

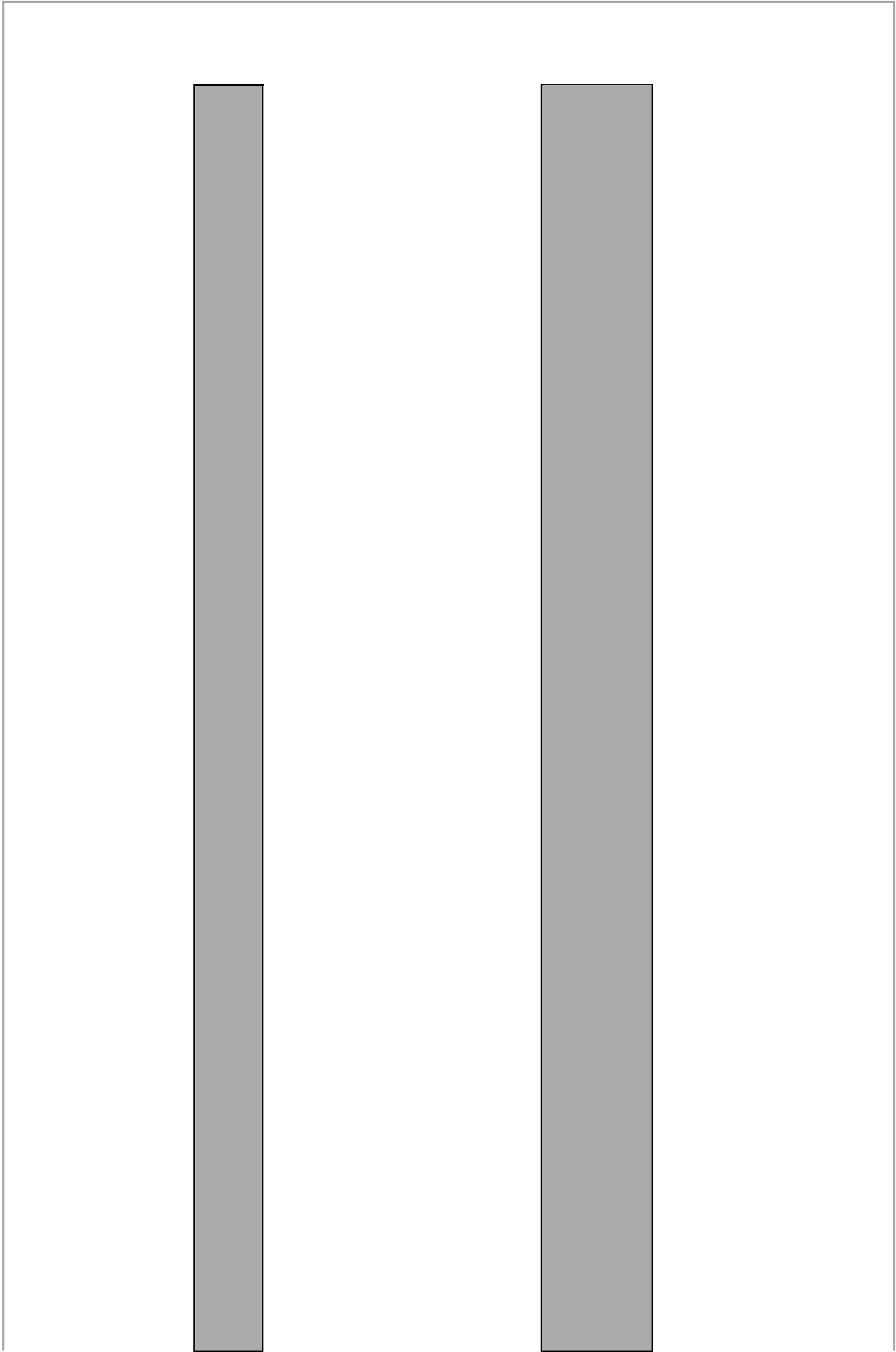
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO – ÁREA DE CONCENTRAÇÃO DIREITO SOCIAL
LINHA DE PESQUISA EM CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Everaldo Santos Soares

**A DISCUSSÃO DA INCIDÊNCIA DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL
SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO DISCURSO:
UMA ANÁLISE DA COERÊNCIA ARGUMENTATIVA EM RELAÇÃO À SUA
POSSÍVEL INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL A
PRESTAÇÕES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Santa Cruz do Sul

2017



Everaldo Santos Soares

**A DISCUSSÃO DA INCIDÊNCIA DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL
SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO DISCURSO:
UMA ANÁLISE DA COERÊNCIA ARGUMENTATIVA EM RELAÇÃO À SUA
POSSÍVEL INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL A
PRESTAÇÕES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração Direito Social, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Caroline Müller Bitencourt

Santa Cruz do Sul

2017

Everaldo Santos Soares

**A DISCUSSÃO DA INCIDÊNCIA DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL
SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO DISCURSO:
UMA ANÁLISE DA COERÊNCIA ARGUMENTATIVA EM RELAÇÃO À SUA
POSSÍVEL INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL A
PRESTAÇÕES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; Área de Concentração Direito Social; Linha de Pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social e Constitucionalismo Contemporâneo; Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Dra. Caroline Müller Bitencourt
Professor Orientador - UNISC

Dr. Janriê Rodrigues Reck
Professor examinador - UNISC

Dr. Luciana Turatti
Professor examinador - UNIVATES

Santa Cruz do Sul

2017

À Isabel, minha consorte, com quem divido amorosamente minha caminhada nessa passagem de aprendizado da vida, e aos meus filhos: Verônica Beatriz e Pedro Lucas, estrelas luminosas do amanhã que irradiam seus sorrisos de pureza em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa Isabel: pelos momentos roubados do convívio, pela compreensão em face dos desafios que aceitei, pela força e caráter tão grandes quanto teu amor. Meu eterno amor e gratidão.

À minha filha Verônica: pelo seu sorriso irradiante, pelo seu olhar questionador e pelo perdão às minhas ausências. Minha pequena princesa.

A meu filho, Pedro Lucas: pelos momentos em que dividiu suas brincadeiras, afastando-me sempre que necessário do turbilhão da vida para vê-la em seguida como o orvalho da manhã.

A toda minha família pelo aconchego e carinho.

Aos meus amigos, a quem também sou faltoso no convívio.

À minha orientadora, Prof^a. Dra. Caroline Müller Bitencourt, por me fazer crer e tornar fato, que é possível ir além e ver além, e pelo esmero e empenho na concretização deste trabalho.

Por fim, agradeço a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, pelas novas perspectivas, pela amizade e pelo exemplo de magistério e vida pessoal.

“Não é preciso ter olhos abertos para ver o sol, nem é preciso ter ouvidos afiados para ouvir o trovão. Para ser vitorioso você precisa ver o que não está visível.”

(Sun Tzu, A Arte da Guerra)

RESUMO

Este trabalho envolve a investigação da incidência do argumento da reserva do possível sob a perspectiva da teoria do discurso, revisando os discursos de justificação e aplicação utilizados pela doutrina e jurisprudência pátrias, em busca da verificação de coerência argumentativa acerca a sua possível incidência no âmbito do direito fundamental a prestações da Previdência Social. Conquanto a discussão da incidência da reserva do possível em direitos fundamentais já exista e envolva o debate da escassez de recursos financeiros dos Estados e os limites aos limites dos direitos fundamentais, aquele se resume à contraposição da reserva do possível e do mínimo existencial. Verifica-se a necessidade de uma nova abordagem, realizada nesse trabalho, a fim de se diferenciar a natureza dos direitos sociais prestacionais, de acordo o modo impacto do custeio dessas prestações no orçamento e como este é financiado pela tributação, partindo-se da hipótese de existirem uma espécie de direitos sociais economicamente neutros, sem relevância econômica para o orçamento público, ou seja, custeadas pelos próprios beneficiários, debatendo-se as espécies orçamentárias e tributárias envolvidas no financiamento da concreção dos direitos sociais prestacionais. O problema da pesquisa perquire se o argumento da reserva do possível poderia incidir indistintamente independente da natureza do direito social em questão, se analisado criticamente sob a ótica dos discursos de fundamentação e aplicação? Ou, dito de outra forma: Neste contexto indaga-se se existe uma coerência argumentativa, observada pela lógica do discurso que apresente razões de fundamentação e aplicação que tornem possível invocar a reserva do possível na efetivação dos direitos prestacionais previdenciários, por serem estes custeados próprios beneficiários? A hipótese é de que o argumento da reserva do possível não incide sobre direitos prestacionais de conteúdo economicamente neutro, haja vista que são custeadas pelos próprios beneficiários da prestação estatal, não revelando imposição de custos à sociedade forma genérica, indistintamente, situação essa que não pode ser ignorada na formulação dos discursos de aplicação por parte do julgador. A partir desta tipologia, propõe-se uma nova classificação a partir do impacto orçamentário. O trabalho estruturalmente se dividiu em três capítulos. O método de abordagem que permitira aferir a coerência argumentativa dos discursos justificação e aplicação envolvidos é hipotético dedutivo, uma vez que, a partir das informações prévias, deduz-se como consequência observável a hipótese de incidir ou não o argumento da reserva do possível para o caso dos direitos sociais prestacionais previdenciários, para ao final refutá-la ou comprová-la; enquanto que a metodologia de procedimento é bibliográfica, com ênfase na análise na coerência argumentativa dos discursos na doutrina e jurisprudência. Foi possível concluir, que o intérprete constitucional, ao aplicar a reserva do possível no contexto das prestações previdenciárias não considerou as características situacionais distintas a excepcionar os argumentos de aplicação dessa proposição normativa, as quais definem a natureza da prestação previdenciária como direito social prestacionais economicamente neutro e, portanto, não traz a coerência esperada em termos de discursos de aplicação da reserva do possível.

Palavras Chave: Teoria do Discurso. Reserva do Possível. Direitos Fundamentais Previdenciários. Orçamento Público. Neutralidade Econômica.

ABSTRACT

This paper involves an investigation of the incidence of the argument from the reserve of the possible from the perspective of discourse theory, reviewing the discourses of justification and application used by the country doctrine and jurisprudence, in search of the verification of argumentative coherence about its possible incidence in the scope of the fundamental rights to Social Security benefits. Although the discussion of the incidence of the reserve of what is possible in fundamental rights already exists and involves the debate about the scarcity of financial resources of the States and the limits to the limits of fundamental rights, it is reduced to the counterposition of the reserve of the possible and the existential minimum. There is a need for a new approach, carried out in this work, in order to differentiate the nature of social benefits, according to the impact of the cost of these benefits in the budget and how it is funded by taxation, assuming the hypothesis That there is a kind of socially neutral social rights that are not economically relevant to the public budget, that is to say, borne by the beneficiaries themselves, debating the budgetary and tax species involved in financing the realization of social benefits. Does the research problem look at whether the argument of the reserve of the possible could affect indistinctly regardless of the nature of the social law in question, if analyzed critically from the point of view of the discourse of reasoning and application? Or, put another way: In this context it is questioned if there is an argumentative coherence, observed by the logic of the discourse that presents reasons of foundation and application that make it possible to invoke the reserve of the possible in the effective realization of the social security benefits, Beneficiaries? The hypothesis is that the argument of the reserve of the possible does not affect benefits rights of economically neutral content, since they are borne by the beneficiaries of the state benefit itself, and does not reveal a generic form of costing, A situation that can not be ignored in the formulation of the speeches of application by the judge. From this typology, a new classification is proposed based on the budgetary impact. The work was structurally divided into three chapters. The method of approach that would allow to gauge the argumentative coherence of the justifications and application involved is hypothetical deductive, since, from the previous information, deduces as an observable consequence the hypothesis of whether or not to focus the argument of the reserve of the possible to the Case of the social security benefits, in order to refute or prove it; While the procedure methodology is bibliographical, with emphasis on the argumentative coherence analysis of the discourses in doctrine and jurisprudence. It was possible to conclude that the constitutional interpreter, when applying the reserve of the possible in the context of social security benefits, did not consider the different situational characteristics to exclude the arguments for applying this normative proposition, which define the nature of the social security benefit as an economically neutral social benefit and therefore does not bring the expected coherence in terms of discourses of application of the reserve of the possible.

Keywords: Discourse Theory. Reserve of the Possible. Fundamental Social Security Rights. Public Budget. Economic Neutrality.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|---------|--|
| ADI | Ação direta de inconstitucionalidade |
| AG | Agravo |
| AgREG | Agravo Regimental |
| Agl | Agravo de Instrumento |
| BVerfGE | Bundesverfassunderich |
| CF/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| DF | Distrito Federal |
| DJ | Diário da Justiça |
| EC | Emenda Constitucional |
| LOA | Lei de Orçamento Anual |
| LDO | Lei de Diretrizes orçamentárias |
| PPA | Plano Plurianual |
| Rel. | Relator |
| REsp | Recurso especial |
| RMS | Recurso em Mandado de Segurança |
| RE | Recurso Extraordinário |
| RDA | Revista de Direito Administrativo |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|------------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 12 |
| 2 | CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL E BALISAS TEÓRICAS DO INSTITUTO | 19 |
| 2.1 | A origem da reserva do possível: a decisão do tribunal constitucional alemão no caso do direito ao acesso à educação superior e a teoria dos custos norte-americana..... | 22 |
| 2.2 | Espécies de direitos sociais prestacionais | 39 |
| 2.3 | A relação da reserva do possível com os direitos sociais e o mínimo existencial: é possível tratamento único às diferentes espécies de direitos sociais?..... | 46 |
| 3 | DO DIREITO SOCIAL PREVIDENCIÁRIO E SUAS PECULIARIDADES EM RELAÇÃO AOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UM OLHAR SOBRE SUA NEUTRALIDADE ECONÔMICA..... | 57 |
| 3.1 | Previdência Social: bases conceituais do sistema securitário brasileiro..... | 64 |
| 3.1.1 | Do cotejo do modelo de financiamento dos Sistemas Previdenciários na Europa dos Estados Unidos e do Brasil: o Estado Liberal Fiscal <i>versus</i> o Estado Social Fiscal..... | 69 |
| 3.2 | Natureza das prestações previdenciárias no quadro dos direitos fundamentais e classificação da Previdência Social – Um direito a prestações estatais..... | 72 |
| 3.3 | Princípios constitucionais da Previdência Social: ponto de partida para compreender sua natureza..... | 78 |
| 3.3.1 | Contingências sociais..... | 85 |
| 3.3.2 | Relação custeio-benefício | 88 |
| 3.3.3 | Financiamento da Seguridade Social e da Previdência Social | 95 |
| 3.4 | Análise do custo dos direitos previdenciários no orçamento brasileiro: a neutralidade econômica das prestações previdenciárias | 99 |
| 4 | DA INCOMPATIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL A DIREITOS PRESTACIONAIS ECONOMICAMENTE NEUTROS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DOS DISCURSOS DE APLICAÇÃO | 112 |
| 4.1 | Fundamentos da teoria do discurso e suas contribuições para a aplicação do argumento da reserva do possível | 113 |
| 4.1.2 | Discursos de fundamentação e aplicação em relação ao argumento da reserva do possível..... | 121 |
| 4.2 | Razões argumentativas para afastar o argumento da reserva do possível em matéria de direito fundamental social à prestação previdenciária..... | 130 |
| 4.2.1 | Da transmutação de conceitos jurídicos alienígenas | 135 |
| 4.2.2 | Crítica à jurisprudência brasileira na matéria | 139 |
| 4.2.3 | Da neutralidade econômica da prestação como característica a afastar a incidência do argumento da reserva do possível | 149 |
| 4.3 | Da não incidência da reserva do possível em direitos fundamentais previdenciários | 152 |
| | CONCLUSÃO | 158 |

REFERÊNCIAS 172

INTRODUÇÃO

Este trabalho trata-se de uma investigação acerca da incidência do argumento da reserva do possível em direitos fundamentais a prestações previdenciárias em que se efetuará uma análise crítica a partir da teoria discurso, a fim de se buscar coerência argumentativa, uma vez que a transposição prática da máxima efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, ante a realidade de escassez de recursos financeiros dos Estados, faz assumir relevância o debate existente entre o “custo dos direitos” e a necessidade de garantia da dignidade da pessoa humana, como mola propulsora dos demais direitos constitucionalmente postos. Todavia, o debate sobre esta temática aparentemente tende a se resumir a uma mera contraposição do argumento da reserva do possível ao princípio mínimo existencial. Assim, verifica-se a necessidade de outra abordagem, no contexto significativo para o aspecto inovador deste trabalho, na perspectiva de investigar a correção das proposições acerca da natureza dos direitos prestacionais no quadro constitucional brasileiro, a partir da teoria do discurso, em busca de uma nova tipologia do direito previdenciário no quadro dos direitos fundamentais prestacionais no ordenamento jurídico pátrio.

O tema dos limites aos direitos fundamentais prestacionais exacerba paixões dos debatedores: de um lado os que defendem a imagem da extrema limitação financeira do Estado, chegando-se quase ao niilismo até quanto à segurança jurídica de tais prestações; de outro, os que se entrincheiram nas fileiras da defesa platônica de um Estado provedor ilimitado, conquanto faticamente e juridicamente isso não seja realmente possível. De outra feita, os debatedores executam a transposição de conceitos diretamente da Ciência Econômica, resultando na colonização do mundo da vida por parte do subsistema mercado e Economia. Dito de outra forma, os argumentos de natureza econômica são circunstanciados de forma a parecerem inalcançáveis à mera possibilidade de crítica, o que por si só já demonstra a enorme fragilidade desta abordagem.

Utilizando-se do processo discursivo proposto por Habermas, acerca da razão comunicativa, bem como as contribuições de Klaus Günther para a teoria da argumentação jurídica, em especial os discursos de justificação e fundamentação, este trabalho busca propor uma abertura no campo da linguagem a fim de reconstruir os conceitos normativos em questão, por meio de verificação da correção das

proposições oriundas da doutrina e jurisprudência em torno dos direitos prestacionais. Isto por que a aceitabilidade racional deriva da universalidade decorrente de uma concordância potencial acerca da racionalidade dos fundamentos, os quais serão apresentados ao longo deste trabalho, no que tange a rever o tema dos direitos sociais prestacionais à luz da teoria do discurso, enfocando as prestações previdenciárias como exemplificativo de novas possibilidades situacionais ainda não evocadas.

O problema envolvido nesta pesquisa parte da utilização do argumento da Reserva do Possível como barreira à prestação estatal dos direitos fundamentais sociais, seja pela redução de seu conteúdo, seja pela não prestação dos mesmos, ante a escassez de recursos estatais para prover tais direitos em questão. O debate jurisprudencial e doutrinário tem se focado em contrapor ao argumento da reserva do possível ao argumento do mínimo existencial, colocando-os muitas vezes em lados opostos, ou melhor, o mínimo existencial como um núcleo intangível dos direitos fundamentais, sob o qual a reserva do possível não poderia incidir. Ocorre que, mesmo antes de se chegar ao debate do mínimo existencial, faz-se mister distinguir a natureza da prestação estatal envolvida em face do custos dos direito, analisando a existência de outros contrapontos possíveis. Existem prestações estatais que são custeadas pelos próprios beneficiários, ainda que de forma subsidiada. Neste contexto indaga-se se é possível invocar a reserva do possível na efetivação dos direitos prestacionais previdenciários, por serem estes custeados em significativa parte pelos próprios beneficiários? O argumento da reserva do possível poderia incidir indistintamente independente da natureza dos direitos sociais em questão, se analisado criticamente sob a ótica dos discursos de fundamentação e aplicação? Ou, dito de outra forma: Neste contexto indaga-se se existe uma coerência argumentativa, observada pela lógica do discurso que apresente razões de fundamentação e aplicação que tornem possível invocar a reserva do possível na efetivação dos direitos prestacionais previdenciários, por serem estes custeados próprios beneficiários? A hipótese é de que o argumento da reserva do possível não incide sobre direitos prestacionais de conteúdo economicamente neutro, haja vista que são custeadas pelos próprios beneficiários da prestação estatal, não revelando imposição de custos à sociedade forma genérica, indistintamente, situação essa que não pode ser ignorada na formulação dos discursos de aplicação por parte do julgador.

Nesta perspectiva, propõe-se a hipótese de haver direitos que se “autocusteiam”, situação essa que não pode ser desconsiderada quando se trata de juízos de aplicação no campo de direitos sociais prestacionais, ou seja, não seria o Estado o principal provedor dos recursos financeiros destinados à concretização desses direitos sociais, utilizando-se de tributos que incidam indistintamente com encargo indiscriminado a toda a sociedade. Por meio de um cotejo entre o argumento da reserva do possível e seu instituto mais próximo: a teoria dos custos, será realizada uma abordagem do tratamento dos direitos fundamentais no contexto constitucional brasileiro, a fim de se perquirir as regras de justificação e fundamentação deste instituto, bem como sua abordagem pela doutrina e jurisprudência pátria, e sua olvidada análise de compatibilidade com a conformação dos direitos sociais prestacionais feita pela Constituição de 1988. Pretende-se demonstrar que faltarão razões de fundamentação e justificação que lhe permitam uma racionalidade argumentativa de aplicação do argumento da reserva do possível a direitos sociais prestacionais de conteúdo economicamente neutro, haja vista que são custeadas pelos próprios beneficiários da prestação estatal, ou seja, não ocasionam impacto orçamentário como os demais direitos sociais prestacionais, haja vista o caráter vinculativo das contribuições previdenciárias e da seguridade social destinadas exclusivamente para a manutenção dessas prestações, bem como a existência de um orçamento público diverso daquele que financiam as demais atividades estatais.

Dessarte, no primeiro capítulo far-se-á uma abordagem sobre as considerações históricas do argumento da reserva do possível e as balizas históricas do instituto, tomando como contraponto a teoria dos “custos dos direitos” oriunda do direito estadunidense, enquanto modelo de abordagem de um Estado Liberal, haja vista que a reserva do possível como argumento destinado a teoria dos custos do direito encontra raízes na doutrina norte-americana. A fim de se permitir uma análise comparativa, será feita uma investigação acerca do modelo fiscal relativo ao Estado Liberal americano e do modelo fiscal do Estado Social na Europa, a fim de perquirir as diferenças na proteção dos direitos nos contextos daquelas duas nações na dimensão do orçamento público, evidenciando-se a sua diversidade, a fim de demonstrar que o conceito assume a função de aferir um significado dentro de determinado contexto, já que não haveria como compreendê-lo em abstrato, pois toda forma de interpretação impõe ser também uma forma de aplicação da norma, determinando a respectiva norma de aplicação.

O intento é demonstrar o déficit argumentativo acerca dos conceitos e significados que os institutos recebem no direito brasileiro, a partir da Teoria do Discurso. Também se buscará a construção de uma nova classificação a partir dos meios de financiamento das prestações estatais que corresponda ao quadro das modalidades de orçamento público brasileiro que tratem do financiamento de direitos sociais prestacionais.

A fim de construir uma proposta de o acordo potencial acerca da aceitabilidade racional balizada nas premissas constitucionais, o segundo capítulo estrutura-se para analisar o direito social previdenciário e suas peculiaridades em relação aos demais direitos fundamentais sociais, com o intento de aferir sua neutralidade econômica. Dessarte, far-se-á uma do modelo de financiamento dos sistemas previdenciários na Europa e nos Estados Unidos, bem como do Brasil. Este pano de fundo servirá para se tecer considerações necessárias sobre a natureza, os princípios, os elementos e o financiamento desta prestação estatal para se demonstrar o “autocusteio” previdenciário. Para tanto, será investigada como a conformação do orçamento público no direito brasileiro afeta a natureza dos direitos sociais prestacionais, a partir do cotejo do Orçamento da Seguridade Social e da Previdência Social, com os argumentos de natureza orçamentária e financeira que ensejaram o advento do argumento da reserva do possível.

O terceiro capítulo constitui o ponto fulcral da construção argumentativa deste trabalho: a proposição de incompatibilidade da aplicação do argumento da reserva do possível a direitos prestacionais economicamente neutros. Neste tópico, será tratada a possibilidade de afastamento do argumento da reserva do possível utilizada na jurisprudência brasileira a partir da teoria do discurso. Dado que uma norma ou diretriz como a reserva do possível deve satisfazer os critérios determinados pelas regras do discurso a fim de poder ser considerada “justa”, a partir de determinado critério de justiça, e possua conteúdo suficientemente forte para que a discussão que a utilize como base seja racional, a teoria do discurso apresenta-se como ferramenta indispensável para a análise pretendida neste trabalho, o que ocorrerá em todo o seu desenvolvimento. Assim, trata-se de trazer mais matéria de experiência para alimentar o processo de problematização progressiva do teste discursivo, afim de fundamentá-lo suficientemente para um critério de correção normativa dos objetos estudados. Em um primeiro momento se fará uma abordagem da teoria do discurso a fim de buscar os instrumentos necessários para a análise da racionalidade argumentativa dos

direitos sociais prestacionais e de seus limites de realização, para depois serem aplicados à reserva do possível. Em um segundo momento, serão debatidos as razões argumentativas para afastar a utilização da reserva do possível às prestações previdenciárias, com enfoque na crítica da utilização de conceitos jurídicos estrangeiros incompatíveis com o ordenamento jurídico sem a devida contextualização. Em um terceiro momento se fará uma pesquisa exemplificativa das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça quanto aos argumentos de justificação e de aplicação da reserva do possível no que se refere a direitos sociais prestacionais e se estes evidenciam características situacionais distintas para os direitos sociais previdenciários, a fim de se fazer à crítica a partir das razões de justificação e aplicação das decisões judiciais. Por último se levantará as razões argumentativas construídas para se propor o afastamento da reserva do possível a direitos sociais prestacionais previdenciários.

O trabalho também será delimitado por uma pesquisa exemplificativa da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça no período de cinco anos, a fim de buscar compreender como tais Tribunais utilizam o argumento da reserva do possível em matéria de prestações previdenciárias, com intuito de identificar se os mesmos consideram a natureza jurídica do direito social em questão, antes de deliberada e arbitrariamente invocar tais argumentos. O intuito é evidenciar a forma de tratamento que estas cortes superiores destinam aos direitos sociais prestacionais e verificar a coerência argumentativa dos discursos apresentados, a partir de uma nova classificação dos direitos sociais prestacionais com base na forma de financiamento presente no orçamento público e na tributação.

A pesquisa fora realizada no sítio da rede mundial de computadores utilizando-se os termos "reserva do possível" e "Previdência Social" na guia de pesquisa de jurisprudência do sítio do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aba "Jurisprudência", na opção "Pesquisa". Os termos foram utilizados sem aspas, já que o mecanismo de pesquisa permite a utilização de "operadores" (E, OU, ADJ, NÃO, PROX, MESMO, \$). Utilizou-se os "operadores" *E ADJ*. O primeiro (E) procura todas as palavras desejadas em qualquer lugar do documento, sendo utilizado para procurar simultaneamente os termos *reserva do possível*(sem aspas) e *Previdência Social*(sem aspas). O segundo (*ADJ*) busca palavras aproximadas, na mesma ordem colocada na expressão de busca, para o qual se optou por aproximação sem palavra intercalada, opção em que não se colocam o numero de palavras intercaladas entre

um termo e outro. Dessa forma a digitação dos termos ficou *Reserva ADJ do ADJ Possível E Previdência ADJ Social*.

A análise contemporânea a permitir uma limitação foi realizada a partir de busca nos repositórios de jurisprudência nos sítios desses tribunais nos últimos cinco anos, com as verbetes descritas acima. Feita a pesquisa quantitativa, selecionou-se qualitativamente a jurisprudência que interessa a presente pesquisa, a fim de possibilitar uma análise desses argumentos a partir da teoria do discurso. Na pesquisa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, retornaram 16 (dezesesseis) resultados. Foram destacadas 3 (três) que demonstram de forma exemplificativa o entendimento da Corte sobre o tema. Os demais foram considerados repetitivos ou apenas citaram o termo *Previdência Social* disposto no art. 6º da Constituição Federal, mas na verdade tratavam de prestações estatais no campo da Saúde. Já a pesquisa de jurisprudência no sítio do Superior Tribunal de Justiça - STJ retornou 75 (setenta e cinco) decisões encontradas utilizando-se as mesmas verbetes, dos quais destacaram-se 03 que demonstram de forma exemplificativa o entendimento daquela Corte sobre regras de aplicação dos direitos sociais previdenciários. As demais também foram refutadas por apenas fazerem remissão ao termo *Previdência Social*, com base no aludido art. 6º da CF.

Assim, ao final da presente pesquisa, será possível responder o problema sobre a possibilidade ou não da utilização do argumento da reserva do possível no que toca esta espécie de direito social sob a perspectiva dos referidos Tribunais, escolhidos em face de sua envergadura constitucional, bem como se há distinção de tratamento entre as diferentes espécies de direitos sociais prestacionais.

Justifica-se a presente pesquisa, diante da experiência profissional e acadêmica adquirida no estudo do Direito Previdenciário, na qual se verifica que o debate sobre a efetivação dos direitos fundamentais não considera todas as suas características situacionais. Assim, surge uma inquietude pessoal acerca da análise da natureza da prestação previdenciária no Direito pátrio, que importara os conceitos da doutrina estrangeira acerca da reserva do possível e do mínimo existencial, sem uma análise mais aprofundada sobre a compatibilidade ou dos limites de fundamentação e aplicação desses institutos a este direito fundamental na realidade jurídica brasileira. Justifica-se juridicamente, pois o debate doutrinário e jurisprudencial tem-se limitado em contrapor ao argumento da reserva do possível o princípio do mínimo existencial, sem distinguir a natureza da prestação estatal envolvida, muito

menos averiguar a existência de outras abordagens possíveis, nem expor à crítica racional à moldura nas quais estes institutos estão delineados no ordenamento jurídico brasileiro. Disto ocorre a necessidade de expor tais conceitos às objeções levantadas neste trabalho e permitir a justificação e revisão das proposições normativas, construindo-se a partir daí novas regras de justificação e aplicação compatíveis com a Constituição de 1988. Referente à relevância social do direito previdenciário, notória a necessidade premente da existência de um aparato estatal capaz de suprir as necessidades financeiras dos trabalhadores, quando estes estão acometidos de impedimento em auferir renda pelo trabalho em face de determinadas contingências sociais impeditivas do trabalho. Ademais, nas últimas duas décadas, o sistema previdenciário brasileiro passou por várias reformas e encontra-se em meio a uma nova proposta de Emenda à Constituição com o fim de alterar vários elementos do sistema para adequá-lo novamente a uma aludida necessidade de adequação aos meios e limitações de financiamento existentes.

Quanto à linha de pesquisa a que se vincula este projeto, é possível visualizar profunda pertinência com a linha do Constitucionalismo Contemporâneo, bem como com a área de concentração de Demandas Sociais e Políticas públicas, pois pretende refletir na teoria da Constituição, na teoria da interpretação jurídica e na teoria do direito, a partir da análise normativa, doutrinária e jurisprudencial dos direitos fundamentais sociais, bem como a construção de parâmetros sobre as normas de fundamentação e de aplicação quando se trata de se buscar a coerência argumentativa da possível incidência do argumento da reserva do possível em prestações estatais do direito fundamental previdenciário.

Da mesma forma, demonstra-se a aderência deste projeto de pesquisa com a linha de pesquisa da Orientadora, uma vez que aquela abrange a discussão acerca das repercussões e possibilidades do Constitucionalismo Contemporâneo em uma sociedade democrática. Dentro do espaço de realização e de efetivação e ampliação dessas conquistas, torna-se fundamental a sua discussão, reflexão e desenvolvimento de novas possibilidades/perspectivas de operacionalização e, dentro deste contexto, alberga-se perfeitamente a discussão acerca das normas de aplicação e de fundamentação dos direitos fundamentais previdenciários.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A TESE DA RESERVA DO POSSÍVEL E BALISAS TEÓRICAS DO INSTITUTO

O desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais apresenta, desde o seu nascedouro, um paralelo com o desenvolvimento dos modelos de Estado enquanto ente garantidor das primeiras liberdades públicas, até desaguar no conteúdo prestacional de vários direitos. Neste contexto, exsurge a questão do custo dos direitos para o Estado, o qual, não possuindo recursos ou rendimentos próprios, chamados de receitas derivadas pelo direito tributário, ou quando os possui (receitas originárias)– decorrentes de titularizar empresas ou participação acionárias, patrimônio mobiliário e imobiliário, recebendo lucros e aluguéis de tais investimentos, em face da exploração direta da atividade econômica (art. 173, CF) ou da prestação direta de serviços públicos remunerados (art. 145, II, CF e preços públicos ou tarifas) -- são insignificantes em face do gigantismo da despesa pública atual, busca no patrimônio privado os recursos necessários para o seu custeio, na forma da tributação.

Por certo, o montante dos recursos que podem ser retirados dos sujeitos jurídicos privados encontram limitações fáticas e jurídicas. Quanto às jurídicas, como se verá adiante, não guardam objetividade para sua fixação, decorrendo mais de fatores culturais de um povo do que de parâmetros lineares de fixação. De qualquer sorte, os recursos são limitados. Para este último proferimento – acerca da limitação fática dos recursos - levantar-se-á uma pretensão de validade provisória de que tal limitação seja apenas fática, a ser desenvolvida em momento adequado. De antemão, pode-se afirmar que o Estado dispõe de certa quantidade de recursos – limitados – cujo montante não pode ultrapassar na realização da despesa pública. Disso decorre a expressão “escassez de recursos públicos”, advinda da comparação com recursos naturais, por exemplo. Todavia, é possível ocorrer uma limitação artificial, ou escassez artificial, uma vez que as leis orçamentárias podem destinar determinados recursos para áreas específicas em detrimento de outras, em face das determinações do Legislador e do Administrador Público.

A partir da constatação desta escassez de recursos públicos, a doutrina e jurisprudência brasileira construíram o argumento denominado de “reserva do possível”, como uma forma de autorizar o gestor público a gastar até um determinado limite orçamentário, desobrigando-o de manter e cumprir mandamentos acerca de políticas públicas e direitos fundamentais quando ultrapassarem tal limite.

Noutra abordagem, uma análise comparativa dos ordenamentos jurídicos de vários Estados no que tange a determinadas prestações estatais traz à luz o fato de não haver modelo únicos de abordagem de como o Estado irá garantir estas

prestações, podendo constituí-los como verdadeiros direitos fundamentais per se ou apenas como mecanismos efêmeros de alcance de outros direitos fundamentais, tais como as chamadas liberdades públicas. Deste modo, poder-se-ia emparelhar determinados conjuntos de modelos jurídico-estatais de acordo com abordagem exercida diante de determinadas prestações estatais, a exemplo das prestações relativas à saúde pública, à assistência social e à previdência social. Neste último caso, o da previdência social, tem-se um imbricamento entre relações jurídicas de natureza tributária, previdenciária e constitucional (direitos fundamentais ou políticas públicas) que matizam de forma bastante distinta os modelos de ordenamentos jurídicos no mundo.

A partir da análise do papel dos argumentos na teoria do discurso, será investigado como o argumento da Reserva do Possível é utilizado como barreira à prestação estatal dos direitos fundamentais notadamente os prestacionais *strictu sensu*, seja pela redução de seu conteúdo, seja pela não prestação dos mesmos. Por meio deste tópico, far-se-á a demonstração de que o debate sobre a efetivação dos direitos fundamentais tende a se limitar na contraposição das teses do mínimo existencial e da reserva do possível, em face do não aprofundamento da doutrina e jurisprudência brasileira acerca das características situacionais que compõe a natureza dos direitos sociais prestacionais delineadas no a arcaibouço constitucional. O intento é demonstrar que a abordagem doutrinária e jurisprudencial realizada até o momento não buscou, conforme ditames da argumentação jurídica adequada, conhecer todas as situações possíveis acerca dos elementos fáticos e normativos que envolvem a norma de aplicação que pode ser construída a partir deste argumento. Apenas por meio deste debate discursivo, em que todos os falantes do discurso podem apresentar seus argumentos e estes racionalmente devem ser considerados para verificar a correção das proposições normativas é que se torna possível construir a norma justificada e de permitir a aplicação imparcial.

O tema guarda relevante importância, tendo em vista a crescente utilização do argumento da Reserva do Possível como última *ratio* a justificar a omissão do Estado à prestação dos direitos fundamentais. No plano acadêmico, a relevância do tema envolve o debate jurisprudencial focado em contrapor ao argumento da reserva do possível o princípio do mínimo existencial, sem distinguir a natureza da prestação estatal envolvida em face dos custos dos direitos, muito menos averiguar a existência de outros contrapontos possíveis.

Ao abrir-se o historiografia do instituto, encontra-se na Alemanha a origem deste, mais precisamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e do seu julgado BVerfGE 33, 303 de 1972. Um instituto similar, a servir de contraponto para um cotejo analítico encontra-se na obra *The Cost of Rights* dos autores Stefan Holmes e Cass Sustein, os quais abordam a realização de políticas públicas no contexto dos Estados Unidos.

Este resgate histórico faz-se necessário a fim de evidenciar as diferenças na proteção dos direitos nos contextos daquelas duas nações, evidenciando-se a sua diversidade, a fim de demonstrar que o conceito assume a função de aferir um significado dentro de determinado contexto, já que não haveria como compreendê-lo em abstrato, pois toda forma de interpretação impõe ser também uma forma de aplicação da norma.

Isto porque existem prestações estatais que são custeadas pelos próprios beneficiários, ainda que de forma subsidiada. Neste contexto indaga-se se é possível invocar a reserva do possível na efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, quando estes são custeados pelos próprios beneficiários? Há que se ressaltar que a ciência econômica, por exemplo, tende a rotular o dispêndio com os serviços de saúde e aposentadorias e pensões como “gasto público”, incluindo-os no mesmo rol de dispêndios orçamentários com serviços que não demandam custeio direto de seus beneficiários. Ocorre um tratamento uniforme para realidades diversas, que demandam enfoque especial, levando-se em consideração suas características fundamentais.

Assim, propõe-se analisar a relevância econômica dos direitos fundamentais, mais especificamente os de conteúdo prestacional, a fim de delimitar-se se esta seria realmente relevante ou se neutra, conforme classificação do publicista Murswiek (apud SARLET, 2008, p. 163). Esta questão torna-se importante a fim de balizar os contornos da norma de aplicação do argumento da reserva do possível na concreção dos direitos fundamentais de caráter prestacional.

2.1 A origem da reserva do possível: a decisão do tribunal constitucional alemão no caso do direito ao acesso à educação superior e a teoria dos custos norte-americana

A influência do constitucionalismo alemão e americano é patente em nossa história constitucional, ao lado da portuguesa, bem como na construção teórica dos direitos fundamentais. Nesse primeiro momento, é necessário demonstrar, em breve análise, qual o nível de vinculação do Direito brasileiro com as teorias oriundas dos contextos daqueles dois países, para estabelecer o conteúdo de fundamentação do argumento da reserva do possível, bem como o grau de aplicação, seus limites e restrições.

Assim, no contexto dos direitos fundamentais na Alemanha, vale frisar que a Lei Fundamental de Bonn não traz expressa a previsão de um rol de direitos fundamentais. Por certo, isto não deve levar a crer que o Estado alemão não seja um Estado social, uma vez que a história da efetivação dos direitos fundamentais naquele país influenciou todo o mundo. Basta lembrar a origem do seguro social alemão, cujo sistema serviu de base para a construção do sistema pátrio, a partir da estatização promovida na década de 60 do século passado. A base de sustentação dogmática dos direitos fundamentais na Alemanha encontra-se no princípio da dignidade da pessoa humana, este sim expresso na Lei Fundamental germânica. Hesse, dentre outros, demonstra que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se positivado pela Lei fundamental no seu art. 1º, bem como aponta a previsão da possibilidade de restrição a um direito fundamental em seu art. 19, mas preservado o núcleo essencial, conforme apontado por Hesse (1991). Desta base, encontra-se o eco que retundantemente é evocado na doutrina brasileira acerca da matriz dos direitos fundamentais.

No contexto brasileiro, é consabido que a Constituição da República Federativa do Brasil é analítica e, portanto, apresenta extenso rol de direitos fundamentais, com detalhamento de vários desses. Note-se, assim, uma importante distinção entre a teoria de direitos fundamentais alemã e brasileira, uma vez que as bases dogmáticas de argumentação são distintas. Por certo, o contexto alemão é diverso do contexto pátrio, como se pode inferir dos dizeres de Härbele (2002, p. 85):

As Constituições estaduais alemãs após 1945 e 1989 foram generosas em matéria de dignidade humana. Cláusulas a respeito da dignidade humana encontram-se, em parte nos seus preâmbulos, mas também em seus catálogos de direitos fundamentais, aqui não apenas no tradicional contexto dos clássicos direitos de liberdade, mas também em sua da pessoa humana como ponto de partida. O mesmo ocorre com a disciplina da dignidade no art. 1º; ou então no início de uma Constituição como objetivo pedagógico primário. A semelhança de conteúdo entre os preâmbulos, artigos inaugurais de conexão com a ordem econômica ou mesmo em contexto de modo algum

evidente. Preâmbulos, como essência de uma Constituição, conferem um significado singular a dignidade Constituições e objetivos pedagógicos expressos remetem a uma profunda e substancial conexão.

O art. 1º da Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã - *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) prescreve que: “Todos os agentes da autoridade pública tem o dever absoluto de respeitar e proteger”, o que permitiu o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais. É necessário esclarecer, nos casos dos direitos sociais, estes podem ser exigidos no plano individual, ou seja, também são caracterizados como direitos subjetivos.

A possibilidade de se exigir concretamente a efetivação de direitos sociais no contexto alemão parte de uma paulatina evolução doutrinária e jurisprudencial. Segundo Martins (2005), os limites de concreção de direitos fundamentais foram delineados a partir da construção do argumento da reserva do possível, na decisão n. 33 do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 33, 303), no ano de 1972. O caso tratou do acesso a vagas no ensino superior, partindo-se da análise do art. 12, §1º da Lei fundamental, que garante a todos alemães o direito de eleger sua profissão, o lugar de trabalho e sua formação. Note-se que o conteúdo do dispositivo da norma em comento tem relação com uma liberdade de primeira dimensão, no conjunto das liberdades públicas no contexto brasileiro, mas o Tribunal alemão reconheceu a dimensão subjetiva desses direitos, bem com no âmbito social de acesso ao ensino superior.

Quanto aos limites desse direito subjetivo, ou seja, se que toda e qualquer pessoa que queira cursar terá sua vaga garantida pelo Estado, o Tribunal entendeu que o acesso é restrito a um número de vagas, pois somente seria possível exigir do Estado algo razoável. Cunhou-se a expressão *Vorbehalt des Möglichen*, a qual foi traduzida pela doutrina brasileira como “reserva do possível”, cujo sentido seria aquilo que a sociedade pode exigir do Estado. Em outras palavras, reserva do possível é aquilo que é proporcional/razoável que a sociedade exija do Estado. Em análise da decisão do Tribunal Constitucional alemão, cujo trecho encontra-se transcrito abaixo, infere-se como a reserva do possível está inserida no contexto argumentativo da decisão,

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade.

Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros. Junto a tais decisões, os órgãos estatais competentes deverão se orientar, de um lado, pelas reconhecíveis tendências de demanda por vagas no ensino superior, pois uma orientação exclusiva por investigações de necessidade, de qualquer forma difíceis de serem realizadas, poderia provocar direcionamento profissional e exame de necessidade não permitidos, e na qual restaria reduzido o significado da livre autodeterminação enquanto elemento constitutivo de um ordenamento de liberdade. Por outro lado, **um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social.**(MARTINS, 2005., p. 663-664)

Conquanto a razoabilidade e proporcionalidade sejam elementos constituintes da limitação para a reserva do possível, bem como constituindo "limite aos limites" dos direitos fundamentais de forma ampla, não se pode reduzir a reserva do possível a apenas à dimensão econômica, uma vez que tal limitação é constituída a partir da decisão político-constitucional de determinada sociedade, que estabelecerá o razoavelmente exigível, conforme leciona Kelbert:

Isso faz com que muitas vezes se ignorem as circunstâncias em que este termo foi cunhado, quando, por exemplo, se equipara a reserva do possível à dimensão econômica dos direitos sociais, o que está correto apenas em parte, já que o sentido verdadeiro abrange outras dimensões. Com efeito, ao analisar algumas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha, Olsen conclui que as pretensões exigidas do Estado são compreendidas em face da razoabilidade e da proporcionalidade da pretensão face à necessidade de realização do direito. Assim, a autora afirma que viola a reserva do possível a pretensão que, se satisfeita, pode gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social, pois a satisfação de alguns direitos pode afetar a realização de outros, devendo ser feita uma ponderação dos interesses contrapostos. Imposta referir ademais, que antes do Tribunal Constitucional proferir essa decisão, Häberle já havia traçado os primeiros contornos do que veio a ser a reserva do possível. Para o autor, uma questão importante era justamente saber se os direitos fundamentais devem ser satisfeitos na medida da capacidade econômica prestacional do Estado ou se o conteúdo prestacional deveria existir na medida dos direitos fundamentais. Segundo ele, a pressão normativa para efetivar os direitos fundamentais subsistiria, mas não se pode exigir do Estado (prestacional) o impossível. Kelbert (2011. p. 70).

Neste contexto, a pressão normativa deve ser haurida a partir da incidência do modelo determinado pela Constituição como repositória primeira dos direitos para a caracterização de sua fundamentalidade, deve ser a matriz sobre o qual incidirá produção normativa hermenêutica. Certamente, não se pode exigir o impossível, uma vez que, ainda que não expressos, existem limites outros à concreção dos direitos fundamentais. Mendes (2000), em cotejo dos dispositivos constitucionais e com base na jurisprudência do STF, denomina os “limites aos limites”, elencando, além da legalidade disposta no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, para o qual aponta como fundamento o princípio do devido processo legal na sua dimensão substantiva e a proibição de restrições casuístas, esta última fundada no princípio da igualdade.

Limites aos direitos fundamentais, em termos sumários e compreendidos em sentido amplo, podem, numa primeira aproximação e de acordo com a fórmula de Jorge Reis Novais, ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (*aspecto subjetivo*) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (*aspecto objetivo*) que resultem dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 366)

De qualquer sorte, tais limites tem fundamento constitucional, decorrem do exercício político de uma comunidade organizada e, portanto, aprioristicamente representam os signos de razoabilidade e proporcionalidade proposto por uma sociedade, cujos membros assumem compromissos em relação ao Estado e este em relação aos cidadãos, de modo que não se pode obrigá-lo a realização ilimitada dos desejos da sociedade, numa limitação muito além de meras questões orçamentárias, mas decorrentes do próprio pacto constitutivo da comunidade organizada. Tratando do tema das limitações no âmbito do regime constitucional, Sarlet assevera que

Desde logo, sem que se vá aqui avançar no ponto, é preciso ter presente que o regime jurídico-constitucional das reservas legais está sujeito a rigoroso controle e que existem uma série de exigências daí decorrentes, parte das quais será versada na parte relativa aos limites dos limites dos direitos fundamentais. De outra parte, como já anunciado, afiguram-se possíveis limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que legitima o estabelecimento de restrições, ainda que não expressamente autorizadas pela Constituição. Em outras palavras, direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais,

de tal sorte que há mesmo quem tenha chegado a sustentar a existência de uma verdadeira “reserva geral imanente de ponderação”, embora tal afirmação deva ser recebida com a necessária cautela, além da existência de algumas ressalvas, questão que aqui (e por ora), todavia, não será desenvolvida. (SARLET, 2012, p. 367)

Conquanto apontadas pelo autor estas espécies de limitações à concreção dos direitos fundamentais, existe evidência de que os limites levados ao debate envolvem limitações orçamentárias, os quais encontram outra argumentação baseada na teoria dos custos dos direitos, o que torna obrigatória a análise do contexto da obra *The cost of rights* (HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R., 2000). Vale advertir que a teoria dos custos do direito americano parte da análise de um modelo de Estado Liberal, em que a proteção dos direitos sociais não é propriamente um dever estatal. Naquele contexto, as atividades estatais tendentes a realizar direitos sociais pendem para o conteúdo das políticas públicas no Estado Liberal, a fim de dar a todos o mesmo ponto de partida. Assim, um exemplo clássico é o sistema de escolas públicas. Veja-se Bitencourt, analisando este argumento

Isso, pois, a teoria dos custos do direito de fruto do direito norte-americano indiscutivelmente parte da análise de um sistema conhecido como Liberal, que até possui programas assistencialistas, mas em que a proteção dos direitos sociais não é propriamente um dever do Estado, como no caso brasileiro.(BITENCOURT, 2015, p. 4)

Bittencourt(2013) traça um paralelo entre os sistemas americano e europeu, advertindo que o tratamento no sistema americano dos programas de direito coletivo tem a política de acesso regulada pelos Estados(membros), uma vez que a Constituição Americana estabelece apenas as garantias mínimas. Com efeito, “ela não garante como princípio fundamental a dignidade humana, e nem mesmo prevê os direitos sociais como um dever do Estado como no caso da Constituição brasileira” (BITTENCOURT, 2013, p. 119). Isto porque, para a teoria dos custos, o direito social já nasceria com restrições de natureza orçamentária, com limitações financeiras.

