para ele, o respeito à dignidade de um indivíduo guarda correlação com o reconhecimento de sua identidade única, o que o torna singular e diferente dos demais. A esta concepção Charles Taylor dá o nome de política de reconhecimento da diferença.

A partir da política de reconhecimento da diferença proposta por Charles Taylor, a aplicação de alguns direitos fundamentais poderia ser suprimida quando ponderada com outros interesses coletivos cujo objetivo é a garantia da sobrevivência cultural singular, de algum grupo ou indivíduo. Como diz Taylor:

²⁸⁴ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 166.

²⁸⁵ Ibid., p. 166.

²⁸⁶ Ibid., p. 166.

Há que se distinguir, por um lado, as liberdades fundamentais, aquelas que nunca devem ser violadas e que, por isso, devem ser consolidadas de modo inexpugnável, dos privilégios e imunidades, por outro lado, que são importantes, mas que podem ser anulados ou limitados por razões de política pública - embora fosse necessário haver uma razão forte para o fazer²⁸⁷.

A Constituição, sob a ótica dos comunitaristas deve expressar, para além da preservação dos direitos e liberdades individuais, os valores coletivos compartilhados por uma determinada sociedade. Neste sentido, a corrente comunitária enaltece a discussão pública acerca das questões a envolver interesses coletivos.

Tendo em conta que não se está mais a falar em liberdades negativas, justiça como imparcialidade e respeito à concepções diversas acerca de vida digna, o modelo constitucional pautado pelo paradigma comunitarista pugna pela deliberação pública sem restrição, já que os assuntos de relevância comum a todos são considerados liberdades positivas, cuja participação direta do cidadão na esfera política propicia capacidade de auto-determinação dentro de uma determinada sociedade. Todos os compromissos com os ideais pré-determinados pela sociedade são expressos a partir da Constituição, considerada como um projeto social representando os valores culturais que deverão ser respeitados, protegidos e implementados pelo Estado, com a participação responsável da sociedade.

O que se ressalta através das concepções teóricas comunitaristas é a possibilidade de participação da comunidade, através do exercício da capacidade de autodeterminação, a fim de que possa ela definir seus valores culturais, sociais, religiosos e, quando necessário historicamente, modificá-los de modo a adequar o projeto social à realidade alterada pelo passar do tempo.

Para além da capacidade de autodeterminação consubstanciada na participação da sociedade na definição e alteração dos valores que se projetam para dentro da Constituição, a interpretação constitucional também deve seguir este viés valorativo. Dito de outra forma, as decisões dos Tribunais Constitucionais devem ser orientadas pelos valores culturais expressados pela comunidade através da Constituição.

²⁸⁷ TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget: 1994. p. 80.

À exemplo dessa hermenêutica constitucional orientada por valores comunitários, Felipe Cavaliere Tavares traz o exemplo citado por Charles Taylor

[...] relata um caso ocorrido no Canadá, que gira em torno da manutenção da cultura franco-canadense no país, minoritária perante um Canadá majoritariamente inglês. Segundo Taylor, em 1982 o Canadá instituiu uma Declaração de Direitos individuais de todo cidadão canadense, que proibia qualquer tipo de violação a estas liberdades aí garantidas, entre elas, as tradicionais liberdades de expressão, de religião, etc. Assim, qualquer lei canadense que violasse algum direito individual protegido nesta declaração deveria ser declarada inconstitucional pelo Tribunal Supremo do Canadá. No entanto, diz Taylor, existe uma pequena ressalva nessa declaração de inconstitucionalidade. Se a lei em questão não limitar determinados direitos básicos, ela pode ficar temporariamente imune à declaração de inconstitucionalidade, através da chamada cláusula do 'não obstante' ('notwithstanding clause'). Foi através desta cláusula que Quebec, principal cidade do chamado Canadá francês, conseguiu promulgar leis que visavam à proteção da cultura franco-canadense, como leis que proibiam a matrícula de crianças franco-canadenses em escolas de língua inglesa, leis que instituíam o uso obrigatório da língua francesa em documentos oficiais, etc. Para Taylor, esta legislação é válida, pois atua em benefício da sobrevivência de um determinado grupo cultural, no caso, a minoria francesa do Canadá inglês. Assim, o governo de Quebec pode, e deve, implementar determinadas políticas que garantam a sobrevivência da cultura francesa. Impedir o governo de Quebec de implementar tais medidas, obrigando-o a seguir indistintamente à declaração de direitos comum para todos é buscar uma padronização cultural, impedindo a manifestação das diferentes identidades culturais de uma sociedade pluralista contemporânea²⁸⁸.

Do exemplo acima citado, conclui-se que a corrente comunitarista defende a interpretação constitucional orientada por valores comunitários a envolver interesses comuns, coletivos de uma comunidade política. O povo deve participar da esfera pública para exercer sua capacidade de autodeterminação, elegendo ou modificando os valores que entende serem relativos a uma coletividade. E o Tribunal Constitucional, por sua vez, deve interpretar a constituição orientado pelos valores intrínsecos ao texto constitucional que, nesta fase democrática vivenciada pela sociedade contemporânea à luz da Constituição Federal de 1988, recepciona um paradigma comunitarista preocupado em implementar a Justiça Distributiva sob o

²⁸⁸ TAVARES, Felipe Cavaliere. Justiça social e pluralismo contemporâneo: as principais diferenças entre liberais, comunitaristas e crítico-deliberativos. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza, CE, 2010. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3232.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

alicerce do princípio da solidariedade como forma de concretizar os objetivos fundamentais nela estabelecidos.

Gisele Cittadino, após uma exaustiva análise crítica das divergências entre as correntes doutrinárias acerca do que seria uma sociedade justa, conclui que

[...] todas as forças políticas da comunidade devem utilizar os mecanismos processuais assegurados pelo ordenamento constitucional, procurando, através desta participação político-jurídica, garantir os ideais da igualdade e da dignidade humanas. Ao mesmo tempo, a concretização destes ideais também depende necessariamente do Poder Judiciário que, na qualidade de último intérprete da Constituição, deve estar vinculado à eticidade substantiva da comunidade. Daí a ideia de que a jurisdição constitucional tem a função primordial de guardião dos valores que conformam o “sentimento constitucional” da comunidade²⁸⁹.

