



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Marília Nascimento de Sousa

Direitos Humanos fundados na Lógica de Mercado: análise do discurso da reserva do possível nos casos previdenciários das Cortes Superiores do Brasil

Florianópolis - SC

2022

Marília Nascimento de Sousa

Direitos Humanos fundados na Lógica de Mercado: análise do discurso da reserva do possível nos casos previdenciários das Cortes Superiores do Brasil

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de doutora em Direito.
Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Jeanine Nicolazzi Philippi

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

SOUSA, MARÍLIA NASCIMENTO DE

Direitos Humanos fundados na Lógica de Mercado : análise do discurso da reserva do possível nos casos previdenciários das Cortes Superiores do Brasil. / MARÍLIA NASCIMENTO DE SOUSA ; orientador, Jeanine Nicolazzi Philippi, 2022.

357 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, , Programa de Pós-Graduação em , Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. . 2. Direitos Humanos. 3. Direitos Fundamentais. 4. Neoliberalismo . 5. Reserva do Possível. I. Philippi, Jeanine Nicolazzi. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em . III. Título.

Marília Nascimento de Sousa

Direitos Humanos fundados na Lógica de Mercado: análise do discurso da reserva do possível nos casos previdenciários das Cortes Superiores do Brasil

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof.(a) Dr. Antonio Carlos Wolkmer
UNESC

Prof.(a) Dr. Rodrigo da Rosa Bordignon
UFSC

Prof.(a) Dr. Rafael Caetano Cherobin
UNIVALI

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de doutora em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof.^a Dr.^a Jeanine Nicolazzi Philippi
Orientadora

Florianópolis, 2022.

Aos meus mestres, Maria e Antônio.

AGRADECIMENTOS

Grata aos meus pais, Maria e Antônio, que em todos os momentos me apoiaram e me fortalecem.

Agradeço aos meus familiares que me apoiaram, de forma direta ou indireta.

Agradeço à minha orientadora, Professora Jeanine Nicolazzi Philippi, pelo aprendizado durante todo o período de orientação.

Agradeço ao Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq) por ter subsidiado este trabalho em nível de doutorado durante esses quatro intensos anos.

Por fim, lamento as vidas perdidas e tudo que estamos passando. Que dias melhores floresçam.

Muito obrigada.

RESUMO

No âmbito da teoria do direito, a pesquisa verifica a instrumentação da reserva do possível em prejuízo aos direitos humanos, especificamente o previdenciário, pela forma do direito contemporâneo conjugada às políticas econômicas e financeiras que se impõem neste mundo globalizado. Para tanto, articula a consequência das correntes teóricas classificatórias de tais direitos fundamentais e o modelo do direito contemporâneo. Fazendo-se uso da técnica de pesquisa da literatura que parte de uma sistematização da literatura nas bases de dados dispostas sobre o recorte aqui investigado. Realiza, também, pesquisa jurisprudencial, no site do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), como forma de verificar a instrumentalização da reserva do possível nos casos previdenciários. Com a análise do discurso evidencia-se o fator econômico/político na modulação do que se pode reconhecer como efetivação de direitos humanos com a lógica de mercado preponderante no mundo globalizado. Denota que a reengenharia da estrutura previdenciária brasileira, mediante o discurso da falência da previdência pública com a oneração dos cofres públicos, decorre de forças políticas e econômicas para a valorização da previdência complementar. Discurso legitimador da reforma da previdência brasileira.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Orçamento Público; Neoliberalismo.

ABSTRACT

Within the scope of law theory, the research examines the orchestration of the principle of possible reserve in prejudice of human rights, especificaly social security, by the way contemporary law is combined to economic and financial policies that are imposed in this globalized world. For this purpose, coordinates the consequences of the movements of qualifying theories of such fundamental rights and the format of contemporary law. Using the method of literature research which starts from a systematization of literature in databases organized on the scope definition here studied. Performs, also, jurisprudence research, on the Superior Court of Justice and Federal Supreme Courts's website, as a way of verifying the orchestration of the principle of possible reserve in social security cases. With the application of discourse analysis the economic/political factor is emphasized in the modulation of what can be recognized as human rights implementation within the market logic prevailing in the globalized world. Highlighting that re-engineering the brazilian social security structure, upon the argument of welfare system bankruptcy with the encumbrance of public funds, derives from political and economic forces for promoting the complementary private pension. Legitimising discourse of the brazilian social security reform.

Keywords: Fundamental Rights; Public Budget; Neoliberalism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DIREITO E ESTADO: IMPLICAÇÕES DA LÓGICA DE MERCADO NO MODELO DE DIREITO	18
2.1. DOCTRINA E REALIDADE: DISCURSO INTELECTUAL E HORDAS DE VIGILANTES	18
2.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRESSUPOSTO DO ESTADO DE DIREITO	23
2.3. DIREITO E EXCEÇÃO: A LÓGICA DE MERCADO	26
2.4. 1492: NOVO NOMOS DA TERRA A PARTIR DA AMÉRICA	29
2.4.1. A Europa Ocidental e a Ocidentalização do Mundo	33
2.4.2. Estado de Direito no Mundo Moderno	37
2.4.3. Ordem Jurídica Internacional após a Primeira Guerra Mundial: a Constitucionalização Liberal Do Mundo Jurídico	42
2.5. NEOLIBERALISMO E O FIM DO ESTADO DE DIREITO	55
2.6. O DIREITO EM UM ESTADO PÓS-NACIONAL: IMPLICAÇÕES DA ORDEM NEOLIBERAL	63
2.7. DEMOCRACIA DE MERCADO E DIREITO EM REDES	70
3. DIREITOS SOCIAIS E NEOLIBERALISMO NA AMÉRICA LATINA	75
3.1. ESTADO CONTEMPORÂNEO E PROTEÇÃO SOCIAL	75
3.1.1. Direitos Sociais	80
3.1.2. Justiciabilidade dos Direitos Sociais	88
3.2. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PREVIDÊNCIA SOCIAL	94
3.3. PREVIDÊNCIA SOCIAL E NEOLIBERALISMO NA AMÉRICA LATINA	102
3.4. RESERVA DO POSSÍVEL: ORIGEM E RECEPÇÃO NO BRASIL	107
3.5. ESTADO BRASILEIRO E PREVIDÊNCIA SOCIAL	114
3.5.1. A estrutura da proteção do direito fundamental no Brasil: Previdência Social	114
3.6. REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL	122
3.7. BRASIL: OS INVISÍVEIS NA PANDEMIA DA COVID-19	128
4. DISCURSO SOBRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: A RESERVA DO POSSÍVEL.	136
4.1. ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO	136
4.2. SISTEMATIZAÇÃO DE LITERATURA: PREVIDÊNCIA SOCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL	137
4.3. MAPEANDO A LITERATURA SOBRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL E A RESERVA DO POSSÍVEL: POR BASE DE DADOS	141
4.3.1 Base de Dissertações e Teses	141
4.3.2. Base Catálogo de Teses e Dissertações	145
4.3.2.1. Base Catálogo de Teses e Dissertações: Primeiro Trabalho	145
4.3.2.2. Base Catálogo de Teses e Dissertações: Segundo Trabalho	151
4.3.2.3. Base Catálogo De Teses E Dissertações: Terceiro Trabalho	153
4.4. APONTAMENTOS GERAIS	158