Infere-se que o argumento da reserva do possível não é aplicado em nenhuma de suas vertentes apontadas acima no caso do direito brasileiro. Decerto, a vertente alemã tem uma direção distinta da que diuturnamente se debate na doutrina brasileira, uma vez que a base para se discutir a reserva do possível é a realização da dignidade da pessoa humana. Sobre as distinções entre a reserva do possível na decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão e na obra de Holmes e Sustain, esclarece

Torres (2010, p. 70) que “a doutrina alemã que versa sobre a reserva do possível está dentro da discussão dos direitos fundamentais, enquanto a teoria americana trabalha os custos dos direitos de liberdade”. Em outras palavras, na teoria alemã parte-se da discussão sobre a realização de direitos fundamentais, ou seja, qual conteúdo dos direitos fundamentais deve ser realizado para se garantir a dignidade da pessoa humana, para se chegar a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais, em argumentação de razoabilidade e proporcionalidade acerca do que é possível exigir da sociedade como financiamento do orçamento público necessário à realização no plano fático das respectivas prestações estatais. Isto leva às considerações acerca dos chamados “limites aos limites” dos direitos fundamentais, inspirados no artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn. Em outras palavras, seriam marcos delineadores do núcleo duro dos direitos fundamentais, enquanto “vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental”, assim entendidos como os “deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado” (Novais, 2003, p. 157). Sarlet (2012) entende que a Constituição Federal de 1988 alberga o dever de proteção o núcleo essencial dos direitos fundamentais em virtude da previsão constante do parágrafo 4º do artigo 60 da Carta, uma vez que aludido dispositivo prevê um limite material ao poder reformador.

Em contraponto, na doutrina americana o custo dos direitos já é elemento destes, ou seja, os direitos devem ser realizados na medida do orçamento público. Em outros termos, em primeiro lugar define-se o orçamento público e em segundo lugar define-se o conteúdo das prestações estatais. Pode-se afirmar que não há conformação de fundamentalidade para os chamados direitos sociais no quadro dos Estados Unidos, uma vez que estas são apenas prestações estatais limitadas e limitáveis que servem como instrumental para realizar a estabilização social.

Neste sentido, Holmes e Sustain (2000, p. 207) justificam esses serviços públicos de forma instrumental, pois os governos liberais devem evitar grandes disparidades sociais entre seus cidadãos, tendo em vista que, se as diferenças entre eles forem extremamente acentuadas, o ódio entre as classes começam a ameaçar a estabilidade social e do regime da propriedade privada em si. A finalidade não é a realização de um conteúdo fundamental de direitos, mas evitar distúrbios sociais graves que possam ameaçar a própria existência da sociedade.

A garantia dos direitos sociais se insere como uma política estatal para garantir o funcionamento do Estado e a garantia das liberdades. Para Holmes e Sunstein (2000. p. 52-53) “direitos são serviços públicos que o Governo presta em troca de tributos”. Note-se a clara vinculação dos direitos com serviço público e sua vinculação com os tributos. Holmes e Sunstein (2000. p. 43), afirmam que levar os direitos a sério é levar também a sério a questão da escassez de recursos, bem como:

Onde há um direito, há uma ação para defendê-lo” é uma máxima legal clássica.

Indivíduos gozam de direitos, num sentido legal como oposto a moral, somente se males por eles sofridos forem justa e previsivelmente reprimidos pelo seu governo. Este simples fato revela a inadequação da distinção entre direitos negativos e positivos. Ele demonstra que todos os direitos legalmente protegidos são necessariamente direitos positivos.

Direitos são custosos porque ações são custosas. [...] Quase todo direito implica um dever correlato, e deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público servindo-se dos cofres públicos.

No caso brasileiro, a Constituição da República de 1988 atribui ao intérprete constitucional o dever de atuar em papel contramajoritário, no sentido de que a Constituição estabeleceu os pilares à realização dos fundamentos da República a fim de realizar o valor da dignidade da pessoa humana, os quais devem ser defendidos. Nesse sentido, o constitucionalismo pátrio se esforça na construção de universalizações na aplicação das normas constitucionais, a partir da delimitação da referida norma. Dessa forma, faz-se necessário (re)construir o conceito do instituto da reserva do possível a partir do constitucionalismo contemporâneo brasileiro, com as cautelas necessárias atinentes ao exame de suas peculiaridades pátrias.

Nota-se que as proposições normativas decorrentes da aplicação hermenêutica sobre o texto da Constituição Federal de 1988 são diversas dos textos constitucionais alemão e português. O fato de a eficácia(jurídica e social) dos direitos fundamentais que não integram um rol dos direitos fundamentais em determinados Estado, depender, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna, conforme lição de Sarlet(2006), não responde completamente à questão da possibilidade de seu exercício e quais os limites para tanto, uma vez que também dependerá dos status jurídico que esta mesma ordem lhes atribui, visto que, sem a instrumentação jurídica necessária, faltar-lhe-ia a necessária cogência. Para este autor, revela-se que o processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, ressaltando, dentre outros

aspectos, a dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais, que se desprenderam, no mínimo em grande parte – de sua concepção inicial de inspiração jusnaturalista. Dessa forma, os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos integram, aos lados dos princípios estruturais e organizacionais, a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. Alerta Sarlet que ocorre um maior esforço de melhor concretização dos direitos humanos e fundamentais, todavia, com déficit de dialogo entre as legislações ,quando ao buscarem a promoção de alguns direitos, implicam compressão demasiada de outros. O tempo, a reflexão crítica, o debate na esfera pública e a prática decisória dos tribunais são os foros para o aperfeiçoamento. Uma vez estabelecidas às normas que garantam a aplicabilidade dos direitos fundamentais, o Estado encontra-se impedido de retroceder e reduzir, anular, revogar ou extinguir tais direitos. Dessa forma, Estado está vinculado às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes. Por outro lado, os valores mais importantes a Carta Política, também são instrumentalizados como valores ou fins diretivos para ação positiva do Estado, ou, dito de outra forma, são *vetores* da ação estatal na concretização dos direitos fundamentais. Conclui-se daí que, no caso brasileiro não se trata da aplicação mínima dos direitos fundamentais, mas da aplicação com o máximo de efetividade, uma vez que apenas a Constituição estaria autorizada a limitar a realização de direitos fundamentais, o que não fez, nem estabeleceu limites não expressos ou decorrentes da conformação infraconstitucional, como fizeram a Constituição Portuguesa de forma expressa e a Constituição Espanhola (artigo 53, nº 1, a qual submete os direitos e liberdades do capítulo II de seu título primeiro a regulação por lei). Dessa forma, não caberia a utilização genérica da escassez de recursos, a que se chama indevidamente de reserva do possível (ou se deveria dizer doutrina brasileira da reserva do possível), para impedir e isentar o Estado do cumprimento de serviços tendentes a realizar direitos fundamentais. Nesse azo, Sarlet salienta que

O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da

efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, §1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos (SARLET 2012, p. 265)

A mesma opinião é compartilhada por Eros Grau (2015, p. 125), para quem a reserva do possível “não pode ser reduzida **a limite posto pelo orçamento**, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”. O orçamento público, num regime democrático de direito, constitui em espécie normativa oriunda do debate legislativo, com a devida abertura democrática à participação popular para a informação e formação de lei representativa dos desejos e anseios sociais com o fim de realizar as promessas constitucionais, com o fim de maximização dos direitos fundamentais em decorrência do dever de proteção do Estado. Nessa óptica, analisando-se acerca do desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, Sarlet aponta que

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. [...] Neste contexto, se é correto – como leciona Dieter Grimm – que os deveres de proteção, por exigirem intervenções por parte dos órgãos estatais – resultam em restrições de direitos, acarretando, nesta perspectiva, uma redução do âmbito de liberdade individual, tais restrições, vinculadas precisamente à necessidade de proteção de bens fundamentais (além de sujeitas, convém acrescentar, ao regime dos limites dos limites dos direitos fundamentais, nomeadamente, o respeito às exigências da proporcionalidade e da garantia do núcleo essencial) têm sempre por escopo a maximização dos direitos fundamentais, visto que as restrições objetivam, no plano geral, mais proteção da liberdade e dos direitos fundamentais das pessoas no âmbito da comunidade estatal. Assim, os deveres de proteção não constituem – na dicção de Gomes Canotilho – “um simples dever de ação do Estado para proteger bens ou promover fins constitucionais, mas de um dever de ação para ‘segurar’ direitos consagrados e protegidos por normas constitucionais”. (SARLET, 2012, p. 128-129).

Este dever de ação para assegurar os direitos fundamentais, aponta o mesmo autor, não se restringe ao Estado Administrador (Executivo), mas também ao Legislativo e ao Judiciário, aos quais está vedado interpretações que criem restrições

não previstas na Constituição. Conquanto o artigo 5º, § 1º, da CF determine que as normas atinentes a direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis e alcançar sua plena eficácia independentemente de qualquer ato concretizador, conforme Sarlet (2012) não significa a inexistência de limites a esta atividade, que não podem ser desconsiderados. Todavia, tais limites não de ser derivados da hermenêutica constitucional, em face do repositório e base de fundamentação em que se constitui a Constituição para os direitos fundamentais.

Considerando-se que o argumento da reserva do possível, nos moldes oriundos da jurisprudência alemã, é caracterizado como aquilo que a sociedade pode exigir do Estado, ou seja, do que é proporcional/razoável que a sociedade exija do Estado Social, a ponderação é elemento chave para sua perfeita interpretação. Noutras palavras, considerando a dimensão subjetiva dos direitos sociais, o indivíduo pode exigir do Estado aquilo que razoavelmente se poderia exigir dele. Entretanto, a confusão doutrinária parece ligar umbilicalmente o argumento da reserva do possível com a teoria dos custos dos direitos americana, que não possui vinculação direta com a realização do núcleo fundamental da dignidade da pessoa humana, em vez disso, parte-se de seu conteúdo econômico para delimitar seu conteúdo jurídico.

A partir dessa moldura hermenêutica, propõe-se discutir que as questões orçamentárias na concreção dos direitos sociais devem levar em conta a natureza do orçamento, a natureza dos tributos envolvidos no custeio desse orçamento, a diversidade constitucional a evidenciar várias espécies de direitos sociais, a fim de uma correta aplicação do argumento da reserva do possível. Dentro deste quadro, uma análise da norma orçamentária revela que a questão da disponibilidade de recursos financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais sociais pode ser vista como uma escassez antes artificial que natural.

Dessa forma, é necessária uma incursão em análise da conjuntura das normas sobre orçamento público e tributação previstos na Constituição da República de 1988, sem pretensão de se esgotar o tema, mas com o fim de evidenciar a insuficiência dos discursos pragmáticos quando o problema versar sobre a concretização dos direitos sociais prestacionais. Conforme alerta Bitencourt (2013), os recursos financeiros se tornam escassos para uma determinada finalidade prevista porque houve uma decisão política ou administrativa que os manejou para outro fim.

Veja-se o caso do direito à saúde, em que “aplicação da reserva do possível adquire uma dimensão especial, na medida em que um direito fundamental revestido

da maior significância, o direito à saúde, é confrontado com questões de cunho financeiro.” (LEAL, 2015, p. 7). Nota-se a distinção entre as prestações previdenciárias e as da saúde, uma vez que aquelas tratam, na esmagadora maioria das vezes, em prestações pecuniárias, enquanto as últimas são serviços estatais, nas quais

Um dos maiores desafios dos gestores da saúde encontra-se, contudo, nas ações judiciais, visto que elas geram individualização da demanda em detrimento do coletivo e levam à desorganização dos serviços; em outras palavras, ao decidir demandas individuais e interferir no orçamento público, o Judiciário, por vezes, não tem uma visão mais ampla do todo e acaba por desestruturar o planejamento da política pública em sentido amplo. (LEAL, 2015, p. 7).

A partir da classificação do publicista Murswiek(2002) citado por Sarlet (2008), pode-se chamar de relevância econômica a característica de o direito fundamental prestacional implicar em exigências financeiras a serem arcadas de maneira *erga omnes* pelos membros da sociedade. Desenvolvendo-se o argumento, a partir do contexto democrático e constitucional, pode-se dizer que, quando a prestação estatal depender de recursos do orçamento geral dos tributos – de espécies exigíveis de todos os membros da sociedade, os limites orçamentários se tornam, via de regra intransponíveis ao pálio dos argumentos de razoabilidade e proporcionalidade. Todavia, quando o custeio da prestação estatal estiver vinculada ao pagamento de taxas ou tributos vinculados diretamente seu financiamento e for feita pelos beneficiários desse serviço público(em sentido amplíssimo), o argumento da reserva do possível e dos custos dos direitos cai por terra, uma vez que a exigibilidade de sacrifício não recai mais sobre toda a sociedade, mas, sim, recai apenas sobre os beneficiários de prestação estatal determinada. Esta questão torna-se importante a fim de balizar o perfeito enquadramento do direito às prestações da Previdência social como direito subjetivo a prestações estatais, bem como quais as limitações à sua efetivação, e se dentre tais limites encontra-se o argumento reserva do possível. Em princípio a este debate, Sarlet(2008, p. 289) aponta que “alguns autores sustentam que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para se decidir onde aplicar os recursos, a depender da conjuntura socioeconômica global”. Todavia, a Constituição da República de 1988 traça um arcabouço tributário e orçamentário-fiscal, nas quais se delineiam linhas de atuação e destinação em nível de macroatividades estatais abrangidas.

Por outro lado, Canotilho (1999. p. 369) salienta sobre o tema que “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das

condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”. Conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garanta a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a ocorrência de insuficiência de recursos verdadeiramente pode limitar a efetivação deste direito no plano fático de sua concretude. Bigolim (2004, p. 76) apresenta três caminhos para a problemática levantada, sendo a primeira

a dos que entendem serem passíveis de tutela judicial imediata todos os direitos classificados pela Constituição como Fundamentais; a dos que entendem serem passíveis dessa tutela apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a reserva do possível, a depender de mediação legislativa e dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que seriam sempre instantaneamente tutelável, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível e/ou interposição legislativa.

Note-se que, para efeito de cotejo, no caso de Portugal, cujo direito constitucional teve forte influência sobre o Constituinte originário de 1988 no Brasil, a respectiva Constituição prevê expressamente um regime jurídico diferenciado para os direitos sociais. Assim, os chamados “direitos, liberdades e garantias” que, em síntese, abrangem os direitos de defesa, são dotados de eficácia plena e imediata aplicabilidade¹, além de integrarem o rol das “cláusulas pétreas”. Como bem explica Andrade (1987, p. 78) no que tange aos “direitos econômicos, sociais e culturais” não são imediatamente aplicáveis e não integram as “cláusulas pétreas” da Constituição Lusitana de 1976.

Todavia, no caso brasileiro, cumpre ressaltar a inexistência de regime jurídico diverso para os direitos de defesa e os prestacionais, o que pode ser demonstrado pelo fato de os direitos sociais terem sido incluídos no Capítulo II do Título II sem qualquer ressalva sobre um regime jurídico distinto, o que leva à compreensão de que possuem o mesmo regime dos demais direitos fundamentais. Vale frisar que,

¹ Em relação a temática da imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, vale frisar que o constitucionalismo português, em face da previsão na Carta Magna daquele país prever um regime distinto de concreção jusfundamental, desenvolveu a teoria do dirigismo constitucional, pela qual afasta-se a tese da existência de normas constitucionais programáticas desprovidas de eficácia jurídica, na qual, todavia ocorreram recuos posteriores em vários pontos. Para um melhor aprofundamento, vide *Canotilho e a Constituição Dirigente. Renovar, 2005*, obra na qual se fez a coletânea de intervenções orais havidas no simpósio realizado em 21 e 22 de fevereiro de 2002, nas cidades de Curitiba e São Luís do Purunã (Fazenda Cainã), promovido pelo Programa da Universidade Federal do Paraná, sob a direção do Professor Jacinto Coutinho, com a participação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dedicado à discussão de alguns dos mais recentes posicionamentos teóricos do Professor José Joaquim Gomes Canotilho, no que respeita, especialmente, a algumas idéias e interpretações que eram sugeridas em sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*.

tradicionalmente, as Constituições anteriores os albergavam no título concernente à ordem econômica. Essa formulação topológica adotada pela Constituição de 1988 está em conformidade com o compromisso de um Estado Social, particularmente nos artigos 1º e 3º do Texto Fundamental. Ademais, o § 1º do artigo 5º dispõe que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, não tendo sido efetuada, vale frisar, qualquer diferenciação entre os direitos fundamentais clássicos e os direitos sociais, como afirma Canotilho (2001). Neste ponto, destaca Bonavides (2007, p. 642) que

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder. Em função disso, essa dignidade se fez artigo constitucional em nosso sistema jurídico, tendo sido erigida por fundamento de um novo Estado de Direito, que é aquele do art. 1º da Carta Política da República. Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais “a Sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º).

A partir daqui, necessário apoiar-se em Sarlet (2004. p. 151-153), para ressaltar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

Desde já, percebe-se que, com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não está se fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja. Assim, podemos partir da premissa de que ao versarmos sobre uma perspectiva dos direitos fundamentais não estamos considerando esta no sentido de um mero “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva dos direitos fundamentais significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.

Nesse sentido não restam dúvidas quanto ao reconhecimento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos sociais, sendo a primeira perspectiva revelada em estes direitos terem conteúdo voltado à vida em coletividade. Os mesmos são valores tutelados, nessa dimensão objetiva, como “standards mínimos”, e podem ser sindicalizados individualmente ou coletivamente. Deve-se, então, advertir que o argumento da reserva do possível deve ser contextualizado com o modelo de Estado Constitucional, a partir das razões de fundamentação, dos discursos de aplicação sob a ótica da Teoria do Discurso, que evidenciam esta dimensão objetiva dos direitos

fundamentais em determinado Estado.

Mesmo evidenciando tais diferenças, existem vários argumentos contrários ao reconhecimento das prestações estatais como direitos fundamentais. Sarlet (2008, p. 136) trata deste tema ao analisar o direito fundamental à saúde, em contexto que pode ser expandido para os demais direitos prestacionais, ao dizer que

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistências social, moradia, etc), prende-se ao fato de que se cuidar de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portando, submetidos a uma reserva do possível. [...] Resta consignar, nesta quadra de exposição, que no caso específico do fornecimento de medicamentos, os argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo a prestações diretamente deduzido na Constituição esbarram até mesmo na existência de legislação específica.

Desta quadra, infere-se a necessidade de avaliação de qual modelo de Estado Constitucional está-se a tratar, verificando qual rol de direitos fundamentais contempla, se contempla direitos sociais prestacionais e de que maneira os faz. Isto porque não se pode importar modelos de direitos fundamentais (e suas limitações já traçadas) de outro Estado constitucional sem a devida análise da contextura histórica, cultural e jurídica nas quais foram moldados e a compatibilidade com o contexto pátrio.

Disto decorre que, somente a partir da análise da Constituição de 1988 (e não dos direitos fundamentais na forma oriunda de uma constituição estrangeira) é que se podem balizar a existência de limites aos direitos prestacionais em determinado contexto jurídico, neles inclusos o direito sociais previdenciários, e não a partir de institutos jurídicos alienígenas, cuja leitura hermenêutica no direito brasileiro produziu confusões e misturas indevidas, com ocorre no caso do argumento da reserva do possível.

No campo das prestações previdenciárias, a prestação envolve, como dito, obrigações pecuniárias, não menos imunes à ingerência estatal. Como visto acima, a reserva do possível, na forma oriunda da Corte Constitucional Federal da Alemanha, foi conceituada no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode fazer em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Deve-se questionar se todos os direitos sociais prestacionais estariam sujeitos à “reserva

do possível”, no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Não se parte do orçamento para se dizer o conteúdo do direito, mas sim, parte-se de qual conteúdo de direito prestacional a sociedade entende racionalmente como desejável e alcançável para se projetar o orçamento, e demais ações estatais e da sociedade para sua concretização, uma vez que o processo legislativo na confecção da peça orçamentária no Estado Democrático de Direito pressupõe o processo legislativo formalizado como norma jurídica, e que teoricamente representa os desejos e anseios da sociedade, respeitando as escolhas jusfundamentais matizadas na Constituição. Quando se coteja a tese da reserva do possível com o direito social previdenciário, faz-se para verificar se, de início, o ajustamento do socialmente desejável em termos de previdência ao economicamente possível, a partir do discurso em que sopesa a moldura constitucional que tutela juridicamente direitos fundamentais.

Conquanto a Constituição de 1988 garanta a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, neles incluídos o direito à Previdência Social, a ocorrência de insuficiência de recursos verdadeiramente pode limitar a efetivação deste direito no plano fático de sua concretude. Sem dúvida, devem-se separar as situações de escassez real daquelas em que a insuficiência de recursos fora forjada, a qual tem origem na incompetência, desleixo, má administração dos recursos públicos ou mesmo manipulação de dados financeiros para atingir interesses não contemplados na ordem jurídica. Esta temática da insuficiência argumentativa do déficit previdenciário será abordada no Capítulo IV. De qualquer sorte, transpondo-se para o plano de benefícios, a garantia de benefícios para além dos requisitos mínimos que atenda as situações de morte, idade avançada, incapacidade, maternidade e desemprego involuntário, dependerá das condições materiais do Estado, ou seja, da reserva do possível. Destarte, os benefícios não abrangidos pela característica da fundamentalidade, no sentido de não estarem abrangidos pelo conteúdo do mínimo existencial, dependeriam da capacidade do Orçamento da Seguridade Social em fazer-lhes frente, como salário-família e a aposentadoria por tempo de contribuição, pois não apresentam de plano a característica de risco ou contingência social na aceção mais gravosa do termo, ou seja, que impeça o exercício de atividade remunerada.

Por outro lado, levanta-se a tese de que o custo desses benefícios já foi *paga*, arcada, pelos seus beneficiários, ainda que de forma subsidiada, dado o caráter objetivo deste direito fundamental a chamar a responsabilidade do custeio para toda a sociedade, cabendo, talvez, discutir os limites do subsídio. Cabe lembrar que o financiamento da Previdência Social, em virtude do princípio da Tríplice Fonte de Custeio, apresenta fontes nos recursos oriundos de contribuições das empresas, dos trabalhadores e do Estado. A este último cabe a tarefa de financiar com tributos gerais os subsídios na área previdenciária, cuja decisão política decidiu seguir. Nesse esteio, uma vez que se trata de uma prestação estatal já adimplida pelos beneficiários, já íntegra seu patrimônio jurídico. Trata-se, portanto, de direito adquirido, não se podendo levantar óbice ao seu adimplemento por parte do Estado, uma vez cumpridos os requisitos para sua obtenção. Nesse sentido, só haveria direitos previdenciários “máximos”, ou seja, devem ser concedidos na exata medida em que foram adimplidos pelos seus beneficiários, não se podendo falar em redução do conteúdo de suas prestações sem obediências às peculiaridades que regem estas prestações estatais.

Tendo em vista que os direitos de cunho prestacional são instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana e visam a propiciar uma vida digna, em que seja assegurado o mínimo existencial, em condições de vida saudável, Sarlet (2004) aponta no sentido que de se encontram a serviço da igualdade e da liberdade material, pois protegem a pessoa contra as necessidades de ordem material, provendo uma existência digna, alertando que uma vida com dignidade é mais do que a garantia da mera existência humana, o qual seria o mínimo vital, mas sim, uma vida com dignidade, saudável, no sentido designado como uma vida boa.

Assim, a dignidade da pessoa humana consiste em limite à atividade restritiva do legislador, do administrador público e do julgador, porquanto pode ser, via de regra, identificada como o próprio núcleo essencial dos direitos fundamentais, já que está contida em maior ou menor medida neles. Pode-se aferir, a priori, que o direito social previdenciário mínimo seria uma prestação econômica ou de serviços que garantam um padrão social mínimo aos beneficiários (segurados e dependentes). Poder-se-ia objetar que também um direito social previdenciário mínimo tem efeitos financeiros consideráveis, mas isto não é impedimento para a realização deste direito em padrões mínimos, porquanto a competência pressuposta do legislador não é um princípio

absoluto e ilimitado. Mas seria mesmo esta a única abordagem possível? Será que todos os direitos fundamentais sociais deve receber o mesmo tratamento?

Em breve síntese, a resposta é que deve-se observar quais os direitos sociais prestacionais cujo custeio guarde certa referibilidade quanto aos destinatários, por meio de taxas ou contribuições específicas, não deve ter a proteção apenas no que tange a um mínimo possível. Isto porque, para aqueles direitos prestacionais caracterizados pelo autocusteio, como o caso das prestações previdenciárias, são insuficientes os critérios gerais e, por vezes indeterminados, do mínimo existencial para se especificar quais os *standards* mínimos de exigibilidade social de sua efetivação.

Nesse sentido, Reis (2010, p. 3327) aponta que

Para que haja a concretização de nível infraconstitucional dos direitos sociais, há de se possuir uma força no sentido de impedir a supressão, ou, mesmo, a diminuição de tais promessas, caminho que se abre nesse momento, eis que. Apoiado no princípio da solidariedade, como força propulsora da realização das premissas sociais, busca-se imprimir uma interpretação jurídica com base na hermenêutica filosófica que direcione a busca de uma sociedade realizada em sua plenitude.

O que se destaca aqui é que, assim como ocorreu na discussão acima acerca do argumento da reserva do possível (enviesada pelas distorções apontadas), deve-se partir de nosso arcabouço constitucional para se determinar quais limitações aos direitos prestacionais. Reis, como visto acima, aponta que a discussão deve ser balizada pelo princípio da solidariedade, com esteio na retomada das finalidades constitucionais. Para tanto, são necessários o uso de instrumentos de ação no mundo real para delinear a construção de um nível mínimo de solidariedade nas relações sociais.

A partir da discussão do conteúdo do princípio da solidariedade na matiz constitucional, será possível definir o conteúdo dos *standards* mínimos de proteção social previdenciárias, bem como o arcabouço constitucional para atingi-los.

Dessarte, propõe-se o proferimento no sentido de que nenhuma das realidades jurídicas e históricas daqueles dois países analisados, possuem compatibilidade plena com a Constituição brasileira, o qual será desenvolvido a partir de uma análise mais acurada da natureza das prestações previdenciárias. Antes disso, será necessária a discussão acerca da classificação dos direitos sociais prestacionais, para a definição

de uma matriz compatível com a Constituição.

2.2 Espécies de direitos sociais prestacionais

Uma vez que o trabalho do intérprete acerca da abrangência da norma se dá em um momento anterior à sua aplicação, a análise da natureza jurídica dos direitos sociais prestacionais passa pela análise hermenêutica das normas que os regem. Nesta investigação acerca do conteúdo da norma, será iniciada a investigação sobre o que está ou não no conteúdo do argumento da reserva do possível e, dessa forma, investigar sobre os casos de sua incidência, como um limite imanente à realização de direitos. Como observou Alexy (2008), definido o âmbito da norma, ele se aplica ao caso concreto como uma regra, no sentido de que os fatos que são apresentados ao intérprete ou se encaixam com perfeição na moldura normativa previamente estabelecida. É mister, no caso da reserva do possível, delinear qual a moldura normativa do argumento a fim de, somente assim, verificar o perfeito “encaixe” dos diversos direitos prestacionais e, conseqüentemente, sua incidência.

Para Günther, apenas com a diferenciação entre juízo de fundamentação e aplicação seria possível oferecer um critério racional para a constituição da normatividade jurídica. Deste modo:

Apenas entre normas universais e singulares existe uma contradição em sentido excludente. Essa distinção depende das propriedades lógicas das expressões que utilizamos na formulação de uma norma. Enquanto termos singulares designam uma constante de indivíduos, termos universais consistem de variáveis de indivíduos que podem ser compostos por mais de uma constante. Sucintamente, generalidade é o oposto de especificidade, enquanto universalidade é compatível com a especificidade, significando meramente a propriedade lógica de ser governada por um quantificador universal e de não conter constantes individuais. Conseqüentemente, mesmo uma norma altamente específica a uma situação ainda pode ser universal, conquanto os termos referentes às características da situação possam ser aplicados a mais de um referente. (GÜNTHER, 2004, p. 29).

Este critério racional da verdade das proposições normativas é definido por Habermas como “correção”, enquanto modos de agir com caráter obrigatórios, com prescrições ou proibições, uma vez que

A “verdade” de proposições descritivas significa que os estados de coisas enunciados “existem”, enquanto as “correções” das proposições normativas refletem o caráter obrigatório dos modos de agir prescritos (ou proibidos). Kant pretende fazer justiça a esse saber epistêmico e saber prático distinguindo, relativamente a faculdade de conhecer e desejar, uso teórico de

um uso prático da razão. Embora a razão teórica seja produtiva em um sentido transcendental, a razão prática tem uma força “Legisladora” num outro sentido, num sentido construtivo, como podemos dizer com Rawls. A pressuposta unidade de um mundo, espontaneamente gerado, de objetos da experiência possível unifica a multiplicidade de conhecimentos empíricos, enquanto o “reino dos fins” projetado pela razão prática indica a maneira como os sujeitos agentes devem, pela autodeterminação inteligente de sua vontade, gerar ou construir um mundo de relações interpessoais bem-ordenadas – “uma república universal segundo as leis da virtude”. (GÜNTHER, 2004, p. 41-42).

Retomando-se a proposição de que o argumento da reserva do possível, nos moldes oriundos da jurisprudência alemã, é caracterizado como aquilo que a sociedade pode exigir do Estado, ou seja, do que é proporcional/razoável que a sociedade exija do Estado Social, a ponderação é elemento chave para sua perfeita interpretação. Noutras palavras, considerando a dimensão subjetiva dos direitos sociais, o indivíduo pode exigir do Estado aquilo que razoavelmente se poderia exigir dele. Entretanto, a confusão doutrinária parece ligar umbilicalmente o argumento da reserva do possível com a teoria dos custos dos direitos americana, que não possui vinculação direta com a realização do núcleo fundamental da dignidade da pessoa humana. Sobre isso, Sarlet já afirmou que

não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. (Sarlet, 2012, p. 267)

A partir dessa moldura hermenêutica, propõe-se discutir que as questões orçamentárias na concreção dos direitos sociais devem levar em conta a natureza do orçamento, a natureza dos tributos envolvidos no custeio desse orçamento, a fim de uma correta aplicação do argumento da reserva do possível. Antes disso, faz-se necessária passar em revista os conceitos centrais da Teoria do Direito para análise das relações jurídicas e sua natureza, no que se refere aos direitos sociais prestacionais, a fim de se aferir a possibilidade de uma classificação dos direitos sociais prestacionais a partir da identificação de espécies com sinais distintivos.

Em abertura desta análise, encontra-se a teoria dos *status* de Georg Jellinek, relatada por Alexy (2008), a qual se desenvolve a partir da análise da posição do indivíduo em relação ao Estado que o qualifica na relação jurídica, e será utilizada para base comparativa conceitual. Isto porque, “mostra-se interessante para a

percepção do conteúdo e compreensão do papel desses direitos (fundamentais), pois, para o autor, a percepção dessas categorias sempre parte da ideia da posição dos indivíduos em sua relação com o Estado” (Bitencourt, 2013, p. 93).

Assim, Jellinek identificou quatro *status* da pessoa que qualifica sua posição jurídica: o *status* passivo, o *status* negativo, o *status* positivo e o *status* ativo. O primeiro *status*, denominado *status subjectionis*, relaciona-se com a posição de sujeição do indivíduo frente ao poder do Estado, em outras palavras, posição em que o indivíduo está obrigado pelas imposições estatais. Já o *status* negativo, também denominado *status libertatis*, corresponde ao núcleo de liberdade de cada indivíduo, na qual sua atuação é juridicamente irrelevante para o Estado. Ou seja, é uma esfera de total permissão – ausência de obrigação e ausência de proibição. Quanto ao *status* positivo, denominado de *status civitatis*, afigura-se o indivíduo em posição de exigir do Estado, uma vez que o indivíduo detém o poder de demandar a prática de determinadas prestações positivas pela autoridade estatal. Por último, o *status* ativo se refere às competências outorgadas ao indivíduo de participação na formação da vontade estatal. Importa-se dizer sobre esta classificação que a denominação dos direitos em sociais ou individuais não acarretará diferença acerca de sua classificação, mas sim qual a posição do indivíduo frente ao Estado. Como uma concepção oriunda de outro momento histórico, cujo contexto jurídico é completamente diverso do atual, faz-se necessário frisar que é insuficiente para a determinação do conteúdo dos direitos sociais, uma vez que classificar a possibilidade de o indivíduo exigir uma determinada prestação estatal decorrente de um direito fundamental social não define qual o conteúdo e limites desta prestação.

Sarlet(1994) desenvolveu uma classificação dos direitos fundamentais conforme sua funcionalidade inspirada na teoria de Robert Alexy e Canotilho. Segundo o autor, os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grandes grupos: direitos fundamentais de defesa, e direitos fundamentais a prestações. Este segundo grupo, dos direitos fundamentais a prestações, subdividir-se-ia entre os direitos a prestações em sentido amplo, abarcando os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento, e os direitos a prestações em sentido estrito, que se refere aos direitos a prestações materiais sociais. Em relação aos direitos a prestações, Sarlet destaca que estes podem ser diferenciados entre direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações. Esta argumentação corrobora a posição de Alexy (2008, p. 142), para quem “direitos do indivíduo frente

ao Estado a algo que – se o indivíduo tivesse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obter também dos particulares”.

Outrossim, Sarlet (1994, p. 284) afirma que “os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.” Dessa forma, ao se tratar de um direito fundamental como direito subjetivo, significa que titular do direito poderá exigir judicialmente o cumprimento da obrigação objeto da norma diretamente do seu destinatário, em uma relação trilateral, como já mencionado por Alexy.

Como conseqüência de seu posicionamento, Sarlet (2008) critica a utilização da expressão “direito público subjetivo”, pois seria resultado de resquícios do liberalismo e do positivismo, em que se fazia referência aos direitos de defesa da autonomia privada frente ao Estado. A questão, para o autor, é demonstrar esta prevalência da dimensão subjetiva em relação a todos os direitos fundamentais, inclusive os de função prestacional, como seria o caso de muitos direitos fundamentais sociais.

Partindo da idéia de que os direitos fundamentais constituem um feixe de posições jurídicas (*status*) distintas, sempre que uma norma de direito fundamental assume a feição de direito de defesa, SARLET (2006) afirma que a doutrina tende a reconhecer com maior tranquilidade sua caracterização como um direito subjetivo, na medida em que poderia o seu titular exigir prontamente do Estado que se abstenha de ingerir na esfera de autonomia privada resguardada pela norma.

Outra proposta de sistematizar as prestações sociais do Estado foi apresentada pelo publicista germânico Dieter Murswiek (apud Sarlet 2006, p. 273), que dividiu as prestações em quatro grupos:

- a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc.;
- b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior;
- c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc.;

d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público.

Todavia, SARLET(2008, p. 20) alerta para a existência de mais outras possibilidades de classificação dos direitos fundamentais, tendo como base a Constituição, ao afirmar

A partir disso, ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais, cumpre aceitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia da segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna (o que nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade). Tal consideração justifica-se pelo fato de que também são sociais direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores.

No caso dos direitos fundamentais prestacionais à luz da Constituição brasileira, deve-se distinguir aquele que são custeados por taxas e outras contribuições daqueles que são custeados pelo orçamento geral de impostos. Quanto à relevância econômica dos direitos sociais, Sarlet (2006, p. 286.) afirma que:

justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante.

Comparando-se com os direitos de defesa, ou direitos individuais (também chamados de direitos humanos de primeira geração ou dimensão), nota-se que estes podem, em princípio, serem considerados destituídos de reflexos econômicos, já que o objeto de sua proteção pode ser assegurado juridicamente, sem se ater à circunstâncias econômicas de momento. Entretanto, Torres (2007) esclarece que mesmo estes direitos de primeira dimensão possuem custos, por vezes elevados, em sua manutenção, uma vez que é necessário o custeio e construção de todo um aparato estatal para mantê-lo, a exemplo da segurança pública, ou da defesa do direito de propriedade.

Sobre os custos dos direitos sociais, é importante frisar que,

no que diz (respeito a) os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo

menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas (SARLET, 2006, p. 286).

Partindo-se de outra distinção classificatória descrita no item anterior, na qual se separam dois grupos de prestações estatais a partir de sua relevância econômica em relação ao sacrifício genérico impositivo a toda a sociedade: o primeiro grupo seria daquelas que dependem de recursos do orçamento geral dos tributos – de espécies exigíveis de todos os membros da sociedade, no quais os limites orçamentários se tornariam, *a priori*, intransponíveis, e nos quais haveria relevância econômica. O segundo grupo teria seu custeio vinculado ao pagamento de taxas ou tributos adstritos diretamente seu financiamento e for feita pelos beneficiários desse serviço público (em sentido amplíssimo), sem relevância econômica para o orçamento geral de tributos.

Dessarte, os direitos sociais prestacionais que possuem nítida dimensão subjetiva podem ser divididos em dois grandes blocos: **a) direitos sociais economicamente relevantes, os quais requerem dispêndio do orçamento público custeado pelos tributos gerais sem custeio direto do beneficiário; e b) direitos sociais economicamente neutros, os quais não requerem dispêndio do orçamento geral de tributos, mas são custeados de forma direta pelos beneficiários da prestação estatal.**

A partir desta singela classificação e a título de exemplificação, serão classificados como economicamente relevantes, no caso da CF de 1988, o direito à saúde, educação, assistência social, e seriam economicamente neutros as prestações de iluminação pública, água e esgoto, fornecimento de luz elétrica, transporte público, bem como todos os serviços públicos custeados por taxas como seriam os serviços prestados pelos departamentos estaduais de trânsito. Não estariam as prestações previdenciárias, uma vez que financiadas pelas contribuições específicas dos beneficiários, como se demonstrará nos próximos capítulos.

Desta quadra, faz-se necessário a construção dos argumentos de aplicação da reserva do possível com adequação à tessitura constitucional brasileira e ao modelo de Estado Democrático e Social de Direito que realiza a promessa constituinte, especialmente no que tange à efetividade dos direitos fundamentais. Isto deve ser feito vislumbrando-se as diferenças orçamentárias atinentes ao financiamento das

prestações estatais tendentes a realizar direitos fundamentais. O modelo de Estado, se social ou liberal, reverbera em um modelo de Estado Fiscal distinto.

Pelo exposto, infere-se a necessidade de se construir uma teoria acerca dos limites de realização dos direitos fundamentais sociais considerando-se suas dimensões objetiva e subjetiva, no que é razoável e proporcional exigir-se do Estado, em termos orçamentários e de acordo natureza das fontes de recursos destinadas a esse fim.

Esta teoria deve ser adequada ao contexto da promessa constitucional de construção do Estado Social brasileiro, com suas especificidades de Estado Fiscal, ou seja, a teoria acerca dos limites de realização dos direitos fundamentais sociais no Brasil é uma teoria acerca do Estado Fiscal Social brasileiro.

2.3 A relação da reserva do possível com os direitos sociais e o mínimo existencial: é possível tratamento único às diferentes espécies de direitos sociais?

A partir da concepção do mínimo existencial como um conjunto de condições materiais mínimas que possibilitem ao indivíduo o exercício da liberdade, Tavares (2003) entende que os direitos sociais mínimos relacionam-se a situação dos homens em situação de necessidade, e independem do reconhecimento estatal, mas reconhece a necessidade do Estado para implementá-los.

Reis (2010) aponta como características do mínimo existencial a especificidade e a mensurabilidade. A primeira consiste no fato de abranger qualquer direito específico, desde que possuam fundamentalidade e dimensão social. A segunda estaria no fato de não poder ser medido, haja vista envolver circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais vividas em cada momento: logo, sendo impossíveis padrões de determinação.

Tendo em vista que os direitos de cunho prestacional são instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana e visam a propiciar uma vida digna, em que seja assegurado o mínimo existencial, em condições de vida saudável, Sarlet (2004) aponta no sentido que de se encontram a serviço da igualdade e da liberdade material, pois protegem a pessoa contra as necessidades de ordem material, provendo uma existência digna, alertando que uma vida com dignidade é mais do que

a garantia da mera existência humana, o qual seria o mínimo vital, mas sim, uma vida com dignidade, saudável, no sentido designado como uma vida boa.

Assim, a dignidade da pessoa humana consiste em limite à atividade restritiva do legislador, porquanto pode ser, em regra, identificada como o próprio núcleo essencial dos direitos fundamentais, já que está contida em maior ou menor medida neles. Pode-se aferir, a priori, que o direito social previdenciário mínimo seria uma prestação econômica ou de serviços que garantam um padrão social mínimo aos beneficiários (segurados e dependentes).

Poder-se-ia objetar que também um direito social previdenciário mínimo tem efeitos financeiros consideráveis, mas isto não é impedimento para a realização deste direito em padrões mínimos, porquanto a competência pressuposta do legislador não é um princípio absoluto e ilimitado. Mas seria mesmo esta a única abordagem possível? Será que todos os direitos fundamentais sociais deve receber o mesmo tratamento? Sarlet(2008, p. 15) alerta para deve-se ultrapassar o debate em que se utiliza apenas o mínimo existencial como contraponto à reserva do possível, afirma que

Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações – por si só já contribui para a “produtividade” da reserva do possível, há que explorar outras possibilidades disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar, o seu impacto, inclusive no que diz com prestações que transcendam a garantia do mínimo existencial.

Conforme exposto, existem no direito brasileiro importantes distinções orçamentárias e tributárias que devem ser levadas em consideração como em termos de conteúdo e aplicação das normas jurídicas que envolvem a realização de direitos fundamentais. No direito brasileiro, ter-se-ia que levar em conta a existência de diferenças entre as prestações estatais financiadas pelo orçamento público geral(que existe tributos indistintamente e sem vinculação à qualquer prestação estatal específica) e aquelas financiadas pelo orçamento da seguridade social, bem como não se pode dar igual regras de aplicação para normas envolvendo prestações estatais sem custo para o beneficiário e para aquelas custeadas pelo pagamento de taxas ou contribuições vinculadas ao custeio daquela prestação. Tais prestações, conforme classificação exposta anteriormente, são economicamente neutras em relação ao orçamento geral, uma vez que são custeadas por outras fontes distintas

daquelas que fazem parte daquela peça orçamentária sustentada por tributos gerais e sem vinculação direta a qualquer prestação referenciada ao contribuinte.

Comparando-se com os direitos de defesa, ou direitos individuais (também chamados de direitos humanos de primeira geração), nota-se que estes podem, em princípio, serem considerados destituídos de reflexos econômicos, já que o objeto de sua proteção pode ser assegurado juridicamente, sem se ater a circunstâncias econômicas de momento. Ora, mesmo estes direitos possuem custos, conforme alerta Torres (2007), pois o custeio do aparato estatal policial é significativo para se garantir, por exemplo, o direito à segurança pública e à propriedade.

A partir da concepção do mínimo existencial como um conjunto de condições materiais mínimas que possibilitem ao indivíduo o exercício da liberdade, Torres (2003), entende que os direitos sociais mínimos relacionam-se a situação dos homens em situação de necessidade, e independem do reconhecimento estatal, mas reconhece a necessidade do Estado para implementá-los. Sarlet (2012) entende que todos os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial, o qual não se confundiria com seu conteúdo em dignidade da pessoa humana. No tocante aos direitos sociais, estes não se confundem como o mínimo existencial, salientando, todavia, a conexão existente entre eles. Em síntese, entende que é possível afirmar que a atual noção de um direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, de um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna (Sarlet, 2012, p. 256). Todavia, Torres (1989) concebe o mínimo existencial como um conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade, dentre eles "os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive", assegurando uma proteção apenas contra a "pobreza absoluta" e decorre dos princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana. Reis (2010) afirma que o conteúdo do mínimo existencial carece de delimitação objetiva que permita sua perfeita conceituação.

De qualquer sorte, como já afirmado acima, os direitos de cunho prestacional são instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana e visam a propiciar uma vida digna, em que seja assegurado o mínimo existencial, em condições de vida saudável.

Poder-se-ia objetar que também um direito social previdenciário mínimo tem efeitos financeiros consideráveis, mas isto não é impedimento para a realização deste

direito em padrões mínimos, porquanto a competência pressuposta do legislador não é um princípio absoluto e ilimitado. Mas seria mesmo esta a única abordagem possível? Será que todos os direitos fundamentais sociais deve receber o mesmo tratamento?

No campo dos benefícios e serviços previdenciários a prestação envolve, como dito, obrigações pecuniárias, não menos imunes à ingerência estatal. Ao se questionar a aplicação indistinta da proposição os direitos sociais prestacionais estarem sujeitos à “reserva do possível”, revela-se a necessidade de se perquirir o ajustamento do socialmente desejável em termos de previdência ao economicamente possível em termos de sacrifício à sociedade e como se dá esse sacrifício em termos financeiros, tributários e orçamentários.

Conquanto a Constituição de 1988 garanta a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, neles incluídos o direito à Previdência Social, a ocorrência de insuficiência de recursos verdadeiramente pode limitar a efetivação deste direito no plano fático de sua concretude. Transpondo-se para o plano de benefícios, a garantia de benefícios para além dos requisitos mínimos que atenda as situações de morte, idade avançada, incapacidade, maternidade e desemprego involuntário, dependerá das condições materiais do Estado, ou seja, da reserva do possível. Destarte, as prestações estatais benefícios não abrangidos pelos riscos sociais elencados pela Constituição, pois não protegeriam ou minorariam as conseqüências advindas da ocorrência do risco ou contingência social que torna faticamente impossível ou socialmente indesejável auferir renda por meio do exercício de atividade laborativa.

Como decorrência do exposto até esta quadra, só haveria direitos previdenciários “máximos”, ou seja, devem ser concedidos na exata medida em que foram adimplidos pelos seus beneficiários, não se podendo falar em redução do conteúdo de suas prestações sem obediências às peculiaridades que regem estas prestações estatais. Isto decorre, dentre outros elementos, da referibilidade das contribuições que financiam o sistema previdenciário, que deve guardar proporcionalidade com as necessidades de custeio do sistema e da capacidade contributiva dos beneficiários, como ocorre com as taxas. Justamente em similaridade com esta espécie tributária, a Constituição de 1988 repisa os limites para as contribuições da seguridade social a fim de diferenciá-la dos impostos.

Em busca de outras possibilidades, pode-se afirmar que, conforme Castilho no caso das taxas², o montante da exação “deve representar exatamente o valor gasto pelo Estado para prestar-lhe o serviço ou remunerar o exercício regular do poder de polícia.” (CASTILHO, 2002, p. 105). Isso decorre do fato de a taxa financiar determinado serviço estatal específico e divisível, ou o exercício regular do poder de polícia, o qual também é uma modalidade de serviço público, ocorre aí a referibilidade, ou seja, o tributo está ligado a uma contraprestação do Estado.