Transportando toda essa carga valorativa extraída da corrente teórica comunitarista para o julgamento da ADIN nº3105-8 constatou-se que o Supremo Tribunal Federal interpretou a Constituição Federal e os motivos da Emenda Constitucional nº41/2003 orientado pelos valores comunitários expressos na Constituição. Assim, exercendo um juízo de ponderação dos princípios em questão, enalteceu o princípio da solidariedade ao declarar a constitucionalidade da contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos.

Essa interpretação constitucional orientada pelos valores comunitários atende os objetivos eleitos pela Constituição Federal de 1988, de “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Ao declarar a constitucionalidade da contribuição previdenciária, o Supremo Tribunal Federal implementou a Justiça Distributiva ao impor ao contribuinte inativo a obrigação de pagar o tributo, de modo a participar solidariamente para com a solvabilidade do regime da Previdência Social, já que a própria Constituição Federal expressamente previu essa responsabilidade à sociedade no financiamento da seguridade social complexa e universal.

²⁸⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 228.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito, a partir das concepções filosóficas desenvolvidas em Aristóteles, relaciona-se com a prudência, na medida em que o saber prático adquirido pela experiência e habitualidade aponta para a prudência do homem, que pratica atos considerados justos a partir da ideia de contribuir para a realização do bem comum. A prudência encontrada na prática de ações justas revela a harmonia entre os interesses individuais e os interesses coletivos.

A pesquisa concentrou-se em explorar a *Teoria Aristotélica* da “*Justiça Distributiva*” com vistas a identificar sua aplicabilidade no *leading case* “*da contribuição dos inativos*”, julgado pelo STF em sede de ADIN nº3105-8. Construções dogmáticas foram erigidas, entretanto, assim também lançadas significativas passagens doutrinárias enquanto se conta como pano de fundo as novas e largas passadas, efetivas, da jurisprudência do STF a respeito.

E para tratar do tema da justiça distributiva, recorreu-se a maior e mais completa concepção jusfilosófica acerca do assunto com raízes à luz da obra *Ética a Nicômaco*, desenvolvida por Aristóteles e cujos elementos basilares de sua compreensão analítica de justiça ainda permanecem inalteráveis nos dias atuais.

Partindo dos pressupostos aristotélicos, estabeleceram-se conceitos de justiça e suas diferentes formas, porém com valor ético-social positivo que requer, segundo a filosofia de raiz, propõe a determinação de critérios para se consagrar o justo. Estes ideais de Justiça com essência comunitarista serviram de base para a edificação da ciência jurídica romana.

A Justiça foi reconhecida como a mais alta das virtudes uma vez que se consignou que a prática do justo acontece em relação ao outro, e não a si mesmo. A justeza se configura no agir condicionado a realização de um bem ao próximo. E de lá pra cá a justiça é considerada como valor principal de todas as instituições da sociedade. É bem verdade que cada espécie de sociedade concebe critérios de justiça distintos de acordo com o momento histórico e político vivenciado. Fato é que o maior desafio jurídico atual é lidar com as ideias contraditórias acerca da concepção de justiça sempre vinculadas a um preceito moral, social e político.

A vinculação do conceito de bem supremo à racionalidade humana tem sua fonte na matriz teórica aristotélica. Tal racionalidade usada a serviço do bem do Estado, a partir da prática de atos nobres realizados no e para o interesse comum

de uma determinada sociedade alcança o conceito de justiça definido por Aristóteles. Assim, ações praticadas a partir da justa razão tem-se por virtude moral ou ética.

Em oposição encontram-se os vícios, tipificados como extremos da virtude, justamente porque refletem as deficiências ou excessos do ato praticado pelo indivíduo de forma racional, voluntária e consciente. A mediania é apontada pela filosofia como forma de sanar os extremos representados pelos vícios, vícios estes responsáveis pela destruição da qualidade moral do ser humano. Essa mediania a que se reporta Aristóteles, é exatamente o ponto equidistante entre o excesso e a deficiência. A mediania dos atos praticados pelo homem decorre da prudência, como virtude intelectual adquirida pela experiência e ensinamento.

Mas como alcançar a mediania? Aristóteles não lançou palavras ao vento se deixar o modo como se estabelecer a moderação em troca da virtude moral. Uma das formas de encontrar o ponto equidistante entre os extremos é evitá-los. Outra forma de alcançar a mediania é olhar para o passado e evitar incidir nos mesmos erros. Também é possível alcançar a mediania através do exercício de enfrentamento dos prazeres que ameaçam o homem virtuoso. É provável que o exercício diário de enfrentamento, aliado a racionalidade expressada pela inteligência, sirvam de escola da vida no sentido da prática de atos moderador e, portanto, virtuosos.

Mas o ato justo não pode ser confundido com ato de justiça, pois, como visto nesta pesquisa, numa visão aristotélica, o ato de justiça leva a crer que esta prática vai além da obediência à lei pelo simples temor de sofrer uma sanção. O ato de justiça se revela a partir do cumprimento da lei não por medo, mas sim pelo bem da comunidade, pelo respeito ao próximo e, conseqüentemente, o bem do próprio homem que pratica atos de justiça.

A partir desta concepção filosófica de justiça, o Estado encontra seu papel na e para com a sociedade consistente em promover a realização do bem comum, razão pela qual Aristóteles vai afirmar ser na lei enquanto justiça geral que se determinará o justo destino do indivíduo inserido na comunidade. Portanto, lei pode ser considerada expressão de justiça. A junção das considerações éticas e políticas que dão vazão à virtude suprema, justificam tratar a lei como sinônimo de justiça. A previsão geral designada pela lei, expressa a vontade da coletividade, que para Aristóteles, reporta-se a felicidade comum, interesse esse à míngua dos desígnios

individuais, partindo da premissa que concretizar um interesse comum a todos e, portanto, ao Estado, é sempre mais importante que o atendimento das vontades individualistas.