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: PREVIDÊNCIA SOCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL	162
5.1. PROCEDIMENTO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL	162
5.2. AMOSTRA DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL	164
5.3. PREVIDÊNCIA SOCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL NO STF	165
5.3.1 Análise do Acórdão do Recurso Extraordinário nº 1171152 RG	165
5.3.2. Fundamentação da reserva do possível - Demais casos do STF	166
5.4. PREVIDÊNCIA SOCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL NO STJ	176
5.4.1. Análise do Acórdão do Recurso Especial nº 1679866 / RS: Previdência Social	176
5.4.2. Análise do Acórdão do Recurso Especial Nº 1586142 / SP: Previdência Social	177
5.4.3. Análise do Acórdão do Recurso Especial nº 1776017 / RJ: Previdência Complementar	181
5.4.4. Análise do Acórdão da Recurso Especial Nº 1240691 / RS: Previdência Complementar	182
5.4.5. Fundamentação da Reserva do Possível - Demais casos do STJ	183
5.5. DOCTRINA DE BASE DAS DECISÕES DO STF E STJ	185
5.6. DIREITOS SOCIAIS COMO NÃO DIREITOS	192
5.7. PENSANDO OS DIREITOS HUMANOS	195
6. CONCLUSÃO	200
REFERÊNCIAS	205
ANEXO I - CASOS ANALISADOS	217
ANEXO II - AMOSTRA STF E STJ	235

1. INTRODUÇÃO

A reserva do possível é instrumentalizada em prejuízo dos direitos humanos, especificamente o previdenciário, pela forma do direito contemporâneo imprimida pelas políticas econômicas e financeiras que se impõem neste mundo globalizado.

Esse é o problema de pesquisa do presente trabalho que busca respondê-lo, tendo em vista a problemática articulação entre as correntes teóricas classificatórias de tais direitos sociais e o modelo do direito contemporâneo.

A pesquisa sobre essa articulação, entre a previdência social e a reserva do possível, verifica a instrumentalidade da reserva do possível para a legitimação de discursos/políticas que mantêm os sujeitos históricos periféricos, no caso América Latina, submetidos às políticas econômicas e sociais excludentes.

Nesse caso, a partir da Teoria do Direito, notar-se-á a construção do discurso da proteção social, que se baseia no direito fundamental. De tal forma que a política econômica dominante o instrumentaliza para sua funcionalidade, estabelecendo o que é e o que não é esse direito.

Assim, o recorte da pesquisa busca compreender a forma que o direito moderno moldou o processo produtivo econômico global, que se modifica em uma reinvenção lógica de sua manutenção. Com isso, busca-se sistematizar a apreensão da forma do direito contemporâneo e os efeitos aos direitos sociais, em específico a previdência com a realização da investigação jurisprudencial.

Justifica-se esse caminho investigado pela necessidade de identificarmos as correntes teóricas sobre tais direitos fundamentais, os quais são condição de possibilidade da existência do Estado. Para tanto, faz-se necessário conhecer as bases desse Estado moderno europeu que se fortaleceu a partir da invasão da América em 1942. Momento em que a Modernidade nasce e quando a Europa se centraliza na História do Mundo. Na relação entre direito, economia e política, decorre ao longo dos séculos em dinâmicas dominantes com transformações do sistema capitalista, que possibilita sua própria sobrevivência.

Sobretudo, é necessário desvelar o colonialismo interno a partir da convivência da lógica do capital com a forma do direito contemporâneo. Partindo-se da compreensão de algumas realidades na América Latina, de identificar como o discurso é instrumentalizado, da

verificação da literatura nacional sobre a relação entre os direitos previdenciários e a reserva do possível. Far-se-á também uma pesquisa jurisprudencial com o recorte da área previdenciária, observando-se a modulação incidente de aspectos econômicos e políticos para fundamentar os direitos humanos e a construção do discurso de privatização da previdência, sob o argumento da falência desta de cunho pública no Brasil.

E, por esta via indutiva, esboçar uma tese sobre a influência da lógica de mercado nas decisões expressas na atuação estatal e pela cúpula do judiciário brasileiro em favor da concepção de um Estado empresarial.

Em suma, o primeiro capítulo trata das implicações da lógica de mercado no modelo de direito. Tendo os direitos fundamentais enquanto pressupostos do Estado de Direito, prescreve desde já como se procede a modulação do direito. Concebendo o capitalismo, não como um produto da natureza, enquanto uma máquina que exige vigilância e regulação permanente. Com isso, pensa a história do Direito enquanto discurso crítico desvelador de formas reguladoras do jurídico e da lógica jurídica.

Destarte, há notas sobre a forma de apresentação discursiva do capitalismo como ordem natural na gramática do espaço. Empreendendo-se o contraponto da perspectiva de pensamento descolonial que confronta conceitos da modernidade. Discorre sobre a emergência da constituição da ordem geopolítica da modernidade e um novo mundo emerge no século XV, em 1492, com o “descobrimento” da América, pontuando os estudos descoloniais essa alteração da geopolítica global com a “invasão” da América.

Observa esse mercado enquanto lugar operacional da biopolítica. Tendo o controle total da população pelo mercado. O poder regulamentar do soberano. O conceito de mercado desloca-se e sofisticar-se, enquanto estrutura política, financeira e jurídica, em alguma medida militar, desorganizadora da economia. Que ocorre não devido à carência de meios técnicos ou financeiros, mas ao seu uso pela orientação política. Mostrando-se que os Mercados demandam uma limitação e controle de seus poderes, ou do poder do capital. Tendo-se de diferenciar os direitos como fonte potencial de abusos e privilégios daqueles como fonte generalizadoras de satisfação de necessidades básicas.

Nessa medida, cumpre tratar sobre o neoliberalismo, a originalidade de sua lógica normativa criadora de um novo conjunto de regras definidoras de outro “regime de acumulação” e, também, de outra sociedade. Observa-se, ainda, uma mutação e um deslocamento dos conceitos com a lógica sistêmica dos processos de reprodução social. Com a era digital, desloca-se os processos produtivos dominantes, quem controla o capital intangível, cada vez mais, controla os sistemas produtivos tradicionais (agricultura, indústria) orientados

pela lógica da acumulação industrial, apesar de não substituí-los, submete-os a uma nova lógica de acesso à informação e ao controle do conhecimento de forma ampla.

Nestes mundos diferentes, com lógicas funcionais incompatíveis, o Estado democrático endivida-se com dois povos. O povo do mercado com um sistema naturalmente financiado pelo crédito, diverso do povo do estado financiado pelos impostos. Entre demandas públicas e “avaliação de risco” sobre o pagamento ou não dos elevados juros da dívida, inclina-se à escolha da sobrevivência política qualificada misteriosamente de “os mercados”. Com isso, no seio do pretense Estado de bem-estar e políticas públicas, pulsa austeridade e lucros financeiros, essencialmente à manutenção da “confiança do mercado”.