Já no que toca a contribuição social previdenciária, outro tributo portador de referibilidade, o autor aponta que

Em matéria de contribuição para a Previdência Social (art. 195 da CF/88), existe o princípio da reciprocidade, segundo o qual o cidadão contribui até um limite máximo, chamado de salário-teto, independentemente da remuneração mensal que receba. Assim, quando tiver direito a receber qualquer tipo de benefício previdenciário, também irá receber, no máximo, aquele salário-teto. [...] Dessa forma, se a lei pretender exigir contribuição previdenciária do empregado, utilizando-se salário base superior ao limite-teto fixado em lei [...], estaremos diante de evidente confisco pelo desvirtuamento da base de cálculo da contribuição (CASTILHO, 2002, p. 107)

Deste modo, as contribuições previdenciárias, como contribuições de seguridade social, possuem uma referibilidade diferenciada. A Previdência Social brasileira é de natureza contributiva e deve obedecer aos critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, donde pode-se atribuir outros contornos as limites da tributação. Nos mesmos termos constitucionais, a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade e não só pelo Estado, conquanto este último apenas extrai recursos da primeira para seus desideratos. Todavia, pode-se indagar

pode o Estado justificar a tributação diretamente no princípio da solidariedade social por meio da instituição de contribuições sociais sem supedâneo nas regras de competência? Pode o Estado justificar a tributação indiretamente no princípio da solidariedade social por meio da ampliação dos conceitos previstos nas regras de competência?”(ÁVILA, 2005, p. 68).

Por tais argumentos, Godoi (2005) entende que o preâmbulo da Constituição brasileiro de 1988 já aponta para o ideal de sociedade fraterna, em clara alusão à solidariedade. Por outro lado, afirma que o art. 3º ao reputar a construção de uma

² O art. 145, inc. II, da Constituição de 1988 que as taxas podem ser cobradas por quaisquer dos entes federados em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

sociedade livre, justa e solidária, o faz com o primeiro objetivo fundamental da República, como uma repercussão da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1988 que, no art. 1º dispõe que todos "devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Desta forma, o discurso solidarista “abandona a visão de uma sociedade de indivíduos que se sujeitam aos desígnios de um legislador estatal. A ideia que passa a ganhar força é a de autonomia de classes e grupos sociais e profissionais, que são tão sujeitos quanto o Estado no quadro das fontes do direito.” (GODOI, 2005, p. 141-167). O custeio do Estado Social Democrático de Direito, para realizar as várias obrigações prestacionais tendentes a realizar direitos fundamentais, passa pela seara tributária. Yamashita, nesta área, afirma que a solidariedade é inerente ao Estado Democrático de Direito, bem como

O Estado Democrático de Direito deriva da expressão ‘Estado de Direito’ (Rechtsstaat) cunhada pelo constitucionalismo alemão, o conceito de Estado Democrático de Direito consiste numa explicitação de que o Estado de Direito, como verdadeiro princípio constitucional, tem, além de seu aspecto formal, seu aspecto material, para empregar a concepção do consagrado constitucionalista germânico Klaus Stern. [...] o princípio do Estado de Direito formal significa, predominantemente, segurança jurídica concretizada em vários outros princípios como o princípio da legalidade [...], a proteção do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada [...], o princípio da anterioridade [...], dentre outros. Já o Estado de Direito material serve à realização da justiça [...] concretizada especialmente no princípio constitucional da igualdade [...] e como direitos e garantias individuais e sociais [...], tais como os direitos à liberdade, à propriedade, ao salário mínimo, etc. É justamente neste aspecto material do Estado de Direito em que reside a garantia de solidariedade fraternal inerente ao princípio do Estado Social (YAMASHITA, 2005, p.54).

Nesse sentido, o Estado *Democrático* de Direito consiste no princípio do Estado de Direito temperado pelo princípio do Estado Social.”. (YAMASHITA, p.58). Debruçando-se sobre os elementos desse Estado Social, sob a ótica da solidariedade, pode-se dizer com este autor que os objetivos a serem perseguidos pelo Estado Democrático de direito são a justiça social – que busca a redistribuição de renda e igualdade de chances a todos, consubstanciada na capacidade existencial, econômica e cultural – na segurança social, ou seja, no bem-estar social, consubstanciada na proteção existencial, garantida pela prestação de serviços públicos básicos e nos seguros sociais a fim de garantir o mínimo de dignidade humana.

Como decorrência do exposto acima, tem-se a existência do princípio da Solidariedade de Grupo em Matéria Tributária, descrito por Yamashita (2005), no

sentido de e “quando uma pessoa integra grupo social com características que o homogeneíza e distingue de outros grupos sociais, deve-se haver uma responsabilidade maior entre os membros deste grupo”. Um dos exemplos citados por aquele autor é justamente a do empregador com seus empregados, esclarecendo, ao citar Ricardo Lobo Torres que “não seria justo cobrir as despesas com a garantia dos direitos sociais de certos grupos através da arrecadação de impostos gerais. Cada grupo social deve assumir a responsabilidade de prover as despesas com a proteção estatal de que carece”.(YAMASHITA, 2005, p.64).

No tocante ao financiamento da Seguridade Social, entretanto, vige o princípio específico da Tríplice fonte de Custeio, no qual o peso da carga tributária previdenciária é repartido entre empresas, trabalhadores e o Estado. Dessarte, embora o beneficiário das prestações previdenciárias seja o trabalhador e seus dependentes, o encargo do seu custeio será repartido entre este e a empresa beneficiada com sua prestação de serviços.

Requer-se assim, uma análise das contribuições previdenciárias e seus reflexos nas prestações, principalmente nos benefícios, eis que estes são prestações pecuniárias do sistema securitário, o que será realizado no terceiro capítulo.

De qualquer modo, evidencia-se a diferença de tratamento que deve ser destinada aos diferentes tipos de prestações estatais, as quais devem ser analisadas de acordo com a existência de custeio dos serviços públicos, e suas proporção e natureza, uma vez que se alteram as balizas de impacto no orçamento público. Prestações estatais financiadas pelos próprios beneficiários não possuem o mesmo impacto orçamentário de serviços públicos “gratuitos” (sem custo para o destinatário), uma vez que as bases de financiamento tem natureza distinta, principalmente no elemento referibilidade.

Em breve síntese, a resposta é que se deve observar quais os direitos sociais prestacionais cujo custeio guarde certa referibilidade quanto aos destinatários, por meio de taxas ou contribuições específicas, não deve ter a proteção apenas no que tange a um mínimo possível.

Isto porque, para aqueles direitos prestacionais caracterizados pelo “autocusteio”, como o caso das prestações previdenciárias, são insuficientes os critérios gerais e, por vezes indeterminados, do mínimo existencial para se especificar quais os standards mínimos de exigibilidade social de sua efetivação.

Nesse sentido, Reis(2010, p. 3327) aponta que

Para que haja a concretização de nível infraconstitucional dos direitos sociais, há de se possuir uma força no sentido de impedir a supressão, ou, mesmo, a diminuição de tais promessas, caminho que se abre *nesse momento*, eis que. Apoiado no princípio da solidariedade, como força propulsora da realização das premissas sociais, busca-se imprimir uma interpretação jurídica com base na hermenêutica filosófica que direcione a busca de uma sociedade realizada em sua plenitude.

O que se destaca aqui é que, assim como ocorreu na discussão acima acerca do argumento da reserva do possível (enviesada pelas distorções apontadas), deve-se partir de nosso arcabouço constitucional para se determinar quais limitações aos direitos prestacionais. Reis, como afirma acima, aponta que a discussão deve ser balizada pelo princípio da solidariedade retomada das finalidades constitucionais. Para tanto, são necessários o uso de instrumentos de ação no mundo real para delinear a construção de um nível mínimo de solidariedade nas relações sociais.

Com base em tais argumentos fáticos, é possível contrapor-se ao ideário de solução final proposta para a Previdência Social, no sentido de reduzir seu “peso” sobre o Estado, ao se verificar que se trata de devolução de contribuições coletivas da sociedade em prol de se elevar o status de dignidade inerente a pessoa humana.

Não se pode transplantar conceitos de direito alienígena no ordenamento jurídico brasileiro sem uma releitura hermenêutica a partir dos mandamentos nucleares pátrios, em cujo ápice está nossa Constituição, sobremaneira delineando princípios e regras acerca do sistema securitário. Dentre eles, e aparentemente olvidado pelo debate economicista, temos o princípio da Diversidade da Base de Financiamento, insculpido no artigo 194, parágrafo único, VI, da Constituição Federal de 1988, o qual teve como origem a **Tríplice Fonte de Custeio**, esta, por sua vez, albergada pela primeira vez na Constituição de 1934, inspirado no modelo de segurança social proposto por Beveridge (1983, apud IBRAHIN, 2015, p. 11). Para Ibrahin (2015), o tratamento constitucional atual é mais abrangente, albergando a tríplice fonte tríplice como um de seus componentes, uma vez que envolve outras contribuições, como as incidentes sobre o concurso de prognósticos e sobre a importação em determinados casos. Todavia, o modelo do financiamento da seguridade ainda é basicamente delineada na antiga forma tríplice de custeio, pois envolve contribuições dos trabalhadores, das empresas e do próprio Estado. A contribuição do empregador, atualmente conceituada como empresa, existe desde o início dos modelos de previdência social no mundo, uma vez que o seguro social de

Bismarck, em 1883, já previa esta fonte de receita (IBRAHIM, 2015, p. 72). O fundamento para esta fonte de custeio encontra-se no fato de a empresa ser uma beneficiária indireta do sistema protetivo, advinda do conceito de mais-valia social, da qual decorrem benefícios para a empresa, concernentes na segurança auferida pelos trabalhadores para um desempenho melhor em sua produtividade, bem como afastando os custos trabalhistas diretos durante os períodos de afastamento por doença, por exemplo. No que tange ao seguro de acidentes de trabalho, sobreleva as vantagens para o empregador, uma vez que evita o custo individualizado decorrente da incapacidade para o trabalho de seus empregados por longos períodos de tempo. A cotização individual para tais riscos sociais seria inviável, repassando para o Estado a tarefa de organizá-los de forma coletiva e repartindo o custo com as empresas, em face dos benefícios apontados.

Em decorrência do princípio da tríplice fonte de custeio, o Estado também deve custear o sistema, por meio de parcela da arrecadação de tributos gerais. Para Ibrahim (2015), apresenta-se nesse aspecto o financiamento indireto da Seguridade Social, com fundamento no artigo 195, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Tendo em vista que compete a União organizar e gerir o Regime Geral de Previdência Social, cabe a esta fixar recursos em seu orçamento fiscal destinados à previdência social, além das contribuições sociais já previstas no orçamento da seguridade social, em virtude de remunerar segurados vinculados ao RGPS. Ainda segundo Ibrahim (2015, p. 73), “no caso de eventual falta de recursos para o pagamento de benefícios, cabe à União compor o saldo necessário, não sendo lícito reduzir ou excluir pagamentos dos segurados, por ser o benefício direito subjetivo dos segurados e dependente”. Cabe comentar que isto ocorrerá por decisão política do Estado em cobrar menos do que deveria para fazer frente ao custeio do sistema, em decorrência de planos de incentivo a determinadas atividades econômica de interesse estratégico, mas provavelmente em malferimento de vários princípios constitucionais referentes ao custeio da Seguridade Social. Por fim, os trabalhadores irão realizar contribuições sobre parcela de suas remunerações, denominada de salário de contribuição. Com base nesse quadro, é possível afirmar que

a ideia da diversidade da base de financiamento é apontar para um custeio da seguridade social o mais variado possível, de modo que oscilações setoriais não venham a comprometer a arrecadação de contribuições. Da mesma forma, com amplo leque de contribuições, a seguridade social tem maior possibilidade de atingir sua principal meta, que é a universalidade de cobertura e atendimento.

A diversidade da base de financiamento é que permitirá a evolução da seguridade social no sentido de assegurar os mandamentos constitucionais, em especial, a garantia efetiva do bem-estar e justiça sociais. (IBRAHIM, 2015, p. 73)

Dessarte, demonstra-se que não existe uma cotização individual como fonte exclusiva no sistema securitário brasileiro, mas uma “cotização coletiva”, com implemento de mecanismo de solidariedade social que distribui o custeio para toda a sociedade, no seio da Seguridade Social. Este argumento retira legitimidade da suposição de que os trabalhadores não alocam recursos suficientes para seus benefícios previdenciários, uma vez que o custo é “tripartido” entre eles, o Estado e a Empresa.

Como decorrência da aplicação desses elementos característicos de natureza financeira e tributária no caso das prestações previdenciárias, a dimensão do orçamento necessário ao financiamento das prestações estatais previdenciárias não é dado apenas por critérios de progressividade de capacidade econômica, mas também de acordo com os critérios que preserve o equilíbrio atuarial e financeiro, na medida em que o encargo diferido de médio e longo prazos entrará no cálculo das alíquotas necessárias e no dimensionamento das bases de cálculos. Isto ocorrerá para se fazer frente ao financiamento de prestações que serão colhidas no futuro, cujos critérios para cálculo são conhecidos, mas que possuem variáveis que pode sofrer mutações ao longo do tempo e, portanto, requerem alterações periódicas, tanto no custeio quanto no dimensionamento dos benefícios possíveis do sistema securitário.

Desta forma, o custo dos direitos não temo mesmo significado para todas as prestações estatais: algumas prestações são financiadas pelos próprios beneficiados, direta ou indiretamente, e outras são financiadas por toda a sociedade, independentemente de ser o indivíduo beneficiado ou não pela prestação estatal em específico. Ora, a reserva do possível não é um argumento genérico contra toda e qualquer exigência de cumprimento do dever do Estado em realizar os direitos fundamentais, uma vez que este assume, muitas vezes, apenas o papel de gerenciador de recursos de determinado grupo de indivíduos que custeiam determinado serviço estatal, e noutros momentos administra uma gama de prestações estatais independentemente das fontes de custeio da máquina estatal.

Esta distinção atinge sobremaneira a natureza dos direitos sociais

prestacionais, uma vez que constitui elemento de caracterização e vincula a forma de efetivação dos mesmos como se verá adiante, com enfoque no direito previdenciário. A partir desta distinção, cumpre efetuar a busca de todas as características situacionais possíveis do direito social previdenciário a fim de perquirir suas peculiaridades em relação aos demais direitos fundamentais sociais, em um olhar sobre sua neutralidade econômica.

3 DO DIREITO SOCIAL PREVIDENCIÁRIO E SUAS PECULIARIDADES EM RELAÇÃO AOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UM OLHAR SOBRE SUA NEUTRALIDADE ECONÔMICA

Como dito no capítulo anterior, os direitos sociais prestacionais podem ser classificados a partir de sua neutralidade econômica, ou seja, a partir de seu impacto no orçamento público nutrido através de tributos impositivos independentemente de qualquer prestação estatal, ou de custeio através dos próprios beneficiários dos serviços públicos prestados para a concreção de determinado direito fundamental. Neste capítulo, serão abordados a história da Previdência Social no Brasil, os princípios jurídicos que informam e regem o sistema securitário, a partir dos quais se construirá a argumentação acerca da íntima ligação entre o sistema de financiamento da Previdência Social brasileiro definida na Constituição de 1988, e o Plano de Benefícios da Previdência Social, consubstanciando-se a relação custeio-benefício, e conformando-se um Estado Fiscal correspondente ao Estado Social Democrático de Direito, ou seja, um Estado que reconhece a fundamentalidade dos direitos sociais e, portanto, está estruturado materialmente para sua concreção.

No caso das prestações da Previdência Social, esta abordagem se faz necessária para se deslindar a natureza deste serviço público no quadro dos direitos fundamentais brasileiros e a natureza de seu impacto orçamentário. Isto porque, conforme ressalta Sarlet (2008. p. 13-14), acerca das dimensões da reserva do possível, "a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras", de forma que a natureza das prestações previdenciárias requer a análise mais aprofundada de seu financiamento, das modalidades tributárias utilizadas no ordenamento pátrio, e como as distribuições de receitas impactam na argumentação de escassez de recursos.

Uma vez que o direito à prestações previdenciárias guarda origem nos movimentos sociais dos trabalhadores, denominados pelos marxistas de proletários, manifestados e estruturados no rol dos denominados direitos sociais, culturais e econômicos ou de segunda dimensão, é possível dizer que atendem à demanda histórica de proteção às relações de trabalho, na qual é patente a hipossuficiência do empregado. Outrossim, verificando-se que a hipossuficiência não se delimitava

apenas aos sujeitos das relações de trabalho e, sim, à camadas menos abastadas da população, surgiram garantias coletivas aos cidadãos atacados pelos riscos sociais do desemprego involuntário, da doença, da invalidez, da viuvez e da idade avançada, as quais são riscos protegidos pelos mecanismos de seguro social.

A perspectiva de que o ser humano é acometido em determinadas situações de uma fragilidade que o impossibilita de por si só tomar as ações preventivas e pró-ativas para atender necessidades básicas da vida como alimentação, saúde, prover-se na velhice, originou a ideia de um sistema de seguridade aberto e obrigatório para toda população.

A este sistema denominou-se modernamente de Seguro Social ou Previdência Social. Deve-se fazer referência que alguns países, como Portugal, denominam seus sistemas de Segurança Social. Outrossim, vários países tem sistemas de proteção mais abrangentes, que pretende abarcar simultaneamente a tríade saúde, previdência social e assistência social. Neste ínterim, os Estados passaram a organizar no início do século XX, como dito, seus sistemas de seguro social em seus respectivos países, a fim de atender as demandas da população e substituindo paulatinamente os sistemas de previdência e assistência fechados, que atendiam exclusivamente a determinados segmentos dos trabalhadores e dependentes, (Castro; Lazzari, 2014).

Como primeiro sistema da Idade Moderna, fora criado na Alemanha uma série de seguros sociais, com intuito de atenuar as tensões existentes nas camadas de trabalhadores. Sobre este momento histórico, comenta Castro e Lazzari:

Na fase dita experimental, encontra-se a política social de Otto von Bismarck, que durante os anos de 1883 a 1889 faz viger um conjunto de normas que serão o embrião do que hoje é conhecido como Previdência Social, assegurando aos trabalhadores o seguro-doença, a aposentadoria e a proteção a vítimas de acidentes de trabalho[...]. Outros países da Europa Ocidental adotaram, na mesma época, conduta semelhante. Na Inglaterra, foi promulgada, em 1907, uma lei de reparação de acidentes de trabalho, e, em 1911, outra lei tratou da cobertura à invalidez, à doença, à aposentadoria voluntária e à previsão de desemprego, tornando-a, na época, o país mais avançado em termos de legislação previdenciária. (Castro e Lazzari, 2014, p. 42)

Esses sistemas de proteção social foram criados tendo como finalidade de proteção ou minoração contra as consequências da realização de riscos sociais atinentes a situações que impeçam os trabalhadores de auferirem renda por meio do trabalho. Tais sistemas foram estabelecidos por meio de leis ou outros instrumentos normativos sem o condão de reconhecer a fundamentalidade ou sequer como direitos

subjetivos. Esta condição somente fora resolvida por ocasião da constitucionalização dos direitos sociais. Sobre esta segunda fase, Castro afirma que

Na fase de consolidação, destaca-se a constitucionalização de direitos sociais e políticos. A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a arrolar e dar sistematização a um conjunto de direitos sociais, no que foi seguida pela Constituição de Weimar, no ano de 1919. Desta última, relevante transcrever, como fez Rocha, ao art. 161 de seu texto: “O império promoverá a criação de um sistema geral de segurança social, para conservação da saúde e da capacidade para o trabalho, proteção da maternidade e prevenção de riscos de idade, da invalidez e das vicissitudes da vida. A Organização Internacional do Trabalho surgiu com o Tratado de Versailles, em 1917. Em 1927, foi criada a Associação Internacional de Seguridade Social, com sede em Bruxelas, Bélgica. (Castro e Lazzari, 2014, p. 43)

Novamente, as fontes do direito alemão no campo previdenciário tem forte influência na construção dos sistemas securitários estatais ao redor do mundo, inclusive no Brasil, como se verá adiante. Em contraponto, surge na Inglaterra outra modalidade de proteção social, com vertente expansionista, e não atrelada à prévias contribuições específicas por parte dos trabalhadores e tomadores de serviços. Esta modalidade, como será detalhada a frente, é chamada de não contributiva, ou assistencial, elemento que alterará a natureza das prestações previdenciárias. Pode-se dizer, sobre este momento histórico, que

A fase de expansão é notada a partir do período pós-Segunda Guerra, com a disseminação das ideias do economista inglês John Maynard Keynes, o qual pregava, em síntese, o crescimento econômico num contexto da intervenção estatal no sentido de melhor distribuir – ou até mesmo redistribuir – a renda nacional.

Até então, é importante frisar, os planos previdenciários (de seguro social), em regra, obedeciam a um sistema chamado *bismarckiano*, ou de *capitalização*, ou seja, somente contribuía os empregadores e os próprios trabalhadores empregados, numa poupança compulsória, *abrangendo a proteção apenas destes assalariados contribuintes*. (Castro e Lazzari, 2014, p. 43)

Sobre esse novo sistema, de caráter universalista (abrangendo todas as pessoas de uma nação, e não apenas seus trabalhadores), pode-se dizer que a proteção social não se limitava aos riscos atinentes à impossibilidade de trabalhar remuneradamente, mas a um conjunto maior de riscos sociais não laborais que atingem a população de um modo geral, gerando a demanda de serviços estatais em áreas como a saúde e assistência social, com um nítido propósito de, em termos atuais, garantir o mínimo de dignidade aos cidadãos. O idealizador desse sistema foi

Lorde Beveridge, que teve como fundamento as propostas de Keynes, como se vê abaixo:

As propostas de Keynes foram aprofundadas por Lorde Willian Henry Beveridge, que havia sido seu colaborador e que, em 1941, foi designado pelo governo britânico para reexaminar os sistemas previdenciários da Inglaterra. A partir de 1944, então, foram estes alterados pela adoção, naquele país do chamado *Plano Beveridge*, o qual, revendo todas as experiências até então praticadas pelos Estados que tinham adotado regimes de previdência, criou um sistema universal – abrangendo todos os indivíduos, com a participação compulsória de toda a população, com a noção de que a seguridade social é o “desenvolvimento harmônico dos economicamente débeis”.

Nas palavras de Borges, “em seu trabalho, Beveridge, [...]propôs um amplo sistema de proteção ao cidadão, chamado de “Sistema Universal de Luta Contra a Pobreza”. [...]

A partir daí, nasce o regime *beveridgeano*, ou de repartição, em que toda a sociedade contribui para a criação de um fundo previdenciário, do qual são retiradas as prestações para aqueles que venha a ser atingidos por algum dos eventos previstos na legislação de amparo social. (Castro e Lazzari, 2014, p. 44)

Deste modo, percebe-se a criação de dois grandes modelos de previdência social no mundo: um mais restrito, com cobertura para riscos sociais laborais e protegendo os trabalhadores, e outro cobrindo vários riscos sociais, inclusive não laborais, e protegendo todos os cidadãos. Interessante destacar quais países seguiram um ou outro sistema, pois isto influenciará sobremaneira como eles tratarão os direitos fundamentais na área previdenciária e como será discutida a reserva do possível ou demais limitações ao exercício de direitos fundamentais. O modo como os sistemas são construídos em face da matriz jurídica importará em como as prestações previdenciárias são definidas na moldura normativa dos direitos fundamentais. Sobre estes dois modelos,

Conforme relata Borges, como decorrência desse processo formaram-se duas correntes quanto aos sistemas de proteção social:

A primeira corrente, que seguia as proposições de Bismarck, possuía uma conotação muito mais “securitária”. Propunha que a proteção social o previdenciária fosse destinada apenas aos trabalhadores que, de forma compulsória, deveriam verter contribuições para o sistema. Para esta corrente a responsabilidade do Estado deveria ser limitada à normatização e fiscalização do sistema, com pequeno aporte de recursos. O financiamento do sistema se dava com a contribuição dos trabalhadores e empregadores. A corrente “bismarckiana” encontrou campo para desenvolvimento em vários países, destacando-se a Alemanha, a França, a Bélgica, a Holanda e a Itália. A segunda corrente se formou a partir do trabalho de Beveridge e, para ela, a proteção social deve se dar, não somente ao trabalhador, mas também de modo universal a todo cidadão, independentemente de qualquer contribuição para o sistema. Segundo esta corrente, a responsabilidade do Estado é maior, com orçamento estatal financiando a proteção social dos cidadãos. As

propostas de Beveridge se desenvolveram de forma mais acentuada nos países nórdicos, especialmente na Suécia, na Noruega, na Finlândia, na Dinamarca e no Reino Unido. (Castro e Lazzari, 2014, p. 44-45)

No Brasil, o processo histórico se deu lentamente devido ao desinteresse do poder público em garantir a população tal direito social. Em um país marcado pela exploração voraz onde a mesma foi o pano de fundo da sua história por quase quatro séculos seria difícil pensar que seria um processo menos moroso o reconhecimento e a efetivação dos direitos humanos.

Por esta razão, tardiamente, o Estado brasileiro, pressionado pela luta das classes operárias, reconheceu a necessidade de tomar para si esta responsabilidade, instalando um sistema de aposentadorias e pensões, por meio da edição da Lei Eloy Chaves. Este ato normativo marca o início da Previdência Social no Brasil, com demonstra Castro e Lazzari:

Em termos de legislação nacional, a doutrina majoritária considera como marco inicial da Previdência Social a publicação do Decreto Legislativo n. 4682, de 24 de janeiro de 1923, mas conhecido como Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões nas empresas de estados de ferro existentes, mediante contribuições dos trabalhadores, das empresas do ramos e do Estado, assegurando aposentadoria aos trabalhadores e pensão a seus dependentes em caso de morte do segurado, além de assistência médica e diminuição do custo de medicamentos. (Castro e Lazzari, 2014, p. 72)

Todavia, “o regime de ‘caixas’ era ainda pouco abrangente, e, como era estabelecido por empresa, o número de contribuintes foi, às vezes, insuficiente”. (Castro e Lazzari, 2014, p. 72). A influência do modelo alemão matizou o sistema securitário brasileiro como um sistema contributivo, com capitalização coletiva. Este modelo contributivo, ou seja, em que há contribuições específicas dos trabalhadores permaneceu até os dias atuais. Castro afirma que

o modelo contemplado na Lei Eloy Chaves se assemelha ao modelo alemão de 1883, em que se identificam três características fundamentais: (a) a obrigatoriedade de participação dos trabalhadores no sistema[...] (b) a contribuição para o sistema, devida pelo trabalhador, bem como pelo empregador, ficando o Estado como responsável pela regulamentação e supervisão do sistema; e (c) por fim, um rol de prestações definidas em lei, tendentes a proteger o trabalhador em situações de incapacidade temporária, ou em caso de morte do mesmo, assegurando-lhe a subsistência. (Castro e Lazzari, 2014, p. 76)

Conforme Castro e Lazzari(2014), após a crise no sistema em 1930, as caixas foram unificadas em Institutos de Aposentadorias em Pensões (IAP), de âmbito nacional, com base na atividade econômica(IAP dos marítimos, dos comerciários, dos bancários, dos empregados dos transportes de carga, etc), e não mais por empresa. Em homenagem à síntese, pode-se passar para a fase de unificação desse Institutos, que perpassou pela fase intermediárias de padronização dos regulamentos de concessão de benefícios, promovida por meio da edição do Decreto 26.778/1949, chamado de Regulamento Geral das Caixas de Aposentadoria e Pensões, e pela fusão de todas as Caixas remanescentes, feita por meio do Decreto 34.586/1953, transformando-as em Instituto pela Lei Orgânica da Previdência Social. Este último diploma normativo, conforme Castro(2014), estabeleceu um único plano de benefícios, promovendo a isonomia de tratamento entre segurados de diversas entidades previdenciárias e seus dependentes, mas excluía os trabalhadores rurais e domésticos. Todavia, apenas em 1º de janeiro de 1967, foram unificados os IAP, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, atual Instituto Nacional do Seguro Social.

Castro(2014) alerta que a partir daí iniciou-se a drenagem dos recursos acumulados pela Previdência Social Brasileira e citando Borges, afirma que “a previdência brasileira, sob argumento de controle e segurança nacional, começou a perder seu rumo, pois todos os recursos dos institutos unificados foram carreados para o Tesouro Nacional, confundindo-se com o orçamento governamental”(Castro e Lazzari, 2014, p. 75)

Para abarcar as outras áreas da seguridade social, além da previdenciária, criou-se outras instituições responsáveis diretamente ou de apoio. Estas entidades significaram uma transformação no modelo previdenciário no campo organizacional, uma vez que a Lei 6439/77 criou o SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, o qual teve suas atribuições distribuídas em várias autarquias então criadas: IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (para arrecadação e fiscalização das contribuições) e o INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (com incumbência de atendimentos dos segurados e dependentes na área de saúde), mantendo-se o INPS – Instituto Nacional de Previdência Social (para concessão e pagamentos e manutenção dos benefícios previdenciários), a LBA – Legião Brasileira de Assistência (para o atendimento a idosos e gestantes carentes), a FUNABEM – Fundação

Nacional de Bem Estar do Menor (para atendimento a menores carentes), a CEME – Central de Medicamentos (para a fabricação de medicamentos a baixo custo) e a DATAPREV – Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (para o controle e processamento dos dados informatizados do sistema), todos fazendo parte do SINPAS (BRASIL,2012)

Pode-se notar que o sistema criou uma confusão acerca dos limites do serviços da Previdência Social, ao criar braços assistenciais(benefícios a não contribuintes do sistema) e de saúde pública(que perdurou até pouco tempo atrás), com nítida influência do modelo beveridgeano em um sistema que nascera bismarckiano. Esta confusão resultou da miscelânea entre os dois modelos, o que gera enorme incoerência argumentativa sobre os limites e sobre a influência da dogmática estrangeira na profusão doutrinária dos direitos sociais prestacionais.

Vale frisar que os sistemas previdenciários podem ser divididos em Contributivos e Não-Contributivos em razão do modelo de financiamento. Segundo Ibrahim (2012), os primeiros são financiados por contribuições específicas dos trabalhadores segurados e seus empregadores ao lado de financiamento estatal, enquanto o segundo são financiados com tributos gerais, por vezes indiretos, cujos contribuintes são todos os membros da sociedade indistintamente. Cumpre notar que os sistemas que seguem o modelo beveridgeano (com cobertura a todos os cidadãos, e não só aos trabalhadores) geralmente são não-contributivos e os modelos contributivos seguem o esquema bismarckiano, no que se refere às pessoas cobertas pelos sistemas securitários(riscos sociais e pessoas cobertas).

A Constituição de 1988 alterou significativamente o quadro anterior, ao criar o Sistema denominado de Seguridade Social, no qual agregou as ações de saúde, assistência social e previdência social. Na área da Saúde, criou-se o Sistema Único de Saúde, que compartilha atribuições de todos os entes da federação na área de saúde, não competindo mais a um único ente autárquico federal as ações dessa área, mas descentralizado para todos os entes político-administrativos. Na Assistência Social, ocorreu processo semelhante, com o compartilhamento de ações nas três esferas. (BRASIL, 2012).

Todavia, cumpre frisar que o atual sistema de seguridade social não afastou a confusão entre a correspondência do modelo de financiamento e o modelo de cobertura, uma vez que a Previdência Social brasileira adota o modelo contributivo, cuja estrutura será discutida mais adiante, enquanto os sistemas de saúde social e

assistência social são não contributivos. Isto num sistema que notadamente tem influencia do modelo Beveridgeano, que pretende a universalização da cobertura de pessoas e a amplitude de riscos sociais cobertos, para além daqueles relacionados a atividade laborativa. Esta relação entre custeio e benefícios previdenciários será discutida em tópico próprio, uma vez que lança luzes sobre a natureza das prestações previdenciárias e sua distinção em relação aos demais direitos sociais.

Não se adentrará em detalhar as atribuições definidas nesses dois outros ramos da Seguridade Social brasileira (saúde e assistência social), por não fazer parte do escopo deste trabalho. O que se pode afirmar, com esteio em Mesa-Lago(2007), é que o Brasil possui uma das mais avançadas legislações de seguridade social da América Latina e Caribe, todavia há déficit argumentativo quanto aos relatados problemas de financiamento que são utilizados como justificação para afetar a concreção dos direitos correlatos. Deve-se distinguir, todavia, as especificidades do ramo previdenciário daquelas concernentes aos demais ramos da Seguridade Social, e mesmo dos demais direitos sociais, o que será feito neste capítulo, a fim de estabelecer a relação entre o argumento da reserva do possível e o direito a prestações da Previdência Social.

3.1 Previdência Social: bases conceituais do sistema securitário brasileiro

Inicialmente, tome-se como base a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual inovou em face das anteriores ao estabelecer o sistema de Seguridade Social, que “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”(art. 194, *caput*), agrupando estes três ramos.

Este preceito constitucional se coaduna com o instituído pela Organização Internacional do Trabalho – OIT(1952), na Convenção 102, abaixo transcrita:

Seguridade(ou segurança) social é a proteção que a sociedade proporciona a seus membros mediante uma série de medidas pública conta as privações econômicas e sociais que de outra derivariam no desaparecimento ou em forte redução de sua subsistência como conseqüência de enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e morte e também a proteção em forma de assistência médica e de ajuda às famílias dos filhos.(OIT-AISS, 2001).

O Legislador Constitucional adotou a classificação tripartite de Seguridade Social, a qual abrange, além da Previdência Social, a Assistência Social (prestações pecuniárias ou serviços prestados a pessoas hipossuficientes e sem capacidade laborativa), e a Saúde (fornecimento de assistência médico-hospitalar, tratamento e medicação). O primeiro elemento do sistema tem caráter contributivo, já os demais constituem prestações estatais independentemente de contraprestação pecuniária do destinatário.

Advinda do conceito de Estado de Bem-Estar Social (*WelfareState*), a Seguridade Social contempla a proteção ao trabalhador nas situações de risco social e eventos da vida profissional.

Optando, assim, por um modelo estatal, a Previdência Social é estabelecida no ordenamento pátrio como um sistema cuja gestão pertence ao Estado, com participação da sociedade, que tem por finalidade a proteção dos indivíduos naqueles eventos que digam respeito a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade laborativa, de modo a garantir meios econômicos para a manutenção de uma existência com dignidade (Castro, 2010).

Como leciona Martins (1999), o termo Previdência vem do latim *previdere*, ou seja, ver com antecipação, no caso, prever as contingências sociais e buscar contrapor soluções.

O texto constitucional brasileiro de 1988 deu contornos mais precisos aos direitos previdenciários (arts. 201 e 202), mas seus princípios e objetivos continuam mais ou menos idênticos ao Regime Geral de Previdência Social consolidado na legislação anterior, conforme comenta SILVA (2006).

Silva (2006, p. 765) afirma que “como manifestação desta (da Seguridade Social), a previdência tende a ultrapassar a mera concepção de instituição do Estado-providência (*WelfareState*), sem, no entanto, assumir características socializantes”, do que se pode inferir a correspondência do modelo brasileiro como um desdobramento da concepção de Estado Social. Neste contexto, a previdência social funda-se no princípio do seguro social, ou seja, os benefícios e serviços – dentre os quais não se compreende mais os de saúde – se destinam a assegurar aos seus beneficiários, mediante contribuição, os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de afastamento da atividade laborativa concernentes aos eventos de incapacidade laborativa, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de

contribuição, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependem economicamente.

Denota-se de logo que a base da cobertura previdenciária assenta no fator contribuição, e seus benefícios e serviços são ofertados em favor do contribuinte e dos seus dependentes.

Preceitua Martinez (2003, p.99) que a Previdência Social

Sob o prisma particular de seu escopo, pode ser concebida com a técnica de proteção social propiciadora de meios indispensáveis à manutenção da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável auferi-los pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de contribuição ou morte –, mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e dos participantes.

Já este autor demonstra outra característica do sistema previdenciário quanto ao seu custeio, ao mencionar a “contribuição proveniente da sociedade”, além dos participantes.

Neste passo, a referida contribuição se relaciona com o princípio da solidariedade. Mesa-Lago (2007, p. 26), acerca dos princípios da solidariedade e redistribuição de renda, afirma que

toda a população deve estar filiada ao sistema de seguridade social e deve contribuir com seu funcionamento para garantir a sua sustentabilidade; também deve haver solidariedade entre as gerações; ou seja, os trabalhadores ativos devem contribuir para financiar as prestações dos inativos; tudo isso terá um efeito redistributivo progressivo.

E arremata Beveridge (1942) citado por Mesa-Lago (2007, p. 27) que “o plano de segurança social é “um método de redistribuição de renda, de maneira a antepor as primeiras e mais urgente necessidades e fazer o melhor uso possível de quaisquer recursos de que se possa abrir mão”. Acerca do sistema previdenciário pátrio, Silva(2006, p. 775), afirma que

o regime geral de previdência social consubstanciado na Constituição engloba prestações de dois tipos: benefícios e serviços. Nestes últimos, não entra mais os serviços de saúde, considerando parte da seguridade social por meio do *sistema único de saúde*, mas separado do regime de previdência social.

Deve-se, já a partir daqui, apontar as distinções do sistema previdenciário brasileiro, uma vez que, mesmo recebendo influências das fontes britânicas e alemã,

nosso sistema apresenta claras distinções em relações àqueles. Em primeiro lugar, destaca Silva (2006, p. 775), sobre as especificidades do sistema previdenciário brasileiro, à luz da Constituição de 1988 e da legislação infraconstitucional que

essas prestações do regime geral de previdência social, contudo, são devidas ao segurado ou a seus dependentes só depois de cumprido um período de carência previsto na lei (Lei 8.213, de 1991, arts. 24 e ss.), entendendo-se por período de carência 'o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências'. 'Competências' aqui significa o período de apuração do número de contribuições necessárias para compor o prazo de carência, distinto do exercício financeiro, de sorte que o beneficiário fará jus ao benefício a partir do transcurso do primeiro dia do vencimento do prazo. Esse prazo é variável em função da natureza do benefício.[...] existem duas relações jurídicas envolvendo dimensões distintas da Previdência Social: a de custeio e a de concessão de benefícios ou securitária. A relação de custeio tem caráter tributário, na qual o Estado é o sujeito ativo, arrecadando as contribuições para custeio do sistema. A Constituição Federal no art. 195 estabeleceu que toda a sociedade ocupa o polo passivo da relação, como contribuinte e devedor.

No que tange à concessão de benefícios, ou seja, da relação securitária, tem-se uma inversão do papel do Estado, o qual aparece como devedor e, conseqüentemente, estando obrigado a prestar serviços ou conceder benefícios, desde que atendidas as exigências legais. No entanto, no polo passivo não está toda a sociedade, mas apenas o credor contribuinte qualificado como segurado, na forma da legislação, e seus dependentes.

As relações jurídicas aqui tratadas tem existência de forma independente, na medida em que a relação jurídica de custeio, de natureza tributária, imponível a diversos setores da sociedade, nasce de acordo com a ocorrência dos fatos geradores dos tributos correlatos, enquanto o direito ao recebimento das prestações previdenciárias ocorrerá na medida em que os riscos sociais protegidos se materializam no plano fático em face dos beneficiários da Previdência Social. Isto não impede de se relacionarem na medida em que o financiamento do sistema tem como base as remunerações dos beneficiários, as quais também serão consideradas para se calcular o valor dos benefícios.

Em contraponto a esta visão tributarista, apresenta-se a tese do salário social diferido, defendida por Martinez(2003, p. 98), o qual entende que o sistema

ao preencher parcelas integrantes da remuneração do trabalhador (constantes de sua retribuição ou contidas virtualmente na parte patronal da obrigação fiscal), expropriá-las temporariamente, administrá-las, aplicando-

as, e restituí-las na forma de benefícios ou serviços, segundo a força cogente de norma de caráter público (quando o legislador julga oportuno o retorno), a previdência social serve-se de mecanismo de salário socialmente diferido.

Todos os argumentos apresentados apontam em um sentido: a clara distinção do sistema previdenciário brasileiro em relação aos sistemas americano e europeu. Só este fato justifica uma abordagem específica, que leve em conta as especificidades do custeio - relação jurídica de custeio - e do benefício - relação jurídica de benefício ou relação jurídica de seguro social. Iniciemos com o cotejo do sistema brasileiro com os sistemas americano e europeu, uma vez que, conforme exposto no capítulo anterior, lá se encontram os países onde se iniciou os debates sobre os custos dos direitos, da reserva do possível e suas implicações sobre as prestações estatais e a relação com os direitos fundamentais.

3.1.1 Do cotejo do modelo de financiamento dos Sistemas Previdenciários na Europa, nos Estados Unidos e no Brasil: o Estado Liberal Fiscal *versus* o Estado Social Fiscal

É certo que o gasto público com o sistema previdenciário está incerto dentro do orçamento dos estados quando se configura a opção pelo sistema de repartição. Mas qual seria o impacto deste gasto público nas finanças dos Estados em seu todo? E sob qual forma isto é instrumentalizado pela Constituição e pelo arcabouço ideológico e político que fundamenta o Estado? São questões que permeiam a discussão sobre os modelos ou tipologias de Estado no que tange à sua relação com os direitos fundamentais, principalmente aqueles ditos direitos sociais prestacionais, uma vez que, mas não somente como se viu acima, estão imbuídos do elemento custo de forma mais evidente que os demais.

Estas diferenças entre as tipologias ou modelos de Estado no trato com os direitos fundamentais sociais reverbera para os modelos tributários e financeiros (orçamentários) que adotam, na medida em que as políticas públicas e/ou serviços públicos se destinam a realizar garantias constitucionais de variados modos. Sobre isso, Piketty (2014. p. 609-610) assentou que

Não há como ter certeza. É necessário, em primeiro lugar, destacar as importantes diferenças que existem mesmo nos países ricos: os países da Europa Ocidental parecem ter se estabilizado em torno de uma taxa de arrecadação pública da ordem de 45- 50% da renda nacional, enquanto os Estados Unidos e o Japão parecem solidamente instalados em valores que

giram entre 30% e 35%. Isso mostra que diferentes escolhas são possíveis para um mesmo nível de desenvolvimento.

De qualquer modo, deve-se também abordar o perfil de gasto público com os sistemas previdenciários de outros países, a fim de se verificar se há um padrão, e como se desenvolveram. O que se pode notar é que os países que adotam uma clara opção pelo chamado Estado Social, ou pelo reconhecimento e manutenção de um arcabouço de direitos fundamentais sociais, diferem na quantidade e na qualidade do gasto em relação aos Estados Liberais, os quais não reconhecem direitos sociais como fundamentais. Para melhor evidenciar, deve-se esclarecer que

Na prática, as aposentadorias representam de longe a maior parte (entre dois terços e três quartos) do total da renda de substituição e de transferência. Observamos ainda variações significativas entre os países. Na Europa continental, as pensões para a aposentadoria com frequência ultrapassam 12- 13% da renda nacional (com a Itália e a França no topo, à frente da Alemanha e da Suécia). Nos Estados Unidos e no Reino Unido, o sistema público de aposentadoria é muito mais limitado para salários médios e elevados (a taxa de substituição, ou seja, o montante da aposentadoria expresso em proporção dos salários previamente obtidos, cai bem mais rápido no momento em que o salário ultrapassa o salário médio), e as pensões representam apenas 6-7% da renda nacional. (PIKETTY, 2014, p. 597)

Da análise dos dados de Piketty acima, podemos dizer que os Estados Unidos da América, país declaradamente liberal, possuem um gasto menor para o custeio de aposentadorias, ao passo que a Europa continental gasta quase o dobro. Isto ocorre pela maior limitação do Sistema de Seguro Social americano, como exemplo, em que a renda médias das aposentadorias é de apenas 44% dos rendimentos finais do trabalhador (PIKETTY, 2014). De qualquer forma, os exemplos tratados até aqui são de países com populações idosas, ou seja, nas quais a parcela de pessoas acima de 60 anos é bastante significativa e com tendência de aumento.

No caso dos países da Europa, é revelador a dimensão dos gastos em aposentadorias e pensões, para os quais cabe apontar que

Na prática, as aposentadorias representam de longe a maior parte (entre dois terços e três quartos) do total da renda de substituição e de transferência. Observamos ainda variações significativas entre os países. Na Europa continental, as pensões para a aposentadoria com frequência ultrapassam 12-13% da renda nacional (com a Itália e a França no topo, à frente da Alemanha e da Suécia). Nos Estados Unidos e no Reino Unido, o sistema público de aposentadoria é muito mais limitado para salários médios e elevados (a taxa de substituição, ou seja, o montante da aposentadoria expresso em proporção dos salários previamente obtidos, cai bem mais rápido no momento em que o salário ultrapassa o salário médio), e as

pensões representam apenas 6-7% da renda nacional. Trata-se, de toda forma, de quantias consideráveis: em todos os países ricos, o sistema público de aposentadoria constitui a principal fonte de renda para pelo menos dois terços dos aposentados (e em geral para mais de três quartos). Apesar de todos os defeitos, e sejam quais forem os desafios que eles enfrentam, o fato é que são esses sistemas de aposentadoria pública que permitem a todos os países desenvolvidos erradicar a pobreza na terceira idade, que ainda era endêmica até os anos 1950-1960. Junto com o acesso à educação e à saúde, as aposentadorias públicas são a terceira revolução social fundamental financiada pela revolução fiscal do século XX. (PIKETTY, T. 2014. p. 597)

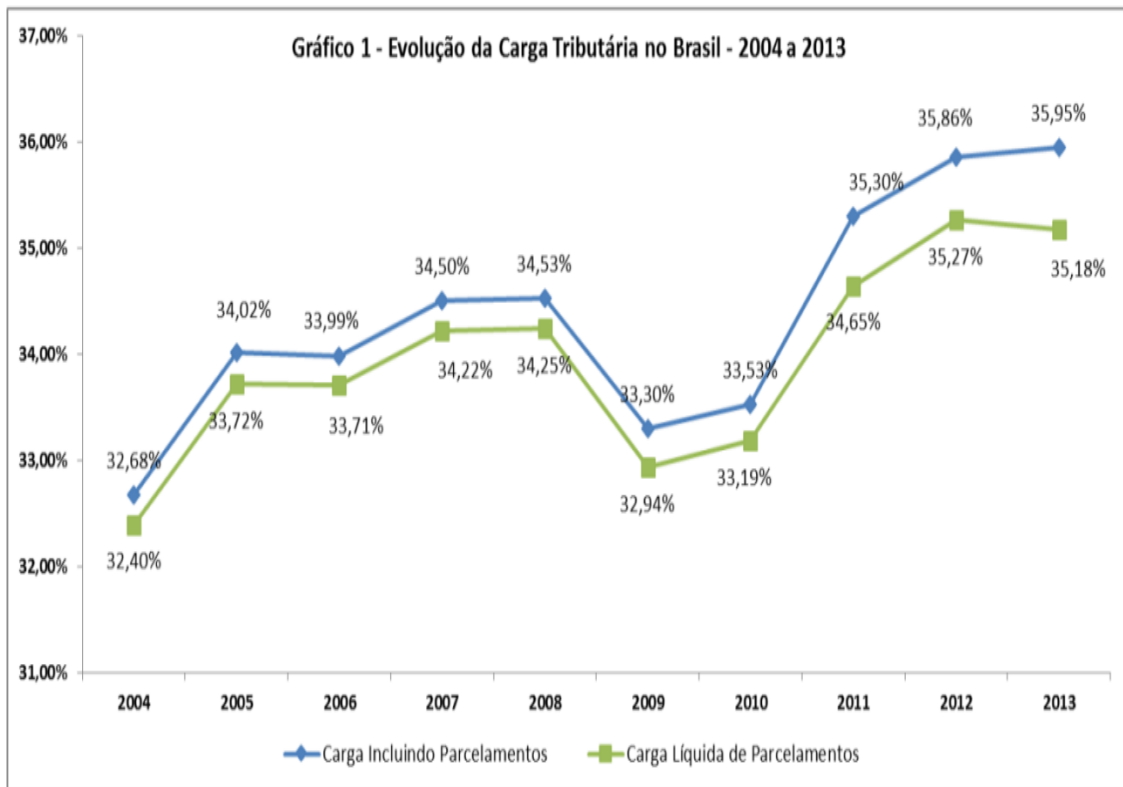
A partir do exposto, pode-se afirmar que a mera transmutação de conceitos e pré-compreensões de direito estrangeiro para justificar reformas no sistema previdenciário dos países deve ser feita partindo-se da análise do orçamento público nos moldes propostos na Constituição, uma vez que esta revela a opção do Estado no tratamento dos direitos sociais, bem como de uma análise aprofundada e comparativa para se inferir o modelo de Estado Social ou Liberal. Também é revelador examinar-se a relação entre o percentual do gasto com Previdência Social e Produto Interno Bruto – PIB, para o qual Orçamento Geral da União de 2015, em suas justificativas (BRASIL, 2005) apresenta os seguintes dados:

A despesa do governo geral com previdência no Brasil equivalia a 10,7% do PIB, em 2002, e a 6,1% do PIB nos EUA, em 2001, último ano em que há dados disponíveis para os países-membro da OCDE. Os gastos previdenciários no Brasil são também mais elevados do que a média dos países da OCDE [...] Por outro lado, a proporção da população brasileira com idade acima de 65 anos era de 5,4% em 2003, maior apenas que a do México (5,2%). Já nos Estados Unidos essa proporção era de 12,4%. Os gastos previdenciários guardam estreita relação com a proporção da população acima de 65 anos. [...] O Brasil é uma notável exceção à regra, e em menor grau a Turquia, o Chile e o México. Esses países possuem gastos previdenciários elevados em relação à parcela idosa de sua população. Os gastos com previdência social no Brasil correspondem à metade das despesas sociais do governo geral, enquanto que na OCDE essa relação é de aproximadamente um terço. Esses gastos tendem a crescer na medida em que a parcela idosa da população brasileira aumentar, o que chama a atenção para a necessidade de se conter a elevação das despesas previdenciárias.