Nesse viés, o Estado assume a responsabilidade pela concretização da virtude perfeita, equivalente a felicidade comum, mediante a imposição de leis e instituições por ele criadas, com a finalidade de regular o comportamento moral do homem em sociedade, condicionando se agir a partir da habitualidade a um comportamento virtuoso, imune aos vícios que ameaçam a concretização da virtude perfeita.

E, não importando a forma de governo escolhida pelo povo, Estado ideal reflete muito mais do que a forma de governo escolhida e exercida por quem os represente, estando estreitamente adstrito ao exercício de práticas e políticas que possibilitem a preservação do equilíbrio Estatal. Este equilíbrio, por sua vez, consistente no exato alcance do bem maior: que se consuma com a felicidade geral da *polis*.

A função da Ciência Política é promover ações condizentes com a educação do cidadão de modo a torná-lo virtuoso. Já, no Estado ideal, as atividades exercidas pelos cidadãos devem obedecer aos critérios do justo, evitando assim a interferência dos vícios que maculam a virtude perfeita da Justiça.

A Justiça Distributiva se presta a promover proporcionalmente a divisão de todos os bens públicos como a honra, a riqueza, e demais ativos que pertencem à comunidade política, entre aqueles que por seus méritos façam jus a divisão, de modo a prevalecer o equilíbrio. Está calcada na ideia de divisão que revela a relação entre governante e governados. Dito isso, a injustiça surge onde há desigualdade – seguindo a máxima aristotélica da justiça distributiva: “têm o que lhe cabe”.

A distribuição justa refere-se aos bens comuns, algo essencialmente público que (em prol do bem comum) deverá ser apropriado pelos indivíduos que compõem a comunidade política. Por bem comum entende-se tudo aquilo que não foi criado por ninguém para qualquer pessoa individual, mas que está apto a beneficiar a todos ou qualquer um. Traçadas estas premissas, percebe-se que para ser possível prover o bem comum com a distribuição justa do bem público, invoca-se a necessidade de colaboração, seja na reunião dos entendimentos particulares para a tomada da melhor decisão, seja pela participação particular na elaboração e concretização de projetos, ou mesmo pela responsabilidade de contribuir com recursos ou fundos

necessários. Enfim, o indivíduo tem aquilo que lhe cabe, na exata proporção de sua participação para a promoção do bem comum. O desenvolvimento ideal está voltado para uma auto-realização coletiva para o alcance da satisfação plena. Em contraposição a supremacia do privilégio individual sobre o coletivo compromete a justa distribuição dos bens comuns, segundo a vertente Aristotélica.

Foi no século XIX que se percebeu o rompimento do paradigma comunitarista inaugurado pela filosofia aristotélica, pelo surgimento de um novo paradigma positivista marcado pelo individualismo, construído a partir da perspectiva americana defendida por Ronald Dworkin e John Rawls, inscritos no liberalismo político-econômico. Esta ruptura estremece a relação estreita do direito com a ética da forma como concebida por Aristóteles. Nesta época que a situação começa a mudar e o cenário de intervenção mínima do Estado sofre transformações, de modo que as ações positivas começam a ganhar espaço neste terreno liberalista e individualista por excelência.

O Estado é chamado a intervir na garantia dos direitos à cidadania através de implementação de políticas públicas, eis que a classe de proletários – aquela que contribuiu para a superação do absolutismo mediante união de esforços com a burguesia – continuou à margem da pobreza e sem perspectivas quanto ao alcance de uma posição condizente com os direitos do cidadão em uma sociedade pautada pela intervenção mínima, cujo benefício se reverte apenas e tão somente em favor da burguesia. O Estado mínimo perde força e os ideais liberalistas passam a ser questionados.

Analisa-se nesta pesquisa que as concepções comunitaristas – pela ótica filosófica-política ou jurídica – serviam de parâmetro para/na concepção do texto constitucional de 1988. O debate comunitarista está atrelado à concepção de solidariedade, pois traz à tona uma perspectiva social do conceito de cidadania.

A previsão normativa da igualdade formal não dá cobro, por si só, de garantir *quantum satis* um nível de solidariedade adequado. Daí a contribuição comunitarista, que defende o consenso entre os cidadãos sobre valores de sua comunidade política.

No sistema constitucional a isonomia tem função de efetivar o equilíbrio entre os sujeitos (ainda que entre cidadão e Estado), justamente para dar concretude jurídica à dignidade. Traz como fundamento da República (juntamente com a

soberania) a dignidade da pessoa humana, vale dizer, funciona como princípio maior para abalizar melhor compreensão dos demais direitos e garantias.

Os direitos fundamentais, conforme apontado pelo melhor escólio doutrinário constitucional, constroem a tônica valorativa e lógica sobre a qual se apóia o sistema jurídico; bem por isso, as demais prescrições legais que compõem o ordenamento ganham expressiva posição. Muito embora a sociedade se valha das virtudes e dos princípios éticos, ainda assim isso não é capaz de dar segurança jurídica e apaziguar o anseio social. O Estado tem função de promover tais virtudes, fomentando políticas públicas e suas instituições, porquanto as liberdades individuais seriam mais proveitosas se contassem com uma sociedade civil bem-organizada – direitos e deveres: cidadania. Isso reflete o compromisso comunitarista: promover as virtudes compartilhadas, políticas públicas e a defesa das liberdades individuais.

Cabe à Constituição equalizar o poder do Estado aos direitos fundamentais individuais através de implemento de mecanismos erguidos para mitigação das desigualdades sociais. Nessa quadra, o fim Justiça — idealizado com arrimo num complexo normativo a refletir tais valores e princípios — é obrigação a ser compartilhada entre todos os indivíduos e destes para com as instituições oficiais do Estado. Reciprocidade é tônica.