Do exposto, resulta o questionamento sobre o que é o Direito contemporâneo, em um estado pós-nacional. O Direito não mais unificado com hierarquias verticais institucionalizadas, mas produções normativas setoriais. Assim, eventuais problemas seriam corrigidos pelo mercado, um Direito impulsionado por sistemas parciais da sociedade que é pouco interferido pelo Legislativo tradicional. A chave de compreensão sobre o que é o Direito contemporâneo e sua delimitação fronteiriça entre o âmbito nacional e regional é a expansão de redes funcionais especializadas, esvaziadoras da função sancionadora e das normas.

O segundo capítulo, sobre os direitos sociais e o neoliberalismo na América Latina, trata sobre a formulação da proteção social no estado contemporâneo. Tendo sido necessário particularizar os direitos sociais e sua justiciabilidade.

Localiza a discussão, no âmbito internacional, sobre a previdência social para particularizar suas questões na América Latina (AL). Desta especificidade, identifica no recorte da presente pesquisa “reserva do possível”, não apenas uma busca de transposição de conceito jurídico sedimentada na lógica de mercado imprimida no direito contemporâneo. Observa que o delineamento de questões passíveis como a “reserva do possível” expõe a configuração dispensada aos direitos sociais diante da cisão que se promove nos direitos humanos. Com isso, aproxima-se da estrutura da previdência social no Brasil, observando reformas propostas. Salienta, ainda, os invisíveis na pandemia da COVID-19.

No terceiro capítulo, a técnica de pesquisa da literatura partiu do instrumento oportunizado à comunidade acadêmica pela Biblioteca da UFSC, com o auxílio da pesquisa sistematizada de literatura nas bases de dados que dispõe sobre a pesquisa que aqui se realiza.

Para tanto, observa como se procede a análise crítica do discurso empreendida e como se faz a sistematização de literatura, bem como os limites de sua realização seja por questões de acesso seja por resultados efetivos sob o recorte desta investigação.

Feito isso, de forma geral, realiza-se um mapeamento dessa literatura sobre a previdência social no Brasil e a reserva do possível por base de dados. Tendo sido empreendido na Base de Dissertações e Teses e na Base Catálogo de Teses e Dissertações. Identificada a discussão e o tratamento conferido, faz-se apontamentos gerais sobre esse discurso sobre a previdência social e a reserva do possível. Para destacar as questões que envolvem os direitos sociais, especificamente a previdência social.

No quarto capítulo, faz-se uso da pesquisa jurisprudencial, através do site do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), como procedimento de verificação da instrumentalização da reserva do possível. Com isso, delinea característica do fator de influência da lógica de mercado nas restrições aos direitos humanos na realidade periférica brasileira.

Com essa extração de dados quantitativos e qualitativos, empreende-se uma análise provocadora a partir das questões do direito e do argumento da reserva do possível. Tendo em vista os casos previdenciários no STJ e no STF, a análise do discurso busca evidenciar o fator econômico/político na modulação do que se pode reconhecer como uma desativação de direitos humanos com a lógica de mercado preponderante no mundo globalizado.

Para, com isso, constatar que a reengenharia da estrutura previdenciária brasileira, com o discurso da falência da previdência pública com a oneração dos cofres públicos, decorre de forças políticas e econômicas para a valorização da previdência privada. Desse modo, tem sido o discurso para legitimar reformas da previdência brasileira. Desde a Constituição de 1988, de forma geral, aponta-se reformas constituídas pela Emenda Constitucional (EC) nº 20, de 15 de dezembro de 1998, a EC nº 41, de 31 de dezembro de 2003, a EC nº 47, de 05 de julho de 2005, medida provisória nº 676, de 2015, convertida na Lei 13.193, de 04 de novembro de 2015, e a EC nº 103, de 12 de novembro de 2019.

2. DIREITO E ESTADO: IMPLICAÇÕES DA LÓGICA DE MERCADO NO MODELO DE DIREITO

2.1. DOUTRINA E REALIDADE: DISCURSO INTELECTUAL E HORDAS DE VIGILANTES

É necessário aspas indicativas do método para discorrer sobre essa relação entre os direitos humanos e o Estado. Observa-se, em relação à história das ideias e à história dos intelectuais, que há articulação das críticas de historiadores da Escola de Cambridge com Quentin Skinner a respeito de um pressuposto de uma sabedoria intemporal e das formas de pesquisa que entrelaçam uma história das ideias com a sua dimensão linguística. Tem-se nas críticas a uma história abstrata de ideias a contribuição para uma história dos intelectuais sociais, com uma compreensão a partir de significados, funções e usos de obras ou atividades intelectuais.

Destarte, não se pode descuidar que há a criação da mitologia das doutrinas. Na primeira forma, com a transformação de observações de um teórico clássico em “doutrina”, e, na segunda forma, com a mitologia da coerência, como o erro procedimental de atribuição de doutrinas a um teórico.

“Intellectual”, termo de Chaubet François (2009, p. 180) ao retornar à trajetória da história dos intelectuais, contempla o comprometimento humano com a cultura e a política, bem como, no sentido amplo, com as repercussões nas formas de representação do pensamento e das sensações.

Jeanine Philippi (2010, p. 123) chama atenção à responsabilidade do sujeito diante do que enuncia e, também, dos desdobramentos nos enunciados que se acolhem como seus, pois, com frequência na academia, resignamo-nos às fronteiras conhecidas para, com o método, encontrar a pretensa verdade final. Nessa preservação de certezas, evitando a tarefa de uma enunciação eticamente comprometida, negamos o (i) mundo que fazemos emergir como resposta.

Essa impostura prescreve uma imobilidade do pensamento e torna-nos protagonistas de um jogo de máscaras que reverencia a maestria fundante e uma certa invenção. Por isso, indica Philippi (2010, p. 122-123), é oportuno outro horizonte de reflexão, além da certeza, considerando também que se pode representar um outro que

deixa sempre a desejar. Tal abertura restitui o sentido da pergunta (filosófica), o seu valor, que paradoxalmente rompe com a estabilidade do saber.

Tendo em vista que, na tarefa do intérprete de um cânone de textos clássicos, tende-se à captura de “ideias universais” para constituir uma “sabedoria intemporal”; e que, não sendo as obras contemporâneas ao leitor, com a identificação de “elementos atemporais”, surgiria como benefício dessa tarefa o concentrar-se no que o autor diz sobre cada um dos “conceitos fundamentais” e das “questões perenes”.

A captura dessa sabedoria intemporal se daria em não desviar a atenção para as questões sociais ou a origem dos contextos intelectuais. Essas são as premissas evidenciadas pela crítica de Quentin Skinner (2017, p. 360) ao tratar das histórias de diferentes atividades intelectuais.

Essa tarefa é cumprida a partir de aportes teóricos, como de historiadores da Escola de Cambridge e Quentin Skinner, que trata de dois tipos de pesquisa com o entrelaçamento de uma história das ideias com a sua dimensão linguística, ao articulá-la a um contexto que define uma história cultural de ideias. Essa proposta perpassa pelo estabelecimento de um contexto amplo, sendo que o contexto representa um quadro de possibilidades.