Cumprir observar que, conforme exposto acima, em comparação aos países da Europa continental mantêm uma tributação no patamar de 45-55% do PIB, o Brasil mantém-se com tributação bem menor, em torno de 30-35%, similar ao histórico dos Estados Unidos ao longo do século XX. Deste modo que se pode inferir que a carga tributária brasileira não está tão distante do patamar histórico dos Estados Unidos ao longo do século XX, mas está ainda distante dos patamares mais elevados dos países

da Europa continental. Veja-se os dados do Ministério da Fazenda, expostos no Gráfico 1.

Gráfico 1: Carga tributária do Brasil 2004-2013



Fonte: **Carga Tributária no Brasil 2013: Análise por Tributos e Bases de Incidência**. Brasil, 2013. Ministério da Fazenda.

Neste contexto, Piketty (2014) alerta no sentido de que o Estado Social é um Estado Social Fiscal, ou seja, o modelo fiscal acompanha a opção pelo estado social. O Brasil, a partir de, pelo menos, a Constituição de 1988 fez clara opção pelo Estado Social e, portanto, para permitir concretizar toda a promessa constituinte, faz-se clara a necessidade de construir-se instrumentos fiscais em dimensão e qualidade adequados ao atendimento das demandas dos direitos sociais prestacionais e das políticas públicas que os circundam e com os quais se relacionam. Não parece ser possível realizar as promessas do Estado Social, ou do Estado Democrático de Direito com reconhecimento dos direitos sociais prestacionais, sem a existência de uma correspondente carga tributária em nível similar aos países que realizam os direitos

sociais e políticas públicas nesse modelo estatal. Disto decorre que o modelo fiscal brasileiro é distinto do modelo fiscal americano, em virtude da promessa constitucional de realização do Estado Social. PIKKETY alerta no sentido de que o Estado Social é um Estado Social Fiscal, ou seja, o modelo fiscal acompanha a opção pelo Estado Social.

Esta constatação situacional se torna imprescindível em face do contexto econômico dos direitos sociais prestacionais, dentre eles o direito a prestações previdenciárias, pois o contra-argumento à expansão e mesmo manutenção dos atuais patamares de proteção previdenciária é justamente a reserva do possível. Infere-se do exposto que nossa tributação sequer reflete o gasto que um Estado social, ou seja, que um Estado que reconhece a fundamentalidade dos direitos sociais deve fazer e, para tanto, precisa traduzi-los em tributação com percentuais em relação ao Produto Interno Bruto compatíveis com um modelo de Estado Social Fiscal. A mera comparação de percentuais de gasto com um Estado Liberal se torna desconexa e descontextualizada, gerando uma aplicação imparcial das normas hermeneuticamente construídas através das situações de escassez de recursos.

Nesse azo, faz-se mister analisar os direitos prestacionais previdenciários no quadro dos direitos a fim de demonstrar a natureza e fundamentalidade destas prestações estatais no moldura de Estado brasileiro.

3.2 Natureza das Prestações Previdenciárias no Quadro Dos Direitos Fundamentais e Classificação da Previdência Social – Um Direito a Prestações Estatais

Conforme exposto, existem no direito brasileiro importantes distinções orçamentárias e tributárias que devem ser levadas em consideração em termos de conteúdo e aplicação das normas jurídicas que envolvem a realização de direitos fundamentais. Desde logo, apontou-se para a possibilidade de existirem direitos sociais economicamente neutros, ou sem relevância econômica para o orçamento público. Transpondo-se para o direito brasileiro, é necessário levar em conta que existem diferenças entre as prestações estatais financiadas pelo orçamento fiscal (que é nutrido com tributos gerais e não vinculados a prestações estatais específicas) e aquelas financiadas pelo orçamento da seguridade social (cujos tributos são vinculados a prestações estatais específicas –saúde, assistência social e previdência

social), bem como não se pode dar igual aplicação das normas envolvendo prestações estatais sem custo para o beneficiário e aquelas custeadas pelo pagamento de taxas ou outros tributos vinculados, como as contribuições da seguridade social. Tais prestações, de acordo com a classificação proposta no Capítulo II, são economicamente neutras em relação ao orçamento fiscal, uma vez que custeadas por outras fontes distintas daquelas que fazem parte daquela peça orçamentária. Na verdade, as fontes de financiamento são valores oriundos de contribuições (de natureza tributária) impostas aos próprios beneficiários (trabalhadores), e de forma compartilhada com os tomadores de serviço e o Estado, este último participando com o orçamento fiscal (de tributos não vinculados) quando o orçamento da seguridade social estiver em déficit.

Assim, estas características devem constituir-se como discursos de fundamentação e de aplicação da norma.

Verifica-se que, no caso brasileiro, tem-se serviços ora remunerados por taxas ou tributos vinculados (contribuições), ora remunerados por tarifas (ou preços públicos) em que não temos impacto no orçamento fiscal (no que diz respeito a utilização de recursos oriundo dos impostos, exigíveis de todos os membros da sociedade independentemente de qualquer prestação estatal correlata). Ante o exposto, pode-se entender perfeitamente que a utilização do argumento da reserva do possível encontrar-se-ia obstaculizada frente a prestações destas espécies citadas, em que não há implicação de alocação de recurso para sua implementação, no sentido de que sua efetivação se dá pelo uso dos respectivos recursos oriundos de pagamentos de taxas, contribuições vinculadas e tarifas públicas como condição de sua implementação.

Nesse sentido é a opinião de Sarlet (2006) e Murswiek (2002), apontando a ausência de relevância econômica nas prestações estatais custeadas com recursos dos próprios beneficiários, de forma que

havendo nesse contexto, quem sustente a existência de exceções, apontando para direitos sociais a prestações economicamente neutras (não implicam a alocação de recursos para sua implementação), no sentido de que há prestações materiais condicionadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas, além de outras que se restringem o acesso aos recursos já disponíveis. (SARLET, 2006, p. 286).

Como já referido nos itens anteriores, a Constituição de 1988 traça o modelo de Estado Fiscal tendente a realizar o Estado Social capaz de concretizar os valores

constitucionais. Deve-se, no entanto, questionar até que ponto tais aspectos aqui levantados são impedimentos para a efetividade plena na realização dos direitos sociais prestacionais, objeto deste projeto. Neste ponto, a análise da natureza do direito previdenciário será pedra fundamental.

Antes de se aventurar pelos elementos jurídicos da relação previdenciária, há que se elucidar a existência de *regimes de previdência social*, a fim de se delimitar acerca de qual ou de quais está a se tratar no âmbito desta pesquisa. Com efeito, no Brasil não existe um único regime jurídico de cobertura envolvendo prestações previdenciárias. Sobre o conceito de regime previdenciário, entende Castro que

Entende-se por regime previdenciário aquele que abarca, mediante normas disciplinadoras da relação jurídica previdenciária, uma coletividade de indivíduos que tem vinculação entre si em virtude da relação de trabalho ou categoria profissional a que se está submetida, garantindo a esta coletividade, no mínimo, os benefícios essencialmente observados em todo sistema de segura social – aposentadoria e pensão por falecimento do segurado. (CASTRO, 2014, p. 134)

Assim, existem quatro regimes previdenciários no Brasil: o primeiro em ordem de previsão no texto constitucional é o Regime Próprio de Previdência Social – previsto no art. 40 da Constituição Federal, e titularizado pelos servidores públicos de cargo efetivo e seus dependentes. Deve-se destacar a Proposta de Emenda Constitucional nº 287, que está em andamento no Congresso Nacional, se aprovada, praticamente igualará este Regime ao Regime Geral de Previdência Social, dando abertura para uma possível unificação nos anos vindouros (como já ocorre em vários países). Dada a sua especificidade em relação ao grupo protegido (servidores públicos) e pelo fato de não cobrir todas os riscos ou contingências sociais (que impedem o exercício de atividade remunerada), como por exemplo afastamentos por doença (considerada licença remunerada) ou desemprego, não comporá este regime o âmbito de análise desta pesquisa

O segundo é Regime Geral de Previdência Social, previsto no art. 201 da Carta Magna, que abarca todos os demais trabalhadores não cobertos por regimes próprios de previdência social. Constitui o principal regime de previdência social no Brasil, abrangendo todos os trabalhadores da iniciativa privada, ou seja, os chamados empregados regidos pela legislação trabalhista, trabalhadores autônomos, empresários, trabalhadores avulsos (portuários e assemelhados), pequenos produtores rurais e pescadores artesanais que trabalham em regime de economia

familiar, enfim, todos os que exercem atividade remunerada e não estejam, como dito, filiados a regimes próprios de servidores públicos. É gerido pelo Poder Público, regido por sistema de repartição, compulsório, e cobre a perda da capacidade de gerar meios de subsistência até um valor-teto. Este regime comporá o âmbito e análise das relações jurídicas previdenciárias como direitos sociais prestacionais.

Em paralelo a estes dois sistemas previdenciários estatais, existe o Regime dos Militares das Forças Armadas, também estatal e previsto no art. 142, inciso X da Constituição Federal e regulado pela Lei 6.880/1980, cuja classificação como regime previdenciário é motivo de polêmica pela doutrina pátria, uma vez que, ao menos no âmbito federal, inexistente contribuição específica para o regime de inatividade dos militares e, por outro lado, existem regras de majoração e afastamento que não cobre riscos sociais típicos previdenciários. Por tais motivos, este regime não compõe o âmbito de estudo desta pesquisa.

Constituindo outro pilar de proteção previdenciária, existe o Regime de Previdência Complementar, regido pelo art. 203 da Constituição Federal, em caráter complementar aos regimes estatais, e geridos por entidades privadas de previdência complementar fiscalizadas pelo Poder Público. Sua relação jurídica é de natureza civil, contratual e não se configura como prestação estatal. Por estes motivos, não compõe o âmbito desta pesquisa, uma vez que não se trata de direitos sociais prestacionais, no sentido de serviços fornecidos pelo Estado para a realização de garantias fundamentais. O objeto de estudo deste trabalho são os direitos a prestações da Previdência Social, como direito social prestacional em serviço público fornecido pelo Estado, financiado por tributos (contribuições previdenciárias e da seguridade social) vinculados a prestação desse serviço específico e vinculados ao contribuintes(trabalhadores em geral) desse tributo, sendo, assim, economicamente neutros.

Feita a apresentação dos regimes previdenciários, faz-se necessários tecer considerações sobre as prestações estatais do Regime Geral de Previdência Social, previsto no art. 201 da Constituição Federal, no âmbito da Teoria do Direito, as quais serão referidas como direito previdenciário.

A partir da teoria dos *status* de Georg Jellinek, detalhado no capítulo segundo, o direito previdenciário no âmbito dos regimes estatais podem ser enquadrados com *status* positivo, denominado de *status civitatis*, uma vez que se afigura-se o indivíduo em posição de exigir do Estado, detendo o poder de demandar a prática de

determinadas prestações positivas pela autoridade estatal, relacionada à concessão de benefícios previdenciários ou de serviços prestados pelo sistema de previdência social.

Utilizando-se a classificação de Sarlet acerca da divisão entre direitos fundamentais de defesa, e direitos fundamentais a prestações, infere-se o claro enquadramento do direito previdenciário no segundo grupo e, mais especificamente, no subgrupo dos direitos a prestações em sentido estrito. Veja-se o que diz Sarlet (2012, p. 141), adotando a posição proposta por Alexy:

Com base em tudo o que foi exposto e afastando-nos de formulação anterior sobre este tema, entendemos que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e que, por sua vez, tenha como ponto de partida as funções por eles exercidas, poderia partir, na esteira da proposta de Alexy, da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). O segundo grupo (dos direitos prestacionais), dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos, quais sejam, o dos direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o **dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais)**, salientando que a ambos se aplica a distinção entre os assim denominados direitos derivados e os direitos originários a prestações, que ainda será objeto de nossa atenção.

Isto porque, o direito a prestações materiais da Previdência Social se enquadra na classificação de direitos a prestações materiais sociais, uma vez que as prestações do Regime Geral de Previdência Social, a teor do Plano de Benefícios da Previdência Social instituído pela Lei 8213/90, estabelecem que os benefícios (aposentadorias, auxílios, salários e pensões) são prestações pecuniárias ao lado dos serviços (atividade do serviço social e reabilitação profissional). Acerca da posição de Alexy (2008, p. 142) sobre estes direitos sociais prestacionais, é clara a classificação dos direitos previdenciários neste rol, uma vez que são direitos do indivíduo frente ao Estado a prestações de natureza pecuniária (benefícios), os quais – se o indivíduo tivesse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, como na verdade encontraria – poderia obter também dos particulares, como ocorre em relação às entidades privadas de previdência complementar referidas acima acerca do Regime de Previdência Complementar.

Na objetivação de Sarlet (2014) sobre a realização da igualdade material, no sentido de garantir a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais, o direito previdenciário novamente estabelece a conformação necessária,

uma vez que permite a participação dos trabalhadores no sistema, na medida da sua capacidade contributiva, através do princípio da equidade de custeio, permitindo que o trabalhador participe do plano de benefícios ainda que não custeie sozinho a prestação, mas de forma tripartida como será detalhado nos itens abaixo em tributos indiretos sobre a remuneração do trabalho. Por outro lado, também reforça este argumento a incidência do princípio da Solidariedade, que informa toda a Constituição de 1988, consubstanciada no art. 195 no âmbito do custeio da Seguridade Social por toda a sociedade. Por último, como o direito previdenciário se trata de um direito fundamental e um direito subjetivo, significa que titular do direito poderá exigir judicialmente o cumprimento da obrigação objeto da norma diretamente do seu destinatário, em uma relação trilateral, como já mencionado por Robert Alexy, como de fato ocorre rotineiramente com as prestações previdenciárias como objeto das ações ordinárias na Justiça Federal e Estaduais.

Ainda que sob críticas, a definição de Barroso(2009), assim como boa parte da doutrina brasileira estrangeira, como “direito público subjetivo”, sempre que “a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado”, se coaduna com o direito previdenciário entendido como prestações do Regime Geral de Previdência Social. Todavia, com direito fundamental em que se constitui tais prestações sociais, revela-se a dimensão objetiva em decorrência dos valores e princípios que obrigam a sua concretização por todos os órgãos legislativos, judiciários e executivos, como princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais da ordem jurídica(Sarlet, 2012).

Desta forma, a natureza de direito social prestacional é evidenciada de forma nítida nas prestações previdenciárias do Regime Geral de Previdência Social. O próximo passo é analisar os princípios especiais que regem esta relação, enquanto argumentos a serem propostos para sua compreensão.

3.3 Princípios Constitucionais do Direito Previdenciário: Ponto de Partida para compreender sua natureza

A Previdência Social é um sistema público, no caso pátrio, com o objetivo de garantir a subsistência do trabalhador quando ele mesmo não o puder fazer por contingências ou riscos sociais que o obriguem a se afastar da atividade laborativa remunerada. Dada a sua natureza de mecanismo de proteção social contra estas

contingências(ou contra seus efeitos), os princípios que regem a relação previdenciária revelam conotações próprias para um sistema de seguro estatal.

Mesa-Lago faz, de forma sucinta, um histórico da principiologia do Seguro Social, ao afirmar que

Em 2003, o seguro social completou 110 anos na Alemanha, origem da moderna seguridade social, gerado por meio da trilogia legal impulsionada pelo chanceler Otto von Bismarck entre 1883 e 1889, que estabeleceu a proteção dos trabalhadores contra os riscos sociais da idade, invalidez e da doença. Entre os princípios originais do seguro social, estavam a obrigatoriedade, a contribuição de empregadores e trabalhadores e o papel regulador do Estado. O modelo bismarckiano se desenvolveu gradualmente na Europa e em outros países industrializados. Em 1919, como término da Primeira Guerra Mundial, fundou-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e essa estabeleceu o seguro social como instrumento fundamental de proteção dos trabalhadores e de suas famílias contra certos riscos sociais. Nesse ano, a OIT fez seu primeiro acordo nesse sentido, protegendo a maternidade; a “primeira geração” desses acordos baseava-se no conceito de seguro social e se aplicava a certas categorias de trabalhadores. Em 1935, os Estados Unidos promulgaram a lei de “seguridade social”, a primeira a usar tal vocábulo, o qual também foi utilizado na lei da Nova Zelândia de 1938. (Mesa-Lago, 2007, p. 17)

Indubitavelmente, a efetuar a manutenção econômica no momento das contingências sociais, está-se garantindo a vida, direito fundamental por excelência. Assim, há nexos primordial entre estes dois direitos fundamentais, pela correlação factual entre a promoção dos meios de subsistência da Previdência Social e a manutenção da vida, por meio dos benefícios pecuniários que garantirão a subsistência do trabalhador quando este estiver impedido de auferir renda própria pelo labor. Este instrumental de garantia da manutenção da vida e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana, constitui um arcabouço protetivo que se revela em verdadeira “salvaguarda da garantia” constitucional básica.

No que tange aos princípios constitucionais que regem os sistema previdenciário, aponta Balera (2014) que o primado do trabalho é base primeira da ordem social constitucional. Nesse sentido, o sistema de seguridade social está estruturado tendo como postulado a prioridade do trabalho, como passo fundamental para que sejam alcançados o bem-estar e a justiça sociais, nos termos estabelecidos pela ordem constitucional, incorporado, pela primeira vez, de conceito vigoroso e peculiar à proteção social como o de seguridade social ao texto da Lei Maior, em resposta às expectativas da sociedade organizada de ampliação do rol de direitos sociais associados à cidadania plena. O trabalho, como valor fundante da República

Federativa do Brasil, mereceu proteção e salvaguarda adequada por meio de um sistema securitário que homenageasse a cobertura digna dos riscos sociais relativos ao impedimento involuntário ao exercício do labor remunerado.

Vale lembrar que a Previdência Social se insere no sistema de Seguridade Social, ao lado dos ramos da Assistência Social e da Saúde.

Em razão disto, existem princípios constitucionais aplicáveis aos três ramos da Seguridade Social, sendo o primeiro princípio a se analisar o chamado **Princípio da Solidariedade**, previsto no art. 195, caput, da Constituição de 1988, que pode ser conceituada como a participação obrigatória de todos os membros da sociedade, de forma direta, mediante contribuições sociais, e indireta, através dos tributos. Nota-se aqui, novamente a referibilidade das contribuições sociais à esta atividade estatal. Da mesma forma, outra dimensão do princípio é a solidariedade entre gerações, ou pacto intergeracional, que pode ser traduzido como forma de distribuição do custeio dos benefícios: a geração atual custeia os beneficiários atuais, e a geração futura custeará os beneficiários futuros. Nesta dimensão, é plenamente realizada no regime de repartição simples, como é o caso da Previdência social brasileira. Sobre este princípio, Castro (2014, p. 118), afirma que

A Previdência Social se baseia, fundamentalmente, na solidariedade entre os membros da sociedade. Assim, como a noção de bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário. Uma vez que a coletividade se recuse a tomar com sua tal responsabilidade, cessa qualquer possibilidade de manutenção de um sistema universal de proteção social. Ressalta Daniel Machado da Rocha que 'a solidariedade previdenciária legitima-se na ideia de que, além de direitos e liberdades, os indivíduos também tem deveres para com a comunidade na qual estão inseridos, com o dever de recolher tributos (e contribuições sociais, com espécies destes), ainda que não haja qualquer possibilidade de contrapartida em prestações(é o caso das contribuições exigidas dos tomadores de serviços). Envolve, pelo esforço individual, o movimento global de uma comunidade em favor de uma minoria – os necessitados de proteção – de forma anônima.

Por outro lado, Reis(2010) alerta que o **Princípio da Solidariedade** deve ser entendido como processo aberto de interpretação, que objetive potencializar a realização ampla dos direitos sociais com vistas ao princípio da solidariedade, esse funcionando como otimizador diante das limitações públicas, além do mínimo existencial, também focado igualmente na reserva do possível e na proibição do retrocesso. Na concepção de Beveridge (apud Mesa-lago, 2007, p. 26)

toda a população deve estar filiada ao sistema de seguridade social e deve contribuir com seu financiamento para garantir a sua sustentabilidade; também deve haver solidariedade entre as gerações; ou seja, os trabalhadores ativos devem contribuir para financiar as prestações dos inativos; tudo isso terá um efeito redistributivo progressivo. Segundo ele, para elevar o nível de vida e eliminar a pobreza, não basta apenas o aumento da produção, também é necessária uma adequada redistribuição do produto.

Dessarte, as prestações estatais referentes a direitos sociais previdenciários guardam nítida distinção em face de seu sistema de custeio próprio, definido nos termos constitucionais acima expostos, devendo-se levá-los em consideração para se especificar conteúdos como seu mínimo existencial e a incidência do argumento da reserva do possível para sua efetivação.

O **Princípio da Universalidade de Cobertura**, segundo Beveridge (1946, p. 155) introduziu esse princípio como “abrangência da cobertura das pessoas” e o considerou um instrumento para abolir a pobreza, segundo Mesa-Lago(2007). Este autor ainda afirma que “a Declaração da Filadélfia, de 1944, proclamou que todos os membros da comunidade deveriam ser cobertos; daí a necessidade de estender as medidas de seguridade social para garantir renda básica àqueles que necessitam” (Mesa-lago 2007, p. 25). Interessante relação estabelece o autor, entre os princípios da universalidade, igualdade e solidariedade, ao afirmar que

Existe uma forte inter-relação entre os princípios da universalidade, igualdade e solidariedade, de forma que, se um deles não funciona adequadamente, afeta os outros dois. Segundo a OIT, em atenção ao princípio da solidariedade, todos os trabalhadores devem filiar-se e contribuir com o sistema geral, mas há grupos com regimes separados que resistem à integração. Economicamente, o objetivo e efeito geral da seguridade social deve ser a redistribuição de renda de maneira horizontal e vertical. Na horizontal, os ativos transferem recursos aos inativos; entretanto, esse efeito é significativo quando a cobertura populacional é universal ou está muito ampla, mas reduzido ou nulo quando a cobertura é pequena. Na vertical, os grupos de alta renda transferem recursos aos grupos de baixa renda por meio das contribuições (os de maior renda pagam mais, ainda que possa haver um teto que limite o efeito), das prestações (como o benefício mínimo — caso ele exista) e dos subsídios estatais, especialmente se o sistema tributário geral é progressivo.

Outro princípio a ser comentado para este trabalho, utilizando a ligação defendida por Mesa-Lago acima sobre o sistema tributário, consubstancia-se no **Princípio da Prévia Fonte de Custeio Total**, ou regra da contrapartida, prevista no art. 195, § 5.º, da Constituição Federal, pelo qual há necessidade de que primeiro se constitua a fonte de custeio para depois ser criado, majorado ou estendido o benefício,

permitindo proteger o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de seguridade. Contudo, convém lembrar que a Previdência Social impõe o cumprimento do requisito de período de carência (número mínimo de contribuições) prévio ao implemento de determinados benefícios e serviços, requisito que complementa o referido princípio.

Note-se que o Constituinte estabeleceu balizas para o caso de o custeio atual se tornar porventura insuficiente, como ocorre no art. 195, § 4º, do mesmo diploma legal, tanto para a manutenção do sistema como para sua expansão, de competência residual da União.

Segundo Castro (2014, p. 123), pode-se falar do **Princípio do Orçamento Diferenciado**, segundo o qual “a Constituição estabelece que a receita da Seguridade Social constará de orçamento próprio, distinto daquele previsto para a União (art. 165, § 5º, III; art. 195, §§ 1º e 2º)”. O intento do constituinte é evitar o desvio de verbas destinada aos ramos da Saúde, da Previdência Social e da Assistência Social para outras áreas, regra inexistente no regime constitucional anterior,

Stephanes (1998) afirma que a ausência de tal impedimento tem acarretado déficits em face da inexistência de um “fundo de reserva”, desviado para outros gastos do Estado. Vale transcrever o relato do autor

Quando o sistema era jovem – ou seja, o número de trabalhadores contribuintes era muito superior ao número de inativos – verificaram-se saldos de caixa que deveriam ser utilizados para garantir a viabilidade do sistema em conjunturas desfavoráveis. Entretanto, esses saldos, muitas vezes, foram utilizados para outras finalidades, distintas dos interesses previdenciários. (STEPHANES, apud CASTRO, 2014, P. 123)

Martins (2008, p. 245) adota entendimento de que as normas do § 5º do art. 165 e §§ 1º e 2º do art. 195, ambos da Constituição Federal, instituem a “incomunicabilidade dos orçamentos e de sua administração”. Desta característica decorre a concretização da vinculatividade e referibilidade das contribuições, inclusive das chamadas previdenciárias típicas, incidentes sobre a folha de pagamentos de salários e outras remunerações.

Enquanto princípio específico da Previdência Social, o **Princípio da Filiação Obrigatória** determina que, além da obrigatoriedade da contribuição, todo exercente de atividade remunerada que se enquadre na condição de segurado é considerado pelo regime geral como tal, desde que não esteja amparado por outro Regime Próprio de Previdência Social. Serve de corolário ao **Princípio da Universalidade**, pelo qual todos os trabalhadores devem estar cobertos pelo regime de Previdência Social.

Em comento ao **Princípio da Compulsoriedade de Contribuição**, pode-se conceituá-lo como norma que exige a participação dos indivíduos pertencentes à sociedade, naturais e jurídicas, no financiamento do sistema de seguridade. Disto decorre o princípio do caráter contributivo, pelo qual o sistema será custeado por contribuições sociais, nos termos do art. 149 Constituição Federal, a ser concretizado na forma da lei. Em relação à ordem jurídica brasileira no segmento da seguridade, Castro (2014, p. 127) afirma que “não há regime previdenciário [...] (de) percepção de benefícios sem a contribuição específica para o regime, salvo quando a responsabilidade pelo recolhimento de tal contribuição tenha sido transmitida, [...] a outrem que não o próprio segurado”.

O **Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial**, expresso somente a partir da Emenda Constitucional n. 20/98, implica em obrigação do Poder Público, na execução da política previdenciária, equilibrar a relação entre custeio e pagamento de benefícios, em busca de superávits, bem como observar as oscilações em relação a ocorrência dos riscos sociais cobertos (idade avançada, morte, doença, etc.), adequando o sistema a estas variáveis. Segundo Stephanes (1998), citado por Castro (2014, p. 128), “é a estrutura etária da população em cada momento, pois é ela que define a relação entre beneficiários (população idosa) e contribuintes (população em idade ativa)”. Foi com esteio neste princípio que foi alterado o cálculo dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e idade para incluir o chamado fator previdenciário, que leva em consideração a expectativa de sobrevivência, a idade e tempo de contribuição no momento da concessão do benefício. Mesa-lago, afirma que o princípio tem raiz no relatório Beveridge, ao afirmar que

O documento de Beveridge mostrou preocupação para que o plano de seguridade social fosse viável financeiramente de acordo com a capacidade econômica do país. Por isso, expôs que não tinha de ser implantado de uma só vez, poderia ser por etapas, mas como parte de um plano geral, indicando as prioridades na sua implementação e avançando quando existissem os recursos.

A Convenção 102 da OIT estipulou que “o Estado deve assegurar a realização periódica dos estudos e cálculos atuariais necessários para o equilíbrio financeiro e, em qualquer caso, antes de toda modificação de prestações, contribuições e impostos. O custo das prestações e dos gastos de administração deve ser financiado de maneira coletiva por meio de contribuições ou impostos, ou ambos. Os métodos de financiamento devem evitar que as pessoas com poucos recursos tenham que suportar cargas muito pesadas e também devem levar em conta a situação econômica do país e das pessoas protegidas. O total das contribuições sob responsabilidade dos assalariados protegidos não deve superar 50% do total dos recursos destinados à proteção”, de maneira

que o resto deve ser financiado pelos empregadores e/ou pelo Estado (Mesa-Lago 2007, p. 33-34)

Percebe-se o intento do Constituinte em concretizar o bem-estar e a justiça sociais representativos dos valores supremos da sociedade, por meio da proteção ao trabalho prevista no art. 193, da Constituição Federal, e pelo financiamento da Seguridade Social estipulado no art. 195, por meio do financiamento tripartite. Nesse azo, os princípios que regem a proteção previdenciária realizam o intento de prover as necessidades no momento em que o trabalhador se encontra impedido, faticamente ou socialmente, de realizá-la por meios próprios em virtude da ocorrência de determinados riscos ou contingências sociais, que serão tratados a seguir.

Noutro azo, Balera(2014) trata dos **Princípios da Seletividade e Distributividade** na prestação dos benefícios e serviços, e informa que estão insculpidos no inciso III do artigo 194 da Constituição federal, devem ser entendidos como, a seletividade, aquele princípio que fixa o rol de prestações que serão garantidas ao beneficiário do sistema, num momento pré-legislativo no qual o legislador fixa a prioridade na outorga de determinadas prestações. Alerta que essa escolha não é livre, pois o constituinte já determinou a necessidade de proteção dos grandes riscos sociais: a morte, a doença, a velhice, o desemprego e a invalidez no art. 201 da CF/1988, ao qual se pode acrescentar a proteção à maternidade e ao desemprego involuntário previstos no mesmo dispositivo. Já a distributividade define o grau de proteção devido a cada um, ou seja, a delimitação de quais riscos sociais são protegidos para cada indivíduo ou grupo de indivíduo, levando-se sem consideração quais indivíduos ou grupos requerem mais proteção em detrimento de outros, em face da limitação dos recursos arrecadados, os quais são insuficientes para manejar uma proteção uniforme a todos os grupos de indivíduos. Ambos os princípios revelam a discussão acerca dos limites fáticos de proteção objeto desta pesquisa.

Deve-se ainda tratar do **Princípio da Diversidade da Base de Financiamento**, insculpido no artigo 194, parágrafo único, VI, da Constituição Federal de 1988, o qual teve como origem a tríplice fonte de custeio, esta por sua vez, inalgurada na Constituição de 1934, que recebeu da fonte do modelo de segurança social apresentada por Beveridge, conforme já exposto no capítulo anterior (1983, apud IBRAHIN, 2015, p. 11). Dessa forma, relembramos com Ibrahin(2015), que o tratamento constitucional atual é mais abrangente que a **tríplice fonte de**

financiamento, uma vez que já a alberga, mas também agrange outras contribuições, como concurso de prognósticos e sobre a importação em determinados casos. Isto não contrasta com o fato de o modelo do financiamento da seguridade ainda ser basicamente estruturada na antiga forma tríplice de custeio, que envolve contribuições dos trabalhadores, das empresas e do próprio Estado. A contribuição do empregador, atualmente conceituada como empresa, existe desde o início dos modelos de previdência social no mundo, já que o seguro social de Bismarck, em 1883, já previa esta fonte de receita (IBRAHIN, 2015, p. 72). Os argumentos de justificação e fundamentação esta fonte de custeio encontra-se no fato de a empresa ser uma beneficiária indireta do sistema protetivo, advinda do conceito de mais-valia social, com benefícios a segurança dos trabalhadores para um desempenho melhor em sua produtividade, bem como afastando os custos trabalhistas durante os períodos de afastamento por doença, por exemplo. No que tange ao seguro de acidentes de trabalho, sobreleva as vantagens para o empregador, uma vez que evita o custo individualizado decorrente da incapacidade para o trabalho de seus empregados por longos períodos de tempo. A cotização individual para tais riscos sociais seria inviável, mesmo para a empresa, repassando para o Estado a tarefa de organizá-los de forma coletiva e repartindo o custo com toda a coletividade de empresas e trabalhadores.

Por último, o Estado também deve custear o sistema, por meio de parcela da arrecadação de tributos gerais, uma vez que é uma espécie de ressegurador do sistema securitário. Para Ibrahim(2015), este seria o financiamento indireto da Seguridade Social, com fundamento no artigo 195, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Isto porque compete à União organizar e gerir o Regime Geral de Previdência Social, bem como fixar recursos em seu orçamento fiscal destinados à previdência social, além das contribuições sociais já previstas no orçamento da seguridade social. Esta função de segurador último do sistema de Seguridade Social, na forma exposta por Ibrahim (2015,p. 73), pode ser compreendida, “no caso de eventual falta de recursos para o pagamento de benefícios, cabe à União compor o saldo necessário, não sendo lícito reduzir ou excluir pagamentos dos segurados, por ser o benefício direito subjetivo dos segurados e dependente. Por fim, os trabalhadores irão realizar contribuições sobre parcela de suas remunerações, denominada de salário de contribuição. Com base nesse quadro, é possível afirmar que

a ideia da diversidade da base de financiamento é apontar para um custeio da seguridade social o mais variado possível, de modo que oscilações setoriais não venham a comprometer a arrecadação de contribuições. Da mesma forma, com amplo leque de contribuições, a seguridade social tem maior possibilidade de atingir sua principal meta, que é a universalidade de cobertura e atendimento.

A diversidade da base de financiamento é que permitirá a evolução da seguridade social no sentido de assegurar os mandamentos constitucionais, em especial, a garantia efetiva do bem-estar e justiça sociais. (IBRAHIM, 2015, p. 73)

Dessarte, demonstra-se que não existe uma cotização individual como fonte exclusiva no sistema securitário brasileiro, mas uma “cotização coletiva”, com implemento de mecanismo de solidariedade social que distribui o custeio para toda a sociedade, no seio da Seguridade Social. Isto decorre da dimensão objetiva deste direito fundamental, que conduz ao chamamento de toda a sociedade a participar do custeio do sistema para concretizar a dimensão subjetiva o *writ*.

Estes são os princípios cujos argumentos de justificação serão levados à discussão da natureza do direito a prestações previdenciárias no âmbito do Regime Geral de Previdência Social. Conquanto seja consabida a existência de outros princípios, levanta-se o proferimento de que estes sejam suficientes para espargir o debate e a discussão sobre a neutralidade econômica da do direito social a prestações previdenciárias.

3.3.1 Contingências sociais

O trabalho é a forma como o ser humano transforma a realidade ao seu redor e, ao mesmo tempo, molda a forma de compreensão do mundo. Sua impossibilidade, parcial ou total, temporária ou permanente, traz graves perdas a conformação do indivíduo enquanto integralidade, além de trazer riscos à sua manutenção e a de seus dependentes. Os eventos que impedem de forma fática ou social o exercício de atividade remunerada que permita a subsistência do trabalhador são conhecidos como riscos sociais e, modernamente, como contingências sociais. Enquanto a primeira terminologia revela a imprevisibilidade dos eventos, também revelaria que seriam indesejáveis. Todavia, eventos como a maternidade não podem ser

considerados indesejáveis, porquanto parte da doutrina tem optado pela segunda nomenclatura, de contingência social, adotada aqui.

Feitas tais considerações terminológicas, pode-se dizer que os eventos causadores da perda, permanente ou temporária, da capacidade de trabalhar e auferir rendimentos para subsistência própria, bem como aqueles que os tornam socialmente indesejáveis, foram objeto de preocupação da sociedade. Os primeiros modelos para a cobertura e proteção contra os efeitos desses eventos, chamados de contingências sociais, estabeleciam responsabilidade subjetiva ou aquiliana do tomador dos seus serviços. Os sistemas evoluíram até atribuir-se à sociedade em seu conjunto, a responsabilidade pela cobertura, em decorrência mesmo da dimensão objetiva dos respectivos direitos fundamentais. Estas contingências sociais são responsabilidade do Estado de forma prevalente, o que levou Rocha (2007, p. 58) a afirmar que “tal desiderato é viabilizado pela redistribuição dos riscos sociais horizontalmente (entre grupos profissionais distintos) e verticalmente (entre gerações) pelo equacionamento da economia coletiva”.

A partir do exposto, pode-se afirmar que a Previdência Social é o ramo da atividade estatal que visa à proteção de todo indivíduo em atividade laborativa remunerada, com escopo de proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento, bem como nas situações em que, embora faticamente fosse possível o trabalho, não seria socialmente desejado, como ocorre na proteção à maternidade. As contingências sociais foram escolhidas pelo legislador constitucional ao dar a seguinte redação ao art. 201, que trata da Previdência Social:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
 I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
 II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
 III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
 IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
 V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Conforme leciona Silva (2006. p. 775), “o regime geral de previdência social consubstanciado na Constituição engloba prestações de dois tipos: benefícios e serviços.” Ainda com apoio em SILVA (2006), é correto afirmar que essas prestações

do regime geral de previdência social são devidas ao segurado ou a seus dependentes só depois de cumprido um período de carência previsto na lei (Lei 8.213, de 1991, arts. 24 e ss.), quando for o caso de isenção, cuja norma define por período de carência o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências. Por outro lado, “competências” significam o período de apuração do número de contribuições necessárias para compor o prazo de carência, distinto do exercício financeiro, de sorte que o beneficiário fará jus ao benefício a partir do transcurso do primeiro dia do vencimento do prazo. Esse prazo é variável em função da natureza do benefício.

Quanto ao nível de consubstanciação das normas previdenciárias previsto na Constituição, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme citado por Moraes (2007. p. 781), já havia pacificado a auto-aplicação dessas normas, entendendo que a garantia jurídico previdenciária

deriva de norma provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta e imediata. Esse preceito da Lei Fundamental qualifica-se como estrutura jurídica dotada de suficiente densidade normativa, a tornar prescindível qualquer mediação legislativa concretizadora do comando nele positivado. Essa norma constitucional – por não reclamar a *interpositivo legislatoris* – opera, em plenitude, no plano jurídico, todas as suas virtualidades eficaciais, revelando-se aplicável, em consequência, desde a data da promulgação da Constituição Federal de 1988. A exigência inscrita no art. 195, § 5º, da Carta Política traduz comando que tem, por destinatário exclusivo, o próprio legislador ordinário, no que se refere à criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços da seguridade social.

Deste modo, as prestações previdenciárias, uma vez cumpridos os requisitos, são imponíveis ao Administrador público, não havendo possibilidade de redução, ou não prestação dos mesmos. Note-se que, diferentemente de alguns sistemas europeus, não há possibilidade de, sequer, redução do valor dos benefícios. Para uma melhor compreensão do conjunto de direitos fundamentais previdenciários, faz-se mister uma análise da relação entre o custeio e os respectivos benefícios do sistema, uma vez que o caráter contributivo é elemento conformativo do sistema previdenciário brasileiro, fato que ocasiona grande influencia na natureza da prestação estatal, a qual parece não ter sido suficientemente analisada pela doutrina acerca dos direitos fundamentais.

3.3.2 Relação Custeio-Benefício

As prestações estatais referentes a direitos sociais demandam recursos do estado para a sua consecução, principalmente quando se revelam em estipêndios pecuniários em favor de determinado grupo de indivíduos. Todavia, conforme esboçado acima, existem prestações que são financiadas pelos próprios beneficiários, dentre elas, as prestações da Previdência Social.

Seguindo este raciocínio, deve-se alertar para a existência de vários países (a exemplo Dinamarca, Suécia e a Inglaterra em certos termos) em que as prestações previdenciárias não requerem contribuições dos beneficiários para serem realizadas, mas são financiadas pelo orçamento geral de impostos. Disto decorre que não se podem importar os entendimentos doutrinários estrangeiros acerca do direito previdenciário sem levar em considerações as razões para chegarem a tais argumentos em prol ou a favor destes ou daquele instituto. Em solo pátrio, as prestações previdenciárias são financiadas pelos beneficiários, e seu custeio é tripartido, como visto acima, e como está instrumentalizado na Lei 8212/1990 que institui o Plano de Custeio da Seguridade Social, em decorrência da consubstanciação do disposto no art. 195 da Constituição Federal acerca do Financiamento da Seguridade Social.

Ao afirmar que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade (CF, art. 195, caput), revela-se a relação de custeio imbricada com o princípio da Solidariedade. Novamente, será necessário pincelar o sentido de Solidariedade Social, com instrumentalizador de valores constitucionais e, na vertente tributária demonstra a ligação da tributação na tributação para financiar a Seguridade e, como decorrência jurídica, da Previdência Social, uma vez que

O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 aponta para o ideal de uma "sociedade fraterna", enquanto seu art. 3º reputa a construção de uma "sociedade livre, justa e solidária" como o primeiro dos objetivos fundamentais da República. [...] A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz dispositivos claramente vinculados ao valor da solidariedade. O Preâmbulo concebe todas as pessoas como "membros da família humana", e no art. 1º dispõe que todos "devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. [...]O discurso solidarista abandona a visão de uma sociedade de indivíduos que se sujeitam aos desígnios de um legislador estatal. A ideia que passa a ganhar força é a de autonomia de classes e grupos sociais e profissionais, que são tão sujeitos quanto o Estado no quadro das fontes do direito. (GODOI, 2005, p. 141-167)

Sem dúvida este princípio se insere na seara tributária, com a evidência extremamente reveladora na seara previdenciária, até porque, no dizer de Yamashita, a solidariedade é inerente ao Estado Democrático de Direito, para quem

O Estado Democrático de Direito deriva da expressão 'Estado de Direito' (Rechtsstaat) cunhada pelo constitucionalismo alemão, o conceito de Estado Democrático de Direito consiste numa explicitação de que o Estado de Direito, como verdadeiro princípio constitucional, tem, além de seu aspecto formal, seu aspecto material, para empregar a concepção do consagrado constitucionalista germânico Klaus Stern. [...]o princípio do Estado de Direito formal significa, predominantemente, segurança jurídica concretizada em vários outros princípios como o princípio da legalidade [...], a proteção do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada [...], o princípio da anterioridade [...], dentre outros. Já o Estado de Direito material serve à realização da justiça [...] concretizada especialmente no princípio constitucional da igualdade [...] e como direitos e garantias individuais e sociais [...], tais como os direitos à liberdade, à propriedade, ao salário mínimo, etc. É justamente neste aspecto material do Estado de Direito em que reside a garantia de solidariedade fraternal inerente ao princípio do Estado Social (YAMASHITA, 2005, p.54).

Nesse sentido, o Estado *Democrático* de Direito “consiste no princípio do Estado de Direito temperado pelo princípio do Estado Social.” (YAMASHITA, 2005, p.58). Debruçando-se sobre os elementos desse Estado Social na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob a perspectiva da solidariedade em matéria tributária como realizador dos direitos sociais prestacionais, pode-se dizer que

o Estado Democrático de Direito (art. 1º) consiste, basicamente, na persecução de: i) *justiça social* (art. 3º, I, 170, *caput*, e 193 da CF/88) que busca redistribuição de renda e igualdade de chances a todos, ou seja, a capacidade existencial, econômica e cultural para viver e trabalhar, num nível razoável; e ii) *segurança social*, ou seja, a) bem-estar social (arts. 186, VI, e 193 da CF/88), consubstanciado especialmente na proteção existencial, garantida pela prestação de serviços públicos básicos (água, luz, transporte, educação, saúde, etc.) e nos seguros sociais (auxílio mínimo existencial e auxílios e catástrofes naturais, a fim de garantir um mínimo de dignidade humana ao cidadão).” (YAMASHITA, 2005. 59).

Como decorrência do exposto acima, tem-se a existência do Princípio da **Solidariedade de Grupo em Matéria Tributária**, descrito por Yamashita(2005), no sentido de e “quando uma pessoa integra grupo social com características que o homogeneíza e distingue de outros grupos sociais, deve-se haver uma responsabilidade maior entre os membros deste grupo”. Um dos exemplos citados por aquele autor é justamente a do empregador com seus empregados, esclarecendo, ao citar Ricardo Lobo Torres que “não seria justo cobrir as despesas com a garantia dos direitos sociais de certos grupos através da arrecadação de impostos gerais. Cada

grupo social deve assumir a responsabilidade de prover as despesas com a proteção estatal de que carece”.(YAMASHITA, 2005, p.64). É nessa ótica, de não infringência ao direito de propriedade de forma genérica quando o benefício estatal é específico, que se deve busca outras possibilidades de enquadramento do custeio da Previdência Social. Nessa esteira, pode-se afirmar que, conforme Castilho no caso das taxas³, o montante da exação “deve representar exatamente o valor gasto pelo Estado para prestar-lhe o serviço ou remunerar o exercício regular do poder de polícia.” (CASTILHO, 2002, p. 105). Isso decorre da própria destinação dos valores arrecadados a título de taxas, que devem custear um determinado serviço público ou o exercício de poder de polícia específico ao contribuinte que a custeou.

Já no que toca a contribuição social previdenciária, outro tributo portador de referibilidade, o autor aponta que

Em matéria de contribuição para a Previdência Social (art. 195 da CF/88), existe o princípio da reciprocidade, segundo o qual o cidadão contribui até um limite máximo, chamado de salário-teto, independentemente da remuneração mensal que receba. Assim, quando tiver direito a receber qualquer tipo de benefício previdenciário, também irá receber, no máximo, aquele salário-teto. [...]Dessa forma, se a lei pretender exigir contribuição previdenciária do empregado, utilizando-se salário base superior ao limite-teto fixado em lei[...], estaremos diante de evidente confisco pelo desvirtuamento da base de cálculo da contribuição (CASTILHO, 2002, p. 107)

Segundo Castro (2014), os sistemas previdenciários podem ser classificados de acordo com a modalidade de custeio, entre outros modos, de acordo com a fonte de arrecadação da receita necessária ao desempenho da política de proteção social. Deste modo, Castro (2014, p. 157) afirma que

Há, assim, sistemas que adotam, em seus regramentos, que a arrecadação dos recursos financeiros para a ação na esfera do seguro social dar-se-á por meio de aportes diferenciados dos tributos em geral, de modo que as pessoas especificadas na legislação própria ficam obrigadas a contribuir para o regime. Entre as pessoas legalmente obrigadas a contribuir estão aqueles que serão os potenciais beneficiários do sistema – os segurados –, bem como outras pessoas – naturais ou jurídicas – pertencentes à sociedade a quem a lei cometa o ônus de também participar no custeio do regime. É o sistema dito contributivo, embasado nas contribuições sociais.

No caso brasileiro, como já brevemente exposto, a Previdência Social adota o sistema contributivo. No sistema não contributivo, a arrecadação provém não de um

³ O art. 145, inc. II, da Constituição de 1988 que as taxas podem ser cobradas por quaisquer dos entes federados em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

tributo específico, mas sim da destinação de parcela da arrecadação tributária geral, de modo que os contribuintes do regime não são identificáveis, já que qualquer pessoa que tenha pago tributo ao Estado estará, indiretamente, contribuindo para o custeio da Previdência, como ocorre na Austrália na Dinamarca, por exemplo.