Na passagem entre os Séculos XIX e XX pode-se verificar que o Estado Liberal passou a transmutar-se substancialmente, adequando-se a um Estado Social, identificando ainda um novo Constitucionalismo. Isso veio como resposta ao novo tratamento da chamada *questão social*, que clama por mais políticas públicas (sociais), de tal forma a poder fazer frente aos dilemas da escassez, sobretudo no que se refere às carências. Foi então no início do século XX, marcado pelo surgimento do Estado Social, *Welfare State*, a fase em que o Estado deixou de intervir nas relações privadas, a não ser pelo motivo de assistencialista, adotando a partir de agora uma função social de intervenção. Esta mutação do absentismo para o intervencionismo acontece por conta das circunstâncias desabonadoras do projeto liberal marcadas pela ultra-individualidade, assentada em um comportamento egoísta.

Através desta visão despida de preocupação com o bem comum, e alheia ao princípio da solidariedade, fomentou-se o surgimento dos movimentos sociais. Isso fez com que Estado ficasse atento para o exercício de atividades intervencionistas,

tornando-o responsável tanto pela organização quanto pela direção da economia do Estado, momento histórico conhecido como Estado Providência, Estado de Bem-Estar Social, ou *Welfare State*.

A partir da modificação do modo *operandi* do Estado, consistente em atuar interventivamente mediante prestações positivas, evidencia-se o início da decadência do regime liberal. O surgimento dos direitos sociais chamados de direitos de terceira geração, impõe ao Estado uma conduta diferente daquela que vinha praticando enquanto a protetor da inviolabilidade dos direitos de liberdade e propriedade próprios do regime liberal. Neste contexto histórico-político-social o papel do Estado é de intervenção e promoção, mediante o estabelecimento de um 'mínimo social' em termos de direitos fundamentais do cidadão.

No entanto, como um efeito rebote, se assim pode ser qualificado, essa gama de direitos sociais oriundo deste projeto político também fez crescer de forma avassaladora as demandas sociais clamando a sua efetiva proteção, em total descompasso com a receita orçamentária destinada a prover o bem social. O Estado não estava preparado para atender estes anseios sociais. A crise estrutural culmina com a crise deste modelo.

Mas o projeto social não foi abandonado. O Estado Democrático surge para complementar as lacunas deixadas pelos modelos que o antecederam, de forma a resgatar as promessas da modernidade consistentes em prover direitos humanos, justiça social e igualdade.

Estes direitos fundamentais que simbolizaram o projeto político-social do *Welfare State*, foram incorporados Constituição Federal de 1988, que consagrou o regime democrático recepcionando o paradigma comunitarista em seu ideal, uma vez que para além da vida digna, o projeto constitucional se preocupou com a promoção do bem comum da sociedade, estabelecendo como objetivos fundamentais deste modelo de Estado Democrático de Direito a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O princípio da solidariedade sustentado por Aristóteles há mais de 300 anos a.C. é resgatado pela Constituição como forma de promover a redução das desigualdades sociais, concretizando assim a verdadeira proteção material da dignidade humana.

A partir de uma interpretação comunitarista dos fundamentos lançados no texto constitucional nos artigos 1º e 3º, em consonância com a carga valorativa sustentada pela corrente teórica filiada à concepção filosófica aristotélica, pode-se

concluir que os objetivos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 serão alcançados a partir de aliança entre o Estado - através da implementação da Justiça Distributiva mediante estabelecimento de políticas públicas -, e a sociedade participativa, com o fim solidário de contribuir para o bem de todos (por exemplo, contribuindo para a manutenção da solvabilidade do sistema de seguridade social, como forma de garantir o futuro das próximas gerações que por ventura vierem a depender do sistema).

E, ao falar de Seguridade Social, associada ao princípio da solidariedade constatou-se através da pesquisa desenvolvida que, originalmente, o texto constitucional previa um sistema previdenciário com caráter distributivo e solidário. A distribuição, segundo a concepção filosófica de Aristóteles, se presta a promover proporcionalmente a divisão de todos os bens públicos que pertencem à comunidade política, entre aqueles que por seus méritos façam jus a divisão, de modo a prevalecer o equilíbrio. Justiça distributiva está calcada na ideia de divisão que revela a relação entre governante e governados, Estado e sociedade. Trata-se da divisão do ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário – contribuição para alimentação do sistema e promoção do bem comum - e, respectivamente, do bônus de receber dele o benefício da aposentadoria ou pensão, decorrentes do preenchimento dos requisitos para a concessão.

E a distribuição conforme restou demonstrado, conta com a implementação de ações políticas providas pelo Estado e, também, com a participação solidária da sociedade, visando o bem comum, ao enxergar no próximo a realização de um ato justo, como anteviu Aristóteles ao afirmar que o ato justo se configura pela prática de ações voltadas a fazer um bem ao outro. Esta forma de conceber a distribuição dos ônus e bônus em um Estado Democrático de Direito demonstra o abandono gradativo do paradigma individualista proposto pelo sistema liberal.

Nessa linha de raciocínio, a perspectiva contributiva revela-se como requisito necessário para a concessão de benefício previdenciário, em observância aos princípios da universalidade e distributividade estabelecidos no artigo 194 da Constituição Federal de 1988. É qualificada com tributo, cuja destinação e finalidade estão bem definidos, mas que carrega em seu conteúdo principiológico a solidariedade social de todos para com o financiamento da Seguridade Social, uma atividade complexa e universal. A Constituição Federal inclusive prevê expressamente o compromisso da sociedade no financiamento deste sistema.