Sob diversas formas, a formulação histórica cria a mitologia das doutrinas a partir da expectativa dos clássicos sobre os temas. O primeiro perigo é transformar observações aleatórias em “doutrina”, o que gera dois efeitos históricos absurdos: o foco nos pensamentos individuais como característico de biografias ou da história do pensamento e o foco em alguma “ideia-unidade”, característico da história das ideias.

Portanto, a primeira forma da mitologia das doutrinas consiste na confusão de observações para constituir a “doutrina” de um teórico clássico. A segunda forma é o erro em criticar um teórico que não apresenta uma doutrina delineada, mas cuja principal versão é a atribuição de doutrinas consideradas próprias de sua matéria. Isso decorre do procedimento percorrido pelo exegeta que tem a função de descobrir a coerência interna até um alto grau de consistência para apresentar as ideias de forma coerente. É a mitologia da coerência.

É preciso detectar essas considerações, por vezes ignoradas. Quentin Skinner aponta que, como forma de estudo da história do pensamento para o entendimento de textos, deve-se propor uma explicação do sentido do dito, do significado, e do que poderia ter-se pretendido dizer, a força da intenção. Sem ter o objetivo de indicar qual

interpretação deve ser escolhida, aponta para a inadequação da metodologia nas interpretações revisionistas (SKINNER, p. 390).

Como forma de decodificar as intenções de um autor, resultam duas conclusões, uma sobre o método para o estudo das ideias que pressupõe o entendimento da pretensão como significado e como deveria ser recebido, e outra sobre a articulação entre o pronunciamento e seu contexto linguístico mais amplo.

Essa abordagem alternativa de uma espécie de hermenêutica estrutural (ALEXANDER; SMITH, 2003, p. 24) com considerações sobre a autonomia da cultura e a captura das teias da vida social, atenta a instituições e atores, funda uma sociologia robusta. Uma hermenêutica estruturalista entende a cultura não apenas como um texto (à la Geertz), mas também como um texto sustentado por sinais e símbolos relacionados.

Tendo em vista que o foco é essencialmente linguístico e que a metodologia adequada é atenta à recuperação das intenções, o estudo do contexto social de um texto é o melhor marco para delinear significados. A crítica de Skinner (2001, p. 397) sugere, como principal conclusão, o valor filosófico do estudo da história das ideias no diálogo entre a análise filosófica e a evidência histórica. Sendo a afirmação como a materialização de uma intenção específica em uma situação específica, os textos correspondem a suas próprias perguntas.

No sentido marxista, entendendo como lugar-comum os limites invisíveis impostos por nossa sociedade, o estudo das ideias precisa de mais do que “ideias metafísicas antiquadas”. A lição oferecida pela história do pensamento de aprender com o passado é compreender uma das chaves para a autoconsciência, não para a falácia de solução de problemas imediatos.

A retomada do estudo do discurso intelectual empreendida pela Escola de Cambridge salienta os poderes da linguagem. Postulam-se pelo menos dois caminhos metodológicos para uma história contextual a partir de uma história interna das ideias e uma história cultural das ideias. Tem-se a união de uma abordagem receptiva das ideias e das condições controversas do debate intelectual.

Com isso, ligam-se diferentes ordens de realidade em uma relação extradiscursiva que se articula com a dimensão política e cultural para uma investigação global. A qualidade reside na localização do papel da obra intelectual e artística no seio da história geral. A visão geral parte de uma história dos significados para uma história intelectual que foca, principalmente, um estudo das funções e dos usos. Essa história intelectual articula os três tipos de abordagens (CHAUBET, 2009, p. 190).

Considerando, ainda, um discurso crítico do pensamento descolonial, a geopolítica do conhecimento é elementar para salientar a colonialidade do poder e a diferença colonial. Pois, nessa história das ideias, empreende-se a reflexão do imaginário conflitivo que surge com o da diferença colonial, tendo esta, como eixo organizador contínuo, a colonialidade do poder (MIGNOLO, 2005, p. 32).

Repise-se o conceito de colonialismo enquanto uma relação política e econômica de domínio de um povo sobre outro ou nação, e a colonialidade como a sobrevivência de um padrão de poder decorrente do colonialismo moderno, conforme diferencia Nelson Maldonado Torres (2007, p. 131). Desse modo, entranha-se nas raízes da sociedade e sobrevive apesar do término dos colonialismos modernos com a descolonização ou emancipação das colônias latino-americanas, asiáticas e africanas, nos séculos XIX e XX (SAVARINO; CANDAU, 2015).

A colonialidade do poder, conceito proposto por Quijano (2000, p. 204), denota a estrutura de dominação que produz novas identidades históricas e sociais relacionadas, mutuamente e por associação, em torno da ideia de raça e divisão do trabalho desde a conquista/invasão/ocidentalização às quais foram submetidas a América Latina, a África e a Ásia.

Assim, Dussel (1993) faz críticas à perspectiva histórica linear que se estabelece impulsionando uma relação binária do conhecimento europeu e não europeu, e a categoria raça é basilar na codificação de novas categorias: Oriente/Ocidente; primitivo/civilizado; irracional/racional; tradicional/moderno; mágico-mítico/científico. A exceção reconhecida como o Outro da Europa ou do Ocidente foi o Oriente, os demais eram primitivos.

Tecer notas sobre a história intelectual dos direitos humanos é delinear o estudo do discurso intelectual sobre a natureza humana proprietária, que, com John Locke, é uma justificação da propriedade. Nesse processo, tem-se o subsídio, conferido pela natureza humana, à constituição do direito de propriedade.

Apresenta-se o capitalismo, não como um produto da natureza, mas enquanto uma máquina que exige vigilância e regulação permanente. Assim, busca-se pensar a história do Direito enquanto discurso crítico para compreender as formas reguladoras do jurídico e desveladoras da lógica jurídica. Para tanto, discorre-se sobre a história das ideias e sobre a história intelectual para detectar caminhos dessa tarefa investigativa. Com isso, percorrem-se os emaranhados discursivos basilares da entidade Estado.

Na história sintética do pensamento, ao estudioso da história do Estado é rudimentar atribuir significado e intenções às observações de John Locke para encontrar uma “teoria do contrato social”, enquanto a história das ideias modela a morfologia de uma doutrina, o contrato social, em que a formulação de uma linguagem descritiva torna as suas ideias pressupostas. Na história das ideias, há dois absurdos históricos: a tentativa de aproximações a um tipo ideal e a de demonstração de uma previsão de doutrinas posteriores.

Destarte, faz-se um estudo do discurso intelectual usado para delinear a maneira como a natureza humana se fez proprietária de uma parcela. Locke faz um relato do movimento até a propriedade privada, que ele mesmo considerou entregue em comum ao gênero humano.

Noam Chomsky (2010, p. 39) ao discorrer sobre a doutrina neoliberal, frisa que a abordagem considera a distinção doutrina e realidade. Tendo sido a doutrina oficial imposta às pessoas indefesas enquanto a “doutrina do livre mercado realmente existente” prevalece desde o século 17, aplicada aos seus criadores se há algumas vantagens temporárias.