Para Ibrahim(2014), é possível subdividir os sistemas contributivos em pelos menos dois subtipos: o sistema contributivo de capitalização e o sistema contributivo de repartição. No primeiro, a contribuição social forma a cotização de cada indivíduo segurado pelo regime durante certo lapso de tempo, antes de permitir o acesso aos benefícios. Nesse sistema, somente o próprio segurado – ou uma coletividade deles – contribui para a criação de um fundo – individual ou coletivo – com lastro suficiente para cobrir as necessidades previdenciárias dos seus integrantes. No caso brasileiro, o modelo de capitalização é nos planos individuais de previdência complementar privada oriundo das entidades abertas de previdência complementar, bem como nos chamados “fundos de pensão”, as entidades fechadas de previdência complementar, regidos pelo art. 202 da Constituição Federal.

No que tange ao sistema contributivo de repartição, as contribuições são vertidas para um fundo único e separado, do qual sairão os recursos para a pagamento de benefícios e serviços a qualquer dos beneficiários que atendam aos requisitos previstos. Em virtude do princípio da solidariedade, acima exposto, embora a participação do segurado continue sendo importante, a ausência de contribuição em determinado nível não impede o acesso ao sistema, pois a legislação adequará sua contribuição à capacidade contributiva do segurado e eventual redução ou isenção será solidariamente custeada pelo conjunto da sociedade., permitindo que o lucro auferido na atividade econômica – a mais valia social – seja compartilhada entre os beneficiários dos serviços prestados, e não apenas arquem com a despesa originada.

Infere-se que não é a opção por um modelo ou outro que se traduzirá em ineficiência ou déficit do sistema. Deve-se atentar que o discurso político por detrás de dados, para a justificação de reformas que na verdade escondem as opções por manter padrões de desigualdade social ou aprofundamento dessas, bem como tornar insuficientes as prestações estatais dessa natureza. Sobre este tema, pode-se dizer

A primeira é que se deve sempre desconfiar de qualquer argumento proveniente do determinismo econômico quando o assunto é a distribuição da riqueza e da renda. A história da distribuição da riqueza jamais deixou de ser profundamente política, o que impede sua restrição aos mecanismos puramente econômicos. Em particular, a redução da desigualdade que

ocorreu nos países desenvolvidos entre 1900-1910 e 1950-1960 foi, antes de tudo, resultado das guerras e das políticas públicas adotadas para atenuar o impacto desses choques. Da mesma forma, a reascensão da desigualdade depois dos anos 1970-1980 se deveu, em parte, às mudanças políticas ocorridas nas últimas décadas, principalmente no que tange à tributação e às finanças. A história da desigualdade é moldada pela forma como os atores políticos, sociais e econômicos enxergam o que é justo e o que não é, assim como pela influência relativa de cada um desses atores e pelas escolhas coletivas que disso decorrem. Ou seja, ela é fruto da combinação, do jogo de forças, de todos os atores envolvidos. (PIKETTY, 2014, p. 29).

Verifica-se que tem-se novamente a utilização do “determinismo econômico” para se tentar justificar a necessidade de reformas⁴ no sistema previdenciário, as quais tratam apenas de redução ou supressão das prestações previdenciárias, sem ajustamento adequado ao nossa opção política por um Estado Social. Um Estado Social se traduz em um Estado Social Fiscal, ou seja, com a tributação adequada ao seu financiamento, conforme se extrai da obra de Piketty.

Há, assim, uma relação relevante, ainda que por vezes indireta, entre a contribuição e o custeio. Uma parte do conjunto da remuneração pelo trabalho é utilizada como base de cálculo da contribuição. Esta parte é chamada de salário de contribuição, sujeita a um piso e a um teto, motivo pelo qual é apenas parte da remuneração, ao menos para aqueles que percebem quantias superiores ao teto. A partir daí é realizada um cálculo pela média dos referidos salários de contribuição, chamada de salário de benefício, o qual servirá de base de cálculo para a renda mensal dos benefícios que os segurados e beneficiários receberão. Ora, dizer que as contribuições não tem correlação com os benefícios aparenta não corresponder á verdade, pois a base de cálculo dessas é a mesma base de cálculo do valor dos benefícios, ainda que por meio do processo acima referido, conforme se infere dos argumentos apresentados por SILVA(2009) e CASTILHO(2002), acerca da aproximação entre as espécies tributárias “taxa” e “contribuições previdenciárias” dos trabalhadores.

⁴ Desde que a atual Constituição foi promulgada, várias reformas foram proposta, e várias foram implementadas. Algumas foram em nível constitucional, com as Emendas Constitucionais nº 20, 41, 47, e outras em nível legislativo, conforme é possível de se verificar em uma leitura das várias da Lei 8.213/91. Em todas, as justificativas apresentadas pelo Governo de insustentabilidade do sistema securitário sempre, ou quase sempre, foram lastreadas em argumentos de ordem econômica sem esteio nos princípios e no modelo constitucional exposto neste trabalho, ou seja, sem atentar para o sistema de proteção contra os riscos sociais como um direito fundamental num contexto de um Estado Social de Direito instituído pela Constituição de 1988, a qual deve ser serpre o ponto de partida para as discussões envolvendo direitos fundamentais.. Dessa forma, pode-se dizer que ocorre um “*déjà vu* argumentativo”, inclusive na atual proposta de reforma, iniciada em 2016,

Quanto à natureza das contribuições previdenciárias, nota-se que o art. 167, XI, da Constituição Federal, veda a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. Ora, as contribuições do art. 195, I, a, são aquelas devidas pelo empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; e as do art. 195, II são aquelas devidas pelo trabalhador e dos demais segurados da previdência social. Em apertada síntese, todas tem como base de cálculo o salário.

Assim, desenvolvendo o tema, pode-se dizer que a existem duas relações jurídicas envolvendo dimensões distintas da Previdência Social: a de custeio e a de concessão de benefícios ou securitária. Conforme Castro e Lazzari (2014, p. 156):

No campo do Direito Previdenciário, há sempre relação de uma pessoa – natural ou jurídica, com o ente previdenciário estatal. Contudo, há duas espécies distintas de relações jurídicas decorrentes da aplicação da legislação previdenciária: a relação de custeio e a relação de prestação. [...] Na primeira, o Estado impõe coercitivamente a obrigação de que as pessoas consideradas pela norma jurídica como contribuintes do sistema de seguridade – logo, contribuintes também da Previdência Social – vertam seus aportes, conforme as regras para tanto estabelecidas. Na segunda, o Estado é compelido, também pela lei, à obrigação de dar – pagar benefício – ou de fazer – prestar serviço – aos segurados e dependentes que, preenchendo os requisitos para a obtenção do direito, requeiram-no.

Deste modo, a relação de custeio tem caráter tributário, na qual o Estado é o sujeito ativo, arrecadando as contribuições para custeio do sistema. A Constituição Federal, no art. 195, estabeleceu que toda a sociedade ocupa o polo passivo da relação, como contribuinte e devedor. No que tange à concessão de benefícios ou securitária, tem-se uma inversão do papel do Estado, o qual aparece como devedor e, conseqüentemente, estando obrigado a prestar serviços ou conceder benefícios, desde que atendidas as exigências legais. No entanto, no polo passivo não está toda a sociedade, mas apenas o credor contribuinte qualificado como segurado, na forma da legislação, e seus dependentes. Para Machado(1995, p. 316), a contribuição social referida é “espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesses de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social”. Sobre o tema, embora defenda sua natureza de

salário socialmente diferido, Martinez (2003, p. 227) afirma que “a natureza jurídica da exação previdenciária é a área na qual o Direito Previdenciário mais se aproxima com o Direito Tributário”. Por último, vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento na ADC nº8, no sentido de que a contribuição de seguridade social, como modalidade autônoma de tributo, também representa espécie tributária vinculada ao financiamento da Seguridade Social, em função de específica destinação constitucional, que só podem financiar as áreas da Saúde, da Assistência Social e da Previdência Social.

De qualquer sorte, as relações jurídicas aqui dispostas são independentes na medida em que integra a relação jurídica de custeio, de natureza tributária, diversos setores da sociedade, enquanto o direito ao recebimento de benefício previdenciário somente atinge os beneficiários do sistema.

Mas esta seria a única abordagem possível acerca das contribuições vertidas pelos beneficiários da Previdência Social? Como primeira possibilidade de resposta, fora anteriormente trazido à baila a proposta de Martinez (2003), sobre a natureza das prestações previdenciárias como um salário social diferido, na qual as prestações da Previdência social são parte do salário dos trabalhadores que lhes são retiradas pelo Estado, por ele administradas e restituídas em momentos específicos (ocorrências dos riscos sociais) na forma de benefícios e serviços.

Como uma segunda possibilidade, apresenta-se a proposta de Silva (2006, p. 777) ao tratar da natureza das prestações previdenciárias, na qual rebate a tese que trata a contribuição como apenas mais um tributo. Para tanto traz a tese do “salário social”, revelando outra abordagem possível:

É aqui que se conciliam duas teses: a tributarista, relativamente às contribuições, como já examinado; e a do salário social. Esta tem a **contribuição e a prestação como provenientes do salário do trabalhador, consideradas remuneração da força do trabalho que a lei socializa em parte, formando uma comunidade assalariada, uma solidariedade, para socorrer os riscos naturais da vida.** As contribuições sociais, como visto, não podem ser consideradas salários, mas tributos. As prestações da Seguridade Social, sim, podem ser concebidas como um ‘salário social’, porque provenientes de um fundo social, que é o fundo de previdência social. Então, temos a tese tributária na origem do fundo e uma tese do salário social na sua distribuição em benefícios e serviços previdenciários. É aí que nasce o direito subjetivo dos segurados às prestações de Seguridade Social, entre as quais estão os benefícios e serviços de previdência e saúde.

Dessa forma, a abordagem meramente tributária não é suficiente para explicar o fenômeno previdenciário, uma vez que a vinculatividade das contribuições às prestações faz ocorrer uma ligação com o sistema de financiamento dessas prestações. Faz-se mister analisar mais detida acerca da relação custeio-benefício nos aspectos orçamentários, a fim de aprofundarmos a legitimação das razões de justificação acerca do proferimento da natureza diversa das prestações previdenciárias em relação aos demais direitos sociais prestacionais.

3.3.3 Financiamento da Seguridade Social e da Previdência Social

Tendo em vista as fontes do modelo do Estado Social das quais a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abeberou-se para produzir o conjunto de direitos sociais prestacionais que carrega e os meios democráticos de financiamento, dentre eles o da Previdência Social, é necessário pormenorizar a análise dos instrumentos tributários que permitem a existência desse relevante serviço público estatizado.

Alguns autores, como assevera Sarlet (2006), sustentam que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para se decidir onde aplicar os recursos, os quais estariam a depender da conjuntura socioeconômica global, ao alvitre do administrador. Todavia, o mesmo Sarlet (2011. p. 151-153) contrapõe-se a essa premissa, ao ressaltar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais da seguinte forma:

Desde já, percebe-se que, com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não está se fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja. Assim, podemos partir da premissa de que ao versarmos sobre uma perspectiva dos direitos fundamentais não estamos considerando esta no sentido de um mero “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva dos direitos fundamentais significa, isto sim, que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, devem-se afastar as dúvidas acerca da dimensão objetiva dos direitos sociais, o qual se revela no conteúdo voltado à vida em coletividade, cujos valores tutelados, nessa dimensão objetiva, como “standards mínimos”, podem ser sindicalizados não só individualmente, mas também coletivamente. Isto irradia da

própria Constituição, que estabelece o princípio da Solidariedade não apenas para os direitos sociais, mas para todo o Estado de Direito. Não se deve olvidar a força normativa da Constituição, que irradia todo o espectro de valores, regras e princípios explícitos e implícitos, como alerta Hesse (1991, p. 105):

A Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presente na consciência em geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional.

A partir desse modelo de abordagem, analisando-se o contexto orçamentário e tributário na Constituição da República de 1988, confirma-se a existência de importantes comandos normativos acerca da aplicação de recursos para realização de direitos fundamentais sociais e serviços públicos específicos. São comandos normativos tendentes a realizar a dimensão subjetiva, uma vez que estabelecem insumos materiais necessários a concretização dos mesmos.

Vale frisar que parte dessas prestações estatais previstas pelo Constituinte de 1988 são financiadas por taxas e contribuições, as quais são cobradas dos beneficiários da prestação. Outras prestações são financiadas pelos impostos que constituem tributos gerais (ou sem destinação vinculada). Nesta distinção está a origem dos termos orçamento “fiscal” (dos impostos, sem vinculação obrigatória, via de regra) e orçamento da “seguridade”, por exemplo, denotando o grau de vinculação de determinadas receitas a determinadas atividades estatais, dentre elas, vale lembrar, estando incluídas os serviços públicos em geral, bem como os tendentes a concretizar direitos fundamentais específicos.

Assim, o orçamento público brasileiro, a teor do art. 165, §5º é subdividido em três, a saber: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Ora, a Constituição Federal já faz distinção entre orçamento geral, denominado de fiscal, e orçamento da seguridade social, ou seja, aquele que engloba as ações de saúde, previdência e assistência, com o fim que os recursos arrecadados pelas

contribuições descritas do art. 195 da Constituição de 1988, sejam aplicadas somente nessas atividades. Assim, dispõe o Art. 195 que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Infere-se do exposto que a referibilidade e vinculatividade das contribuições sociais que financiarão a Previdência Social permitem concluir que suas prestações não são financiadas pelo orçamento geral dos demais tributos, de modo que impactarão somente os referidos recursos da seguridade social e, principalmente, as contribuições previdenciárias específicas, os quais deverão ser dimensionados tanto na tributação quando na execução do orçamento de modo a cumprir seus desideratos constitucionais. Pode-se, a partir daqui, questionar o impacto destas características orçamentárias e tributárias apontadas na possibilidade de incidência da reserva do possível, uma vez que, aprioristicamente o impacto orçamentário é distinto daquele preconizado como requisito de sua incidência pela jurisprudência constitucional alemã. Isto porque a utilização do argumento da reserva do possível encontrar-se-ia obstaculizada frente a prestações destas espécies citadas, cujas características situacionais não estavam, nem poderiam estar, prevista na construção argumentativa original feita pelo Tribunal Constitucional alemão, na qual não há implicação de alocação de recurso oriundos de tributos gerais, não vinculados, para sua implementação, no sentido de que sua efetivação se dá pelo uso dos respectivos recursos oriundos de pagamentos de taxas, contribuições vinculadas e tarifas públicas como condição de sua implementação.

3.4 Análise do custo dos direitos previdenciários no orçamento brasileiro: a neutralidade econômica das prestações previdenciárias.

Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵ sobre o tema, revela a adoção da teoria pentapartida, na qual se propõe a existência de cinco espécies tributárias: a) impostos, não vinculados a nenhuma prestação estatal diretamente prestada ao contribuinte; b) taxas, vinculadas a uma prestação estatal, efetiva ou potencial, ao contribuinte; c) contribuições de melhorias, vinculadas a valorização patrimonial decorrente de obra pública; d) contribuições sociais gerais, não vinculadas a um benefício posto diretamente a favor do contribuinte; e) contribuições sociais da seguridade social, vinculadas às ações de saúde, previdência e assistência social. Segundo Machado (2010, p. 70-73), a classificação das espécies tributárias se fundamenta, para cada espécie da seguinte forma:

O imposto pela não vinculação do fato gerador a uma atividade estatal referida ao contribuinte. A taxa é determinada pelo tributo com fato gerador uma atividade estatal de prestação de serviço público específico e divisível, de utilização efetiva ou potencial, ou do exercício do poder de polícia. A contribuição de melhoria tem como fato gerador a realização de uma obra que implique valorização no imóvel do contribuinte. Distingue-se do imposto pela atividade estatal específica (obra pública), e da taxa pela prestação da atividade que não é o exercício do poder de polícia e nem a prestação de um serviço público. As contribuições sociais são as que têm destinação específica do produto arrecadado e finalidade determinada, compreendendo: a) contribuição de intervenção no domínio econômico, em que caracterizam pela finalidade da atividade de intervenção do Estado no domínio econômico e do produto arrecadado destinar-se ao financiamento dessa atividade de intervenção; b) contribuição de interesse de categorias profissionais ou econômicas, em que são instituídas com a finalidade de atenderem a entidades profissionais dos seguimentos; e c) contribuição de seguridade social, em que a vinculação da arrecadação é para atender às atividades de seguridade social. O empréstimo compulsório é tributo que tem como finalidade atender a um investimento de caráter urgente, com instituição por meio de lei complementar e a aplicação dos produtos arrecadados para a finalidade de sua instituição.

O que importa ressaltar é que o grau de vinculatividade de certos tributos se reflete na construção do orçamento público e isto reverbera na concretização dos direitos fundamentais prestacionais. O nível de vinculatividade é tão importante nas contribuições sociais que Silva(2006, p. 765) chega a defender que parte delas poderia ser considerada como taxas:

⁵O Supremo Tribunal Federal entende que os empréstimos compulsórios (Recurso Extraordinário nº 111.954/PR, DJU 24/06/1988) e as contribuições especiais (AI-AgR 658576/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Julgamento em 27/11/2007; AI-AgR 679355/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Julgamento em 27/11/2007) são espécies tributárias autônomas, ostentando natureza jurídica própria que as distingue dos impostos, taxas e contribuições de melhoria. Dessa forma, cinco são as espécies tributária para aquela Corte: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais(especiais).

[...] rebatendo a natureza salarial dessas contribuições, adotamos a tese tributarista – mas tributo vinculado a determinado tipo de prestação: tributo que se destina a alimentar um fundo, o fundo da Seguridade Social, vinculado a satisfazer as prestações previdenciárias; por isso, sua arrecadação compulsória, só por si, não é suficiente para legitimá-las, porque é ainda necessário que os recursos delas proveniente sejam destinados a satisfazer as prestações da Seguridade Social, porquanto só para tal destino a Constituição Federal fundamenta sua cobrança. E precisamente daí, também, é que se verifica o direito subjetivo do trabalhador às prestações sempre que ocorrerem os pressupostos que justifiquem receber a vantagem previdenciária. Sustentamos, então, que a contribuição do empregador tinha natureza de imposto, porque seu fato gerador é uma situação independente de qualquer atividade estatal específica em relação ao contribuinte; a questão da destinação dos recursos arrecadados não desnatura a figura, pois não se destina a remunerar serviço que lhe seja prestado ou posto à disposição. Já, no que tange à contribuição do trabalhador, é sustentável a tese de que se trata de taxa, porque realmente é uma contribuição compulsória vinculada a uma atividade estatal em relação ao contribuinte – qual seja, a atividade previdenciária prestada ao contribuinte segurado ou, pelo menos, posta à sua disposição.

Por certo que pouco é utilizada a contribuição de melhoria e sobreleva em importância na constituição do orçamento as receitas dos impostos, das taxas e das contribuições para a seguridade social. Todavia, deve-se notar que, principalmente a partir da década de 90 do século passado, o montante arrecadado das contribuições, sejam elas sociais ou de seguridade ou de outra modalidade, tem crescido de maneira contínua e se avolumando de forma exponencial. Este fato tem aumentado sua importância enquanto fonte de receitas para o Estado, notadamente a União, uma vez que custeou e custeia a efetivação de diversos direitos que realizam o valor da dignidade da pessoa humana, principalmente nos campos da saúde, previdência social e assistência social. A fim de se avaliar a importância, pelo menos no que concerne a aspecto financeiro, dessa espécie tributária, apresenta-se, a título de exemplo, a composição das receitas do orçamento geral da União para o ano de 2017, extraída da Lei Orçamentária Anual, conforme tabela abaixo:

Tabela 1

**RECEITA DOS ORÇAMENTOS FISCAL E DA SEGURIDADE SOCIAL
POR CATEGORIA ECONÔMICA E ORIGEM**

| | R\$ 1,00 |
|---|--------------------------|
| ESPECIFICAÇÃO | VALOR |
| 1. RECEITAS CORRENTES | 1.474.547.433.133 |
| Impostos, Taxas e Contribuições de Melhoria | 474.901.692.880 |
| Contribuições | 802.887.252.473 |
| Receita Patrimonial | 83.259.681.502 |
| Receita Agropecuária | 28.674.726 |
| Receita Industrial | 1.918.223.721 |
| Receita de Serviços | 37.225.520.454 |
| Transferências Correntes | 1.365.819.427 |
| Outras Receitas Correntes | 72.960.567.950 |
| 2. RECEITAS DE CAPITAL | 978.514.809.870 |
| Operações de Crédito(*) | 619.929.919.163 |
| Alienação de Bens | 8.073.335.020 |
| Amortização de Empréstimos | 20.726.377.928 |
| Transferências de Capital | 222.505.661 |
| Outras Receitas de Capital | 329.562.672.098 |
| SUBTOTAL (1+2) | 2.453.062.243.003 |
| 3. REFINANCIAMENTO DA DÍVIDA PÚBLICA FEDERAL | 946.407.726.665 |
| TOTAL | 3.399.469.969.668 |

(*) Exclusive Refinanciamento da Dívida Pública Federal

Fonte: Anexo I do Projeto de Lei Orçamentária Anual – 2017. Brasil.Ministério do Planejamento. 2017.

Como se percebe a partir de uma sucinta análise da Tabela 1 acima, as receitas das “Contribuições” (abrangendo as Contribuições da Seguridade e as demais Contribuições Sociais), superam em valor as receitas tributárias (impostos e taxas). Decorre daí a importância de se estudar o nível de vinculação dessas espécies antes de se avaliar a incidência do argumento da reserva do possível, para compreender a distinção necessária entre os diversos níveis de aplicação daí decorrentes para o argumento da reserva do possível. Mesmo porque os discursos de fundamentação aqui expostos são determinantes para excepcionar a aplicação da reserva do possível, ou seja, as razões de fundamentação decorrentes da relação previdenciária ser dual(tributária e prestacional), bem como a separação orçamentária de seus recursos vinculados, demonstram uma forma de custeio própria e específica. Dessa forma a aplicação da reserva do possível deve-se dar em diferentes níveis, a depender das características de custeio dos direitos sociais prestacionais envolvidos. Isto

porque que as diferentes prestações estatais tendentes a realizar direitos fundamentais merecem uma abordagem diferenciada, a partir do tratamento constitucional-orçamentário da ordem econômica e social para a realização dos fundamentos da República.

No caso da Previdência Social brasileira, tem-se salientado que se trata de um sistema de proteção social de caráter contributivo. A tese de natureza de taxa para as contribuições do trabalhador, e a de salário social diferido ensejam o entendimento que se trata de uma poupança na qual são depositados os recursos para recebimento diferido. Em apoio a esse entendimento, vale lembrar que, conforme § 3º do art. 201, da Constituição Federal, “todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei”. Realmente, sob o prisma atuarial, é possível levantar a hipótese de que, ao tornar obrigatório considerar o valor dos salários que serviram de base à contribuição previdenciária, é o mesmo que utilizar o valor da própria contribuição, tornando referível a contribuição e o valor do benefício a ser recebido.

Por outro lado, Martinez(2003) entende que a contribuição a cargo da empresa tomadora dos serviços dos trabalhadores pode ser abrangida no somatório do respectivo trabalhador/prestador de serviços, já que tem a mesma base de cálculo, ou seja, os salários/remunerações. Assim, pode-se sustentar que a alíquota paga a título de contribuição patronal também teria natureza salarial e seria um acréscimo à alíquota paga pelo trabalhador, ou um subsídio a fim de lhe aliviar a carga tributária, ajustando à sua capacidade contributiva e transferindo-a a quem se apropriará da mais valia.

Em outra abordagem, deve-se salientar que os estudiosos da área econômica sempre tocam no ponto de que no custo da mão-de-obra está incluída a contribuição do empregador à Previdência Social. Então, pode-se, apenas a título de hipótese para se prosseguir neste trabalho, de que são acrescentadas ao custo da mão de obra do empregado/trabalhador, assim como o são seu salário, a própria contribuição do empregado, a contribuição ao FGTS etc. Destarte, poder-se-ia levantar a hipótese de afastar a natureza de “imposto” da contribuição patronal previdenciária e atribuir-lhe natureza de subsídio à contribuição do trabalhador, a partir de uma releitura hermenêutica, em complemento ao custeio das futuras prestações previdenciárias. Na verdade, o encargo do empregador/empresa decorre da incidência do citado Princípio

da Tríplice Fonte de Custeio, que faz repartir o encargo tributário entre os beneficiários do trabalho.

Por outro lado, esta concepção também encontra fundamento no fato de a vinculatividade das contribuições sociais, enquanto espécie tributária, concretiza-se em um orçamento separado do oriundo das demais espécies, o que amplia enormemente a referida vinculação.

Ademais, a contribuição previdenciária dos trabalhadores e, indiretamente, das empresas, sobre a folha de pagamento custeia apenas prestações previdenciárias, consoante determinado pela Constituição de 1988 em seu artigo 167, inciso XI. Isto somado à repercussão que as base de cálculos dessa contribuições, chamada de “salário-de-contribuição”, em que todos eles serão levados em consideração para o cálculo dos benefícios, acaba por, indiretamente, vincular o impacto dessas contribuições no financiamento dos respectivos benefícios. Disso se extrai, *a priori*, que nosso modelo, no campo da Previdência Social, é securitário, contributivo, aproximando-se do modelo “bismarckiano” oriundo da Alemanha, e afastando-se do modelo de Beveridge (1942, apud Mesa-Lago, 2008, p. 151) em que as prestações previdenciárias seriam financiadas com o orçamento de impostos gerais, sem referibilidade a nenhuma prestação estatal em específico ou somente aos seus destinatários.

Isto decorre do fato de que a vinculatividade das contribuições sociais, enquanto espécie tributária, que se concretiza em um orçamento em separado das demais espécies, o que amplia enormemente a referida vinculação. Feita a análise da vinculação orçamentária das contribuições da Previdência Social, parte-se a análise da compatibilidade do argumento da reserva do possível em prestações estatais com tais características.

Não se pode olvidar o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, conquanto expresso somente a partir da Emenda Constitucional n. 20/98, sempre esteve implícito em qualquer sistema securitário, e implica em obrigação do Poder Público, na execução da política previdenciária, equilibrar a relação entre custeio e pagamento de benefícios, em busca de superávits, bem como observar as oscilações em relação à ocorrência dos riscos sociais cobertos (idade avançada, morte, doença, etc), adequando o sistema a estas variáveis. Segundo Stephanes (1997), citado por Castro (2014, p. 128), “é a estrutura etária da população em cada momento, pois é ela que define a relação entre beneficiários (população idosa) e contribuintes (população em

idade ativa)”. Foi com esteio neste princípio que foi alterado o cálculo dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e idade para incluir o chamado fator previdenciário, que leva em consideração a expectativa de sobrevivência, a idade e tempo de contribuição no momento da concessão do benefício.

Todos estes fatores devem ser levados em consideração para a determinação das alíquotas e base de cálculo das contribuições previdenciárias, uma vez que a prestação estatal não se realiza em momento próximo ou concomitante ao adimplemento das obrigações decorrentes espécie tributária. Pelo contrário, as prestações vinculadas ocorrerão em momentos muitas vezes bem posteriores, a exemplo das aposentadorias. Assim, o *custo* dos direitos previdenciários apresentam características distintas de outras prestações estatais, e influenciam na aferição da referibilidade como critério norteador para determinar o *quantum* de recursos necessários à satisfação dos *standards* mínimos capitaneadas pela Constituição Federal na área previdenciária.

Como decorrência da aplicação desses elementos característicos de natureza financeira e tributária no caso das prestações previdenciárias, a dimensão do orçamento necessário ao financiamento das prestações estatais previdenciárias não é dado apenas por critérios de progressividade de capacidade econômica, mas também de acordo com os critérios que preserve o equilíbrio atuarial e financeiro, na medida em que o encargo diferido de médio e longo prazos entrará no cálculo das alíquotas necessárias e no dimensionamento das bases de cálculos. Isto ocorrerá para se fazer frente ao financiamento de prestações que serão colhidas no futuro, cujos critérios para cálculo são conhecidos, mas que possuem variáveis que pode sofrer mutações ao longo do tempo e, portanto, requerem alterações periódicas, tanto no custeio quanto no dimensionamento dos benefícios possíveis do sistema securitário.

Por outro lado, como política de alegada indução econômica, não se pode deixar de citar nesse estudo, as renúncias fiscais denominadas de gastos tributários na LOA, que retiram recursos que s ^{Tabela 2} los à Previdência Social sem a devida compensação. Vejamos a Tabela 2 que trata dos gastos tributários da União:

Tabela 2

GASTOS TRIBUTÁRIOS - PROJEÇÕES LDO 2017 - CONSOLIDAÇÃO POR TIPO DE TRIBUTO
VALORES NOMINAIS E PORCENTUAIS

UNIDADE: R\$ 1,00

| TRIBUTO | VALOR | PART. % | | |
|---|--------------------------|---------------|---------------|--------------------|
| | | PIB | ARRECAÇÃO | GASTOS TRIBUTÁRIOS |
| Imposto sobre Importação - II | 4.862.083.584 | 0,07 | 0,35 | 1,74 |
| Imposto sobre a Renda Pessoa Física - IRPF | 39.768.736.567 | 0,59 | 2,86 | 14,21 |
| Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica - IRPJ | 46.140.689.579 | 0,68 | 3,32 | 16,49 |
| Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF | 8.704.602.954 | 0,13 | 0,63 | 3,11 |
| Imposto sobre Produtos Industrializados - Operações Internas - IPI-Interno | 23.859.652.591 | 0,35 | 1,72 | 8,52 |
| Imposto sobre Produtos Industrializados - Vinculado à Importação - IPI-Vinculado | 4.455.830.603 | 0,07 | 0,32 | 1,59 |
| Imposto sobre Operações Financeiras - IOF | 3.021.245.484 | 0,04 | 0,22 | 1,08 |
| Imposto sobre Propriedade Territorial Rural - ITR | 43.017.721 | 0,00 | 0,00 | 0,02 |
| Contribuição Social para o PIS-PASEP | 12.736.147.784 | 0,19 | 0,92 | 4,55 |
| Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL | 11.802.058.997 | 0,17 | 0,85 | 4,22 |
| Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS | 64.093.387.755 | 0,94 | 4,61 | 22,90 |
| Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE | 337.406 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM | 379.768.532 | 0,01 | 0,03 | 0,14 |
| Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional - CONDECINE | 0 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Contribuição para a Previdência Social | 60.012.774.562 | 0,88 | 4,32 | 21,44 |
| TOTAL | 279.880.334.120 | 4,12 | 20,14 | 100,00 |
| ARRECAÇÃO | 1.389.498.681.311 | 20,47 | 100,00 | |
| PIB | 6.788.097.505.194 | 100,00 | | |

Fonte: Anexo IV do Projeto de Lei Orçamentária Anual – 2017. Brasil.Ministério do Planejamento. 2017.

Pode-se notar que no item “Contribuição para a Previdência Social”, o valor do gasto tributário é superior a 60 (sessenta) bilhões de reais. As renúncias fiscais sobre a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social chegam a mais de 76 (setenta e seis) bilhões de reais. Na tabela abaixo, encontram-se o detalhamento das renúncias previdenciárias:

Tabela 3

GASTOS TRIBUTÁRIOS - PROJEÇÕES LDO 2017
POR TIPO DE TRIBUTO E GASTO TRIBUTÁRIO

UNIDADE: R\$ 1,00

| TRIBUTO / GASTO TRIBUTÁRIO | VALOR | PIB | ARRECAÇÃO | GASTOS TRIBUTÁRIOS |
|---|------------------------|-------------|--------------|--------------------|
| Telecomunicações em Áreas Rurais e Regiões Remotas | 0 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Termoeletricidade | 543.663.252 | 0,01 | 0,04 | 0,19 |
| Transporte Coletivo | 1.371.251.428 | 0,02 | 0,10 | 0,49 |
| Transporte Escolar | 5.117.305 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Trem de Alta Velocidade | 0 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Zona Franca de Manaus - Importação de Matéria-Prima | 2.872.169.393 | 0,04 | 0,21 | 1,03 |
| Zona Franca de Manaus - Importação de Bens de Capital | 16.181.066 | 0,00 | 0,00 | 0,01 |
| Zona Franca de Manaus - Matéria-Prima Produzida na ZFM | 0 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Zona Franca de Manaus e Área de Livre Comércio - Alíquotas Diferenciadas | 2.214.038.616 | 0,03 | 0,16 | 0,79 |
| Zona Franca de Manaus e Área de Livre Comércio - Aquisição de Mercadorias | 1.114.738.393 | 0,02 | 0,08 | 0,40 |
| Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE | 337.406 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Evento Esportivo, Cultural e Científico | 0 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Olimpíada | 0 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| PADIS | 337.406 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM | 379.768.532 | 0,01 | 0,03 | 0,14 |
| Amazônia Ocidental | 337.921.839 | 0,00 | 0,02 | 0,12 |
| Doações de Bens para Entidades Filantrópicas | 32.112 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Livros, Jornais e Periódicos | 41.294.758 | 0,00 | 0,00 | 0,01 |
| Olimpíada | 0 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Pesquisas Científicas | 519.822 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional - CONDECINE | 0 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Olimpíada | 0 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Programação | 0 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Contribuição para a Previdência Social | 60.012.774.562 | 0,88 | 4,32 | 21,44 |
| Desoneração da Folha de Salários | 17.001.221.962 | 0,25 | 1,22 | 6,07 |
| Dona de Casa | 239.890.797 | 0,00 | 0,02 | 0,09 |
| Entidades Filantrópicas | 11.824.748.038 | 0,17 | 0,85 | 4,22 |
| Exportação da Produção Rural | 7.647.888.355 | 0,11 | 0,55 | 2,73 |
| MEI - Microempreendedor Individual | 1.123.567.187 | 0,02 | 0,08 | 0,40 |
| Olimpíada | 24.231.432 | 0,00 | 0,00 | 0,01 |
| Simplex Nacional | 22.151.226.792 | 0,33 | 1,59 | 7,91 |
| TOTAL | 279.880.334.120 | 4,12 | 20,14 | 100,00 |

Fonte: Anexo IV do Projeto de Lei Orçamentária Anual – 2017. Brasil.Ministério do Planejamento. 2017.

Ora, o anexo IV da LOA 2017, que trata das Projeções Atuarias do RGPS informam que o déficit ou “necessidade de financiamento” como denominam, informa que o valor complementado ao do orçamento do RGPS foi de aproximadamente 85 bilhões de reais, soma inferior ao somatório de renúncias fiscais detalhada acima. Em estudo sobre o tema, alerta GENTIL (2006, p. 31) que

O que vem sendo chamado de déficit da previdência é, entretanto, o **saldo previdenciário negativo**, ou seja, a soma (parcial) de receitas provenientes das contribuições ao INSS sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho e de outras receitas próprias menos expressivas, deduzidas das transferências a terceiros e dos benefícios previdenciários do RGPS.” Ou seja, esta forma de contabilizar as receitas do sistema não leva em consideração todas as receitas que devem ser alocadas para a previdência social, conforme estabelece a Constituição Federal no Artigo 195 e seus incisos, deixando de computar recursos significativos, provenientes da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). O resultado é um déficit que não é real. Se for computada a totalidade das fontes de recursos da previdência e deduzida a despesa total, inclusive os gastos administrativos com pessoal, custeio e dívida do setor, bem como outros gastos não-previdenciários, o resultado apurado será um superávit de R\$ 8,26 bilhões em 2004 e de R\$ 921 milhões em 2005, [...] Esse superávit, denominado **superávit operacional**, que é uma informação favorável – e que pode ser apurada pelas mesmas estatísticas oficiais –, não é divulgado para a população como sendo o resultado da previdência social. Constata-se, portanto, que há recursos financeiros excedentes no RGPS e que tais recursos poderiam ser utilizados para melhorar este sistema, em benefício de uma parcela considerável da população de baixa renda.

Sem dúvida, no exemplo que se fez com os dados do Orçamento da União para o ano de 2007, encontramos superávit operacional apenas cotejando as renúncias fiscais nos tributos elencados. Em caso de se levar a cabo a contabilização das próprias receitas, então o superávit é evidente. Em demonstração dessa possibilidade, veja-se as tabelas elaboradas por Gentil(2006, p. 38):

Tabela 4

| FLUXO DE CAIXA DO INSS | | | | | | | |
|---|------------------------|------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|-------------|
| 1999 - 2005 | | | | | | | |
| valores correntes em R\$ mil | | | | | | | |
| DISCRIMINAÇÃO | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 |
| 1. SALDO INICIAL | 464.916 ⁽¹⁾ | 655.405 ⁽²⁾ | 1.366.271 ⁽³⁾ | 1.487.512 ⁽⁴⁾ | 4.456.488 ⁽⁵⁾ | 3.324.492 ⁽⁶⁾ | 5.354.274 |
| 2. RECEBIMENTOS | 68.415.913 | 77.185.134 | 88.156.585 | 105.035.180 | 122.229.227 | 160.090.554 | 172.719.638 |
| 2.1 Próprios | 52.424.276 | 59.605.661 | 66.998.152 | 76.082.251 | 86.587.225 | 101.125.841 | 115.955.568 |
| 2.2 Rendimentos Financeiros | 132.339 | 383.617 | 466.739 | 39.251 | 385.090 | 932.413 | 187.214 |
| 2.3 Outros | 189.260 | 152.083 | 152.192 | 329.935 | 218.532 | 1.677.880 | 697.820 |
| 2.4 Antecipação da Receita (Tesouro Nacional) | 123.719 | 1.769.549 | -2.368 | 2.939.546 | -3.237.294 | 6.884.746 | 10.326.539 |
| 2.5 Transferências da União | 15.546.369 | 15.283.224 | 20.541.869 | 25.653.199 | 30.275.673 | 49.379.674 | 45.552.497 |
| Recursos Ordinários | 3.973.291 | 506.379 | 1.570.342 | 4.823.922 | 4.692.126 | 640.750 | 112.822 |
| Recursos do Fundo de Estabilização Fiscal | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Operações de Crédito Externa | 0 | 1.100 | 0 | 0 | 340 | 208.845 | 1.788 |
| COFINS | 3.314.550 | 5.478.799 | 11.132.576 | 13.035.393 | 19.752.315 | 30.791.398 | 25.193.727 |
| COFINS-LOAS | 1.545.900 | 2.012.919 | 2.712.248 | 3.438.782 | 4.450.752 | 6.190.399 | 5.361.487 |
| Desvincula. De Impostos e Contribuições | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Devolução do PIS/PASEP/Outros | 0 | 56.343 | 11.209 | 1.049 | 1.476 | 12.902 | 2.003 |
| Contribuição Social sobre o Lucro - Contrapartida | 0 | 0 | 0 | 1.795 | -224 | 179.186 | 9.672 |
| Concursos e Prognósticos | 0 | 0 | 0 | 0 | 6.015 | 61.907 | 32.299 |
| Contribuição Plano Seg. Social Servidor | 0 | 0 | 159.019 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Saldo de Exercícios Anteriores | 0 | 106.285 | 337.620 | -772 | 0 | 0 | 0 |
| Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) | 999.642 | 1.557.026 | 264.865 | 1.426.947 | 3.758.235 | 1.540.087 | 130.293 |
| Fundo de Estabilização Fiscal | 1.548.022 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| COFINS/EPU | 731.765 | 542.945 | 713.848 | 622.154 | 615.043 | 782.982 | 798.695 |
| Recursos Ordinários / COFINS - TRF | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 3.017.156 | 4.088.101 |
| Contribuição Provisória s/ Mov. Financeira (CPMF) | 3.433.190 | 4.941.427 | 3.550.000 | 2.303.920 | 4.999.596 | 5.946.054 | 5.821.610 |
| 3. PAGAMENTOS | 68.225.419 | 76.474.269 | 88.035.343 | 102.066.204 | 123.361.223 | 151.741.571 | 171.798.592 |
| 3.1 Pagamentos do INSS | 64.928.884 | 72.583.743 | 83.529.081 | 97.011.634 | 117.504.148 | 144.381.113 | 164.277.121 |
| 3.1.1 Benefícios | 60.835.096 | 68.506.398 | 78.697.572 | 92.110.271 | 112.743.289 | 134.569.689 | 156.783.262 |
| 3.1.1.1 Previdenciários | 58.540.026 | 65.787.001 | 75.328.106 | 88.026.659 | 107.134.895 | 125.750.764 | 146.010.130 |
| Benefícios Provisionados | 58.845.525 | 66.226.256 | 75.819.736 | 88.590.541 | 107.680.404 | 126.401.781 | 0 |
| Devolução de Benefícios | -305.499 | -439.177 | -491.629 | -563.882 | -545.599 | -651.017 | -693.671 |
| 3.1.1.2 Não Previdenciários | 2.295.070 | 2.719.317 | 3.369.466 | 4.083.612 | 5.062.884 | 8.167.907 | 9.999.462 |
| Enc. Previd. da União - EPU | 749.170 | 712.399 | 682.191 | 657.571 | 614.781 | 665.920 | 746.395 |
| Amparos Assistenciais - LOAS | 1.545.900 | 2.006.919 | 2.687.275 | 3.426.041 | 4.448.103 | 7.501.987 | 9.253.067 |
| 3.1.2 Pessoal | 2.335.038 | 2.608.937 | 2.661.790 | 3.250.422 | 3.773.778 | 6.970.690 | 4.540.515 |
| 3.1.3 Custeio | 1.758.751 | 1.468.409 | 2.169.719 | 1.650.940 | 1.532.680 | 3.491.751 | 3.727.015 |
| 3.2 Transferências a Terceiros | 3.296.535 | 3.890.526 | 4.586.262 | 5.054.571 | 5.857.075 | 7.360.458 | 7.521.471 |
| 4. Saldo Previdenciário (Arrec. Líquida - Benef. Previdenciários) = (2.1) - (3.1.1) | -9.412.332 | -10.871.944 | -12.836.217 | -16.998.979 | -26.404.655 | -31.995.381 | -37.576.833 |
| 5. Saldo Operacional (Rec. Total - Pagamento Total) = (2) - (3) | 190.495 | 710.866 | 121.241 | 2.968.976 | -1.311.597 | 8.258.983 | 921.046 |
| 6. Saldo Final | 655.405 | 1.366.271 | 1.487.512 | 4.456.488 | 3.324.491 | 11.583.478 | 6.275.320 |

Fonte: Instituto Nacional do Seguro Social – 2005

Conforme demonstra Gentil, é interessante notar que a União não faz sua contrapartida financeira e, em manobra contábil, informa que os repasses oriundos de receitas da Seguridade Social seriam “transferências do Tesouro” quando, na verdade, só poderiam assim ser classificadas se fossem oriundas do orçamento fiscal. Sobre, isso Gentil (2006, p. 42) afirma que

A segunda conclusão, já anteriormente antecipada, é que receitas próprias da seguridade social, como COFINS, CSLL, CPMF e receitas de concursos de prognósticos, são tratadas como transferências da União, embora sejam recursos vinculados ao orçamento da seguridade social, por determinação constitucional. Pela metodologia de elaboração do fluxo de caixa, a única receita prevista na Constituição Federal que recebe o tratamento de recebimentos próprios, arrecadada e gerida pelo INSS, é a contribuição social dos empregadores incidentes sobre a folha de salários e a contribuição ao INSS dos trabalhadores.

É importante ressaltar que as receitas, impropriamente consideradas transferências da União – CPMF, CSLL, COFINS e concursos de prognósticos –, são arrecadadas e administradas pelo Ministério da Fazenda e depositadas no Banco Central. Como os “recebimentos próprios” são insuficientes para pagar todas as despesas previdenciárias e não-previdenciárias, o INSS passa a usar as fontes de recursos “transferências da União”, disponibilizadas pelo Tesouro Nacional, que lhe transfere apenas na medida (e na conveniência) em que deva cobrir uma necessidade de caixa. Isso caracteriza um esvaziamento, político e institucional, construído através da falta de independência financeira dos órgãos da seguridade social.

É evidente que, ao se utilizar a contabilidade da Seguridade Social como um todo e não da Previdência Social em particular, na forma disposta na Constituição Federal, o alegado déficit deixa de existir. Veja-se a série histórica proposta por Gentil(2006) para os anos de 2000 a 2005.

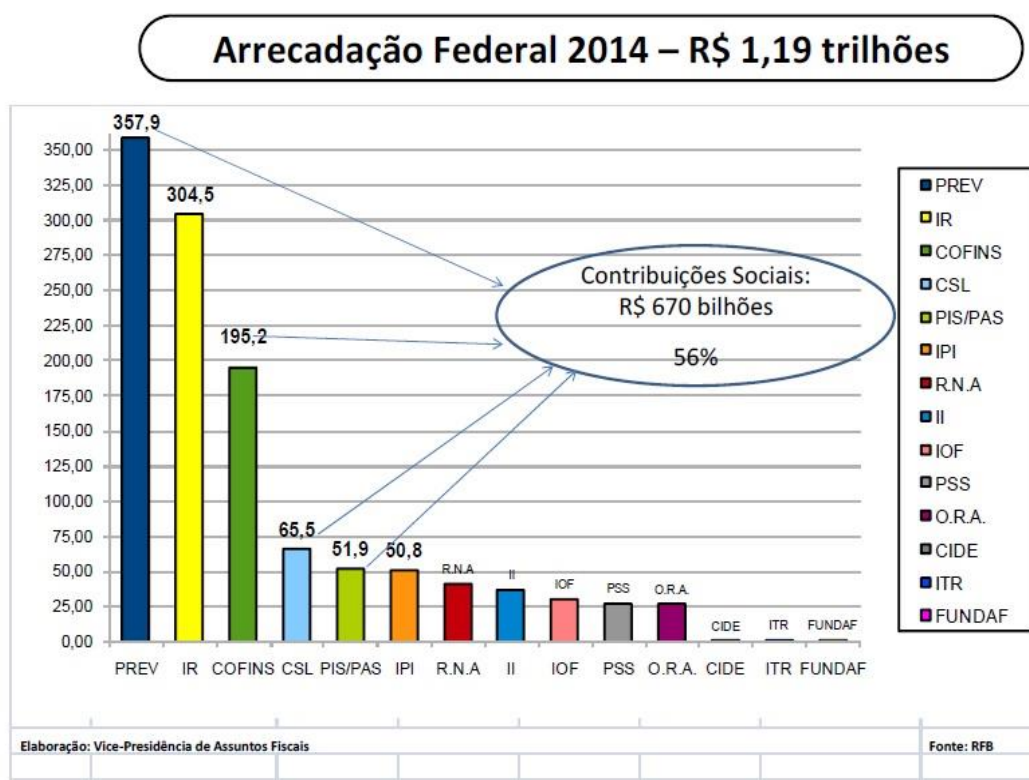
Tabela 5

| RESULTADO DA SEGURIDADE SOCIAL | | | | | | |
|---|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|
| 2000 a 2005 | | | | | | |
| valores correntes em R\$ milhões | | | | | | |
| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 |
| RECEITA ⁽¹⁾ | | | | | | |
| CONTRIBUIÇÃO PARA PREVIDÊNCIA SOCIAL | 55.715 | 61.060 | 71.028 | 80.730 | 93.765 | 108.434 |
| COFINS | 38.707 | 45.507 | 50.913 | 58.216 | 77.593 | 87.902 |
| CPMF | 14.395 | 17.157 | 20.265 | 22.987 | 26.340 | 29.230 |
| CSLL | 8.750 | 9.016 | 12.507 | 16.200 | 19.575 | 26.323 |
| RECEITA DE CONCURSOS DE PROGNÓSTICOS | 923 | 1.028 | 1.062 | 1.276 | 1.450 | 1.564 |
| PIS/PASEP ⁽²⁾ | 5.791 | 6.700 | 7.498 | 10.011 | 11.650 | 13.228 |
| TOTAL DA RECEITA | 124.281 | 140.468 | 163.273 | 189.420 | 230.373 | 266.681 |
| DESPESA ⁽³⁾ | | | | | | |
| ASSISTENCIA SOCIAL | 4.442 | 5.298 | 6.513 | 8.416 | 13.863 | 15.806 |
| SAUDE | 20.270 | 23.634 | 25.435 | 27.172 | 32.973 | 36.483 |
| PREVIDENCIA ⁽⁴⁾ | 67.544 | 77.584 | 89.380 | 109.625 | 125.901 | 144.918 |
| ABONO E SEGURO DESEMPREGO | 4.636 | 5.635 | 7.062 | 8.074 | 9.471 | 11.337 |
| TOTAL DA DESPESA | 96.892 | 112.151 | 128.390 | 153.287 | 182.208 | 208.544 |
| RECEITA - DESPESA | 27.389 | 28.317 | 34.883 | 36.133 | 48.165 | 58.137 |
| RECEITA COM DRU ⁽⁵⁾ - DESPESA | 13.675 | 12.435 | 16.434 | 14.395 | 20.844 | 26.488 |
| Elaboração própria. | | | | | | |
| Fontes: Receita da Seguridade Social - Ministério da Fazenda, Receita Federal, Estudos Tributários. | | | | | | |
| Despesa da Seguridade Social - Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro, Contabilidade Governamental. | | | | | | |
| (1) Exclui a Contribuição à Seguridade Social do Servidor Público - CSSS e a contribuição ao custeio de pensões | | | | | | |
| (2) Inclui apenas 60% da receita com PIS e PASEP. Os 40% restantes são destinados ao BNDES para programas de desenvolvimento econômico. | | | | | | |
| (3) Despesa liquidada por Função, inclusive pessoal e dívida. Seguro-desemprego é da função Trabalho, mas foi incluído por ser um evento da seguridade social. Excluídas as despesas com FAT. | | | | | | |
| (4) Exclui os gastos com inativos do Regime Próprio de Previdência dos Servidores (RPPS) e inativos militares. | | | | | | |
| (5) Receita total deduzida da DRU (Desvinculação das Receitas da União no valor de 20%). | | | | | | |
| Obs.: A Contribuição para a Previdência Social não está sujeita a DRU. | | | | | | |
| O valor da despesa permanece o mesmo no cálculo do resultado considerando a DRU. | | | | | | |

A partir desses dados, Gentil(2006) chega às seguintes conclusões: a) que o desequilíbrio orçamentário está no orçamento fiscal e não no orçamento da seguridade social ou no orçamento da previdência social; b) que a seguridade social não recebe recursos do orçamento fiscal, ao contrário, parte substancialmente elevada de seus recursos financia o orçamento fiscal; e, c) que não é a previdência que causa problemas de instabilidade econômica e crise de confiança nos investidores, mas é a política econômica que atinge a previdência, a saúde pública e a assistência social, precarizando serviços essenciais à sobrevivência da classe trabalhadora.