Daí porque se constatou pelo vasto material doutrinário a tratar da matéria, que sobre a contribuição previdenciária não se instala o sinalagma de custo e benefício. Dito de outra forma, o contribuinte não paga o tributo pensando única e exclusivamente na sua aposentadoria. A contribuição é requisito para a concessão da aposentadora, mas não pode ser avaliada apenas por este ângulo de caráter individualista. A solidariedade social insculpida no sistema previdenciário permite afirmar que o contribuinte, mais do que subvencionar a sua própria aposentadoria, concorre na qualidade de integrante de uma sociedade para a manutenção do sistema.

Este sentimento de solidariedade vinculado a responsabilidade social prevista na Constituição Federal de 1988 possibilitou a criação e a manutenção do sistema de modo que se possa garantir a segurança e dignidade das pessoas em dificuldades.

No entanto, com o passar do tempo foi possível observar a modificação da realidade social. O Brasil de hoje não é mais o mesmo de 1988, logo é possível afirmar que a sociedade participativa deve rediscutir as formas de realização do projeto social consagrado pela Constituição Federal de 1988, a fim de que as bases de financiamento do sistema de seguridade social, criado sob as bases do princípio da solidariedade e da responsabilidade social, sejam adaptada de tal forma a garantir a sua solvabilidade para que continue garantindo a segurança e a dignidade das pessoas em dificuldade.

E foi com base na modificação da realidade social, associada a constatação de déficit no orçamento da previdência social que surgiu a necessidade da “primeira reforma previdenciária”, realizada a partir da Emenda Constitucional nº20/98, aprovada em 15 de dezembro de 1998 pelo Congresso Nacional, responsável pela alteração substancial dos moldes do sistema previdenciário. O regime que até então se revestia pelo caráter distributivo e solidário, assumiu o caráter contributivo – introduzido pela EC nº20/98 – o que alterou significativamente a condição para concessão de benefícios previdenciários. Isto porque até a promulgação da Emenda 20, muitas pessoas tiveram concedida aposentadoria sem nunca ter contribuído ou, na maioria das vezes contribuíram por pouquíssimo tempo para a manutenção do sistema, haja visto que não lhes era exigido a condição de contributividade para aposentação, o que a partir da Emenda nº20 é considerada requisito essencial.

Diante dos estudos realizados percebeu-se que a modificação da realidade social que motivou a primeira reforma da previdência guarda estreita relação com a contributividade. Sustenta-se que a concessão avassaladora de benefícios sem a imposição legal do requisito contributivo, provocou um deságio estrutural do regime da previdência. E, partindo sempre do princípio da solidariedade, a política adotada, consistente em promover um certo equilíbrio entre benefícios concedidos e contribuições arrecadadas, mediante a introdução do caráter contributivo foi uma tentativa de se manter a solvabilidade do sistema.

Posteriormente, a Seguridade Social passou pela segunda reforma previdenciária, a partir da Emenda Constitucional nº41/2003, em que o Estado, constatando a constante modificação da realidade social, e apontando para a necessidade de participação de todos para o benefício de todos – sentimento solidário -, estabeleceu como política pública a distribuição do ônus da contribuição previdenciária também aos servidores públicos inativos.

Pesquisas dão a conhecer que há diminuição de jovens e aumento dos idosos, e que isso é reflexo das alterações nas taxas de fecundidade e mortalidade, o que ocasionou mudanças na estrutura etária. No início deste segundo milênio o indicador alcançou os 70,4 anos. Aponta o IBGE que esta idade devera atingir os 81,3 anos em 2050. Advertiu ainda o IBGE que, apesar de haver um acréscimo na expectativa de tempo de vida dos brasileiros, por outro lado o envelhecimento da população está se acentuando.

A longevidade representa um inchaço no sistema previdenciário, pois significa que seus usuários estarão atrelados por mai tempo. Certo que a melhoria nas condições gerais de vida e os avanços da ciência e medicina contribuíram em muito para elevar a expectativa de vida dos brasileiros. O valor médio dos benefícios apresenta um crescimento entre 8 e 9% ao ano. Com efeito, estes números revelam a importância cada vez maior das políticas públicas relativas à previdência, diante do crescente número de indivíduos aposentados, em relação àqueles em atividade.

Entra em cena, então, um regime previdenciário solidário e contributivo com a aprovação da Emenda nº41/2003, eis que a partir da segunda reforma, tornou previsível explicitamente a incidência de carga tributaria sobre os proventos dos servidores inativos. O artigo 4º da Emenda passou a prever impositivamente a contribuição dos servidores inativos para a alimentação do regime previdenciário de que trata o artigo 40 da Constituição Federal, atendendo também o objetivo da

seguridade social consubstanciado na diversidade da base de financiamento (CF/1988, art. 195).

A análise do conteúdo valorativo da Emenda nº41/2003 pautada no paradigma comunitarista, releva a fundamentação de cunho distributivo, contributivo e solidário, ao passo que sob esta ótica individualista a EC nº41 de 2003 fere direitos e garantias individuais, tais como direito adquirido e ato jurídico perfeito. Em outras palavras, servidores públicos aposentados à época da promulgação da Emenda Constitucional, sentem-se atacados em suas esferas individualistas de direitos, com olhos fechados ao princípio da solidariedade que fundamenta tais reformas e, mais que isso, para o próprio propósito maior estabelecido na constituição – sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e desigualdades sociais.

Diante deste cenário foi possível identificar em que medida a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº41/2003, constitui um exemplo de concretização da justiça distributiva a partir da matriz aristotélica. O tema controvertido inerente ao conflito entre direitos e garantias individuais e interesses coletivos, pautados no princípio da solidariedade acabou no Supremo Tribunal Federal, mediante a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.

A síntese dos fundamentos da medida judicial proposta sustenta-se na tese de violação do inciso XXXVI, do artigo 5º, o inciso II, do artigo 150 e o inciso IV, § 4º, do artigo 60, da Constituição Federal. Valendo-se dos preceitos teóricos desenvolvidos pela corrente teórica individualista, sustentou-se a violação de garantias individuais inerentes ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito, posto que tais garantias não estariam à mercê dos efeitos de Emenda Constitucional impugnada, segundo a redação do artigo 60, inciso IV, parágrafo 4º do texto constitucional. Tal direito individual pela força que a Constituição lhe conferiu seria capaz de subentender-se que sobre proventos de servidores inativos não pode haver a incidência de carga tributária. Em homenagem ao direito adquirido, pugnam pela imunidade tributária.