Por isso, Douzinas (2009, p. 186) sinaliza que, embora justificado o esforço de resgate dos direitos humanos, reduz-se o limiar crítico diante da lei e da história jurídica. A subestima contínua do papel contraproducente do legalismo na teoria dos direitos.

Portanto, merece avaliação cautelosa as doutrinas que dominam o discurso intelectual, com atenção às discussões, aos fatos e às lições históricas do passado e da atualidade. Sendo razoável supor que os planos dos “grandes arquitetos” das políticas governamentais pouco provável seja “certo” para os povos do mundo, não podendo ser tomado como “certo” enquanto entidades com valores e interesses comuns (CHOMSKY, 2010, p. 46).

Sendo a arma definitiva contra os elementos populares de uma sociedade democrática, o empenho do governo e da mídia de manter em segredo as negociações, exceto ao seu “público interno” oficial, que sustentam o sistema que socializa os custos e os riscos das transnacionais. Desinteressa a esse esquema que a população descubra os termos das negociações com implicações sociais negativas. Assim, o poder e o privilégio das tiranias privadas desenvolvem o processo de concentração da administração dos mercados e constituem um Senado virtual. Enfraquece a democracia, frustrando o anseio popular de instrumentalização das formas democráticas em favor do interesse público (CHOMSKY, 2020, p. 168, 179).

2.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRESSUPOSTO DO ESTADO DE DIREITO

Como forma de compreender a função dos direitos humanos na emergência da estrutura estatal no mundo moderno, muitos autores revisitam os tradicionais relatos sobre sua historicidade. Giorgio Agamben (2014, p. 124), fundamental nesse ponto, indo além do nexo entre os direitos dos homens e o Estado nacional realizado por Hannah Arendt, ressalta que a supervalorização instrumental dos direitos do homem no âmbito das organizações supranacionais obstaculiza a compreensão do significado histórico do fenômeno.

Para tanto, neste trabalho, busca-se apreender sua função histórica real na formação do moderno Estado-nação enquanto figura original de inscrição da vida natural dentro da ordem jurídico-política desse Estado.

Vida nua natural, no antigo regime, politicamente indiferente e pertencente a Deus, e, no mundo clássico, aparentemente, poder-se-ia ter a distinção como *zoé* da vida política (*bíos*). Indica Agamben que esses direitos estão em primeiro plano na estrutura estatal e tornam-se o fundamento de sua legitimidade e soberania.

Oscar Correias (2006, p. 273), ao compreender os direitos humanos como discurso, busca saber o que se diz a partir da análise desse discurso, sinalizando tratar-se de uma História que conduz ao dinheiro como resultado natural do desenvolvimento da natureza humana. Então, tudo se originaria da natureza humana (CORREAS, 2006, p. 285).

Considerando o contexto de formação do Estado nas sociedades europeias, enquanto estrutura de poder, o discurso parece apropriado ao empreendimento de invasão da América, tornando legítima a apropriação das terras pelos europeus – conforme prenuncia a natureza e a lei natural –, na sequência justificada com o desenvolvimento teórico de uma conformação ao Direito.

Tem-se como possibilidade a análise de uma história intelectual dos direitos humanos, apreendendo na história das ideias e na história intelectual formas de caracterizá-la. Para tanto, observa-se aporte teórico que questiona a sua base de fundamentação tradicional. E, a partir de uma compreensão dinâmica do desenvolvimento de uma racionalidade moderna que fundamenta esses direitos, serão delimitados os

contornos das influências sócio-político-econômicas que se impõem aos direitos fundamentais.

John Locke (2014, p. 427) não vislumbra a questão que é a propriedade da terra e da existência do valor agregado pelo trabalho às coisas que a natureza forneceu em comum. Nesse processo, a natureza é fixada na medida da propriedade de extensão do trabalho e da conveniência de vida, com o trabalho, no princípio, subsidiando o direito de propriedade. Posteriormente, através de um consentimento mútuo, teria ocorrido a instituição do uso do dinheiro, como na América, sem equivalente no mundo inteiro que respaldasse as proporções diferentes de posses.

Desse modo, não compreende os despossuídos, tendo em vista que homens se veem diante da conveniência de defender suas propriedades e, por acordo, abdicam de parte dela (vida ou liberdade ou propriedade) a um poder que julgará violações de forma imparcial. Resulta do próprio movimento ou “história” da natureza humana essa sociedade civil ou política de Locke.

Enquanto representante da teoria da natureza humana benigna, John Locke, antes de Adam Smith, juntamente às contribuições de uma razão pura – a universalidade prática de Immanuel Kant (2003) –, torna-se arquiteto da teoria basilar, manuseada na mente dos colonizados da América, das desiguais relações entre a propriedade e o poder, com a opressão de sujeitos históricos nas sociedades periféricas.

Rousseau também indica a natureza benigna do homem que nascia livre, até que se inventou a propriedade privada, e os rumos das sociedades se alteraram. Difere da tradição revolucionária de pensar que a solução estaria nas mudanças das relações sociais. Ele apenas indica que a governança da vontade geral, derivada da formulação de um Estado, seria o ponto final da narrativa encarregada da natureza humana (CORREAS, 2006, p. 281).

De outro modo, o clássico Hobbes (2000) indica que a inclinação geral da humanidade é a busca de poder, cessando somente com a morte. Antes do suposto contrato, não há justiça nem propriedade. Esta, como um produto do pacto, torna-se o terceiro direito fundamental da burguesia.

Essa formulação da propriedade desperta a curiosidade, pois não advém da natureza, e sim da artificialidade de um pacto político (“político”, porque trata do poder). Ademais, essa artificialidade é fruto do movimento do herói do relato, surgindo após o pacto.

No contexto de invasão da América, Oscar Correias (2006, p. 278) observa que se mostra um discurso legitimador da apropriação das terras. Locke pressupõe um acordo geral, uma entrega de parte de sua propriedade (vida, ou liberdade, ou propriedade) a um poder que deterá o poder imparcial. Por conseguinte, o argumento de que a natureza humana é naturalmente proprietária.

Torna-se, portanto, pressuposto, da formação dessa nova estrutura moderna, o Estado. Ou seja, os direitos fundamentais são uma condição, pressupõem-se para o estabelecimento de um suposto “contrato social”. Nesse sentido, indica Bobbio (2004, p. 58).

(...) A inflexão a que me referi, e que serve como fundamento para o reconhecimento dos direitos do homem, ocorre quando esse reconhecimento se amplia da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.

Agamben (2010, p. 108) também vê como necessária uma releitura, desde o princípio, do mito de fundação da cidade moderna de Hobbes a Rousseau. Nessa passagem da natureza ao Estado, há uma complexa zona de indiscernibilidade provocada pelo mitologema hobbesiano no que se refere ao suposto contrato, condenando a incapacidade de se pensar em uma política não estatal, na modernidade, e o enfrentamento do poder soberano na democracia.