Deve-se lembrar que parte dos recursos da Seguridade Social, os quais deveriam apenas financiar as atividades de Saúde, Previdência Social e Assistência, é desviada para outros fins. Todavia, conforme aponta Gentil(2006) por meio da desvinculação das receitas da União (DRU), estabelecida através de emenda ao texto constitucional, autorizando o governo a utilizar parcela significativa dos recursos arrecadados – 20% das receitas de contribuições – de forma livre de qualquer vinculação a despesas específicas.

Dados mais recentes, compilados pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, apresentados na tabela abaixo, demonstram a persistência do quadro de superávit das contas da Seguridade Social:



Fonte: ANFIP. Disponível em http://www.anfip.org.br/informacoes/noticias/ANFIP-desmente-rombo-na-Previdencia-Social_11-02-2015. Acesso em 15/02/2016.

Obedecidos o modelo de repartição tributária e orçamentária previstos na Constituição de 1988 e o dever de compensação das renúncias fiscais, chega-se à conclusão de que nem a Previdência Social, nem a Seguridade Social, são deficitários, mas, sim, apresentam superávit. Refazendo-se a contabilidade dos

tributos arrecadados da Seguridade Social, infere-se que os resultados superavitários desta área são transferidos para o orçamento fiscal, extremamente comprometido com o pagamento de juros da dívida interna brasileira, cujo montante beira um trilhão de reais, conforme item “Refinanciamento da Dívida Pública Federal” na Tabela 1 acima.

Dessarte, verifica-se que as fontes de custeio da Previdência Social brasileira são suficientes para a manutenção do sistema, cujo resultado se evidencia por meio da contabilização das renúncias fiscais previdenciárias como despesa da União a ser debitada no Orçamento Geral da União (demais tributos) e não no Orçamento da Seguridade Social, bem como pela contabilização do Orçamento da Seguridade em seu conjunto para as três áreas e não em separado, ao tempo em que se retira os efeitos contábeis da Desvinculação das Receitas da União, uma vez que não deve ser aplicada a orçamentos específicos como é o da Seguridade.

Dentro deste quadro, uma análise da norma orçamentária revela que a questão da disponibilidade dos recursos financeiros (arbítrio do Estado-Administração na alocação dos recursos) para a efetivação dos direitos fundamentais sociais pode ser vista como uma escassez antes artificial que natural. Conforme Bittencourt (2013), os recursos financeiros se tornam escassos para uma determinada finalidade prevista porque houve uma decisão política ou administrativa que os maneja para outro fim. Isto é o que ocorre com as receitas que financiam o Sistema de Previdência Social brasileiro, uma vez demonstrada acima as manobras contábeis que manejam os recursos que só poderiam ser destinados para a Previdência ou para a Seguridade Social para outro fim, não há outra conclusão possível senão a de que as prestações previdenciárias são custeadas com recursos próprios dos beneficiários.

Este custeio é tripartido entre os beneficiários indiretos: a empresa e o Estado. Assim, os recursos dos trabalhadores financiam o sistema. Ora, como a contribuição da empresa tem como fato gerador o pagamento de remunerações aos trabalhadores (art. 195, I, a, da CF) é o trabalho destes que gera a riqueza econômica necessária ao pagamento de tal tributo. Viu-se que o risco social tem fonte na coletivização e distribuição do custeio por todos os membros da sociedade e beneficia diretamente a empresa destinatária dos serviços. Assim, a remuneração do trabalho (art. 195, I, alíneas a e b, da CF) geram as contribuições previdenciárias típicas ou específicas e, não fossem as renúncias fiscais, a Desvinculação das Receitas da União, e as manobras contábeis para mascarar a ausência de financiamento do

Estado(terceira fonte da tripartição do custeio) por meio de contabilizar com se fosse receitas suas as receitas da Seguridade Social(notadamente a CSLL e a COFINS), seria evidenciado na própria Lei Orçamentária Anual que são suficientes e até superavitárias para custear a Previdência Social.

Dessarte, e considerando que os direitos sociais prestacionais podem ser economicamente neutros, no sentido de serem custeados pelos próprios beneficiários, infere-se racionalmente pelos argumentos trazidos pela correção da proposição de que as prestações do Regime Geral de Previdência Social brasileiro, prevista no art. 201 da Constituição Federal são economicamente neutras, ou dito de outra forma, seu custeio não recai sobre toda sociedade por meio de tributos gerais, mas sobre o grupo de beneficiários, os quais custeiam as prestações através de contribuições específicas.

A partir das argumentações levantadas acima, que revelam discursos de fundamentação distintos para as diferentes espécies de direitos sociais prestacionais, conforme classificação construída especialmente para este fim, será possível reconstruir as regras de fundamentação e aplicação da reserva do possível no contexto jurídico brasileiro. Tendo em vista que o princípio da Universalização (U) exige o levantamento de todas as hipóteses possíveis em um discurso racional, que devem abordar todas as características situacionais possíveis para garantir a aplicação imparcial da regra extraível do argumento da reserva do possível, infere-se que aproxima-se a solução do problema proposto, em face da gama de característica situacionais exposta até aqui. Para construir-se a solução do problema proposto, serão analisados os discursos de fundamentação e aplicação do argumento da reserva do possível, em crítica às limitantes expostas na doutrina e jurisprudência, a fim de elencar e estruturar o discurso em que se proporrá o afastamento do argumento da reserva do possível em matéria de direito fundamental às prestações previdenciárias, dadas suas características situacionais de neutralidade econômica não foram levadas anteriormente ao discurso pela doutrina e jurisprudência nacionais, comprometendo sobremaneira o dever de imparcialidade dos discursos de fundamentação na aplicação da reserva do possível.

4 DA INCOMPATIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL A DIREITOS PRESTACIONAIS ECONOMICAMENTE NEUTROS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DOS DISCURSOS DE APLICAÇÃO

De todo o exposto até este ponto, evidencia-se a notória série de diferenças entre o tratamento dos direitos sociais no constitucionalismo alemão e no americano, bem como do modelo de Estado fiscal correspondente ao Estado Liberal e ao Estado Social, bem como a conseqüente vinculatividade das contribuições para o financiamento das prestações previdenciárias no caso brasileiro. O grau de vinculatividade chega a concretizar um orçamento com fontes distintas das dos demais tributos, chamado de Orçamento da Seguridade Social.

O singelo fato de a atual Constituição da República Federativa do Brasil ter agregado os ramos da Saúde e da Assistência Social, nominando o conjunto de Seguridade Social, não retirou as características contributivas da Previdência Social, nem permitiu a confusão orçamentária entre as contribuições específicas deste último ramo e os referentes ao financiamento dos demais. Por outro lado, considerando o princípio da tríplice fonte de custeio, pela qual se triparte o custo das prestações previdenciárias entre o trabalhador, a empresa tomadora do serviço (e beneficiária indireta do sistema) e o Estado, em razão da redistribuição necessária da mais-valia social produzida pela força de trabalho.

O argumento da reserva do possível originou-se em contexto bastante diverso do brasileiro, tanto no aspecto histórico-cultural quando jurídico e social, do que se permite questionar fundamentadamente a compatibilidade da aplicação de tal argumento a qualquer direito social prestacional, a partir da Teoria do Discurso. Deve-se esclarecer que o problema não está em adotar o argumento, mas sim em não contextualizar as condições situacionais e nuances de sua aplicação, os quais devem compor os argumentos de justificação e aplicação imparcial da própria norma decorrente da reserva do possível, cujo debate se realizará neste capítulo.

Sendo assim, nesse capítulo busca-se discorrer como a teoria do discurso pode contribuir para a análise da coerência argumentativa no que se refere ao argumento da reserva do possível e sua aplicação a direitos fundamentais da previdência social, quais particularidades estão envolvidas no caso (conforme descrito nos capítulos II e III) que necessitam ser observados antes de simplesmente aplicá-lo, inviabilizando a pretensão dos titulares dos direitos prestacionais envolvidos. Assim, será possível

responder ao problema proposto, que se circunscreve a verificar se existe uma coerência argumentativa, observada pela lógica do discurso que apresente razões de justificação e fundamentação para utilização do argumento da reserva do possível em se tratando de direitos prestacionais de natureza previdenciária, diante da constatação argumentada de custeio pelos beneficiários.

4.1 Fundamentos da teoria do discurso e suas contribuições para a aplicação do argumento da reserva do possível

Muitas são as vertentes que buscam trazer a utilização da Teoria Discursiva. Contudo, este trabalho limitou-se a analisar as contribuições de Günther e Habermas no que se refere aos discursos de fundamentação e aplicação, haja vista que, ao se discutir a possibilidade de incidência da reserva do possível, é necessário verificar se a decisão respeitou os procedimentos discursivos que buscam justamente trazer a racionalidade para a decisão acerca da sua incidência na decisão judicial.

De início, vale ressaltar que o trabalho do intérprete acerca da abrangência da norma se dá em um momento anterior à sua aplicação. Nesta investigação acerca da correção das proposições e da busca dos argumentos de justificação e fundamentação em complementação aos já discutidos acima, será iniciada a discussão sobre o afastamento do argumento da reserva do possível frente a direitos sociais prestacionais com enfoque nas prestações previdenciárias, com o fim de evidenciar, por meio do procedimento de ação comunicativa, os discursos com pretensão de validade, de justificação e fundamentação sobre sua aplicação nos direitos sociais no quadro jurídico brasileiro.

É mister, no caso da eventual aplicabilidade da reserva do possível, cumpridas nos capítulos anteriores as tarefas de delinear qual a moldura normativa dos princípios securitários, tributários e financeiros, com o fim de verificar a coerência argumentativa dos discursos de justificação e fundamentação no seio do Direito Previdenciário, passar a analisar o argumento da reserva do possível a partir da Teoria do Discurso.

Dessa forma, cabe estudar a diferenciação dos discursos de aplicação e fundamentação da norma, uma vez que além de se observar a norma em abstrato, pretende-se analisar os fatos que levam a sua aplicação. Isto porque o texto normativo é base para várias interpretações possíveis e a decisão se torna uma opção dentre as muitas possibilidades hermenêuticas possíveis. Nesta tarefa de revisar a aplicação

das possibilidades hermenêuticas da reserva do possível, a contribuição da ética do discurso é imprescindível, como forma de análise da criação da norma, ou do processo de sua aplicação. Uma vez que, para Habermas (2003, p. 198), “uma teoria da argumentação consensual tem de explicar o uso desses argumentos em discursos que têm a pretensão de ser “universais”, i.e., capazes de uma adesão universal, mas que são gestados e testados em contextos factuais bem específicos”, a ética do discurso se demonstra capaz de se demonstrar como um instrumento capaz de avaliar a racionalidade das razões que são utilizadas para justificar as normas e como as decisões atendem a aplicação imparcial.

Isto porque a construção de argumento passa pelo convencimento das partes envolvidas no processo comunicativo, numa perspectiva reflexiva, percebe-se que este é o instrumento adequado para a busca da verdade, ou correção, das proposições, como esta de fundamentação dos limites de direitos sociais prestacionais no Brasil. Distinguindo os conceitos de verdade do conceito de correção, Habermas (1988, p. 114) afirma que a “verdade” de proposições descritivas significa que os estados de coisas enunciados “existem”, enquanto as “correções” das proposições normativas refletem o caráter obrigatório dos modos de agir prescritos (ou proibidos). Assim, os discursos de fundamentação se dirigem a análise da correção normativa da proposição oriunda do argumento da reserva do possível. Isto permitirá clarificar a estrutura dos argumentos a partir da possibilidade de aceitação com base na razão.

A justificação da proposição da aplicabilidade da reserva do possível deve sobre o teste da racionalidade a fim de se confirmar seu caráter obrigatório. O teste discurso feito até aqui evidencia o déficit de justificação para a amplitude tal como aparentemente é feita pela doutrina e jurisprudência pátria. Para tal desiderato, adota-se a lição de Habermas para quem as proposições são justificadas basicamente da mesma maneira que as afirmações empíricas. A *verdade* das afirmações empíricas corresponde à *correção* das expressões normativas. É dessa correção que se está em busca na análise do argumento da reserva do possível a partir da Teoria do Discurso. Segundo os critérios de verdade da teoria do consenso de Habermas “eu posso dar um predicado a um objeto, só quando todas as outras pessoas que puderem entrar numa conversa comigo, atribuírem ao objeto o mesmo predicado (Habermas, 1988, p. 89). Partindo do pressuposto habermasiano de que a construção dos argumentos normativos ocorrem a partir do agir comunicativo, ou seja, é possível

consensuar de forma racional acerca do conteúdo e aplicação das normas, conquanto possam ocorrer discordâncias entre os falantes do discurso, e por este meio será possível clarificar os argumentos de justificação e aplicação da reserva do possível no texto constitucional e contexto brasileiros.

Foram envidados esforços para evidenciar nos tópicos anteriores as incongruências envolvendo os argumentos de aplicação da reserva do possível tal com se apresenta na doutrina brasileira, bem como os inúmeros argumentos de ordem constitucional que demonstram tal incompatibilidade, motivo pelo qual se deve afastar as afirmações falsas, redelineando o âmbito de sua aplicação de modo a afastar determinados direitos prestacionais do âmbito de sua norma de aplicação.

A fim de distinguir as afirmações falsas das verdadeiras, Habermas se refere ao julgamento dos outros participantes do discurso, na verdade, ao julgamento de todos os outros com os quais se está em uma conversação. A condição da verdade das afirmações é o acordo potencial de todas as outras pessoas. Habermas(2004) traça um paralelo comparativo entre sua teoria da ação comunicativa com a teoria da correspondência da verdade, a qual afirma que uma sentença (ou uma expressão, por exemplo, uma proposição ou uma afirmação (statement) só pode ser chamada de verdadeira se e quando o estado das coisas às quais a sentença dá expressão de fato existe. Afirma que um estado de coisas que existem é um fato, para concluir que, por esta teoria a verdade pode ser definida como uma correspondência entre a sentença e o fato.

Habermas se decide a responder ao que a proposição deve corresponder para ser considerada verdadeira, e mesmo afirmações de simples observações, como parece ser a reserva do possível na visão de seus defensores mais ferrenhos, não é objeção à possibilidade de testá-las discursivamente, uma vez que nem mesmo sentenças básicas são incontestáveis. Sobre esse último ponto, vale lembra que Popper, citado por Alexy (2008 p. 45) demonstrou que

afirmações simples de observação, que ele chama de 'afirmações básicas' não são algo fixo e firmemente alicerçado na experiência, pois tem o caráter de hipóteses por causa dos nomes universais(predicates)" que elas usam e, como tais, são dependentes da teoria, podem ser falsificadas e por trás de sua aceitação existe um acordo.

Dessa forma, deve-se testar discursivamente o argumento da reserva do possível, uma vez que nem mesmo se fosse uma simples observação, como declarar

a cor de determinado objeto, esta cor ou características atribuíveis ao objeto, em como seu nome (*predicates*) são dependentes de uma teoria acerca deles e, como tais, pode ser falseados através do discurso racional, uma vez que sua aceitação pressupõe a existência de um acordo para considerar uma cor com tal nomenclatura. O mesmo se dá com o argumento da reserva do possível, a qual apresenta *predicates* dependentes de uma teoria que pode, por consequência, ser falseada.

Habermas tenta enfrentar essas dificuldades em seus ensaios sobre as teorias da verdade, estipulando que somente um consenso bem fundamentado serve como critério de verdade, uma vez que a concordância potencial de todos é a condição tanto para a verdade de uma afirmação não-normativa quanto para a correção de uma afirmação normativa. Desta forma

O significado de verdade não está no fato de que algum consenso seja de fato atingido, mas antes nisto: que a qualquer hora e em qualquer lugar em que entramos num discurso, podemos alcançar um consenso sob certas condições que provem que se trata de um consenso bem fundamentado. (HABERMAS, 1997, p. 343.)

Deve-se observar que acima Habermas está descrevendo o conceito de consenso sem sua teoria, não como um termo ou expressão, mas justificar que o problema consiste em aferir a correção das proposições normativas e não a verdade, tal como concebido pelas ciências ditas naturais. Isto permite problematizar ordens e proibições e de como os argumentos que as justificam dependem da capacidade de conhecer as necessidades. Dessa forma, afirma Habermas que

Analogamente, a entrada no discurso prático ocorre através da problematização de, por exemplo, ordens e proibições. O segundo passo consiste na entrega de ao menos um argumento. No terceiro passo, a adequação do sistema de linguagem se torna o assunto principal do discurso. O último passo consiste em “refletir sobre como nossas estruturas de necessidades dependem do nosso nível de conhecimento e capacidade: Chegamos a um acordo sobre a interpretação das nossas necessidades diante da informação disponível relativa ao escopo do que é possível e do que é atingível” (HABERMAS, 1997. P. 373.)

Acerca do encontro do discurso prático e do discurso teórico, afirma Habermas (1997) que nas duas formas de discurso, a força de obter o consenso de um argumento depende da capacidade de mover-se de forma desinibida de um nível para outro e de volta até que se chegue a um consenso. As características formais do discurso têm, portanto, de ser tais que assegurem a liberdade de movimento entre os

níveis do discurso. Desta forma, aplicando-se à reserva do possível, o discurso deve permitir investigar os limites de cognoscibilidade do instituto e a correção da aplicação do mesmo, mormente no campo dos direitos sociais prestacionais, uma vez que ambos os níveis do discurso, o conceito e a aplicação da reserva do possível são passíveis de criticismo para fundamentar a aplicação.

O princípio de generalizabilidade de Habermas(1997) é uma regra que influencia a substância da argumentação. Segundo esse princípio, uma norma é capaz de ser generalizada se suas consequências diretas e indiretas para a satisfação das necessidades de “cada um” é aceitável para “todos”. As consequências de uma norma para a satisfação das necessidades de todos tem de ser aceitáveis por todos. Por outro lado, as necessidades que são de fato consideradas generalizáveis dependem das convicções morais individual e socialmente formadas pelos oradores. Tais convicções morais básicas, que evoluíram no curso do desenvolvimento de um indivíduo, de uma sociedade e também no curso de desenvolvimento da humanidade como uma espécie, entraram na linguagem da moral. Acerca das regras procedimentais para verificar a correção das proposições, Habermas formula que

Como membros de um sistema social, em dado estágio do desenvolvimento das forças produtivas, interpretariam coletiva e obrigatoriamente as suas necessidades e que normas aceitariam como justificadas se pudessem e tivessem decidido com base na organização de união social através da formação discursiva da vontade, com o conhecimento adequado das condições limitadoras e dos imperativos funcionais da sua sociedade? (Habermas, 1997, p. 420)

Explica Habermas que as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um e de todos os indivíduos precisam ser aceitáveis para todos. É nesse sentido a possibilidade de crítica à reserva do possível ante à realidade constitucional brasileira, uma vez que, conforme discutido acima, sua aplicação tal como feito pela doutrina e jurisprudência pátria não encontra eco na própria Constituição, como regra pressuposta por toda a comunidade de cidadãos. Acerca da fase de aplicação da norma, Günther (2004) afirma que apenas com a diferenciação entre juízo de fundamentação e aplicação seria possível oferecer um critério racional para a constituição da normatividade jurídica. Dessa forma

Apenas entre normas universais e singulares existe uma contradição em sentido excludente. Essa distinção depende das propriedades lógicas das expressões que utilizamos na formulação de uma norma. Enquanto termos singulares designam uma constante de indivíduos, termos universais

consistem de variáveis de indivíduos que podem ser compostos por mais de uma constante. Sucintamente, generalidade é o oposto de especificidade, enquanto universalidade é compatível com a especificidade, significando meramente a propriedade lógica de ser governada por um quantificador universal e de não conter constantes individuais. Consequentemente, mesmo uma norma altamente específica a uma situação ainda pode ser universal, conquanto os termos referentes às características da situação possam ser aplicados a mais de um referente. (GÜNTHER, 2004, p. 41-42).

Quanto à fundamentação, Günther esclarece que “para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações”(GÜNTHER, 2011, p. 69). O debate a aplicação do argumento da reserva do possível ao direito social previdenciário passa pela fundamentação adequada e justificação desta norma. Günther demonstra que é imprescindível explicitar a distinção entre justificação e aplicação, bem como que a justificação vincula-se à validade. Para este autor o critério de justificação está na universalidade do princípio moral, com a qual se estabelece um sentido co-universal de imparcialidade, referente a pessoas quanto a procedimentos. Deste modo, uma norma será imparcial quando puder obter o assentimento de todos, e tal conduta, a concordância universal de todos os envolvidos. Defende Günther (2004) que, em virtude de o conhecimento dos participantes em discursos ser limitado e o tempo finito, a dimensão de justificação necessita da dimensão da aplicação. Isto porque, para o autor

O Direito aparece como uma estrutura do sistema social, a qual se origina da seleção de expectativas selecionadas contra possíveis decepções por meio da concessão da qualidade de dever coativo. O processo de generalização e abstração [...] leva ao surgimento do Direito Positivo como um sistema autônomo emergente, a partir do momento em que for executado, pelos próprios critérios, de modo independente da política e da moral. E fechado normativamente em relação ao meio ambiente, por codificação binária, e aberto para a recepção de alterações do meio ambiente, por programação condicional. (Günther, 2004, p. 391).

Interessante notar que Günther diverge da teoria de regras e princípio de Alexy por não adotá-la como uma estrutura da norma, mas com as condições da ação, sob as quais as normas são aplicadas.

De qualquer sorte, o autor distingue a fundamentação de uma norma de sua aplicação. No momento da aplicação, apenas se forem consideradas todas as características situacionais de um caso concreto se poderá avaliar com adequação o padrão normativo. Isto porque há distinção entre aplicar normas sob circunstâncias

que continuam iguais e aplicar a mesma norma tendo de considerar todas as circunstâncias.

São estes elementos que são base para a solução do problema envolvido neste trabalho, uma vez que as circunstâncias nas quais ocorrem a aplicação do argumento da reserva do possível é distinta da situação de fazê-lo conhecendo as circunstâncias orçamentárias, tributárias e o conteúdo dos direitos prestacionais no Brasil, que se mostram distintos na moldura situacional em que fora engendrado.

Ainda em referência a aplicação da norma, Günther afirma que estase refere à adequabilidade. A aferição dessa última requer a concreção, uma vez que é a aplicação que determina se uma norma é ou não adequada. A adequação requer coerência argumentativa para justificar sua escolha. Deve-se salientar que no caso dos discursos de aplicação, o Poder Judiciário é especializado, uma vez que assume controle das lógicas e enlaces argumentativos que envolvem a aplicação da norma (Bitencourt, 2013). Ainda acerca da adequabilidade da norma, Günther(2004) entende que esta deverá ser aferida mediante a análise de todas as características da situação, assim como a consideração de todas as normas que eventualmente puderem ser aplicadas ao caso. Afirma ainda que a aplicação será imparcial quando coerentemente realizar a adequação entre todas as características e todas as normas envolvidas no caso. Acerca dos níveis do discurso, explica que

No primeiro Nível (pré-discursivo) consegue-se dar essa justificativa, apontando par aos dados relevantes e para as características situacionais, segundo as quais a ação pode ser considerada “correta” ou “adequada”, isto é, por meio da indicação dos motivos pelos quais, em uma determinada situação, agiu-se ou avaliou-se dessa forma. Porém, nesse caso, a fundamentação, que estabelece a ligação entre os motivos oferecidos e a ação ou avaliação problemática, não se trata de uma lei geral, mas de uma norma geral de ação ou de um princípio de ação.

Em segundo nível, por sua vez, trata-se de fundamentar novamente a norma geral de ação ou o princípio de ação, remetendo para outros princípios ou a evidencias relevantes capazes de sustentar o princípio de ação do qual se fez uso “em primeira linha, evidencias relevantes são as consequências e os efeitos colaterais que, possivelmente, a aplicação de uma norma sugerida poderá ter em relação à satisfação ou à insatisfação de necessidades geralmente aceitas.” (Günther, 2004, p. 52)

Deste modo, para Günther (2004, p. 365) com o PRINCÍPIO (U) - Universalizante, “a validade de normas dependerá de que as consequências e os efeitos colaterais da sua observância, sob circunstâncias inalteradas para os interesses de cada um individualmente, sejam aceitos por todos os implicados

conjuntamente”. Todavia, a percepção dos efeitos da norma somente serão perceptíveis no momento da aplicação, motivo pelo qual a análise do princípio universalizante (U) passa por uma ponderação de interesses. Sobre o tema, o autor explica que

Se ‘U’ estabelece uma relação entre a proposta original de norma e os interesses que nela se configuram, por outro, institui uma relação com os interesses dos demais implicados. Caso ‘U’ tenha de servir para examinar se a proposta original de uma norma configura ‘um interesse comum a todos os implicados’, ele evidentemente incorporou uma ‘ponderação de interesses’ na argumentação prática, que só poderá obter seu conteúdo a partir de possíveis situações de aplicação. Se as consequências da aplicação de uma norma afetarão os meus interesses e as minhas próprias orientações normativas (carecedores de justificativa), somente saberei quando indagar sobre os resultados advindos das situações em que ocorra uma aplicação da proposta normativa.”

No entanto, se frisou que não é possível prever todas as possíveis situações de aplicação. No próprio “U” também somente se fala daquelas consequências e daqueles efeitos colaterais que há de surgir. (Günther, 2004,p. 56).

Para Günther, entre justificação e aplicação encontra-se a especificidade da Moral e do Direito, diferentemente de Habermas. Explica o primeiro que à moralidade, por meio da generalização da pretensão de aceitabilidade de suas premissas, cabe a tarefa de fundamentar as normas de conduta. Quanto ao Direito, por meio da aplicação, a tarefa de efetividade dos padrões morais de conduta. Nota-se em Günther se evidenciar um entendimento pela dependência normativa do Direito em relação à Moral. Já Habermas, ao contrário, entende não haver tal dependência normativa, mas uma relação de co-originariedade normativa e de complementaridade funcional entre Direito e Moral.

De qualquer sorte, a distinção entre universalização como critério crítico e a pretensão de que o próprio critério seja ele mesmo universalizável, segundo Günther (2004) permite distinguir entre éticas formais e éticas materiais, uma vez que o critério de universalização compreende-se como critério avaliativo daquilo que a sociedade entendeu como valor, mas não a decisão em caso concreto. Isto porque “Normas jurídicas gerais e singulares precisam, portanto, de discursos capazes de ser concluídos por meio de uma decisão”(Günther, 2004, p. 368). Em análise dos argumentos de adequação, Günther, alega que estes somente possuem o valor de contribuir com recursos retóricos para se conseguir impor decisões”.(Günther, 2004, p. 369)

Do quadro exposto, pode-se transpor para o caso concreto de aplicação da reserva do possível a direitos sociais prestacionais, para evidenciar em proposição que o intérprete não considerou todas as incidências de hipóteses interpretativas, um vez que não distinguiu as diferentes naturezas dos direitos em questão, notadamente a incidência em direitos sociais previdenciários. Muitas características situacionais foram olvidadas como a natureza do custeio tributário dessas prestações e a vinculação orçamentária conforme demonstrados nos capítulos anteriores, o que gerou aplicação imparcial, que não considerou todas as circunstâncias relevantes que descrevem integralmente a situação desses direitos sociais prestacionais.

A partir deste cabedal teórico, será feita a análise dos discursos de fundamentação e aplicação do argumento da reserva do possível em face dos direitos sociais prestacionais no contexto brasileiro. Tendo em vista a necessidade de estudo da jurisprudência aplicada aos direitos sociais prestacionais, deve-se salientar que este capítulo se direcionará para a análise dos discursos de aplicação, consubstanciados no cotejo da jurisprudência dos tribunais superiores, a fim de evidenciar as razões argumentativas para se afastar a aplicação da reserva do possível.

4.1.2 Discursos de fundamentação e aplicação em relação ao argumento da reserva do possível

De início, vale ressaltar que o trabalho do intérprete acerca da abrangência da norma se dá em um momento anterior à sua aplicação. Nesta investigação acerca do conteúdo da norma, será iniciada a investigação sobre o que está ou não no conteúdo da cláusula da reserva do possível e, dessa forma, investigar sobre os casos de sua incidência, como um limite imanente à realização de direitos. Como observou Alexy(2008, p. 86), definido o âmbito da norma, ele se aplica ao caso concreto como uma regra, no sentido de que os fatos que são apresentados ao intérprete ou se encaixam com perfeição na moldura normativa previamente estabelecida. É mister, no caso da reserva do possível, delinear qual a moldura normativa do argumento a fim de, somente assim, verificar o perfeito “encaixe” dos diversos direitos prestacionais e, conseqüentemente, sua incidência, a partir da perspectiva da Teoria do Discurso, em que os argumentos são a única forma de controle de uma decisão judicial, pois as razões argumentativas estabelecem racionalidade, dentro das regras existentes do discurso geral e do discurso especial do Direito, como propõe Alexy (2014).

Para GÜNTHER (2004, p. 41-42), apenas com a diferenciação entre juízo de fundamentação e aplicação seria possível oferecer um critério racional para a constituição da normatividade jurídica. Deste modo:

Apenas entre normas universais e singulares existe uma contradição em sentido excludente. Essa distinção depende das propriedades lógicas das expressões que utilizamos na formulação de uma norma. Enquanto termos singulares designam uma constante de indivíduos, termos universais consistem de variáveis de indivíduos que podem ser compostos por mais de uma constante. Sucintamente, generalidade é o oposto de especificidade, enquanto universalidade é compatível com a especificidade, significando meramente a propriedade lógica de ser governada por um quantificador universal e de não conter constantes individuais. Consequentemente, mesmo uma norma altamente específica a uma situação ainda pode ser universal, conquanto os termos referentes às características da situação possam ser aplicados a mais de um referente.

A construção de argumento passa pelo convencimento das partes envolvidas no processo comunicativo, numa perspectiva reflexiva. Neste ponto, HÄBERMAS(2004, p. 269-270) ressalta que:

A “verdade” de proposições descritivas significa que os estados de coisas enunciados “existem”, enquanto as “correções” das proposições normativas refletem o caráter obrigatório dos modos de agir prescritos (ou proibidos). Kant pretende fazer justiça a esse saber epistêmico e saber prático distinguindo, relativamente a faculdade de conhecer e desejar, uso teórico de um uso prático da razão. Embora a razão teórica seja produtiva em um sentido transcendental, a razão prática tem uma força “Legisladora” num outro sentido, num sentido construtivo, como podemos dizer com Rawls. A pressuposta unidade de um mundo, espontaneamente gerado, de objetos da experiência possível unifica a multiplicidade de conhecimentos empíricos, enquanto o “reino dos fins” projetado pela razão prática indica a maneira como os sujeitos agentes devem, pela autodeterminação inteligente de sua vontade, gerar ou construir um mundo de relações interpessoais bem-ordenadas – “uma república universal segundo as leis da virtude”.

Tendo como ponto central o fato de que argumento da reserva do possível, nos moldes oriundos da jurisprudência alemã, é caracterizado como aquilo a sociedade pode exigir do Estado, ou seja, do que é proporcional/razoável que a sociedade exija do Estado Social, deve proceder a uma análise da argumentação depara se construir o instituto. A partir da racionalidade argumentativa na aplicação da reserva do possível a direitos sociais prestacionais nota-se a distinção do que é possível exigir da sociedade em seu conjunto, daquilo que é possível exigir dos beneficiários em um grupo específico, uma vez que aí reside uma contribuição, um tributo, distinta das demais espécies de participação da sociedade.

A fim de afastar confusão doutrinária parece ligar umbilicalmente o argumento da reserva do possível com a teoria dos custos dos direitos americana, que não possui vinculação direta com a realização do núcleo fundamental da dignidade da pessoa humana, faz-se mister a análise profunda do conteúdo dos direitos sociais prestacionais, uma vez que, como visto acima, não possuem a mesma natureza e nem o mesmo impacto sobre o orçamento público, instituto que representa o sacrifício exigível da sociedade para a concreção dos direitos fundamentais.

Em outra abordagem, propõe-se discutir que as questões orçamentárias dentro da perspectiva do Estado Social Fiscal, na concreção dos direitos sociais devem levar em conta a natureza do orçamento, a natureza dos tributos envolvidos no custeio desse orçamento, conforme comandos constitucionais, a fim de parametrizar uma correta aplicação do argumento da reserva do possível no quadro jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, evidencia-se que a discussão da escassez aparenta artificialidade, na medida em que parte de um pressuposto do Estado Liberal, desconsiderando o modelo de Estado Social que se pretende realizar a partir da Constituição de 1988. De qualquer forma, deve-se salientar que o problema não reside em haver diferentes origens para a reserva do possível, mas sim de, no momento da aplicação do argumento, levantar todas as hipóteses fáticas e normativas, quadro que exige tratar de tais diferenças. Todavia, como se verá à frente, a jurisprudência brasileira não tem feito tal distinção. Nessa toada, Günther alerta que

a positivação de normas jurídicas deve ser institucionalizada em procedimento que correspondam às regras de discursos práticos, de modo que os interesses individuais possam ser destacados. A aplicação das normas deve ser institucionalizada em procedimentos que possibilitem a consideração de todos os sinais característicos de uma situação” (Günther, 2004, p. 393) .

Não é, como visto o que aconteceu na aplicação do argumento da reserva do possível no direito brasileiro, que não levou em consideração todas as situações possíveis no contexto constitucional (tributário, previdenciário, financeiro), em que ocorreu uma seleção direcionadora da decisão a ser aplicada. Por isto se faz necessário, conforme Günther analisar porque

diferentes variantes de significado do termo da norma poderão, portanto, negar a afirmação de relevância de um sinal característico situacional em vista de outros sinais característicos situacionais, ou poderão confirmá-la ou vinculá-la a outros sinais característicos. (Günther, 2004, p. 343)

No caso dos direitos sociais prestacionais, os sinais característicos da situação no contexto brasileiro evidenciam que não se tratam de aplicação pura e simples do argumento da reserva do possível sem distinguir as diferentes espécies de direitos de conteúdo prestacional em face do Estado. É necessário, como dito já no início, buscar outras possibilidades hermenêuticas, que foram executadas a partir da análise dos institutos e do confronto com a conformação constitucional dos direitos sociais. Isto se torna necessário, tendo em vista que

O esgotamento das possibilidades de significado se situa, nesse caso, de novo sob a pergunta-guia: “Por que estes dados e não outros?”, isto é, mantém no caso de contestarmos uma afirmação de relevância com o argumento de que o sinal característico da descrição situacional não se enquadra, ou se enquadra de outra maneira, no termo da norma, deveremos recorrer à descrição situacional ampliada. (Günther, 2004, p. 343)

Disto depende a aplicação imparcial da norma, uma vez que, faz-se mister novamente uma descrição completa da situação, evidencia-se no caso de possibilidades alternativas concorrente de significado.” (Günther, 2004, p. 343). Esgotar todas as possibilidades significa, também, esgotar todas as possibilidades hermenêuticas da Constituição quando se trata da discussão acerca de direitos sociais prestacionais. Ainda que esta análise das possibilidades retorne uma descoberta de novas variantes, como a proposta de neutralidade econômica de alguns direitos sociais prestacionais, notadamente o direito a prestações previdenciárias, é necessária para garantir a imparcialidade da aplicação da norma, uma vez que

O elemento carecedor de justificação da decisão selecionadora vinculada a isso, porém, consiste em que estamos obrigados, em discursos práticos a exercitar integralmente as variantes possíveis em uma situação, se não pretendermos infringir o princípio da aplicação imparcial. Para isso, necessitaremos de uma descrição situacional completa – mesmo quando esta descrição muitas vezes seja tão-somente *descoberta* ao determinarmos a extensão das possíveis variantes (Günther, 2004, p. 344)

Dessa forma, inexistente sentido hermenêutico pré-estabelecido para a norma, uma vez que seu conteúdo depende da maior completude cognoscível das situações, as quais se desenvolverão com a aplicação da norma, ou seja, a partir da gama de casos concretos aos quais se submeterá os fundamentos explicitados nas proposições normativas. Esta maior integridade ou amplitude de conhecimento das

situações ou circunstâncias não pode ser pré-imaginada pelo interprete ao tempo da pré-norma, uma vez, como já dito, carecer de infinitude temporal. A fim de garantir a integridade da norma, Günther afirma que

Como resultado, podemos assegurar que o significado de uma norma, ou aquilo que se pretenda dizer com as “circunstâncias inalteradas”, de modo nenhum está estabelecido. Muitas vezes o significado deverá primeiro ser fixado por meio de uma regra de uso lexical, a qual por sua vez, deverá ser fundamentada. Porém, só saberemos quais são os significados relevantes na situação. Em virtude disso, o princípio da aplicação imparcial de norma afirma que, neste caso, a norma deverá ser aplicada depois de esgotadas todas as possibilidades de significados que puderem ser obtidos em uma descrição situacional completa. (Günther, 2004, p. 345).

Assim, deve-se perquirir todas as possibilidades de significados que “puderem ser obtidos”, ou seja, que cujas possibilidades de conhecimento se apresentem no momento de aplicação da norma. Disto decorre a coerência normativa, uma vez que a racionalidade das regras de aplicação depende da coincidência dos sinais característicos da própria norma, como leciona Günther, ao dizer que

A descrição situacional não deverá apenas ser completa, no sentido de que os sinais característicos sejam descritos de tal modo que coincidam com os sinais característicos da norma. Além disso, deverão ser contempladas diversas variantes possíveis e diversos graus altamente genéricos na descrição do mesmo sinal característico situacional. (Günther, 2004, p. 345).

Isto não ocorre com a aplicação da reserva do possível a direitos sociais prestacionais no contexto brasileiro, uma vez que os sinais descritivos da norma de aplicação do instituto não coincidem com a descrição da situação lexical da própria Constituição, que fundamenta todo o sistema normativo. Tal fato fica mais evidente quando se está diante dos direitos sociais a prestações previdenciárias, financiadas pelos beneficiários, num contexto econômico-financeiro completamente distinto daqueles formulados para os direitos prestacionais em sentido amplo. Por isso, Günther alerta que

Também aqui um erro pode gerar uma aplicação imparcial da norma. [...] Quanto as espécies de erros mais comuns, salienta Günther que um dos casos de “aplicação inadequada da norma se baseia igualmente em uma descrição incompleta da situação cuja consequência é uma decisão selecionadora parcial.” (Günther, 2004, p. 345-346)

Para descortinar essa situação de erro, ele afirma que “o caráter seletivo desta afirmação de relevância somente se evidenciará quando a pertinência de determinados sinais característicos for contestada, sob a indicação de outros sinais distintivos.” (Günther, 2004, p. 345-346). Tal descrição de processo argumentativo se amolda perfeitamente ao conjunto de argumentos aqui exposto no sentido da defesa da inaplicabilidade do argumento da reserva do possível a direitos sociais prestacionais custeados pelos próprios beneficiários. O tema do custeio descortina e integra a própria natureza deste tipo de direitos quando se refere às prestações estatais da Previdência Social. Por outro lado, Wolfgang Wieland, (apud Günther, 2004, p. 347), trilha o caminho da afirmação do caso especial em face da norma sob contestação como outra solução possível, nos seguintes termos:

Não se necessita de nenhuma acribia especial para descobrir e enfatizar, no caso concreto, justamente aqueles sinais específicos que já não são cobertos pela norma necessariamente esquematizante. Nesses casos, nem sequer será necessário reportar-se a um direito de exceção. A validade da norma poderá permanecer incontestada, se for destacado como válido que está ocorrendo uma situação excepcional não prevista pela norma, nem capaz de ser prevista por ela.

Mas “a descrição situacional completa é submetida a um “esgotamento normativo” que menciona todas as normas possivelmente aplicáveis.” (Günther, 2004, p. 348). A descrição situacional completa a permitir um esgotamento normativo das normas de direito previdenciário que regem suas prestações foi executada acima para permitir evidenciar a excepcionalidade das prestações previdenciárias, como direitos sociais prestacionais custeados pelos beneficiários, da aplicação da reserva do possível, como uma situação não revista naquele argumento e nem poderia sê-lo, uma vez que o *numerus clausus* que lhe deu origem, o direito à educação superior, tratava-se, via de regra de direito social prestacional não custeado pelos beneficiários diretos. Por isso, Günther (2004, p. 348) salienta que “será decisivo, porém, tomar como ponto de partida a exigência de uma descrição situacional completa” como fora executada para descortinar a excepcionalidade do direito social previdenciário.

Feitas estas considerações sobre as regras de fundamentação e aplicação da reserva do possível em face do direito previdenciário, faz-se necessário retornar à Teoria de Habermas para inferir qual “decisão selecionadora parcial”, no dizer de Günther promover a aplicação meramente parcial daquele argumento.

Em análise da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, infere-se que este propõe que a razão comunicativa é meio de integração social, de modo que uma ação comunicativa deve apresentar argumentos, ser inclusiva, sem coação e com igual chance de contribuição para todos. Em breve síntese, pode-se afirmar com Gutierrez Almeida (2013), que as categorias habermasianas fundamentais compreendem o *mundo da vida*, onde se dá a busca comunicativa de consensos através da ação comunicativa; os subsistemas dirigidos pelo meio poder (Política ou o Estado) e pelo meio moeda (mercado e Economia), onde ocorrem as chamadas ações estratégicas destinadas à busca de um comportamento útil do ouvinte em face do sujeito falante. Habermas (1988) alerta para a especificidade das relações entre o *mundo da vida* e os subsistemas dirigidos pelo razão instrumental, onde vamos encontrar a colonização e instrumentalização do primeiro por parte desses subsistemas. É o que ocorre com o meio moeda (mercado e Economia) que colonizam o meio poder (Política ou o Estado) a fim de impor sua perspectiva de verdade acerca da aplicação da reserva do possível aos direitos sociais prestacionais, inclusive por meio da manipulação dos Orçamentos Públicos a fim de “fabricar” a escassez necessária à legitimação de posturas restritivas em face dos direitos sociais prestacionais. Quanto à possibilidade de a própria ética do discurso oferecer a própria decisão, vale frisar que:

Noutro aspecto da teoria de Habermas, propõe-se que a ética do discurso rejeita a possibilidade de oferecer a própria decisão para processos interativos, há a distinção entre questões de valor e questões de justiça, entre axioma e norma. Por meio do conceito “mundo da vida” introduz-se tal distinção, uma vez que este se compõe das valorações específicas de cada sociedade, aquilo que é considerado melhor e bom, e a estrutura normativa, aquilo que vincula, que liga as ações a um critério universalizável. Isto serve de argumento para enquadrar a reserva do possível no contexto brasileiro, uma vez que o mundo da vida engloba as valorações de um Estado Democrático de Direito em construção por meio da atual Constituição, nas quais as demandas pela efetivação dos direitos sociais são distintas da alemã ou americana, por exemplo, e os sacrifícios exigíveis da sociedade para concretizá-los estão alicerçados em outro conjunto valorativo do que é melhor, bem como a estrutura normativa é outra. Ainda Habermas afirma que as questões que envolvem o melhor, o bom, o bem para o indivíduo ou para a comunidade não são acessíveis à ética do

discurso, ao passo que o critério normativo fundamental que orienta as tomadas públicas de decisão confere-lhe carácter deontológico, ainda que *a posteriori*.

Neste contexto, “o acervo do saber provê os participantes da comunicação de *convicções de fundo aproblemáticas*, de convicções de fundo que eles supõem garantidas”(HABERMAS, 1988, v. II, p. 169). Os valores, princípios e regras constitucionais acerca do direito social prestacional à previdência social atendem às estas pressuposições, uma vez que gozam desta suposição de garantia ao provirem da fonte constitucional. Uma vez que “a linguagem é um meio de comunicação que serve ao entendimento, enquanto os atores, ao entender-se entre si para coordenar suas ações, perseguem cada um determinadas metas”(HABERMAS, 1988, v. I, p. 145.), a teoria da ação comunicativa servirá de suporte ao discurso da amplitude da aplicação do argumento da reserva do possível a direitos sociais prestacionais sob o enfoque do direito previdenciário, promovendo-se a descortinação das ações instrumentais da Política e Economia, no qual o debate atual parece se resumir. Habermas ressalta para o empobrecimento da comunicação ocasionada por estes dois subsistemas no mundo da vida, ao afirmar que

o capitalismo e a instituição estatal moderna como subsistemas que através dos meios dinheiro e poder se diferenciam do sistema institucional, ou seja do componente social do mundo da vida. (...) Na sociedade burguesa os âmbitos de ação integrados socialmente adquirem, frente aos âmbitos de ação integrados sistemicamente, que são a Economia e o Estado, a forma da esfera da vida privada e esfera da opinião pública, as quais guardam entre si uma relação de complementaridade. (HABERMAS, 1988, v. II, p. 452.)