Confrontando os fundamentos valorativos defendidos tanto pela corrente individualista quanto pela corrente comunitarista, foi possível constatar que o Supremo Tribunal Federal exerce uma função de caráter político, ao passo que suas

decisões devem ser pautadas na promoção dos valores supremos com a utilização da hierarquia valorativa e do juízo de ponderação. E assim agiu o Supremo Tribunal Federal ao declarar, por decisão majoritária, a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº41, de 19 de dezembro de 2003, especificamente em relação à redação dada ao *caput* do artigo 4º, que torna obrigatória a contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos. Além de fundamentar pela ausência de previsão constitucional de imunidade tributária sobre proventos de aposentadoria, o STF também justificou em sua decisão que irredutibilidade do valor dos referidos proventos não se estende aos tributos, valendo-se para tanto, do entendimento consolidado pela Corte em outras oportunidades em que foi chamada a explicitar sua interpretação normativa do texto constitucional.

O julgamento desta ADIN nº3105-8 é considerado histórico pelo STF, posto que envolveu o manifesto direito individual cuja proteção foi exaustivamente defendida tanto pelo autor da referida medida judicial quanto pelos diversos interessados no desfecho da ação através da intervenção processual na condição de *amicus curiae*, e o bem comum, e a prevalência do princípio da solidariedade que guarda total coerência com a matriz filosófica da nossa Constituição, quando confrontado com o suposto direito adquirido de não pagar contribuição previdenciária, necessariamente deve prevalecer.

O compromisso político que permeia boa parte da Constituição Federal se funda em valores supremos como direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, objetivando a promoção de uma sociedade justa, fraterna e solidária. E a dignidade humana se revela no sistema de direitos constitucionais como um valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. E, de acordo com a concepção constitucionalista comunitária, a concretização dos direitos fundamentais equivale à realização de valores.

E ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião do texto constitucional de conteúdo valorativo, não só pode como deve se ater aos valores supremos estabelecidos no ordenamento jurídico, interpretando a Constituição a partir da hierarquia valorativa e valendo-se do juízo de ponderação dos valores para solução de conflitos de ordem constitucional.

Mas ficou nítida no julgamento da ADIN nº3105-8 a dificuldade em romper com o paradigma individualista mediante a sobreposição pelos valores comunitaristas.

Inclusive o *decisum* contou com quatro votos vencidos, todos no sentido de sustentar a proteção de direitos e garantias individuais, em detrimento do bem maior reconhecidamente da dignidade da pessoa humana, cujo elemento solidariedade conduz a concretização dos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Assim foi o fundamento do voto vencido de lavra do Ministro Carlos Britto, em que se sustentou que o objetivo específico do sistema é oferecer proteção a quem previdentemente desembolsou recursos para a formação de uma economia que, embora comum ao funcionalismo é de aplicabilidade benfazeja individual e que, bem por isso mesmo, não pode operar senão na perspectiva da configuração de direitos subjetivos que se tornem indisponíveis para o Ente mantenedor de tal sistema.

No entanto prevaleceu a interpretação constitucional orientada pelos valores comunitários a envolver interesses comuns, coletivos de uma comunidade política. O povo deve participar da esfera pública para exercer sua capacidade de autodeterminação, elegendo ou modificando os valores que entende serem relativos a uma coletividade. E o Tribunal Constitucional, por sua vez, deve interpretar a constituição orientado pelos valores intrínsecos ao texto constitucional que, nesta fase democrática vivenciada pela sociedade contemporânea à luz da Constituição Federal de 1988, recepciona um paradigma comunitarista preocupado em implementar a Justiça Distributiva sob o alicerce do princípio da solidariedade como forma de concretizar os objetivos fundamentais nela estabelecidos.

Transportando toda essa carga valorativa extraída da corrente teórica comunitarista para o julgamento da ADIN nº3105-8 constatou-se que o Supremo Tribunal Federal interpretou a Constituição Federal e os motivos da Emenda Constitucional nº41/2003 orientado pelos valores comunitários expressos na Constituição. Assim, exercendo um juízo de ponderação dos princípios em questão, enalteceu o princípio da solidariedade ao declarar a constitucionalidade da contribuição previdenciária pelos servidores públicos inativos.

Essa interpretação constitucional orientada pelos valores comunitários atende os objetivos eleitos pela Constituição Federal de 1988, de “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Ao declarar a constitucionalidade da contribuição previdenciária, o Supremo Tribunal Federal implementou a Justiça Distributiva à luz da teoria da justiça concebida pelo filósofo Aristóteles, impondo ao contribuinte

inativo a obrigação de pagar o tributo, de modo a participar solidariamente para com a solvabilidade do regime da previdência, já que a própria Constituição Federal expressamente previu essa responsabilidade à sociedade no financiamento da seguridade social complexa e universal.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando. A Lei de Acesso à Informação e a cidadania. **Revista Época**, São Paulo, ed. 734, p. 14, 12 jun. 2012.
- ACKERMAN, Bruce. **El futuro de la revolucion liberal**. Tradução de Jorge Malet. Barcelona: Ariel: 1995. p. 54.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 442.
- AMIGO da Corte In: GLOSSÁRIO Jurídico Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: 20 maio 2012.
- AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: questões 57-122. São Paulo: Loyola, 2005. v. 6, seção 2, pt. 2.
- ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009.
- AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. Traduzido por Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003.
- BANCO MUNDIAL. **Relatório “Averting the old crisis, policies to protect the old and promote growth”**. 1994. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/1994/09/698030/averting-old-age-crisis-policies-old-promote-growth.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2012.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad. 2003.
- BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 15. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.
- _____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo. Brasiliense. 1988.
- _____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo. Malheiros. 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso: 30 maio 2012.