Assim, indica o estado de natureza como um estado de exceção, pois a fundação se dá continuamente no estado civil sob a forma de decisão soberana que incide sobre a vida dos cidadãos, elemento político originário, que, porém, é a vida nua do *homo sacer*. Nota-se que a violência soberana é fundada na inclusão exclusiva da vida nua no Estado, não em contrato. Essa relação de abandono é de difícil percepção, posto que o que a separação e a entrega a quem o abandona, havendo uma exclusão e inclusão, uma dispensa e captura simultânea. Assim, localizando a vida no centro da política estatal, o referido autor observa os estudos de Foucault (AGAMBEN, 2010, p. 105, 109-110).

Pisarello (2007, p. 31) ressalta ao discorrer sobre os limites de uma leitura geracional dos direitos, tendente a universalização abstrata, sem hierarquias nacionais, de grupos étnicos, que o uso de lentes mais realistas deve observar como, a partir da construção dos estados modernos, determinados grupos sociais são desprovidos de

reconhecimento de direitos, diante de uma construção em termos racistas e inferiorizados projetados até nossos dias. Violento processo de expropriação, destrutivo das formas de vida comunitárias e de satisfação de necessidades básicas, empreendido principalmente pela expansão colonial europeia e estendendo-se, em muitos casos, apenas de uma formalização da construção de estados independentes.

2.3. DIREITO E EXCEÇÃO: A LÓGICA DE MERCADO

Quanto ao estado de exceção, Agamben (2004, p. 15) ressalta que “O estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite”.

Com isso, tem-se a esfera soberana em que a vida é capturada. O *homo sacer* é a vida capturada, é o primeiro conteúdo do poder soberano. Nesse sentido, expressa Agamben (2014, p. 85): “A sacralidade da vida”, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono. E a estrutura topológica do estado de exceção é: Estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer: tal é a estrutura topológica do estado de exceção, e apenas porque o soberano que decide sobre a exceção é, na realidade, logicamente definido por ela em seu ser, é que ele pode também ser definido pelo oxímoro êxtase-pertencimento (AGAMBEN, 2004, p. 57). Ainda sobre o vínculo (pacto ou contrato) soberano, implica-se a vida nua na ordem jurídico-política, em dupla exceção, matabilidade e insacrificabilidade (AGAMBEN, 2014, p. 91).

Trata-se de reconhecer o banimento da vida sacra nas relações políticas e nos espaços públicos diante dessa estrutura de bando que é a força atrativa e repulsiva dos dois pólos da exceção soberana (vida nua e o poder), na modernidade, que coloca essa vida no centro da política estatal¹, como na relação de *bando* constituída desde a estrutura do poder soberano (AGAMBEN, 2010, p. 110).

Michel Foucault, ao pesquisar os processos de subjetivação que objetivam o próprio eu do indivíduo vinculado a um poder de controle externo, não alcançou o esboço do local da biopolítica moderna nos grandes Estados totalitários, com uma análise do

¹Michel Foucault trata de definir esse processo como biopolítica. Sendo assim, ela é definida como o crescente controle da vida natural do homem pelos mecanismos e pelos cálculos do poder.

campo de concentração. Enquanto Hannah Arendt, ao penetrar na estrutura dos Estados totalitários que tem o objetivo de dominação total do homem, percebe a relação entre o domínio totalitário e a particularidade da condição de vida que é o campo, mas faltando-lhe uma perspectiva biopolítica. Agamben assevera que esse processo é inverso, a legitimação e a necessidade do domínio total teriam se dado com a radical transformação da política em campos, isto é, no espaço da vida nua. Portanto, o foco é o conceito de “vida nua” ou “vida sacra”, e seus avatares representados pela sexualidade etc., que se entrelaçam de forma íntima com a política (AGAMBEN, 2010, p. 117).

Tendo em vista tais considerações, pode-se compreender a contínua crise do Estado-nação mesmo com as históricas declarações de direitos, seus desenvolvimentos e mudanças. A vida que tinha sido investida do princípio da soberania, na biopolítica moderna, torna-se o local da decisão soberana (AGAMBEN, 2010, p. 138). A decisão é lei na politização da vida, é uma linha em movimento, é a zona em que o soberano está em simbiose com o jurista, o médico, o cientista (AGAMBEN, 2004, p. 119). Hannah Arendt (2012, p. 424) sinaliza que as condições para domínio total são a transformação das classes em massas e a eliminação da solidariedade grupal.

Constata-se que hoje, de fato, a vida é exposta a uma violência sem precedentes, em uma nova semântica do *homo sacer* emancipado da ideologia sacrificial, pois esta ainda é uma linha de fuga da política. A nova soberania biopolítica não pode ser coberta pelos véus sacrificiais. A dimensão da biopolítica é o lugar da vida nua do *homo sacer* que hoje não é mais uma figura predeterminável do homem sacro (2014, p. 112).

O *corpus*, o novo sujeito da política, é a base da democracia moderna que nasce como reivindicação e exposição deste. São os corpos matáveis do súdito que constituem o novo corpo político do Ocidente (AGAMBEN, 2014, p. 122).

A partir do mercado, a biopolítica é operacionalizada. É o controle total da população pelo mercado. A tecnologia do poder é o biopoder, o poder regulamentar do soberano. A razão de Estado converte-se em uma razão de biopolítica. Essa nova tecnologia lida com um novo corpo, um corpo múltiplo, a população. Este como um problema político e científico, biológico e de poder. População como fenômeno. É o controle da biopolítica do *homo economicus*.

Acompanhando as mudanças provocadas pelo mundo corporativo, o conceito de mercado desloca-se e sofisticase, de livre troca de bens e serviços para conceber um grupo de grandes intermediários financeiros que visam o rendimento das suas ações e de outras aplicações financeiras. Não é mais o que chamamos de mercado, mas uma estrutura

política, financeira e jurídica, em alguma medida militar, desorganizadora da economia. Isso não devido à carência de meios técnicos ou financeiros, mas ao seu uso pela orientação política (DOWBOR, 2020, p. 50-51, 81).

Os Mercados não constituem o mal, tendo registros anteriores às economias capitalistas como um mecanismo de intercâmbio, mas demandam uma limitação e controle de seus poderes, ou do poder do capital. É necessário diferenciar os direitos como fonte potencial de abusos e privilégios daqueles como fonte generalizadoras de satisfação de necessidades básicas. Tendo em vista que a incompatibilidade entre a distribuição igualitária dos direitos e dos sistemas políticos e econômicos dominantes evidenciam a importância da autonomia (PISARELLO, p. 54).

Douzinas (2009, p. 186) observa que o discurso dos direitos burgueses com a legalização e a internacionalização dos direitos humanos promoveu uma imposição de uma lógica de interdição e uma expansão planejada que invalida a prática desordenada e aberta dos direitos. Enquanto contínua linguagem do Estado, os direitos legais podem ser moldados pelo poder à sua própria imagem. Nasceram esses direitos como instituição paradoxal, com a igualdade formal e cidadania menos do que universal, com potencial de instrumentalizar a emancipação e de fortalecer o domínio burguês. Outrossim, com uma história ambígua, ora usados como proteção do poder arbitrário ora garantidor e naturalizador das forças sociais dominantes com suas exclusões de classe, gênero, raça e étnicas.