Isto porque, “para a ação comunicativa só podem considerar-se determinantes aqueles atos de fala aos quais os falantes vinculam pretensões de validade susceptíveis de críticas”(HABERMAS, 1988, v. II, p. 391). Dessa forma, a pretensões de validade da reserva do possível somente serão determinantes se suscetíveis de críticas, como efetivado ao longo dos capítulos deste trabalho, para aclarar seus limites de aplicação. Sendo elemento estrutural o uso da linguagem em processos argumentativos para a construção de consensos no mundo da vida, abre-se a perspectiva democrática para deliberar sobre estes temas sensíveis à população acerca da reserva do possível em matéria previdenciária, uma vez que a participação discursiva enquanto critério central para a compreensão de mundo e determinação de conteúdo de verdade. Desta combinação do princípio democrático ao princípio do discurso, pode-se dizer

que a observação dos discursos não poderá ser feita senão considerando o princípio democrático, motivo pelo qual, obrigatoriamente, é necessário vislumbrar, ainda que brevemente, o que é a democracia no conceito da teoria pragmática e como ela opera, para então discorrer sobre os discursos de fundamentação e aplicação.[...] O pluralismo, característico desse momento histórico, requer ampla discussão e debate acerca dos conteúdos, dos conceitos e das práticas da comunidade, que será afetada individual e coletivamente. Nesse aspecto, as normas sociais que até poderiam ser observadas, de certa forma, simplesmente pelo fato de existirem, serão colocadas à discussão na esfera pública e em torno delas discutirão sua pretensão de validade. Dito de outro modo: a validade que antes era dada por outros meios, como autoridade, carisma, religião passa a ser dada através de sua fundamentação, pois nesse processo de agir comunicativo voltado ao entendimento mútuo é que ocorre a integração social. (BITENCOURT; RECK, 2015, p. 27).

O excessivo gosto pelo uso de argumentos economicistas, desprezando o princípio democrático e o debate dos direitos fundamentais para uma ampla discussão e debate acerca dos conteúdos da aplicabilidade da reserva do possível, os quais deveriam ser postos a debate na esfera pública, como os conselhos de previdência social, assistência social e saúde no âmbito da Seguridade Social, evidencia uma aproximação a meros argumentos de autoridade no debate acerca da aplicação da reserva do possível a todo e qualquer direito social prestacional, independentemente de suas situações ou características distintivas.

A análise a partir da teoria do discurso, utilizando-se do caso do direito previdenciário no contexto normativo brasileiro, demonstrou a existência de direitos sociais prestacionais que não estariam submetidos à regra de aplicação do argumento da reserva do possível, na medida em que este decorre de uma possibilidade do “financeiramente possível” decorrente de um orçamento geral de tributos, distinta do financeiramente possível oriunda de recursos vinculados ao custeio de um serviço estatal específico. Por outro lado, os discursos de fundamentação da reserva do possível, como vistos acima, não encontram eco na conformação constitucional dos direitos sociais no caso pátrio, de forma que haveria um erro até grosseiro de fundamentação inicial: parte-se da falsa premissa de que a reserva do possível, tal como fora concebida no direito estrangeiro ou na leitura enviesada da teoria dos custos americana, já estaria pré-embutida em qualquer tipo de direito prestacional, de qualquer ordenamento jurídico do planeta, bastando a si própria, situação já debatida como não admitida na teoria do discurso.

A conformação e limites dos direitos sociais prestacionais encontra-se na respectiva Lei Fundamental de uma determinada ordem jurídica nacional, e não em teorias matemáticas ou econômicas aplicáveis como argumentos transcendentais de autoridade como se premissas fácticas insuperáveis fossem.

4.2 Razões Argumentativas para afastar o argumento da Reserva do Possível em Matéria de Direito Fundamental às prestações previdenciárias

A partir da análise do conjunto das normas sobre orçamento público e tributação, previstas na Constituição da República de 1988, e dos princípios aplicáveis ao direito social previdenciário, evidenciou-se a insuficiência dos discursos pragmáticos quando o problema versar sobre a concretização dos direitos sociais prestacionais. As características de segregação orçamentária, da tributação específica para custeio relativa às prestações que concretizarão os direitos previdenciários devem ser levados à baila do debate sobre a incidência do argumento da reserva do possível.

Verifica em outros pontos que alguns autores consideram com fundamento jurídico do direito previdenciário a sua característica de salário social.

Pode-se, outrossim, buscar fundamento na própria Constituição Federal, eis que ocorreu e ocorre a constitucionalização do Direito Previdenciário, assim como as demais direitos sociais, como aponta Canotilho (2003, p. 378):

Designa-se por 'constitucionalização' a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garanti à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como 'norma jurídicas vinculativas' e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes "declarações de direitos".

Assim, a Constituição Federal de 1988 é, como para os demais direitos sociais, base angular que informa todo o sistema de Previdência Social, reconhecendo-os como fundamentais, o que permite sua exigibilidade como direito subjetivo. Acerca da exigibilidade dos direitos sociais, Sarlet (2006, p. 40), afirma que

o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa (e pelo menos nesta esfera) há que reconhecer aquilo que já se designou de direito subjetivo definitivo a prestações (como tem sido o caso de Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros) e,

portanto, plenamente exigível também pela via jurisdicional. As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar.

Não pode o Estado limitar sua garantia apenas a um mínimo existencial, pois há direito subjetivo a prestações decorrentes da natureza contributiva do sistema, que devem ser efetuadas na forma pactuada em nível constitucional, preservando-se o equilíbrio atuarial e financeiro, com independência em relação ao orçamento comum.

Com apoio na classificação de Murswiek (2002) citado por Sarlet (2008, p. 163), pode-se chamar de relevância econômica a característica de o direito fundamental prestacional implicar em exigência financeiras imponíveis *erga omnes* aos membros da sociedade. Explicando: quando a prestação estatal depender de recursos do orçamento geral dos impostos, os limites orçamentários são prementes. Todavia, quando a prestação estatal estiver vinculada ao pagamento de taxas, o argumento da reserva do possível e dos custos dos direitos como óbice à efetivação da prestação estatal cai por terra, uma vez que não há um orçamento geral a ser impactado com o financiamento da referida atuação do Estado. Esta questão torna-se importante a fim de balizar o perfeito enquadramento como direito subjetivo a prestações estatais, bem como quais as limitações à sua efetivação, e se dentre tais limites encontra-se o argumento reserva do possível. Dito de outro modo, o argumento da reserva do possível como formulado na teoria alemã de direitos fundamentais partia do fundamento que o custo dos direitos fundamentais em jogo (educação superior) seria suportado pela sociedade como um todo. Não é o que ocorre com as prestações previdenciárias, cujo custeio, como já dito é dos beneficiários, tripartido entre os beneficiários diretos – os trabalhadores, e os indiretos – empresas e Estado (este com o segurador último em caso de eventual insuficiência financeira).

Ademais, a contribuição previdenciária dos trabalhadores e, indiretamente, das empresas, sobre a folha de pagamento custeia apenas prestações previdenciárias, a teor do art. 167, IV da Constituição Federal. Tal constatação soma-se à regra de repercussão que as bases de cálculos dessas contribuições, chamada de “salário-de-contribuição”, em que todos eles serão levados em consideração para o cálculo dos benefícios, acaba por, indiretamente, vincular o impacto dessas contribuições no

financiamento dos respectivos benefícios. Dito de outra forma, se as contribuições previdenciárias, tanto da empresa como do trabalhador tem como base de cálculo a remuneração pelo trabalho, aquele princípio acaba por vincular a dimensão da contribuição à dimensão do valor do futuro benefício previdenciário a ser recebido, em uma evidenciação da relação custeio-benefício em nível individual.

Disso se extrai, *a priori*, que nosso modelo, no campo da Previdência Social, é securitário, contributivo, aproximando-se do modelo “bismarckiano” oriundo da Alemanha, e afastando-se do modelo de Beveridge (1942, apud Mesa-Lago, 2008, p. 151) em que as prestações previdenciárias seriam financiadas com o orçamento de impostos gerais, sem referibilidade a nenhuma prestação estatal em específico ou somente aos seus destinatários. Num regime previdenciário em que não há contribuições específicas para o custeio do sistema, o argumento da reserva do possível teria sua regra de aplicação amoldada perfeitamente à situação fática encontrada, uma vez que os benefícios previdenciários seriam custeados pelo orçamento geral de tributos – principalmente os incidentes sobre a renda e o lucro, como ocorre por exemplo na Dinamarca, cujo modelo de concessão de aposentadorias requer idade mínima e apenas comprovação de tempo de residência no país.

Dessarte, a análise das regras de fundamentação e aplicação da reserva do possível, o discurso deve permitir investigar os limites de cognoscibilidade do instituto e a correção da aplicação do mesmo, mormente no campo dos direitos sociais prestacionais, uma vez que ambos os níveis do discurso, o conceito e a aplicação da reserva do possível são passíveis de criticismo para fundamentar a aplicação. No caso, ocorreu a demonstração de que, na doutrina brasileira as regras de aplicação não abrangeram todas as situações possíveis, fato demonstrado no caso dos direitos sociais custeados pelos beneficiários, ou seja, no caso de direitos prestacionais economicamente neutros, no sentido de “neutros” em relação aos sacrifícios que seria imposto à toda a sociedade, sob a forma de tributos gerais, quando o que ocorre na seara previdenciária objeto de estudo é que o sacrifício imposto se direciona aos próprios beneficiários do sistema securitário, *neutralizando* o impacto genérico que serve de fundamento à aplicação da reserva do possível.

A partir da racionalidade argumentativa na aplicação da reserva do possível a direitos relacionados à Previdência Social, é possível questionar os fundamentos dos discursos de aplicação a justificarem tal aplicação, tendo em vista que a teoria

argumentativa é anterior lógica à ponderação. No caso da Previdência Social brasileiras, evidenciou-se acima a conformação fiscal e orçamentária que se traz no alto grau de vinculatividade das contribuições vertidas para o financiamento do sistema, bem como o fato de a base de cálculos dessas contribuições serem a mesma utilizada para o cálculo do valor dos benefícios. O orçamento da seguridade social e, em específico, o financiamento das prestações previdenciárias financiam um Regime de Previdência norteado pelos princípios do equilíbrio atuarial e financeiro, que propõe a revisão apenas das prestações futuras, ou seja, dos segurados e dependentes que ainda não satisfizeram os requisitos para receberem as prestações estatais respectivas, em respeito ao direito adquirido das gerações que já as cumpriram.

Desta forma, não se pode chamar os ajustes no sistema – costumeiramente chamados de Reformas da Previdência Social – de mera decorrência da aplicação do argumento da reserva do possível. Na verdade ocorre a aplicação, quando legítimos os fundamentos da reforma, de ajustes decorrentes das características intrínsecas de um sistema de prestações financiadas pelos beneficiários, cuja dimensão fática decorre da capacidade dos respectivos beneficiários de financiarem o sistema deste ou daquele modo, neste ou naquele patamar, obedecendo aos princípios da seletividade, distributividade, universalidade de cobertura de demais atinentes à área. Utilizando-se um exemplo mais trivial, seria comparável ao reajustamento das tarifas do serviço de fornecimento de energia elétrica alegando-se a reserva do possível, mesmo que tal reajuste apenas seja suportado pelos beneficiários/usuários do serviço público referido.

Uma vez que a regra de aplicação dos direitos sociais prestacionais parte do que é razoável exigir da sociedade para sua realização, infere-se perfeitamente razoável que a sociedade como um todo, percebendo-se não ser afetada com nenhum sacrifício direto pelo custeio da Previdência Social, mas apenas seus beneficiários (diretos e indiretos) sofrerão este impacto, infere-se que a regra de aplicação correta para traçar os limites de concreção do direito a prestações previdenciárias encontra-se nas normas do próprio sistema securitário brasileiro. Tais regras não foram levadas em consideração para o debate discursivo das regras de aplicação da reserva do possível, contrariando frontalmente as lições de Günther acerca da necessidade de conhecer-se todo o conjunto normativo aplicável e todas as situações que puderem ser conhecidas.

Por outro lado, ocorrendo déficit real em um sistema previdenciário, além de se verificar a possibilidade de redução das despesas sem sacrifício do núcleo essencial do direito fundamental previdenciário, deve-se buscar alargar as fontes de custeio, as quais há muito não podem ser incidentes apenas sobre a renda do trabalho, que se configura como a primeira a ser vitimada na ocorrência de crises econômicas regionais e globais. O atendimento ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial não pode ser feito com total sacrifício dos demais princípios, bem como ferir o núcleo essencial do direito fundamental à proteção previdenciária. Isto ocorreria se a qualquer situação de escassez, ainda que artificialmente manejada por manobras contábeis como de fato ocorre, a única opção possível fosse restringir direitos fundamentais previdenciários, em vez de se corrigir as distorções orçamentárias apontadas acima e buscar novas fontes de financiamento como decorrência do princípio da diversidade da base de financiamento.

Por estas razões argumentativas, deve-se afastar a incidência ou aplicação do argumento da reserva do possível das prestações previdenciárias no caso brasileiro, em virtude dos contextos culturais e fáticos extremamente diversos donde surgiu tal instituto, sem guardar consonância com as situações envolvidas no direito brasileiro e nos fatos expostos, que se traduzem em conclusões jurídicas diversas daquelas donde emanaram aquele argumento.

4.2.1 Da Transmutação de Conceitos Jurídicos Alienígenas

Parece haver uma tendência a uma recepção de teorias jurídicas estrangeiras (para não se falar no campo da economia, sociologia e outras ciências sociais) por parte da Ciência brasileira, sem a devida adaptação, quando possível, ao contexto histórico e cultural do país. A título de exemplo é conhecida a teoria das condições da ação no Direito Processual Brasileiro a partir do Código de Processo Civil anterior, de 1973.

Segundo Didier (2014), sistemática das condições da ação foi trazido ao Brasil pelo processualista italiano Enrico Liebman, e adotado no Código de Processo Civil de 1973. Deste modo, ocorreu a total aceitação da Teoria do Trinômio de Liebman, que dispõe que o mérito somente será analisado se existentes os pressupostos processuais e as condições da ação, a saber, a possibilidade jurídica, o interesse de agir e a legitimidade para agir. Entretanto, conforme alerta Didier (2014), depois de

aprofundados estudos acerca da possibilidade jurídica, Liebman verificou que ela estava ligada ao direito material, ao mérito e, dessa forma, para manter-se condizente com sua teoria, o autor italiano passou a considerar a existência de somente duas condições da ação, as condições da ação: interesse de agir e legitimidade “ad causam”. Todavia, o direito processual brasileiro continuou a utilizar da teoria antiga de Liebman, sem fazer a atualização. Dessa forma, verifica-se que sequer foi atualizada a teoria processual durante a vigência do Código de processo Civil anterior.

Para não se deter demasiado no direito processual, toma-se o exemplo acima como mais um caso de transmutação de conceitos do direito alienígena, sem a devida adaptação, contextualização e, mais importante, sem a verificação de compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro. Outro exemplo, mais afeito ao temática deste trabalho, trata-se do próprio termo *seguridade*, que é uma tradução equivocada do termo na linha espanhola – *seguridad* – quando a tradução correta seria seguro ou segurança, conforme aponta Martins(2007) Veja-se os artigos das Constituições Espanhola e Portuguesa sobre as prestações previdenciárias, para se permitir visualizar o equívoco:

CONSTITUCIÓN

[...]

Artículo 41.

Los poderes públicos mantendrán um régimen público de Seguridad Social para todos losciudadanos, que garantisse laasistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

Artigo 63.º (Segurança social e solidariedade)

1. Todos têm direito à segurança social.
2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários.
3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.
4. Todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado.

Conforme se infere do texto acima, até mesmo a transmutação de um termo de linha estrangeira foi efetuada de forma incorreta, de modo que só a partir de 1988, ano de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, os dicionários de língua portuguesa passaram a contar com o termo “seguridade” social, em vez de segurança social. Deste quadro e pelo discutido acerca da reserva do possível, pôde-se verificar que o desdobramento da transposição daquele argumento também apresentou vários problemas. Nessa quadra, deve-se repisar a descrição do histórico da reserva do possível, a partir da lição de Canotilho (1999, p. 108), acerca da utilização da expressão “reserva do possível”, debatida no Capítulo 2, o qual entende que, por tal argumento, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. Deve-se frisar esta última parte novamente, “financiada pelos cofres públicos, não distinguindo se há mais de uma modalidade de cofres públicos. Daí decorre que a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependeriam da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado.

Por outro lado, aponta Canotilho que esta disponibilidade estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Nota-se que está-se falando de um tipo de orçamento que permita tal nível de discricionariedade, o que, como se viu acima, não é o caso brasileiro. Como visto em Sarlet (2006, p. 289), a jurisprudência constitucional alemã “firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.” Este é outro ponto fulcral: o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, para a concreção dos direitos fundamentais prestacionais. Desta forma, cabe indagar: é possível apenas transpor o texto normativo sem se atentar para o contexto histórico e social em que este foi construído? A realidade de nenhum país é exatamente igual a de outro, como exposto no Capítulo 2, utilizando como contraponto da teoria dos custos do direito americano. Por isso, Krell (2002, p. 227), sobre a Constituição alemã, afirma que:

muitos ignoram que a Lei Fundamental (de 1949) não incorporou os direitos sociais e econômicos da “segunda dimensão” (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência), fato que se deve à má experiência com a Carta anterior de Weimar. Essa Constituição de 1919 é tida, no mundo inteiro, com uma das

primeiras Cartas que incorporam os direitos sociais a prestações estatais no seu texto.

Importante lembrar que a teoria do mínimo existencial e sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana também tem origem na doutrina constitucional da Alemanha, pois

A teoria que liga a prestação do “mínimo social” aos Direitos Fundamentais de Liberdade é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Lei Fundamental de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional. Assim, a Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana (LF, art. 1º, I), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (LF, art. 20, I). (KRELL, 2002, p. 228).

Há vários estudos embasando-se no critério da doutrina alemã de vinculação do mínimo existencial ao princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, haveria tal necessidade de vinculação no contexto jurídico brasileiro? Uma vez que, na doutrina alemã cuja Lei fundamental carece de um rol de direitos fundamentais sociais explícitos, fora necessário embasar tais direitos fundamentais no mínimo existencial, este critério precisaria ser utilizado, tal e qual, para a doutrina de direitos fundamentais no Brasil? Ora, isto esbarraria no fato de nossa Constituição prever um rol de direitos fundamentais sociais e não fazer distinção do regime de aplicabilidade, como fez a Constituição Portuguesa. Desta forma, os contextos constitucionais alemão e brasileiro apresentam diferenças fundamentais, já que no contexto brasileiro há extenso detalhamento em nível fundamental dos direitos sociais prestacionais, notadamente do direito previdenciário, objeto deste trabalho. Deve-se lembrar que na Alemanha, em decorrência do conteúdo de sua Constituição, os direitos sociais não são considerados fundamentais. Neste sentido, arremata KRELL (2002, p. 229) que “as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transferidas para a realidade brasileira sem as devidas adaptações.” Ademais, transcendendo a análise de tão-somente o texto constitucional, há que se salientar que a realidade sócio-econômica brasileira é diametralmente distinta da alemã, para o que, sem dúvida, ocorreu influência decisiva na formulação de seu ordenamento jurídico. Conforme salienta Bitencourt (2013), toda interpretação é uma interpretação a partir do contexto, o que não poderia ser diferente no caso dos direitos prestacionais.

Em outra quadra, feito um cotejo com o modelo fiscal americano, a distinção se sobreleva quando se demonstra que o modelo orçamentário brasileiro é distinto do modelo de Estado Liberal, apontando para um Estado Social Fiscal, como visto no Capítulo 3. Aquele debate serviu para demonstrar que o modelo de Estado Fiscal é moldado a partir de suas escolhas fundamentais acerca do reconhecimento dos direitos fundamentais e, principalmente, dos direitos sociais prestacionais, que precisaram de uma moldura fiscal (econômico-orçamentária e financeira) capaz de realiza-la a partir dos valores fundamentais da Constituição.

A partir do contexto da Constituição Brasileira, não se vislumbra que o financiamento da Seguridade Social e, mais especificamente, da Previdência Social guardem similaridade com o contexto de prestações materiais estatais descritas no esquema de aplicação do argumento da reserva do possível, uma vez que este argumento pressupõe que as prestações estatais a que se contrapõe sejam financiadas por um orçamento não vinculado, ou seja, por um orçamento geral, que se nutre de tributos genéricos, a exemplo dos impostos, sem vinculação a nenhuma prestação estatal específica, e cujas obrigações tributárias sejam imponíveis a todos indiferentemente de serem ou não beneficiários do sistema. Essas características situacionais ocasionam normas de aplicação distintas a depender da natureza dos direitos prestacionais em exame, uma vez que a “norma” de aplicação advinda da utilização do argumento da reserva do possível não se amolda a essa situação fática e jurídica prevista no ordenamento brasileiro.

A partir destas distinções, pode-se enveredar pela discussão acerca da possibilidade dessas características econômico-orçamentárias e financeiras da prestação da Previdência social pode afastar a aplicação do argumento da reserva do possível. Antes, porém, faz-se necessário perquirir como a jurisprudência brasileira fundamenta suas decisões sobre a incidência da reserva do possível em direitos sociais prestacionais, especialmente o direito prestacional previdenciário, a partir da análise das razões de justificação e fundamentação de tais decisões.

4.2.2 Crítica à jurisprudência brasileira na matéria a partir das razões de fundamentação das decisões judiciais

A partir da análise dos discursos de justificação e fundamentação das decisões judiciais, a qual será feita a título exemplificativo, que parte da norma em abstrato para

a concreção em sentido de aplicação da norma, é possível delinear quais elementos situacionais característicos são utilizados para uma aplicação imparcial ou insuficiente, bem como as razões de justificação pré-concebidas acerca da hermenêutica da qual se construiu norma em abstrato, como proposição normativa advinda do argumento da reserva do possível. Deve-se salientar que a instituição especializada nos discursos de aplicação é o Poder Judiciário, uma vez que cabe a este, em última ação, dar concretude à norma, em nível decisório que implica a escolha de determinados argumentos em detrimento de outros, e a este processo decisório se vinculam os discursos de aplicação.

De início vale destacar a distinção entre os discursos de fundamentação e aplicação feita por Günther(2004, p. 69-70), nos seguintes moldes:

Para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. Importa se é do interesse de todos que cada um observe a regra, visto que uma norma representa o interesse comum de todos e não depende de sua aplicação, mas dos motivos que conseguimos apresentar para que ela tenha de ser observada por todos como uma regra. Em contraposição, para a sua aplicação cada uma das situações é relevante, não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos. Em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamental é se e *como* a regra teria de ser observada em determinada situação. Na aplicação devemos adotar, “como se estivéssemos naquela situação”, a pretensão da norma de ser observada por todos em toda situação (isto é, como uma regra), e confrontá-la com cada uma de suas características.

Como se infere, a fundamentação da norma diz respeito à observância dela mesma, dos motivos ou fundamentação racional para que ela tenha de ser observada por todos. Destaca Günther que ambos os momentos, da fundamentação e da aplicação da norma, requerem o processo de formação da pretensão de universalidade. Reck(2006) afirma que os discursos correspondem à racionalidade prática em dois estágios: a) imparcialidade, o qual se apresenta como um procedimento de justificação que se projeta para o futuro e para todos a partir de situações imaginadas, todavia esta proposição não tem o condão de abarcar todas as situações concretas que dela têm origem enquanto norma justificada; b) a impossibilidade de previsão de todos os casos futuros é elemento constitutivo da própria norma, de forma que no momento da aplicação sejam observadas as pretensões de generalizabilidade, em face das razões de imparcialidade decorrentes do princípio da universalização. Para Reck (2006) é necessário, no momento da

aplicação, novamente um processo de generalização. Dessa forma, tanto na fundamentação quanto da aplicação da norma exige-se a aplicação do princípio universalizante.

Uma vez que a validade de um juízo é definida em termos de correção dos juízos normativos e se dá com o preenchimento das condições de validade acerca da aceitabilidade racional argumentativa, evidencia-se que a única forma de análise das condições do preenchimento de seus requisitos se dá através da teoria do discurso (Günther, 2004). A qualidade argumentativa para este autor não se baseia apenas numa dimensão lógico-semântica, uma vez que se sobreleva a dimensão pragmática do processo de fundamentação. Conquanto a análise proposta neste tópico se atenha aos discursos de aplicação da reserva do possível, não se ignora a necessidade de se observar a fundamentação argumentativa, uma vez que é imprescindível no momento da aplicação.

Tendo como pressuposto que a norma advém do processo hermenêutico sobre o texto, que contém várias possibilidades interpretativas, a decisão em caso concreto acaba por se revelar como uma opção por parte do intérprete dentre as várias possíveis. Quando mais completa a descrição situacional, ou seja, quanto mais completa possível for o conhecimento dos vários fatores envolvidos nas situações fáticas e jurídicas pertinentes, mais imparcial será a decisão, ou mais isenta de seleção parcial de características situacionais a justificar essa ou aquela situação. Todavia, o processo da linguagem na qual atuam todos os participantes no mundo da vida requer coordenação dos atos de fala presentes na linguagem, uma vez que tais interações são base para a aquisição do conhecimento, ao mesmo tempo que o produz na medida que o consenso se efetiva. O consenso dos partícipes do discurso é o entendimento possível, realizável, ou potencial entre os participantes.

Uma vez que o agir comunicativo depende do uso da linguagem dirigida ao entendimento, ele deve preencher condições mais rigorosas. Os atores participantes tentam definir cooperativamente os seus planos de ação, levando em conta uns aos outros, no horizonte de um mundo da vida compartilhado na base de interpretações comuns da situação. Além disso, eles estão dispostos a atingir esses objetivos mediatos da definição da situação e da escolha dos fins assumindo o papel de falantes e ouvintes, que falam e ouvem através de processos de entendimento. O entendimento através da linguagem funciona da seguinte maneira: os participantes da interação unem-se através da validade pretendida de suas ações de fala ou tomam em consideração os dissensos constatados. Através das ações de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, as quais apontam para um reconhecimento intersubjetivo. A oferta contida num ato de fala adquire força obrigatória quando o falante garante, através de sua pretensão de validade, que está em condições de resgatar essa pretensão, caso seja

exigido, empregando o tipo correto de argumentos. (HABERMAS, 1990, p. 72).

Neste ponto, é necessário analisar o argumento da reserva do possível em face dos direitos sociais prestacionais, dentre eles o caso do direito previdenciário, em sua aplicação pelos tribunais brasileiros. Isto porque, conforme Habermas (2003), a jurisprudência precisa definir qual a pretensão e qual ação deve ser exigida em um determinado conflito, mas este processo deve se dar sob o manto da coerência, o qual garante que todas as normas do sistema estejam alinhadas e que permite-se produzir uma resposta correta para cada caso, uma vez que “a validade jurídica do juízo tem sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizontes de nossos desejos, sob circunstâncias dadas”(HABERMAS, 2003, p. 323). Neste intento de produzir o processo argumentativo, dos juízos de validade que permite a análise do juízo de correção dessas proposições normativas, conforme visto acima, faz-se possível a análise e a crítica das decisões judiciais que aplicam o argumento da reserva do possível.

A pesquisa fora realizada no sítio da rede mundial de computadores utilizando-se os termos "reserva do possível" e "Previdência Social" na guia de pesquisa de jurisprudência do sítio do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aba "Jurisprudência", na opção "Pesquisa". A escolha dos dois termos se cinge ao problema deste trabalho, uma vez que seria necessário especificar que não se está tratando dos demais direitos prestacionais e sim dos direitos prestacionais relativos à Previdência Social. Os termos foram utilizados sem aspas, já que o mecanismo de pesquisa permite a utilização de "operadores" (E, OU, ADJ, NÃO, PROX, MESMO, \$). Utilizou-se os "operadores" *E* e *ADJ*. O primeiro (*E*) procura todas as palavras desejadas em qualquer lugar do documento, sendo utilizado para procurar simultaneamente os termos *reserva do possível*(sem aspas) e *Previdência Social*(sem aspas). O segundo (*ADJ*) busca palavras aproximadas, na mesma ordem colocada na expressão de busca, para o qual se optou por aproximação sem palavra intercalada, opção em que não se colocam o numero de palavras intercaladas entre um termo e outro. Dessa forma a digitação dos termos ficou *Reserva ADJ do ADJ Possível E Previdência ADJ Social*.

Feita a pesquisa quantitativa, selecionou-se qualitativamente a jurisprudência que interessa a presente pesquisa, a fim de possibilitar uma análise desses argumentos a partir da teoria do discurso. Na pesquisa à jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal, retornaram 16 (dezesseis) resultados. Foram destacadas 3(três) decisões que demonstram de forma exemplificativa o entendimento da Corte sobre o tema, haja vista que as questões abordadas foram recorrentes nas demais decisões. Dessa forma, vale dizer que os demais foram considerados repetitivos ou apenas citaram o termo *Previdência Social* como está disposto no art. 6º da Constituição Federal, mas na verdade tratavam de prestações estatais no campo da Saúde. Já a pesquisa de jurisprudência no sítio do Superior Tribunal de Justiça - STJ retornou 75(setenta e cinco) decisões encontradas utilizando-se as mesmas verbetes, dos quais destacaram-se 03 que demonstram de forma exemplificativa o entendimento daquela Corte sobre regras de aplicação dos direitos sociais previdenciários. As demais também foram refutadas por apenas, seja por tratarem as questões abordadas de forma recorrente, seja por apenas fazerem remissão ao termo *Previdência Social*, por estar incluído dentre os direitos sociais declarados no art. 6º da CF, no qual também se encontram explicitados vários outros direitos sociais, mas, na verdade tratavam de casos concretos envolvendo prestações estatais e políticas públicas no campo da Saúde, moradia, assistência, etc.

Em análise da jurisprudência brasileira pesquisada, infere-se, *a priori*, parece denotar que não toca nos pontos fundamentais de distinção de aplicação do argumento da reserva do possível quando se está diante de direitos prestacionais financiados pelos beneficiários. De um lado nota-se que pouco os Tribunais escolhidos tratam do tema da aplicação da reserva do possível quando se está diante de prestações estatais da *Previdência Social*, dada a quantidade de decisões encontradas que realmente tratam do tema e não apenas de forma remissiva. De outro, infere-se a ausência de cuidado em distinguir as modalidades orçamentárias que permitem a concreção dos direitos sociais prestacionais no âmbito previdenciário. A aplicação fundamenta-se apenas no resguardo ao mínimo existencial. Dessa forma, a análise se dará de forma exemplificativa da jurisprudência encontrada, da qual, a propósito, veja-se o acórdão abaixo do Superior Tribunal de Justiça:

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores

básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.[...]Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 811.608. Ministério Público Federal e União: relator. Ministro Luiz Fux. 15 de maio de 2007. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 4 jul. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicação/engine.wsp>. Acesso em 10/04/2017).

Como apontou-se, é muito mais do que meramente opor a tese do mínimo existencial, cujos contornos normativos carecem de maior clareza na doutrina e jurisprudência brasileira. A decisão acima revela que o STF entende os direitos sociais como uma única e com características situacionais idênticas a merecer a mesma regra de aplicação decorrente da reserva do possível. Os outros tribunais tendem a acompanhá-lo, visto a disposição constitucional e as regras processuais que permitem revisar e “enquadrar” as decisões judiciais ao entendimento centralizado daquela alta Corte. Veja-se, nesse sentido, trecho da decisão monocrática contida no ARE 1012316/RJ:

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 1012316. Estado do Rio de Janeiro: relator. Ministro Rosa Weber. 01 de dezembro de 2015. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 02 dez 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5095605>>. Acesso em 17/04/2017).

A intangibilidade do mínimo existencial é utilizada como macroargumento, oponível a qualquer situação de sacrifício a direitos fundamentais em decorrência do argumento da reserva do possível, em uma relação "dilemática" ante as "escolhas trágicas". Pergunta-se se todas as escolhas têm a mesma medida "trágica" ou se configurariam realmente um dilema a ponto de reforçar argumentativamente o mínimo existencial como única tábua de salvação. O julgado acima evidencia haver uma ausência de critério ou de busca de cognição situacional a permitir uma aferição imparcial da norma de aplicação, considerando todas as possibilidades fáticas e jurídicas possíveis.

Por outro lado, utilizando-se os termos "reserva do possível" e "Previdência Social" na guia de pesquisa de jurisprudência do sítio do Supremo Tribunal Federal, a pesquisa retornou com apenas 16 (dezesseis) resultados, o que demonstra a baixa utilização da Corte para enfrentar o cotejo do argumento referido no campo das prestações previdenciárias. Em análise qualitativa das decisões, cumpre destacar o julgado em decisão monocrática do ARE 887232 / RJ:

Em relação à teoria da reserva do possível, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal entende por sua inaplicabilidade em face de injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado. Ademais, a jurisprudência desta Corte também abona a possibilidade de controle jurisdicional na espécie, tendo em vista a necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais na implementação de políticas públicas. A propósito, confira-se excerto da ementa da STA-AgR 223, Rel. p/ ac. Celso de Mello, DJe 9.4.2014, na qual o Pleno assim se pronunciou: "A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO [...] CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO)" Sendo assim, não há que falar em violação ao art. 97 da Constituição Federal, tampouco em aplicação da Súmula Vinculante 10 do STF, uma vez que dos autos não se extrai declaração ou reconhecimento de inconstitucionalidade nem de incompatibilidade de norma jurídica com a Constituição Federal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 887232. Estado do Rio de Janeiro: relator. Ministro Rosa Weber. 14 de maio de 2015. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 15 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4769174>>. Acesso em 17/04/2017).

Vale repetir o entendimento esposado pelo STF, no sentido de "Em relação à teoria da reserva do possível, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal entende por sua inaplicabilidade em face de injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado." Dito em outras palavras, a reserva do possível pode ser afastada ante o injusto inadimplemento de deveres constitucionais estatais, *independentemente da natureza ou características desses direitos fundamentais*, denotando o tratamento indiferenciado do STF. Por outro lado permite que o Estado apresente argumentos que justifiquem o inadimplemento, o que leva à perspectiva de que existem inadimplementos justificáveis, também sem atentar para as características situacionais dos direitos sociais prestacionais.

Em decisão da presidência do STF na Suspensão de Tutela Antecipada 318/RS, a Corte começou a distinguir a existência de "prioridade" de determinadas atividades tendentes a realizar direitos fundamentais em face de outras, as quais não declinou quais seriam. De qualquer forma, definiu nos argumentos de fundamentação que há o dever por parte do Estado de verificar se ocorreu a alocação de recursos indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais, na medida em que

Se o Estado está obrigado (constitucional e legalmente) a implementar as políticas públicas destinadas às crianças e aos adolescentes, especialmente as de educação, deve assegurar recursos a esta área antes de fazê-lo a qualquer outra.

O Poder Legislativo, igualmente vinculado às normas constitucionais relativas à educação e aos direitos das crianças e adolescentes, deve verificar se foram efetivamente alocados os recursos públicos indispensáveis para a concretização destes direitos.

A doutrina da 'reserva do possível', neste ponto, merece imensa cautela. A escassez de recursos públicos não pode ser utilizada, indiscriminadamente, para justificar a omissão Estatal na área da Educação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 318. Estado do Rio Grande do Sul: Presidente. Ministro Gilmar Mendes. 24 de abril de 2009. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2670864>>. Acesso em 16/04/2017).

Da análise dos julgados pode-se inferir, em breve síntese, que o Supremo Tribunal Federal não verifica todas as características situacionais possíveis para a decisão de temas envolvendo direitos sociais prestacionais. É eloquente o silêncio envolvendo a discussão de direitos prestacionais quando custeados pelos beneficiários, o que demonstra que aquela Corte não efetua distinção entre as várias espécies de direitos prestacionais. Todavia, é possível a percepção de mudanças na

utilização das razões de justificação e aplicação, quando se passa a analisar decisões de outras cortes de justiça. Dentre as 75(setenta e cinco) decisões encontradas utilizando-se as mesmas verbetes no sítio do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Veja-se a decisão abaixo que, de forma didática, expõe o entendimento daquela Corte acerca da relação entre o custeio da Previdência Social e suas prestações:

Com efeito, resta claro que o conceito de contribuição comporta um caráter causal e finalístico. Causal, à medida que requer motivo para sua instituição, justamente a atuação estatal, imediata ou mediata, em relação ao contribuinte; finalístico, porque o produto de sua arrecadação é afetado a um fim predeterminado pela Constituição. Nesta linha, uma contribuição despida de causa para sua instituição, ou seja, que não importe qualquer atuação estatal específica e pessoal em relação ao contribuinte, estará desnaturada como espécie de contribuição. Outrossim, se o produto de sua arrecadação for destinado a finalidade diversa da predeterminada haverá tredestinação, o que é vedado constitucionalmente. À luz do que ora se coloca, tem-se que falta causa e finalidade para instituição da referida contribuição, conquanto tenha como fato gerador o recebimento de proventos de aposentadoria e que se destina a custear, justamente, o custeio parcial desses proventos. O servidor público que, quando na ativa, pagava contribuição finalística para receber, no futuro, proventos de aposentadoria, quando passa para a inatividade sujeita-se a pagar uma contribuição sem esperar qualquer contrapartida futura do Estado, ou seja, a chamada contribuição previdenciária sobre proventos dos servidores inativos passa a ser um verdadeiro imposto, seja porque seu fato gerador é desvinculado de qualquer atuação estatal em relação ao contribuinte, seja porque sua base de cálculo (valor dos proventos de aposentadoria) acaba por mensurar a sua capacidade econômica. De forma mais específica, a profligada contribuição constitui um adicional do imposto sobre a renda, assim inconstitucional, ainda mais instituído por ente para tanto incompetente (o Estado de Minas Gerais), porquanto só a União Federal detém competência privativa para instituir o IR (art. 153, inc. III, da CR/88) ou mesmo competência residual para a instituição de novos impostos ou contribuições, nos termos do art. 195, § 4º, c/c art. 154, inc. I, da CR/88. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Recurso Especial. 1.326.355. Ministério Público do Estado de São Paulo e Rubens Luiz Ramos: relator. Ministro Castro Meira. 23 de agosto de 2010. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 25 ago. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201117944&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 17/04/2017).

Excepcionando-se o raro caso de análise das características situacionais típicas das prestações previdenciárias, o STJ não analisa ou considera as questões relativas ao custeio da Previdência Social para se chegar a natureza deste direito social prestacional. Note-se que, na decisão acima não se chega a considerar os proventos de aposentadoria como uma prestação de direito social que indique uma neutralidade econômica da atividade estatal. Apenas enfatiza a referibilidade e vinculatividade das contribuições, mas sem continuar a análise para as consequências

dessas características para a natureza situacional dessas prestações estatais. Nas demais decisões, a análise qualitativa aponta para o retorno da dicotomia argumentativa do mínimo existencial *versus* reserva do possível, como ocorre no julgado abaixo:

Malgrado a invocação do princípio da reserva do possível seja uma baliza corriqueira no controle judicial das políticas públicas, a exiguidade dos recursos públicos não pode obstar a concretização do mínimo existencial, sacrificando o padrão de vida razoável para uma existência digna. Conviver com o nanismo é trágico para a comodidade, mas, sobretudo, para a saúde física e mental do paciente, que teria de conviver, ademais, com a discriminação e o escárnio de uma sociedade perversa com os diferentes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Recurso Especial 1037754. Ministério Público do Estado Pernambuco: relator. Sérgio Kukina. 08 de fevereiro de 2017. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 fev 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201603364717>)

Por outro lado, o tratamento dado aos direitos sociais prestacionais, ainda que reconhecidos como fundamentais por aquela Corte, ensejam o entendimento de que apenas configurariam mais uma atividade estatal, concernente ao Direito Administrativo e não a um ramo de atividade com características próprias, nos seguintes termos:

A excepcionalidade da regra prevista no art. 527, II, do CPC, deve ser aplicada, pois as lides previdenciárias encontram amparo nos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Sob esse aspecto, cumpre citar a lição doutrinária de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari que assim dispõem *in verbis*: "a relação de seguro social é direito indisponível para o indivíduo, seja ele segurado ou dependente. Já para o ente responsável pela obrigação de conceder os benefícios e serviços, a natureza é de um múnus público, como o é toda atividade prestada pela Administração Pública na consecução das finalidades da atividade estatal. " [...] Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça reconhece haver um núcleo de direitos invioláveis essenciais à dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais correlatos às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais garantidores da própria vida não podem ser desprezados pelo Poder Judiciário. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Recurso Especial 290052. Estado do Rio de Janeiro: relator. Napoleão Nunes Filho. 07 de março de 2013. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 08 mar 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201603364717>. Acesso em 18/04/2017)

Infere-se do exposto a necessidade de clarificar o conteúdo e limites dos direitos prestacionais "autocusteados", e evidenciar a inaplicabilidade do argumento

da reserva do possível a este conjunto de direitos fundamentais sociais. Esta análise deve buscar os argumentos de fundamentação e aplicação deste direito fundamental social será possível evidenciar seus limites, a partir da racionalidade argumentativa construída com base nos conteúdos do Estado Social e Estado Social Fiscal delineados na Constituição da República de 1988, como efetivada neste trabalho. Tal desiderato foi olvidado pelas Cortes em estudo, uma vez que apenas repetem os argumentos doutrinários sobre o tema, sem cotejar a compatibilidade com a Constituição de 1988, resumindo-se a repetir o confronto entre o mínimo existencial e a reserva do possível para todos os direitos sociais prestacionais. A partir do exposto sobre as características situacionais dos certos direitos sociais prestacionais no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se o proferimento acerca da existência de neutralidade econômica de um conjunto de atividades tendentes a realizar direitos sociais e questionar-se a aplicabilidade da reserva do possível nesse caso.

4.2.3 Da Neutralidade Econômica da prestação estatal como característica a afastar a incidência do argumento da Reserva do Possível

Todo o exposto que fora discutido até aqui pretendeu atender ao critério de exigência de Günther acerca da necessidade de uma “descrição situacional completa” no seio do direito previdenciário *brasileiro* e no contexto do regime jurídico dos direitos sociais prestacionais *brasileiro*. O pleonasma é necessário para se evitar a distinção entre o contexto jurídico brasileiro, que pode tornar inadequado a transmutação de conceitos jurídicos alienígenas, bem como para se evitar a “aplicação imparcial da norma” decorrente de uma descrição incompleta da situação cujo quadro fora exposto na discussão acerca da origem e aplicação da reserva do possível no direito pátrio.

Por outro lado, o elemento econômico-financeiro atinente aos direitos sociais prestacionais parece atrair mais vigorosamente o efeito colonizador do meio moeda (Economia e mercado) conforme alertado por Habermas, do que decorre a necessidade do discurso permitir a participação de todos os falantes, situação que não está sendo atendida no debate acerca dos direitos previdenciários, em que aparentemente apenas se pressupõe uma realidade de escassez de recursos que, como discutido no capítulo 3, é artificialmente construída, para gerar argumentos de justificação para restrição dos direitos fundamentais sociais previdenciários.

Dessa forma outras abordagens situacionais são necessárias para se cotejar o conhecimento situacional completo proposto por Günter, ou o mais completo possível. Como visto, pode-se concluir pela imparcialidade da aplicação do argumento da reserva do possível. Sarlet (2006) alerta para a necessidade da exploração acadêmica de outras possibilidades disponíveis na ordem jurídica a fim de afastar a incidência da reserva do possível, como se vê no trecho abaixo:

Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações – por si só já contribui para a “produtividade” da reserva do possível, há que explorar outras possibilidades disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar, o seu impacto, inclusive no que diz com prestações que transcendam a garantia do mínimo existencial.

Ora, o princípio da reserva do possível incide apenas nos direitos prestacionais para os quais não se exige contraprestação pecuniária prévia, na forma de taxas, tarifas ou contribuições, ou seja, quando estamos diante de recursos públicos oriundos de um orçamento geral de tributos não vinculados a nenhuma prestação estatal específica. As prestações estatais financiadas pelos próprios beneficiários por meio de tributos vinculados como as taxas e, conforme exposto relativamente ao direito tributário brasileiro, as contribuições sociais (que se aproximam da natureza jurídicas das taxas dada a sua referibilidade e vinculatividade) são economicamente neutras. Dizer que direito fundamental previdenciário é economicamente neutro não significa dizer que não tenha impacto pecuniário. Dizer que uma prestação estatal é economicamente neutra significa dizer que esta não é financiada pelo orçamento de tributos não vinculados, ou seja, não é suportada indistintamente por toda sociedade, mas sim é custeada por tributos específicos direcionados aos beneficiários dos serviços públicos respectivos. Neste sentido, é que pode-se afirmar que é um direito auto-custeado, em situação muito próxima e similar aos serviços públicos custeados por taxas ou tarifas, como os serviços de fornecimento de água, luz ou telefone ou até mesmo os serviços públicos jurisdicionais (financiados por taxa, custas, emolumentos e outras categorias tributárias). Desta forma, argumenta-se não incidir o argumento da reserva do possível em direitos prestacionais custeados pelos beneficiários, categoria na qual está incluída prestações estatais da Previdência Social.

Em relação à vinculação dos tributos a serviços públicos, seguindo a lição de Machado(204) pode-se classificá-los em vinculados ou não vinculados. Os tributos

vinculados são retributivos, uma vez que geram uma contraprestação estatal, uma atividade específica em relação ao contribuinte. São exemplo de tributos vinculados as taxas. Já os tributos não vinculados são apenas contributivos, na medida em que o contribuinte apenas se solidariza economicamente com o Estado, embora forçadamente, sem que este último realize nenhuma atividade estatal em seu benefício. São não-vinculados os impostos e as contribuições de melhoria. O autor ainda informa que a arrecadação dos tributos pode ser vinculada e não vinculada, ou seja, é possível que os valores arrecadados, de tributos vinculados ou não a atividades estatais, seja, direcionados a uma atividade estatal específica, ou não tenha nenhuma destinação já previamente definida. Assim, não há discricionariedade para o Administrador público sobre em que áreas aplicar tais recursos, ao menos em termos de qual modalidade de atividade estatal custear. Como tributos de arrecadação vinculada, Machado(2014) exemplifica as contribuições da Seguridade Social, prevista no art. 195 da Constituição Federal. Essa arrecadação vinculada, conforme visto no capítulo 3, é a origem do Orçamento da Seguridade Social, que se distingue do Orçamento Geral, cujos tributos que o financiam são não vinculados.

Com suporte na classificação proposta no Capítulo 2, baseada em Murswiek (apud Sarlet, 2008), os direitos sociais prestacionais que possuem nítida dimensão subjetiva podem ser divididos em dois grandes blocos: *a)* direitos sociais economicamente relevantes, os quais requerem dispêndio do orçamento público custeado pelos tributos gerais sem custeio direto do beneficiário; e *b)* direitos sociais economicamente neutros, os quais não requerem dispêndio do orçamento geral de tributos, mas são custeados de forma direta pelo beneficiário da prestação estatal.

O argumento da reserva do possível seria aplicado apenas aos direitos fundamentais sociais economicamente relevantes, ou seja, aqueles cujo custeio seja oriundo de um orçamento público financiado por tributos não vinculados a nenhuma prestação estatal específica ao contribuinte, ou seja, que sejam suportadas por toda a sociedade indistintamente.

Utilizando-se esta classificação, pode-se elencar os elementos necessários para que uma prestação estatal seja classificada como direito social prestacional economicamente neutro: *a)* ser categorizada como direito fundamental por meio de reconhecimento em nível constitucional; *b)* não ter como base de custeio um orçamento público oriundo dos tributos não vinculados a nenhuma atividade estatal específica; e *c)* ter seu custeio baseado em contribuições dos beneficiários diretos e

indiretos do serviço público estatal específico, vinculados a esta atividade estatal específica. Estes elementos servirão de guia para discernir a aplicação do argumento da reserva do possível a direitos sociais prestacionais, uma vez que esta aplicação depende do conhecimento situacional acerca de ser ou não economicamente neutro.

Dessarte, os direitos sociais economicamente neutros, por não dependerem para sua realização de recursos oriundos de um orçamento geral de tributos não vinculados, não são campo de aplicação do argumento da reserva do possível, uma vez que aquele argumento depende de uma modalidade de orçamento cuja arrecadação de tributos seja não vinculada a uma atividade específica e, principalmente, não vinculada a uma prestação estatal específica em benefício do contribuinte. O próximo passo na argumentação racional é, com base nas características situacionais que agora são agregadas ao discurso acerca do argumento da reserva do possível, verificar a aplicação da proposição normativa construída aqui às prestações materiais do direito previdenciário brasileiro, com ênfase às características de relevância ou neutralidade econômica deste direito social.