_____. **Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 25 maio 2012.

_____. **Emenda constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 28 abr. 2012.

_____. Ministério da Previdência Social. **Anuário Estatístico da Previdência Social 2010**. Disponível em <http://www.mps.gov.br/arquivos/office/3_111202-105619-646.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº1441-2**. Tribunal Pleno. Autor: PT - Partido dos Trabalhadores e outros. Réu: Presidente da República. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília/DF. Acórdão publicado em D.J. 18/10/1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347060>>. Acesso em 29 maio 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº3105-8**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº939-DF**. Relator Min. Sydney Sanches. Acórdão publicado no D.J 17.12.1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346704>>. Acesso em: 20 maio 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 146.733**, Relator Min. Moreira Alves, RTJ 143/684; **RE nº158.577**, Relator Min. Celso de Mello, RTJ 149-54.

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

_____. **Tributação e dignidade da pessoa humana: entre direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CASALTA NABAIS, José. **Estudos de direito fiscal**: por um estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONAMP acompanha tramitação da PEC 555/06. **JusBrasil Notícias**. 15 mar. 2010. Disponível em: <<http://conamp.jusbrasil.com.br/noticias/2117423/conamp-acompanha-tramitacao-da-pec-555-06>>. Acesso em: 06 jun 2012.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Da instituição de contribuição sobre os proventos dos servidores inativos. **Enfoque Jurídico**, São Paulo, n. 2, set. 1996.

DUMONT, Louis. **Ensaio sobre o individualismo**: uma perspectiva antropológica sobre a ideologia moderna. Tradução de Miguel Serras Pereira. Publicações Dom Quixote: Lisboa, 1992.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Trad.: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

_____. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

_____. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O princípio da igualdade**. São Leopoldo. Sinodal. 2008.

ESTADO do bem-estar. In: **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1986.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FELIPE CAVALIERE TAVARES em seu artigo intitulado Justiça social e pluralismo contemporâneo: as principais diferenças entre liberais, comunitaristas e crítico-deliberativos. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19. Fortaleza/CE, 2010. **Anais eletrônicos....** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3232.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

FISCHER, Octavio Campos. **A contribuição ao Pis**. São Paulo: Dialética, 1999.

FORTES, Simone Barbisan. A antropologia da Constituição Federal de 1988 – o homem por detrás da Constituição e os fundamentos jusfilosóficos do novo constitucionalismo brasileiro. **Revista de Direito Social**, Sapucaia do Sul, n. 15, jul./set. 2004.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Brasil já tem mais de 180 milhões de habitantes**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=207>. Acesso em: 09 jun. 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução Paulo Cesar Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

GARCIA, Maria. A emenda previdenciária e os direitos adquiridos. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 26, 1999.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. 4. ed. Madrid: Alianza, 1996.

GIAMBIAGI, Fabio. **As muitas reformas da previdência social**. 2000. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0001201.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições (uma figura “sui generis”)**. São Paulo: Dialética, 2000.

GUARIGLIA, Osvaldo. **La ética em Aristóteles o la moral de la virtud**. Buenos Aires: EUDEBA, 1997.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

LEI de Acesso à Informação promete dar transparência aos atos públicos. **Jornal da Ordem**, Publicação da Ordem dos Advogados do Brasil, Paraná, n. 160, maio 2012.

MACINTYRE, Alasdair. **Dependent rational animals: why human beings need the virtues**. The Paul Carus Lectures. 2nd ed. Illinois: Open Court, 1999.

_____. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 2. ed. São Paulo: Loyola. 2001.

MAGISTRADOS defendem fim dos descontos previdenciários para aposentados. 01 maio 2009. Disponível em: <<http://anamatra.jusbrasil.com.br/noticias/1036506/>>

magistrados-defendem-fim-dos-descontos-previdenciarios-para-aposentados>. Acesso em: 06 jun. 012.

MELQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo**: antigo e moderno. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 1991.

MOLLER, Josué Emilio. **A justiça com equidade em John Rawls**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

_____. **Estado constitucional, direitos fundamentais**: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF-4ª Região, 2008. (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

MORRALL, John B. **Aristóteles**. Tradução Sergio Duarte. Brasília: UNB, 2000.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. t. 5.

PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da capacidade contributiva e extrafiscalidade: uma conciliação possível e necessária. In: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Ordem econômica e social**: estudos em homenagem a Ary Brandão de Oliveira. São Paulo: LTr, 1999. p. 144-159.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RALWS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pissetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

REFORMA da Previdência. CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. : Produção editorial José Acácio de Campos. Rio de Janeiro, 2004.

RENAUT, Alain. **A era do indivíduo**: contributo para uma história de subjectividade. Tradução de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1989.

SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECCO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano SEABRA (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. Tradução Milene Eugênio Cavalcante Greco e Marco Aurélio Greco. São Paulo: Dialética, 2005.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SANTOS, Andre Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Denis Coutinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: Edipucrs, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (Ereignen) da constituição. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: Mestrado / Doutorado. Unisinos, São Leopoldo, 2000.

_____. **Bem jurídico e constituição**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, Felipe Cavaliere. Justiça social e pluralismo contemporâneo: as principais diferenças entre liberais, comunitaristas e crítico-deliberativos. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza, CE, 2010. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3232.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

_____. Michael Walzer e as esferas da justiça. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009. Manaus/AC. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <http://www.publica.direito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2247.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget: 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. Contribuições de seguridade social. **Revista de Direito Social**, Sapucaia do Sul, n. 15, jul./set. 2004.

VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**: estratégias de bem-estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: IPUERJ: UCAM, 2000.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Martins Fontes. 2007.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZINGANO, Marco. **Razão e sensação em Aristóteles**: um ensaio sobre a anima III 4-5. Porto Alegre: L&PM, 1998.