Não somente mascara o poder social com a despolitização de instituições como a propriedade privada, mas também organizou a exploração e regulamentação de populações em massa. Foucault (2008, p. 61) analisa as relações de poder, uma vez que elas designam um campo de relações em que a nova razão governamental é uma forma de controlar o comportamento humano. O governo manipula interesses.

Nesse sentido, Agamben aponta uma ambiguidade semântica do conceito “povo” na política ocidental, pois há uma oscilação dialética entre uma inclusão e uma exclusão. Carrega, desde sempre, a fratura da biopolítica fundamental ao não poder ser incluído no todo do qual faz parte. Esse lugar é a fonte pura de toda identidade continuamente redefinida e purificada pela exclusão da língua, e tal se dá pela falta de essência (AGAMBEN, 2010, p. 173).

O povo, depositário único da soberania, para Agamben (2010, p. 175), a partir da Revolução Francesa, torna-se uma presença embaraçosa na tentativa metódica de preencher sua fissura, eliminando o povo dos excluídos, conforme um discurso obsessivo

de desenvolvimento que coincide com o projeto biopolítico de produzir um povo sem fratura. Todavia, o projeto democrático-capitalista de eliminação das classes pobres da periferia da globalização reproduz o povo excluído no seu inteiro e, ainda, transforma-os em vida nua. Torna-se necessária uma política que enfrente a cisão biopolítica fundamental do Ocidente, produtora dessa oscilação, e que termine com a guerra civil divisória dos povos.

2.4. 1492: NOVO NOMOS DA TERRA A PARTIR DA AMÉRICA

Postas tais considerações, tecer-se-ão notas acerca da tese sobre a forma como o capitalismo se faz pelo discurso como ordem natural na gramática do espaço a partir da chave de compreensão da constituição da ordem geopolítica da modernidade com Carl Schmitt, identificando seu realismo político. Empreende-se, também, o contraponto da perspectiva de pensamento descolonial que confronta conceitos da modernidade.

Realismo político, em síntese, constitui o primeiro debate ontológico da Teoria das Relações Internacionais, entre o “dever ser” dos chamados idealistas e o “ser” dos realistas. Estes estudam o mundo como realmente é e defendem uma visão mais harmônica com as esferas do poder e do interesse da política internacional. Enquanto os idealistas concebem o mundo visando a uma pacificação, os realistas estudam os meios de manutenção no poder disponíveis aos Estados (MESSARI; NOGUEIRA, p. 4).

Com José Eduardo Farias, busca-se localizar as questões econômicas e financeiras que desafiam pensar o modelo de Direito hodierno no mundo globalizado após as crises do capitalismo, bem como compreender sua estrutura decorrente de uma normatividade além do Estado, um Direito sem Estado.

Objetiva-se, com isso, articular também lições sobre uma nova racionalidade geradora de uma nova subjetividade contábil, a forma da subjetivação capitalista, traçada sobretudo por Pierre Dardot e Christian Laval.

Tendo em vista ainda as lições de Ladislav Dowbor (2020, p. 23) que considera uma abordagem da ortodoxia científica, a compreensão de que o acúmulo das alterações quantitativas deriva em uma mutação qualitativa atualmente. A evolução do capitalismo para outro modo de produção, caracterizado como informacional, constitui uma outra era, um novo animal. Uma revolução, constituindo uma transformação, tendo essa hipótese de transição o outro modo de produção quando mudanças da sociedade formulam uma

outra lógica sistêmica. Não tratando como outra matriz ou outro paradigma, observando a construção de um novo sistema para o futuro.

A constituição da ordem geopolítica da modernidade acontece quando um novo mundo emerge no século XV, em 1492, com o “descobrimento” da América, despontando a época do moderno direito europeu das gentes, observa Carl Schmitt (2014, p. 87-88). Apontamento fundamental nos estudos descoloniais, que propalam que, em 1492, houve a alteração da geopolítica global com a “invasão” da América.

Ponto convergente de Dussel e Schmitt é a compreensão de que o fenômeno da modernidade ocorre quando a Europa central, em decorrência do surgimento da América, torna-se o centro do mundo. Como donos do mundo, regulam a ordem, as pessoas, os padrões de guerra distintos conforme o solo. Evidentemente, há uma contestação conceitual entre “descobrimento” e “invasão”.

Schmitt refere-se a um “descobrimento” da América, por motivos discutidos mais adiante no presente texto. Por isso, repise-se que sua escrita se insere no que se chamou de realismo político. A produção literária que cuida da perspectiva descolonial, por sua vez, depõe esse termo para indicar o acontecimento como “invasão”.

Portanto, enquanto fato europeu em relação à dialética com o não europeu, Dussel (1993, p. 19; 35) revela que a Modernidade começa quando a Europa se afirma como centro de uma história mundial. Não à toa, a América é excluída, enquanto a África e a Ásia são desqualificadas na história mundial.

A nova visão mundial da Modernidade que desenvolveu o “ego” europeu, até então periférico do mundo muçulmano, deu-se com a conquista do México enquanto primeira forte experiência desse ego. Assim, reside no Outro (não europeu) a alteridade essencial da Modernidade (DUSSEL, 1993, p. 23, 34 e 114).

Da luta intraeuropeia por esse Novo Mundo, origina-se um modo de pensar chamado por Schmitt (2014, p. 87-89) de “concepção de linhas globais”, uma luta política pelos conceitos puramente geográficos. Sendo desde o início uma questão política, frisa o autor, quando a consciência histórica e científica do homem incorporou todos os sentidos da palavra, potencializou-se a importância política concreta de repartição geográfica da terra e, também, de uma ordem espacial dessa superfície de conteúdo substantivo.

Com isso, o Direito mostrar-se-ia como uma organização dessa divisão de Terras com o Novo Mundo, diverso do *nomos* medieval, posto que este último ainda não tinha a

compreensão da globalidade, possível posteriormente com o “descobrimento” da América.

Foram produzidos os primeiros mapas e globos, após a “invasão” da América, bem como as primeiras noções científicas da forma do nosso planeta e de um novo mundo no Ocidente, com os traços das primeiras linhas globais de divisão e partição (SCHMITT, 2014, p. 89).

Para não perder a consciência da associação e indissociabilidade, no plano do dever-ser e do ser, entre ordem jurídica e um espaço, como se entende no século XIX a equivalência do direito à legalidade estatal, Schmitt resgata significados de *nomos* para compreender isso como aquele ato originário fundador do Direito.

O espaço não é neutro. Para nele tornar-se realidade a vigência do Direito, faz-se necessária a estruturação do espaço jurídico e das fronteiras. Então, na medida em que, na sua interpretação, há incorporação do significado de *nomos* enquanto ato de apropriação, é decisiva a apropriação da terra. Posto que, nessa origem, não há uma norma fundamental, mas uma apropriação fundamental.

A fundamentação desse *nomos* se contrapõe à teoria de Kelsen (1998, p. 4, 21, 139, 200), quando este autor enfatiza o aspecto formal do Direito – o Direito que produz o Direito –, identificando que o criador do Direito é o poder constituinte originário. E, a partir dessa constituição, o Direito é estabelecido. E o Estado é estabelecido. Assim, o Direito e o Estado se confundem com a ordem normativa. Em suma, para o positivismo jurídico, o Direito é um comando. Ressalte-se, especificamente em relação à norma fundamental, que Kelsen entende a norma fundamental sem nenhum tipo de dominação, diferentemente do pensamento schmittiano.