4.3 Da não incidência da Reserva do Possível em Direitos Previdenciários

Como visto, os direitos sociais prestacionais podem ser classificados, quanto ao impacto orçamentário, em direitos sociais economicamente relevantes -- quando impactam o orçamento geral de tributos não vinculados a prestações específicas em face do contribuinte e de arrecadação não-vinculada a determinada prestação estatal; e em direitos sociais economicamente neutros - quando impactam o orçamento geral de tributos vinculados a prestações específicas em face do contribuinte e de arrecadação vinculada a determinada prestação estatal. A partir desta classificação proposta como proferimento dentro do discurso pré-estabelecido, faz-se mister analisar o direito social a prestações previdenciárias.

De acordo com o estudo proposto, o objeto situacional de aplicação da norma são as prestações do Regime Geral de Previdência Social, disposto no artigo 201 da Constituição Federal. Tais prestações envolvem os serviços -- serviço social e reabilitação profissional; e os benefícios (prestações pecuniárias) cujas espécies em vigor são: aposentadorias (idade, tempo de contribuição, especial e por invalidez), auxílio-doença e auxílio acidente; pensão por morte e salário-maternidade, salário-família e auxílio reclusão, a teor do artigo 18 da Lei 8213/1991, a qual instituiu o Plano

de Benefícios da Previdência Social. Como visto, tais prestações são custeadas pelos beneficiários diretos e indiretos do sistema securitário, em financiamento tripartite, dividido entre trabalhadores, empresas e Estado. Além das contribuições que tem como base de cálculo a remuneração do trabalhador, pagas tanto pela empresa como pelo empregado para financiamento da Previdência Social, o sistema securitário está abrangido pelo Sistema de Seguridade Social, a qual possui outras fontes de financiamento complementares àquelas duas, bem como cabe ao Estado financiar as prestações partir de orçamento distinto daquele da Seguridade Social, em caso necessário.

Cabe ao Estado aferir de modo correto o quantitativo de recursos necessários para manter o sistema, retirando os recursos da sociedade como um todo, respeitadas a capacidade contributiva, efetuando os cálculos atuariais necessários para conhecer o montante necessário, considerando-se não o fez, ou o fez de forma ineficiente para atender interesses políticos, não cabe utilizar o argumento da própria inabilidade no manuseio dos instrumentos que deveria ter utilizado para manter o equilíbrio atuarial e financeiro (cobrança de alíquotas na forma necessária, combate à sonegação, custeio das eventuais isenções etc.) para trazer ao discurso uma artificial escassez de recursos, com intuito de limitar a efetivação do direito social previdenciário. Por certo, deveriam ser devolvidos os superávits dos anos anteriores, quando os recursos foram subtraídos do saldo acumulado durante anos. Se o Estado está em débito, que quite o que deve. Se há contribuintes de em débito, devem ser cobrados de forma eficiente, o que não está acontecendo de forma eficiente.

Em decorrência do Princípio do Equilíbrio Atuarial e Financeiro, é obrigação do Legislador e do Administrador público a manutenção do equilíbrio das contas da Previdência Social, seja a partir do aumento da base de financiamento, cujo custeio é tripartido entre trabalhadores, empresas e Estado; seja a partir da aplicação dos princípios da seletividade e distributividade das prestações previdenciárias, atendendo ao máximo exigido pelo rol de características previdenciárias previstas no art. 201 da Constituição Federal.

Por outro lado, a aplicação dos Princípios o Equilíbrio Atuarial e Financeiro não se faz de forma isolada como, aliás, não se pode efetuar com qualquer princípio, a teor das lições de Alexy acerca da ponderação dos princípios para sua aplicação. Deste modo, o atingimento do referido equilíbrio está afetado pelos princípios da solidariedade e redistribuição de renda, motivo pelo qual não se deve exigir o cálculo

do retorno financeiro apenas individualmente, mas de forma coletiva, ou seja, existem transferências de renda dentro do sistema para os menos abastados, entre os sexos, entre as gerações etc., de modo a permitir o controle social previdenciário das demandas por proteção aos riscos sociais de forma coletiva. Isto decorre do próprio regime de aplicação dos princípios da seletividade e distributividade, nos quais se escolhe o rol mínimo de riscos sociais e quais as espécies de segurados do Regime Geral de Previdência Social precisam mais da cobertura previdenciária. Por outro lado, nosso regime previdenciário adotado é o de repartição, que permite a transferência de renda intrageracional (dos mais abastados para o menos abastados em nome do princípio da distributividade e da capacidade contributiva) e intergeracional -- chamado de Pacto intergeracional, no qual os trabalhadores da ativa contribuem para a manutenção do regime de previdência para os que estão afastado da atividade laborativa e sustentados por benefícios previdenciários. Do exposto, infere-se que o sistema é mantido pelos trabalhadores, seja por meio direto incidindo em suas remunerações, seja indiretamente, por meio da incidência em parte da mais-valia individual e social apropriada pelos agentes econômicos.

Deste modo, as contribuições vertidas ao sistema de previdência são devolvidas aos beneficiários na forma de prestações do plano de Previdência Social. O liame entre as contribuições e as prestações é claro em virtude da vinculatividade e referibilidade vistas na relação custeio-benefício. Não se pode olvidar que existem contribuintes do sistema que não são beneficiários, como as empresas e empregadores em geral, mas estas são na verdade subsídios da contribuição dos trabalhadores, uma vez que se utilizam praticamente a mesma base de cálculo: a folha de pagamento de salários e remunerações.

Todo segurado da Previdência Social é contribuinte, ainda que detenha privilégios de isenção ou redução de alíquotas, situações que apenas homenageiam o princípio da distributividade do sistema para subsidiar os segurados hipossuficientes. Estas isenções ou reduções de alíquotas em momento algum afastam a característica contributiva do sistema, apenas comprovam a natureza pública e coletiva do sistema de previdência, a caracterizá-la como previdência social em contraponto à previdência privada, esta sim, individual, ou seja, os recursos são acumulados individualmente.

A partir da análise construída do direito social a prestações da Previdência Social apresenta as características de neutralidade econômica. Note-se que não se

está falando em direito prestacional sem custo algum, de prestação material condicionada ao pagamento de taxas e tarifas públicas, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis (ainda que subsidiados, deve-se averiguar o caráter atuarial e financeiro para se precisar exatamente se isso ocorre, e se não se deve, como aparenta, à imprópria alocação dos recursos obtidos).

Assim, deve ser este direito usufruído independente das questões orçamentárias em aferição geral. Não se quer dizer aqui que a prestação previdenciária deverá ser concedida independente de haver recursos para cobri-la, o que se quer aqui é afastar a possibilidade de o legislador afirmar que, considerando os moldes postos pelo Constituinte Originário e Reformador à Previdência Social, não utilizou de modo adequado os recursos da Previdência Social e por isso não tem em dado momento condições de cumprir a prestação, com recursos próprios. Isto porque a prestação previdenciária trata-se, no âmbito jurídico, de devolução das contribuições pagas, ou seja, de contraprestação.

Dizer que o direito previdenciário é economicamente neutro não significa dizer que não tem impacto pecuniário. Significa dizer que não depende do orçamento geral, pois é financiado com os recursos dos seus segurados e portanto é independente daquele. Significa dizer que não incide o princípio da reserva do possível no direito previdenciário, ou seja, não incide o argumento da reserva do possível como obstáculo à concretização das prestações previdenciárias, uma vez que previamente custeadas pelos beneficiários.

Deste modo, argúi-se a neutralidade econômica das prestações da Previdência Social, no sentido de que suas prestações são na verdade *contraprestações*, ou seja, prestação material condicionada ao pagamento contribuições, cuja realização se restringe ao acesso aos recursos já disponíveis, os quais se refletirão no cálculo do benefício a ser auferido, de forma individualizada.

Retome-se o critério situacional adotado para discernir com imparcialidade a aplicação do argumento da reserva do possível a direitos sociais prestacionais desenvolvido no tópico anterior. Por este critério de aplicação, os elementos necessários para que uma prestação estatal seja classificada como direito social prestacional economicamente neutro: a) ser categorizada como direito fundamental por meio de reconhecimento em nível constitucional; b) não ter como base de custeio um orçamento público oriundo dos tributos não vinculados a nenhuma atividade estatal específica; e c) ter seu custeio baseado em contribuições dos beneficiários

diretos e indiretos do serviço público estatal específico, vinculados a esta atividade estatal específica.

No caso das prestações previdenciárias, o direito a tais prestações é reconhecido explicitamente, pelo ordenamento jurídico brasileiro como direitos fundamentais, conforme se depreende da leitura dos artigos 6º, 7º, 195 e 201 da Constituição Federal. Em relação ao segundo requisito, conforme discutido no Capítulo 3, as prestações previdenciária não tem como base de financiamento, no caso do Brasil, o orçamento público oriundo de tributos não vinculados a nenhuma atividade estatal específica, mas sim, o orçamento da Seguridade Social, vinculado a atividades⁶ apenas nas áreas de Saúde, Assistência Social e Previdência Social. Por outro lado, as contribuições previdenciárias específicas, oriundas do rendimento do trabalho, a cargo do tomador dos serviços e do trabalhador conforme descritas no artigo 195, inciso I, alíneas *a* e *b* da Constituição Federal, e por força do art. 167, inciso XI7 da mesma norma, somente podem financiar as prestações do Regime Geral de Previdência Social.

Uma vez que os discursos de adequação devem demonstrar dentro do discurso argumentativo a decisão mais adequada, após considerar todas as situações fáticas relevantes à aplicação da norma, a fim de permitir a aplicação imparcial e, portanto, escolher a decisão adequada ea partir da correção normativa, infere-se de todo o exposto de os discursos de adequação e de aplicação acerca da reserva do possível não guardam a correção normativa adequada na doutrina e jurisprudência brasileiras. A incorreção normativa decorre da falta de adequação do argumento ao sistema jurídico pátrio no âmbito dos direitos fundamentais, principalmente no que tange aos direitos sociais prestacionais. Um Estado Social ou com reconhecimento de direitos sociais como fundamentais é, também, um Estado Social Fiscal, ou seja, além do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais prestacionais, constrói-se um modelo de captação de recursos destinado a um orçamento público de modo eficaz para a concreção das prestações estatais respectivas.

⁶ Art. 167. São vedados:

[...]

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

⁷ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

No caso brasileiro, as prestações previdenciárias tem seu custeio feito de forma separada do orçamento geral de tributos não vinculados. Conforme visto, seu financiamento decorre de tributos incidentes sobre a remuneração dos trabalhadores e está abrangido por um orçamento cuja arrecadação tributária é vinculada ao financiamento desta modalidade de prestações estatais. Agregando-se estes argumentos e características situacionais ao discurso acerca do argumento da reserva do possível, a decisão acerca da sua aplicabilidade passa a ser outra, bastante distinta daquela efetivada atualmente pela doutrina e jurisprudência. A partir do momento em que se questiona a fundamentação da proposição normativa advinda do argumento da reserva do possível, no sentido de não ser aplicável a todos os direitos sociais prestacionais de forma indistinta, passa-se construir um novo proferimento acerca dos limites de efetivação dos direitos sociais prestacionais.

De todo o exposto, conclui-se que a reserva do possível não se aplica a direitos sociais prestacionais economicamente neutros, uma vez que aquele argumento pressupõe uma realidade orçamentária e fiscal completamente distintas daquela referente aos direitos sociais prestacionais, pois no caso brasileiro estes são custeados por orçamentos oriundos de tributos vinculados, não permitindo qualquer discricionariedade quanto ao rol de prestações a financiar. Dentre os direitos sociais prestacionais economicamente neutros, encontra-se as prestações previdenciárias do Regime Geral de Previdência Social.

Dessarte, o argumento da reserva do possível não apresenta razões de fundamentação, nem razões de aplicação imparcial que permitam sua incidência no âmbito do direito fundamental à prestações do Direito Previdenciário, em face de nosso ordenamento jurídico apresentar situacionais distintas a excepcionar os elementos de aplicação dessa proposição normativa.

CONCLUSÃO

Neste momento de encerrar esta pesquisa, vem em mente a formulação da provisoriedade das conclusões da Ciência, notadamente na Ciência do Direito, em face do caráter prescritivo de suas proposições, a partir do qual se afirma que a verdade é uma verdade provisória, alcançada *pro tempore*, uma vez que se manterá até ser alcançada por proposições mais completas que advirão a seguir. Nisto não se afasta as afirmações a título de conclusão alcançada neste trabalho, uma vez que a correção das proposições normativas, como propõe Habermas para o princípio da Universalidade, dependem da cognição, expansível, de todas as razões argumentativas possíveis. Em complementação, Günther expõe que a aplicação imparcial das proposições normativas depende da discussão de todas as características situacionais possíveis acerca da norma de justificação.

De toda a cognição feita até este ponto acerca das metas estabelecidas para o trabalho, pode-se iniciar pela satisfação da temática trabalhada com linha do Constitucionalismo Contemporâneo, bem como com a área de concentração de Demandas Sociais e Políticas públicas. Ocorreu o tratamento adequado, uma vez que a exposição e tratamento dos objetivos envolvido estão no discurso da teoria da Constituição, na teoria da interpretação jurídica e na teoria do direito, na qual se efetivou a análise normativa, doutrinária e jurisprudencial dos direitos fundamentais sociais prestacionais, permitindo a construção de parâmetros sobre as normas de fundamentação e de aplicação quando se trata de se buscar a coerência argumentativa da possível incidência do argumento da reserva do possível em prestações estatais do direito fundamental previdenciário.

No tocante aos objetivos previstos e alcançados, buscou-se aferir a possibilidade de incidência ou não-incidência do argumento reserva do possível como obstáculo, sob o prisma jurídico e sob a lógica discursiva, à efetivação do direito fundamental à Previdência Social, em face da natureza jurídica distinta desta prestação estatal, no que toca a sua neutralidade econômica em face do orçamento público. Isto se fez por meio da evidenciação discursiva levada a cabo, demonstrou-se que a doutrina e a jurisprudência brasileira não utilizam as razões de justificação e aplicação da reserva do possível, tal como construída no direito alemão, nem utilizam da mesma forma o instituto mais próximo – a teoria dos custos do direito norte-americano, no que tange à concreção dos direitos fundamentais. Isto porque não

consideram os contextos históricos e jurídicos de onde parte a construção de tais institutos, bem como ficou demonstrada a discussão insuficiente acerca dos argumentos contidos no próprio texto constitucional brasileiro para se determinar quais são os limites à efetivação dos direitos fundamentais sob o prisma jurídico brasileiro.

Para tanto, trouxe-se à baila a discussão das questões orçamentárias na concreção dos direitos sociais de modo a se levar em conta a natureza do orçamento público, a natureza dos tributos envolvidos no custeio desse orçamento, a diversidade constitucional a evidenciar várias espécies de direitos sociais, a fim de uma correta aplicação da norma proposta a partir do argumento da reserva do possível. Dessa forma, demonstrou-se a necessidade de incursão em análise da conjuntura das normas sobre orçamento público e tributação previstos na Constituição da República de 1988, sem pretensão de se esgotar o tema, mas com o fim de evidenciar a insuficiência dos discursos pragmáticos quando o problema versar sobre a concretização dos direitos sociais prestacionais sem análise do contexto econômico-financeiro brasileiro. Uma vez que não se parte do orçamento para se dizer o conteúdo do direito, mas sim, parte-se de qual conteúdo de direito prestacional a sociedade entende racionalmente como desejável e alcançável para se projetar o orçamento, e demais ações estatais e da sociedade para sua concretização, o processo legislativo na confecção da peça orçamentária no Estado Democrático de Direito pressupõe o discurso formalizado como norma jurídica, que teoricamente representa os desejos e anseios da sociedade, respeitando as escolhas jusfundamentais matizadas na Constituição. Quando se coteja a tese da reserva do possível com o direito social previdenciário, faz-se para verificar se, de início, o ajustamento do socialmente desejável em termos de previdência ao economicamente possível, a partir do discurso em que se sopesa a moldura constitucional que tutela juridicamente direitos fundamentais.

Este instrumental permite questionar se uma abordagem uniforme dos direitos sociais prestacionais seria a única possível e, portanto, se todos os direitos fundamentais sociais devem receber o mesmo tratamento. A resposta possível encontrada foi no sentido de que se deve observar quais os direitos sociais prestacionais cujo custeio guarde referibilidade quanto à prestação destinada aos beneficiários que a custearam, por meio de taxas ou contribuições específicas, pois nesse caso não se deve efetivar a proteção apenas no que tange a um mínimo

possível. Isto porque, para aqueles direitos prestacionais caracterizados pelo autocusteio, como o caso das prestações previdenciárias, são insuficientes os critérios gerais e, por vezes indeterminados, do mínimo existencial para se especificar quais os *standards* mínimos de exigibilidade social de sua efetivação.

Para se atingir este objetivo, formulou-se, a partir da proposta de Murswiek, o conceito relevância econômica das prestações estatais em face do orçamento público como a característica de o direito fundamental prestacional implicar em exigência financeira *erga omnes* aos membros da sociedade, ou seja, quando a prestação estatal depender de recursos do orçamento geral dos impostos, os limites orçamentários são prementes. Todavia, quando a prestação estatal estiver vinculada ao pagamento de taxas, o argumento da reserva do possível e dos custos dos direitos perde sua base de sustentação, pois a exigibilidade de financiamento não mais recai sobre toda a sociedade, pelo contrário, recai apenas sobre os beneficiários. Utilizando-se estes argumentos, os direitos sociais prestacionais que possuem nítida dimensão subjetiva podem ser divididos em dois grandes blocos: a) direitos sociais economicamente relevantes, os quais requerem dispêndio do orçamento público custeado pelos tributos gerais sem custeio direto do beneficiário; e b) direitos sociais economicamente neutros, os quais não requerem dispêndio do orçamento geral de tributos, mas são custeados de forma direta pelo beneficiário da prestação estatal. Desta forma, demonstrou-se que o custo dos direitos não tem o mesmo significado para todas as prestações estatais: algumas prestações são financiadas pelos próprios beneficiados, direta ou indiretamente, e outras são financiadas por toda a sociedade, independentemente de ser o indivíduo beneficiado ou não pela prestação estatal em específico.

Assim, efetivou-se o objetivo de investigação a natureza do direito social previdenciário e construir possíveis distinções em relação aos demais direitos sociais em face da possível existência de neutralidade econômica desse direito, em face de seu autofinanciamento. Partindo-se do conceito de Previdência Social como um sistema cuja gestão pertence ao Estado, com participação da sociedade, que tem por finalidade a proteção dos indivíduos naqueles eventos que digam respeito a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade laborativa, de modo a garantir meios econômicos para a manutenção de uma existência com dignidade, evidenciou-se a clara distinção do sistema previdenciário brasileiro em relação aos sistemas americano e europeu. A partir da análise do custeio em diversos países, verificou-se

que o Estado Social é um Estado Social Fiscal, ou seja, o modelo fiscal acompanha a opção pelo estado social. Conquanto o Brasil, a partir de, pelo menos, a Constituição de 1988 tenha feito clara opção pelo Estado Social, encontrou-se a constatação situacional de que a tributação no Brasil sequer reflete o gasto que um Estado social, ou seja, que um Estado que reconhece a fundamentalidade dos direitos sociais deve fazer e, para tanto, precisa traduzi-los em tributação com percentuais em relação ao Produto Interno Bruto compatíveis com um modelo de Estado Social Fiscal. Isto traduz-se em mais um déficit argumentativo para a reserva do possível enquanto obstáculo para a concreção dos direitos fundamentais, uma vez que a Constituição autoriza um Estado Social Fiscal que não está sendo realizado pelo Legislador e Administrador Públicos, do que resulta mais uma vez na escassez artificial de recursos, os quais tem autorização normativa na lei fundamental para serem captados, em demonstração da razoabilidade social deste sacrifício.

Como demonstrado, este sacrifício da sociedade para o financiamento das prestações da Previdência social se realiza por meio dos princípios da Solidariedade e da Diversidade da Base de Financiamento na tributação dirigida ao financiamento da Seguridade Social. Este último resulta em um custeio tripartite ou tripartido, no qual a contribuição dos trabalhadores é subsidiada pela contribuição dos empregadores e complementada pela contribuição do Estado. Dessarte, demonstrou-se que não existe uma cotização individual como fonte exclusiva no sistema securitário brasileiro, mas uma “cotização coletiva”, com implemento de mecanismo de solidariedade social que distribui o custeio para toda a sociedade, no seio da Seguridade Social. Isto decorre da dimensão objetiva deste direito fundamental, que conduz ao chamamento de toda a sociedade a participar do custeio do sistema que concretiza da dimensão subjetiva o *writ*. O fundamento para esta fonte de custeio encontra-se no fato de a empresa ser uma beneficiária indireta do sistema protetivo, advinda do conceito de mais-valia social, com benefícios a segurança dos trabalhadores para um desempenho melhor em sua produtividade, bem como afastando os custos trabalhistas durante os períodos de afastamento por doença, por exemplo. No que tange ao seguro de acidentes de trabalho, sobreleva as vantagens para o empregador, uma vez que evita o custo individualizado decorrente da incapacidade para o trabalho de seus empregados por longos períodos de tempo. A cotização individual para tais riscos sociais seria inviável, repassando para o Estado a tarefa de organizá-los de forma coletiva e repartindo o custo com as empresas, em face dos benefícios apontados. A Previdência Social

brasileira adota o sistema contributivo, o que acarreta profundas consequências no manejo dos argumentos referentes aos limites dos direitos. Isto porque, num sistema previdenciário não contributivo, a arrecadação provém não de um tributo específico como ocorre no caso brasileiro, mas sim da destinação de parcela da arrecadação tributária geral, de modo que os contribuintes do regime não são identificáveis, já que qualquer pessoa que tenha pago tributo ao Estado estará, indiretamente, contribuindo para o custeio da Previdência, impactando em sacrifício para toda a sociedade.

No que tange ao sistema contributivo de repartição como o brasileiro, as contribuições são vertidas para um fundo único e separado, do qual sairão os recursos para a pagamento de benefícios e serviços a qualquer dos beneficiários que atendam aos requisitos previstos. Em virtude do princípio da solidariedade, embora a participação do segurado continue sendo importante, a ausência de contribuição em determinado nível não impede o acesso ao sistema, pois a legislação adequará sua contribuição à capacidade contributiva do segurado e eventual redução ou isenção será solidariamente custeada pelo conjunto da sociedade, permitindo que o lucro auferido na atividade econômica – a mais valia social – seja compartilhada entre os beneficiários dos serviços prestados, e não apenas arquem com a despesa originada. Daí demonstra-se a existência de duas relações jurídicas envolvendo dimensões distintas da Previdência Social: a de custeio e a de concessão de benefícios ou securitária. A relação de custeio tem caráter tributário, na qual o Estado é o sujeito ativo, arrecadando as contribuições para custeio do sistema, mas demonstrou-se um conjunto argumentativo no sentido de que tais contribuições não são apenas mais um tributo. Para discutir outras características situacionais possíveis, trouxe-se à baila a tese do “salário social”, uma vez que ao tributar parcelas integrantes da remuneração do trabalhador (constantes de sua retribuição ou contidas virtualmente na parte patronal da obrigação fiscal), expropriá-las temporariamente, administrá-las, aplicando-as, e restituí-las na forma de benefícios ou serviços, segundo a força cogente de norma de caráter público (quando o legislador julga oportuno o retorno), a previdência social serve-se de mecanismo de salário socialmente diferido, pois devolve as contribuições vertidas ao sistema na forma de benefícios e serviços. A abordagem meramente tributária não é suficiente para explicar o fenômeno previdenciário, uma vez que a vinculatividade das contribuições às prestações faz ocorrer uma ligação com o sistema de financiamento dessa prestações. Mesmo a contribuição a cargo da empresa tomadora dos serviços dos trabalhadores pode ser

abrangida no somatório do respectivo trabalhador/prestador de serviços, já que tem a mesma base de cálculo, ou seja, os salários/remunerações, permitindo-se a proposição de que a contribuição patronal previdenciária também teria natureza salarial e seria um acréscimo à alíquota paga pelo trabalhador, ou um subsídio a fim de lhe aliviar a carga tributária, ajustando à sua capacidade contributiva e transferindo-a a quem se apropriará da mais valia.

Demonstrou-se a partir da análise da Tributação e Orçamento público na forma disposta na Constituição de 1988, que a referibilidade e vinculatividade das contribuições sociais que financiarão a Previdência Social permitem concluir que suas prestações não são financiadas pelo orçamento geral dos demais tributos, de modo que impactarão somente os referidos recursos da seguridade social e, principalmente, as contribuições previdenciárias específicas, os quais deverão ser dimensionados tanto na tributação quanto na execução do orçamento de modo a cumprir seus desideratos constitucionais.

Ademais, a contribuição previdenciária dos trabalhadores e, indiretamente, das empresas, sobre a folha de pagamento custeia apenas prestações previdenciárias, consoante determinado pela Constituição de 1988 em seu artigo 167, inciso XI. Isto somado à repercussão que as base de cálculos dessas contribuições, chamada de “salário-de-contribuição”, em que todos eles serão levados em consideração para o cálculo dos benefícios, acaba por, indiretamente, vincular o impacto dessas contribuições no financiamento dos respectivos benefícios.

Essas características situacionais orçamentárias e tributárias apontadas impactam sobremaneira na possibilidade de incidência da reserva do possível, uma vez que, aprioristicamente o impacto orçamentário é distinto daquele preconizado como requisito de sua incidência pela jurisprudência constitucional alemã. Isto porque a utilização do argumento da reserva do possível encontrar-se-ia obstaculizada frente a prestações destas espécies citadas, cujas características situacionais não estavam, nem poderiam estar, previstas na construção argumentativa original feita pelo Tribunal Constitucional alemão, na qual não há implicação de alocação de recurso oriundos de tributos gerais, não vinculados, para sua implementação, no sentido de que sua efetivação se dá pelo uso dos respectivos recursos oriundos de pagamentos de taxas, contribuições vinculadas e tarifas públicas como condição de sua implementação. Dessa forma, o *custo* dos direitos previdenciários apresenta características distintas de outras prestações estatais, e influenciam na aferição da

referibilidade como critério norteador para determinar o *quantum* de recursos necessários à satisfação dos *standards* mínimos capitaneadas pela Constituição Federal na área previdenciária. Estas contribuições alimentam um orçamento distinto, o orçamento da Seguridade social, para o qual se demonstrou que as fontes de custeio da Previdência Social brasileira são suficientes para a manutenção do sistema, por meio da correção da contabilização das renúncias fiscais previdenciárias, as devem ser contabilizadas como despesa da União a ser debitada no Orçamento Geral da União (demais tributos) e não no Orçamento da Seguridade Social, bem como pela contabilização do Orçamento da Seguridade em seu conjunto para as três áreas e não em separado, ao tempo em que se retira os efeitos contábeis da Desvinculação das Receitas da União, instituto não aplicável a orçamentos específicos como é o da Seguridade.

Dentro deste quadro, a análise orçamentária do "custo dos direitos" revela que a questão da disponibilidade recursos financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais pode ser vista como uma escassez antes artificial que natural.

A partir das argumentações levantadas acima, que revelam discursos de fundamentação distintos para as diferentes espécies de direitos sociais prestacionais, conforme classificação construída especialmente para este fim, será possível reconstruir as regras de fundamentação e aplicação da reserva do possível no contexto jurídico brasileiro. Tendo em vista que o princípio da Universalização (U) exige o levantamento de todas as hipóteses possíveis em um discurso racional, que devem abordar todas as características situacionais possíveis para garantir a aplicação imparcial da regra extraível do argumento da reserva do possível, construiu-se argumentativamente a solução do problema proposto, em face da gama de características situacionais levantadas. Isto porque as suas características situacionais de neutralidade econômica das prestações previdenciárias não foram levadas anteriormente ao discurso pela doutrina e jurisprudência nacionais, comprometendo sobremaneira o dever de imparcialidade dos discursos de fundamentação na aplicação da reserva do possível.

Para se atingir o objetivo de discutir e analisar a possível incompatibilidade da tese do argumento da reserva do possível em face do direito fundamental previdenciário, a partir de uma construção argumentativa coerente em relação à natureza jurídica do direito em questão, por meio da pesquisa quantitativa e qualitativa

das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a construção argumentativa iniciou-se pela exposição da teoria do discurso aplicada aos direitos sociais prestacionais.

Inicialmente, demonstrou-se que a regra de aplicação da reserva do possível na doutrina e jurisprudência brasileira não decorre de uma mera conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, uma vez que verificasse a imprecisão da linguagem ao utilizar a terminologia “reserva do possível” uma vez que as possibilidades engendradas pela doutrina alemão não são um orçamento artificialmente construído, mas sim o quanto em sacrifício é razoavelmente exigível da sociedade para concretizar um dado direito fundamental. A própria terminologia brasileira parece apelar para esse sentido de que o limite é o orçamento posto (cujos recursos podem ser artificialmente manipulados para se tornarem escassos como demonstrado no caso dos recursos da Seguridade Social e da Previdência Social) ao nomear o argumento de reserva do *financeiramente* possível. Deste modo, demonstrou que a reserva do possível deve ser considerada como justificativa insuficiente por si só a aplacar qualquer argumentação pela concretização fática dos direitos sociais prestacionais, uma vez que a abordagem para interpretá-la como norma aplicável deva permitir a concordância dos debatedores ao mesmo tempo em que seja considerada uma discussão racional acerca da sua aplicabilidade. Esta base de fundamentação deve ser fincada na argumentação haurida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que esta estabelece o sistema jurídico de reconhecimento, instrumentação e efetivação dos direitos sociais neste país. Afirmou-se que qualquer análise acerca dos limites dos direitos sociais prestacionais deve buscar fundamento na Constituição e não em doutrina, institutos ou normas alienígenas, a partir da qual a justificação da proposição da aplicabilidade da reserva do possível deve sobre o teste da racionalidade a fim de se confirmar seu caráter obrigatório.

Uma vez que *verdade* das afirmações empíricas corresponde à *correção* das expressões normativas, dependente da concordância de todos os participantes do discurso, o discurso deve permitir investigar os limites de cognoscibilidade da reserva do possível e a correção da aplicação do mesmo, mormente no campo dos direitos sociais prestacionais, e que ambos os níveis do discurso, o conceito e a aplicação da reserva do possível são passíveis de criticismo para fundamentar a aplicação. É nesse sentido a possibilidade de crítica à reserva do possível ante à realidade constitucional

brasileira, uma vez que, conforme discutido acima, sua aplicação tal como feito pela doutrina e jurisprudência pátria não encontra eco na própria Constituição, como regra pressuposta por toda a comunidade de cidadãos. Com a diferenciação entre juízo de fundamentação e aplicação, permite-se oferecer um critério racional para a constituição da normatividade jurídica, e esta aplicação será imparcial quando coerentemente realizar a adequação entre todas as características e todas as normas envolvidas no caso.

Utilizando-se o instrumental de discutir as questões orçamentárias dentro da perspectiva do modelo de Estado Social Fiscal para concreção dos direitos sociais, demonstrou-se a necessidade de se levar em conta a natureza do orçamento, a natureza dos tributos envolvidos no custeio desse orçamento, conforme comandos constitucionais, a fim de parametrizar uma correta aplicação do argumento da reserva do possível no quadro jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, evidencia-se que a discussão da escassez aparenta artificialidade e imparcialidade, na medida em que as regras de aplicação aparentam partir de um pressuposto de Estado Liberal, desconsiderando o modelo de Estado Social que se pretende realizar a partir da Constituição de 1988. O mesmo processo aconteceu na aplicação do argumento da reserva do possível no direito brasileiro, que não levou em consideração todas as situações possíveis no contexto constitucional (tributário, previdenciário, financeiro), em que ocorreu uma seleção direcionadora da decisão a ser aplicada. O déficit argumentativo ficou exposto a partir da constatação de que, no caso dos direitos sociais prestacionais, os sinais característicos da situação no contexto brasileiro evidenciam que não se trata de aplicação pura e simples do argumento da reserva do possível sem distinguir as diferentes espécies de direitos de conteúdo prestacional em face do Estado. Esgotar todas as possibilidades significa, também, esgotar todas as possibilidades hermenêuticas da Constituição quando se trata da discussão acerca de direitos sociais prestacionais. Ainda que esta análise das possibilidades retorne uma descoberta de novas variantes, como a proposta de neutralidade econômica de alguns direitos sociais prestacionais, notadamente o direito a prestações previdenciárias, é necessária para garantir a imparcialidade da aplicação da norma. Uma vez que os sinais descritivos da norma de aplicação do instituto debatido não coincidem com a descrição da situação lexical da própria Constituição, o caráter seletivo da aplicação encontrada na doutrina e jurisprudência brasileira se evidenciou quando a pertinência de determinados sinais característicos foi contestada, sob a

indicação de outros sinais distintivos com ocorre com as prestações previdenciárias, financiadas pelos beneficiários, num contexto econômico-financeiro completamente distinto daqueles formulados para os direitos prestacionais em sentido amplo. Não ocorreu um “esgotamento normativo” que menciona todas as normas possivelmente aplicáveis” para a reserva do possível, do que se conclui a ausência de uma descrição situacional completa. Esta será decisiva e fora executada para descortinar a excepcionalidade do direito social previdenciário.

A partir da construção teórica de Habermas, acerca da colonização e instrumentalização do *mundo da vida* por parte dos subsistemas Poder (política ou Estado) e moeda (mercado e Economia), demonstrou-se que, ante a ausência de cumprimento do Princípio Universalizante, aqueles subsistemas pretendem impor sua perspectiva de verdade acerca da aplicação da reserva do possível aos direitos sociais prestacionais, inclusive por meio da manipulação dos Orçamentos Públicos a fim de “fabricar” a escassez necessária à legitimação de posturas restritivas em face dos direitos sociais prestacionais.

Daí decorre que os discursos de fundamentação da reserva do possível, não encontram eco na conformação constitucional dos direitos sociais prestacionais no caso pátrio, de forma que haveria um erro até grosseiro de fundamentação inicial: parte-se da falsa premissa de que a reserva do possível, tal como fora concebida no direito estrangeiro ou na leitura enviesada como teoria dos custos americana, já estaria pré-embutida em qualquer tipo de direito prestacional, de qualquer ordenamento jurídico do planeta, bastando a si própria, situação já debatida como não admitida na teoria do discurso.

No caso, ocorreu a demonstração de que, na doutrina brasileira, as regras de aplicação não abrangeram todas as situações possíveis, fato demonstrado no caso dos direitos sociais custeados pelos beneficiários, ou seja, no caso de direitos prestacionais economicamente neutros, no sentido de “neutros” em relação ao sacrifício que seria imposto à toda a sociedade, sob a forma de tributos gerais, quando o que ocorre na seara previdenciária objeto de estudo é que o sacrifício imposto se direciona aos próprios beneficiários do sistema securitário, *neutralizando* o impacto genérico que serve de fundamento à aplicação da reserva do possível.

A partir do contexto da Constituição Brasileira, não se vislumbra que o financiamento da Seguridade Social e, mais especificamente, da Previdência Social guardem similaridade com o contexto de prestações materiais estatais descritas no

esquema de aplicação do argumento da reserva do possível, uma vez que este argumento pressupõe que as prestações estatais a que se contrapõe sejam financiadas por um orçamento não vinculado, ou seja, por um orçamento geral, que se nutre de tributos genéricos, a exemplo dos impostos, sem vinculação a nenhuma prestação estatal específica. Essas distinções ocasionam conclusões distintas, uma vez que a “norma” de aplicação advinda da utilização do argumento da reserva do possível não se amolda a essa situação fática e jurídica prevista no ordenamento brasileiro.

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verificou-se que esta Corte trata o conjunto dos direitos sociais como tendo uma única possibilidade de conformação, e com características situacionais idênticas a merecer a mesma regra de aplicação decorrente da reserva do possível. Entende ainda aquela corte que a reserva do possível pode ser afastada ante o injusto inadimplemento de deveres constitucionais estatais, *independentemente da natureza ou características desses direitos* fundamentais. Por outro lado permite que o Estado apresente argumentos que justifiquem o inadimplemento, o que leva à perspectiva de que existem inadimplementos justificáveis, também sem atentar para as características situacionais dos direitos sociais prestacionais. É eloquente o silêncio envolvendo a discussão de direitos prestacionais quando custeados pelos beneficiários.

Em análise qualitativa das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, também verificou-se que esta Corte não analisa ou considera as questões relativas ao custeio da Previdência Social para se chegar a natureza deste direito social prestacional. Em um único caso, encontrou-se a Corte enfatizando a referibilidade e vinculatividade das contribuições, mas sem continuar a análise para as consequências dessas características para a natureza situacional dessas prestações estatais.

Nas demais decisões de ambas os tribunais, a análise qualitativa aponta para o retorno do discurso baseado na dicotomia argumentativa entre mínimo existencial *versus* reserva do possível.

Fora confirmada pela discussão exposta que o argumento da reserva do possível incide apenas nos direitos prestacionais para os quais não se exige contraprestação pecuniária prévia, na forma de taxas, tarifas ou contribuições, ou seja, quando estamos diante de recursos públicos oriundos de um orçamento geral de tributos não vinculados a nenhuma prestação estatal específica. As prestações

estatais financiadas pelos próprios beneficiários por meio de tributos vinculados como as taxas e, as contribuições sociais (que se aproximam da natureza jurídicas das taxas dadas a sua referibilidade e vinculatidade) são economicamente neutras. Dizer que o direito fundamental previdenciário é economicamente neutro não significa dizer que não tenha impacto pecuniário. Dizer que uma prestação estatal é economicamente neutra significa dizer que esta não é financiada pelo orçamento de tributos não vinculados, ou seja, não é suportada indistintamente por toda sociedade, mas sim é custeada por tributos específicos direcionados aos beneficiários dos serviços públicos respectivos.

Dizer que o direito previdenciário é economicamente neutro não significa dizer que não tem impacto pecuniário. Significa dizer que não depende do orçamento geral, pois é financiado com os recursos dos seus segurados e portanto é independente daquele. Significa dizer que não incide o princípio da reserva do possível no direito previdenciário, ou seja, não incide o argumento da reserva do possível como obstáculo à concretização das prestações previdenciárias, uma vez que previamente custeadas pelos beneficiários.

Deste modo, argui-se a neutralidade econômica das prestações da Previdência Social, no sentido de que suas prestações são na verdade *contraprestações*, ou seja, prestação material condicionada ao pagamento das contribuições, cuja realização se restringe ao acesso aos recursos já disponíveis, os quais se refletirão no cálculo do benefício a ser auferido, de forma individualizada. As prestações previdenciárias evidenciam a presença dos elementos apontados como necessários para que uma prestação estatal seja classificada como direito social prestacional economicamente neutro, a saber: a) ser categorizada como direito fundamental por meio de reconhecimento em nível constitucional; b) não ter como base de custeio um orçamento público oriundo dos tributos não vinculados a nenhuma atividade estatal específica; e c) ter seu custeio baseado em contribuições dos beneficiários diretos e indiretos do serviço público estatal específico, vinculados a esta atividade estatal específica.

No caso das prestações previdenciárias, o direito a tais prestações é reconhecido explicitamente, pelo ordenamento jurídico brasileiro como direitos fundamentais, conforme se depreende da leitura dos artigos 6º, 7º, 195 e 201 da Constituição Federal. Em relação ao segundo requisito, as prestações previdenciárias não tem como base de financiamento, no caso do Brasil, o orçamento público oriundo

de tributos não vinculados a nenhuma atividade estatal específica, mas sim, o orçamento da Seguridade Social, vinculado a atividades apenas nas áreas de Saúde, Assistência Social e Previdência Social. Por outro lado, as contribuições previdenciárias específicas, oriundas do rendimento do trabalho, a cargo do tomador dos serviços e do trabalhador conforme descritas no artigo 195, inciso I, alíneas *a* e *b* da Constituição Federal, e por força do art. 167, inciso XI da mesma norma, somente podem financiar as prestações do Regime Geral de Previdência Social, ou seja, apenas os beneficiários diretos e indiretos arcam com os custos dos direitos prestacionais previdenciários.

Dessa forma, reforça-se argumentativamente a conclusão no sentido de que a reserva do possível não se aplica a direitos sociais prestacionais economicamente neutros, uma vez que aquele argumento pressupõe uma realidade orçamentária e fiscal completamente distinta daquela referente aos direitos sociais prestacionais, pois no caso brasileiro estes são custeados por orçamentos oriundos de tributos vinculados, não permitindo qualquer discricionariedade quanto ao rol de prestações a financiar.

Dessarte, e considerando que os direitos sociais prestacionais podem ser economicamente neutros, no sentido de serem custeados pelos próprios beneficiários, infere-se racionalmente pelos argumentos trazidos pela correção da proposição de que as prestações do Regime Geral de Previdência Social brasileiro, prevista no art. 201 da Constituição Federal são economicamente neutras, uma vez que seu custeio não recai sobre toda sociedade por meio de tributos gerais, mas sobre o grupo de beneficiários, os quais custeiam as prestações através de contribuições específicas.

A hipótese inicial abordada neste trabalho restou confirmada pelo levantamento do déficit argumentativo das regras de justificação e aplicação da reserva do possível, bem como foram cumpridas as etapas de levantamento de todas as características situacionais possível para a aplicação da reserva do possível a direitos sociais prestacionais no quadro jurídico brasileiro, a partir da conformação constitucional dos direitos sociais prestacionais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-80, jul/set 1999.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. In: _____. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

_____. *El concepto y validez del derecho*. Madrid: Gedisa, 1997.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

ÁVILA, Humberto. *Limites à tributação com base na solidariedade social*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Coord.). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. *Legitimação dos direitos humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, in: THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. 2005.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIGOLI, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. *Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em 13 jun. 2011

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 22 Jul 2015. Acesso em 23/10/2015.

_____. Ministério do Planejamento. *Projeto de Lei Orçamentária Anual – 2015*. 2015. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento/orcamentos-anuais/orcamento-anual-de-2015>. Acesso em 23/10/2015.

_____. Ministério do Planejamento. 2005. *Comparação internacional de gastos governamentais em saúde, educação e previdência*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento/noticias/comparacao-internacional-de-gastos-governamentais>. Acesso em 23/10/2015.

_____. Ministério da Previdência Social. 2012. *História da Previdência Social*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico/>. Acesso em 23/10/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 811.608. Ministério Público Federal e União: relator. Ministro Luiz Fux. 15 de maio de 2007. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 4 jul. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em 10/04/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 1012316. Estado do Rio de Janeiro: relator. Ministro Rosa Weber. 01 de dezembro de 2015. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 02dez 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=595605>>. Acesso em 17/04/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 887232. Estado do Rio de Janeiro: relator. Ministro Rosa Weber. 14 de maio de 2015. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 15maio 2015. (Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4769174>>. Acesso em 17/04/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 318. Estado do Rio Grande do Sul: Presidente. Ministro Gilmar Mendes. 24 de abril de 2009. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27abr 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2670864>>. Acesso em 16/04/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Recurso Especial. 1.326.355. Ministério Público do Estado de São Paulo e Rubens Luiz Ramos: relator. Ministro Castro Meira. 23 de agosto de 2010. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 25 de agosto 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201117944&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 17/04/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Recurso Especial1037754. Ministério Público do Estado Pernambuco: relator. Sérgio Kukina. 08 de fevereiro de 2017. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 de fevereiro 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201603364717>. Acesso em 18/04/2017.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Recurso Especial290052. Estado do Rio de Janeiro: relator. Napoleão Nunes Filho. 07 de março de 2013. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 08 de março 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201603364717>. Acesso em 18/04/2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus 1992.
_____; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*, tradução de Carlos Nelson Coutinho. Brasiliense: São Paulo 1986 (1979).

BOLESINA, Iuri ; LEAL, Mônia Clarissa Hennig . *O mínimo existencial e o controle de Políticas Públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 1. ed.v. 1. Curitiba: Multideia, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>. Acesso em: 03 dez. 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, UadiLâmega, *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____, *Constituição Dirigente*. Coimbra: Almedina. 2003.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____, *Comentários à Constituição do Brasil*. Série IDP. Canotilho, J. J. Gomes; Leony, Léo Ferreira; Mendes, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; Streck, Lenio Luiz. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Almedina, 1991.
COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. Confisco tributário. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2002.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 15.ed., São Paulo: LTR, 2014.

DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Método, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DUARTE, Marina Vasques. *Beneficiários: Segurados e Dependentes do RGPS*. Escola da Magistratura da 4ª Região. Porto Alegre. N. 06, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GENTIL, Denise Lobato. *A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990–2005*. Teses de doutorado. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro. 2006 Disponível em http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/teses/2006/a_politica_fiscal_e_a_falsa_crise_da_seguridade_social_brasileira_analise_financeira_do_periodo_1990_2005.pdf. Acesso em 15/11/2015.

GONÇALES, Odonel Urbano. *Manual de Direito Previdenciário*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GRAU, Eros Roberto, *Realismo e Utopia Constitucional*, in: F. L. X. Rocha; F. Moraes (coord.), *Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GUTIERREZ, Gustavo Luis; ALMEIDA, Marco Antonio Bettine de Almeida. *Teoria da Ação Comunicativa (Habermas): estrutura, fundamentos e implicações do modelo*. Porto Alegre: Veritas, v. 58, n. 1, jan./abr. 2013.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. *Teoría de la Constitución como ciencia de la Cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *A inclusão do outro*. Tradução de Georg Sperber. São Paulo: Loyola, 2001.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

_____. _____. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

_____. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 1999, v. I.

HENNIG, Mônia Clarissa ;MAAS, R. H. . *Políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais: algumas estratégias*. Unoesc International Legal Seminar: dignidade e proporcionalidade na teoria de Robert Alexy, v. 3, p. 1127-1140, 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The cost of rights*. New York: Norton, 2000.

HORVATH Júnior, Miguel. *Dicionário Analítico de Previdência Social*. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 18.ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

KELBERT, Fabiana. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas. *A efetividade dos direitos sociais no Brasil*. In: JUNIOR, Paulo Gomes Pimental. *Direito Constitucional em evolução*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002,

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes Habermasianas*. In: _____ (Org.). *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública [recurso eletrônico]: alguns estudos de casos em Santa Cruz do Sul*: EDUNISC, 2011.

_____. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2003.

_____. *Judicialização da saúde: um estudo de caso no município de Santa Cruz do Sul*. XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas na Sociedade Contemporânea. VIII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. Saraiva. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.

MARTINEZ, Vladimir Novaes Martinez. *Curso de Direito Previdenciário*, Tomo II, 2. Edição. São Paulo: LTR. 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, L. (Org.) *Cinqüenta Anos da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Jurisprudência*. Tradução de Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Geraldine Ferreira. Fundação Konrad – Adenauer: Montevideú, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional. N. 8, p. 131-142, 2004

_____, *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social*. Tradução da Secretaria de Políticas de Previdência Social. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003,

PALSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código*, Tomo II, 16. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 7ª Ed. Colofon/Trota, 2006.

PIKETTY, T. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o princípio da dignidade humana*. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

REIS, Jorge Renato. FONTANA, Eliane. *O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível*. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. Tomo 4. LEAL, Rogério Gesta. REIS, Jorge Renato dos (org.) Santa Cruz do Sul: EDUNISC. 2010.

ROCHA, Daniel Machado e BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado e ESMAFE, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico. 2001.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?* Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Orgs). 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Coord.) *Princípio de direito financeiros e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros. 2006.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

STEPHANES, Reinhold. *Reforma da Previdência: sem segredos*. Editora Record, 1998.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: volume 1. reserva do possível*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSA, Alexandre Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 10.ed. Rio do Janeiro: Lumen Júris, 2009.

_____. *Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*, in *Revista de Direito Administrativo*, v.177, 1989.

_____. *A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em Direito Tributário. *In*: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Coord.). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.