**ANEXO A - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº41, DE 19 DE DEZEMBRO DE
2003**

Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.

As **MESAS** da **CÂMARA DOS DEPUTADOS** e do **SENADO FEDERAL**, nos termos do § 3 do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 37.

.....

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

....." (NR)

"Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é

assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

.....

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

.....

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

.....

§ 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.

.....
 § 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X." (NR)

"Art. 42.

.....
 § 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal." (NR)

"Art. 48.

.....
 XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I." (NR)

"Art. 96.

.....
 II -

.....
 b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do

subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

....." (NR)

"Art. 149.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

....." (NR)

"Art. 201.

.....

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição." (NR)

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade

estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, a, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* até 31 de dezembro de 2005;

II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006.

§ 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º Na aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, contado com acréscimo de dezessete por cento, observado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no *caput*, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

§ 6º Às aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal.

Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, 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 contribuição 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 atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.

Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

~~Parágrafo único. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)~~

Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 70, de 2012)

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no caput o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas

dos proventos desses servidores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 70, de 2012)

Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Art. 8º Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

Art. 9º Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie

remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Art. 10. Revogam-se o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, bem como os arts. 8º e 10 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

Art. 11. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.
Brasília, em 19 de dezembro de 2003.

MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

MESA DO SENADO FEDERAL

Deputado João Paulo Cunha
Presidente

Senador José Sarney
Presidente

Deputado Inocêncio de Oliveira
1º Vice-Presidente

Senador Paulo Paim
1º Vice-Presidente

Deputado Luiz Piauhyllino
2º Vice-Presidente

Senador Eduardo Siqueira Campos
2º Vice-Presidente

Deputado Geddel Vieira Lima
1º Secretário

Senador Romeu Tuma
1º Secretário

Deputado Severino Cavalcanti
2º Secretário

Senador Alberto Silva
2º Secretário

Deputado Nilton Capixaba
3º Secretário

Senador Heráclito Fortes
3º Secretário

Deputado Ciro Nogueira
4º Secretário

Senador Sérgio Zambiasi
4º Secretário

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. 31.12.2003

mhtml:file://C:\Documents and Settings\Entrar\Meus documentos\MESTRADO ALESSANDRA\DISSER... 15/6/2012

ANEXO B - PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº555, DE 2006**PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO No , DE 2006****(Do Sr. Carlos Mota e outros)**

Revoga o art. 4º da Emenda
Constitucional nº 41, de 2003.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Fica revogado o art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a 1º de janeiro de 2004.

JUSTIFICAÇÃO

Uma das mais cruéis medidas tomadas contra os servidores públicos aposentados residiu, sem dúvida, na instituição de cobrança previdenciária sobre seus proventos. Tentada inúmeras vezes durante o governo anterior ao atual, a iniciativa só prosperou, por ironia, em gestão capitaneada pelo partido político que sempre foi seu maior adversário.

A matéria foi objeto de grande polêmica na discussão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105, proposta pela entidade de classe dos membros do Ministério Público. Na ocasião, restou vencido o voto da relatora, hoje presidente do Supremo Tribunal Federal, que acolhia a ação sob a alegação de que o estabelecimento de contribuição previdenciária sobre a retribuição de servidor já aposentado configurava a violação de ato jurídico perfeito, protegido pela Carta.

Não há dúvida de que o assunto traz em seu bojo enorme grau de polêmica. Mas não se pode negar ao Congresso Nacional a possibilidade de rever o ato que praticou, porque se a decisão judicial a respeito revestiu-se de caráter definitivo, mesma restrição não se pode impor ao Poder Legislativo, a quem

competete, por força de suas atribuições institucionais, revisar continuamente todo e qualquer ato que pratique.

Com efeito, surgiu, na ocasião em que foi apreciada a ação direta antes referida, a acusação de que o acórdão havia sido prolatado por força de elementos mais políticos que jurídicos. Causou estranheza que alguns dos magistrados envolvidos no julgamento do feito manifestassem entendimento contrário ao que externaram em outras oportunidades. Assim, se não houve como confrontar decisão de natureza política onde deveria ter prevalecido o conteúdo do ordenamento jurídico, não há que se tolher a capacidade da esfera efetivamente política de reapreciar o tema.

Se isso for feito, o Congresso Nacional terá oportunidade de rever entendimento que, se não contrariou, conforme bem ou mal decidiu o Supremo, o conteúdo positivo do ordenamento jurídico, certamente ofendeu seus fundamentos. A decisão de impingir encargo indevido a servidores com idade avançada, desvirtuando e subvertendo a sólida concepção que tinham de suas relações com a administração pública, não ocorreria senão nas circunstâncias específicas em que foi promovida. Tratava-se de iniciativa apresentada por governo recém-instalado, na qual se vislumbrava a possibilidade de resgatar pelo menos em parte a saúde das contas públicas.

Hoje se enxerga com mais nitidez do que na ocasião a falsidade dessa premissa. Não se tem notícia de que o Estado brasileiro tenha, depois da contribuição estabelecida, reduzido suas necessidades de financiamento. Ao contrário, a dívida pública cresce em proporções alarmantes e avança com impiedosa voracidade sobre os gastos sociais de todos os níveis da administração pública.

Ante tal constatação, é inevitável que o Parlamento, do qual se deve esperar a dinâmica própria das democracias, recupere com a maior abrangência possível os danos e sofrimentos afinal inúteis que causou.

Entendimento no sentido contrário significa não serem os representantes da população capazes de reconhecer um erro que cometeram e não há conduta mais nefasta do que sobrepor a vaidade ao interesse público. Cabe, assim,

invocando o precedente da Emenda Constitucional nº 47, promover a aplicação dos efeitos financeiros da alteração aqui sugerida desde sua origem.

Assim, pede-se dos nobres Pares o gesto de grandeza e comiseração que significará, por parte das Casas Legislativas, o endosso à presente proposição.

Sala das Sessões, em 08 de junho de 2006.

Deputado Carlos Mota