Então, aquele ato de apropriação (das terras do Novo Mundo) seria a condição de possibilidade de existência do campo de força de uma ordenação, que anteriormente não existia. Em relação à interpretação de *nomos*, considera que a apropriação teria prioridade e anterioridade, tanto conceitual quanto empírica. E, para se realizar uma *divisio primavera*, anteriormente seria necessária uma *occupatio* ou *appropriatio primavera*, apresentando-se, em Schmitt, o *nomos* da Terra como princípio fundamental da distribuição do espaço terrestre, os processos de apropriação, divisão e exploração decorrentes da dita descoberta do Novo Mundo e da abertura dos oceanos mundiais (FERREIRA, 2008, p. 360).

Giorgio Agamben (2014, p. 26) ressalta que esse “ordenamento do espaço” do *nomos* soberano não consiste apenas na “tomada da terra”, ou seja, no estabelecimento de

uma ordem jurídica e territorial; mas, principalmente, por caracterizar uma “tomada do fora”, ou seja, a exceção.

Desse modo, nota-se com Schmitt uma compreensão determinista da realidade do mundo: uns mandam e os demais obedecem. É a força definindo-os.

Schmitt distingue diferentes tipos particulares de linhas globais a partir de sua singularidade histórica (SCHMITT, 2014, p. 92). Em suma, a primeira linha global da *raya* tem como fato peculiar que dois príncipes reconhecem a mesma autoridade espiritual, o papa, inclusive considerando o direito das gentes que distingue o solo de príncipes e povos não cristãos e cristãos, havendo um acordo da aquisição das terras de príncipes e povos de outros credos. À época, o papa repartia apenas territórios destinados às atividades missionárias, uma manifestação dessa ordem espacial que distingue entre os domínios. Uma ordem espacial da *Republica Christiana* medieval que ainda não distinguia a tomada de terra e a de mar.

O segundo tipo histórico, as linhas de amizade, consubstanciando parte relevante do direito das gentes europeu, referem-se à época das guerras religiosas no século XVII, com a tomada europeia de terra por protestantes e potências católicas do mar no Novo Mundo. À época, continuava em vigor o princípio de que os tratados, a paz e a amizade referem-se exclusivamente à Europa, enquanto o Velho Mundo, no espaço deste lado da linha, assinala o término do “direito público europeu”. Diversas da *raya*, as “linhas de amizade” demarcam um espaço de luta à liberdade nos novos espaços, que consiste em uma área de uso livre e irrefreável da violência (SCHMITT, 2014, p. 94-95).

Portanto, mantém-se uma relação de exceção que molda a soberania. Ou seja, a exceção soberana compreende a integração daquilo que está fora dela através da suspensão da validade do ordenamento, retirando-o, o abandono. A regra se suspende, dando lugar à exceção e, assim, mantendo-se como regra constituída em relação com aquela. Essa capacidade de manter-se em relação a uma exterioridade é o “vigor” da lei. A situação criada pela exceção, portanto, institui um paradoxo limiar de indiferença entre uma situação de fato e de direito (AGAMBEN, 2014, p. 25).

Essa inclusão numa relação que exclui, na verdade, o não europeu, mostra-se uma forma procedimental que se estabelece nessas relações com os Estados e os indivíduos também.

2.4.1. A Europa Ocidental e a Ocidentalização do Mundo

Depois do estabelecimento, em solo europeu, da nova ordem espacial relacionada a Estados, surge a terceira linha global questionando essa ordem: do hemisfério ocidental. Discorre Schmitt (2014, p. 103) que esse questionamento começa no século XVIII, com a guerra de independência e com “uma transferência do estado de natureza”, de Rousseau, aos Estados que se libertaram da Inglaterra e da Europa, mas os efeitos práticos dessa linha só se dariam no início do século XIX.

Schmitt (2014, p. 103) argumenta que a estrutura do direito das gentes europeu foi determinada pelo evento fundamental que representou a “conquista” de um novo mundo, ao longo de 400 anos, do século XVI ao XX. Ao estudar o caráter espacial do novo *ordo*, menos espiritual e mais espacial, o autor considera distração outras questões secundárias como questionar se os “grandes homens”, além da linha de amizade, estão entre si em “estado de natureza” (SCHMITT, 2014, p. 156).

Para filósofos do século XVI, como Hobbes, a América vivia em estado de natureza, uma luta pré-estatal e livre, entre impulsos e interesses egoístas, enquanto Locke prescreve que a América estava começando e em estado de natureza distinto. Schmitt (2014, p. 312) chega a destacar que os filósofos do Iluminismo francês no final do século XVIII alteraram essa concepção, passando a considerar a América livre e independente, o lugar de estado de natureza distinto, no sentido de Rousseau. Assim, um Mundo intocado pela corrupção da Europa supercivilizada.

Embora não pretenda dar atenção a ela, o autor apreende essa questão do “estado de natureza” como possibilidade argumentativa. Por isso, impende pensar com Agamben (2014, p. 42) que a soberania engloba o estado de natureza na sociedade, como uma zona de indiferença, e esta constitui a particular violência soberana. O estado de natureza é o ser-em-potência do Direito, que, como já pressupunha Hobbes, não se trata de um período real, mas um princípio interno ao Estado.

O Estado, como a nova ordem territorial, desde o século XVI, tem com os juristas a conversão das questões do direito das gentes, a partir de sua secularização, em uma filosofia “natural” e em um direito “natural” da razão humana em geral. Em uma combinação híbrida de doutrinas da tradição da Idade Média com conceitos jurídico-civilistas puramente seculares, o Estado surge como agente secularizador da vida europeia. Nesse sentido:

A partir do século XVI, o direito das gentes europeu continental, o *jus publicum europaeum*, era essencialmente um direito *interestatal* de Estados soberanos europeus e determinava o *nomos* da Terra a partir desse núcleo europeu. A “estatalidade” não é um conceito geral válido para todos os tempos e povos, mas sim uma manifestação histórica concreta vinculada a uma época. A particularidade histórica, única e inteiramente incomparável, daquilo que se denomina Estado em um sentido específico reside no fato de que esse Estado é o veículo da secularização. Por isso a formação de conceitos do direito das gentes dessa época conhece apenas um eixo: o Estado territorial soberano (SCHMITT, 2014, p. 132).

O “Estado” soberano é aquele que tira do eixo a ordem espacial da *Respublica Christiana* da Idade Média e a substitui por uma ordem espacial inteiramente diferente”, por uma pacificação estatal (SCHMITT, 2014, p. 134).

A zona excluída do Direito pelas linhas globais, nessa época clássica do *jus publicum Europaeum*, é o Novo Mundo, o estado de exceção. O *nomos* soberano é conexo ao estado de natureza e de exceção. Ambos correspondem a duas faces do mesmo processo topológico de indistinção, o pressuposto externo ressurgue como interno, sendo impossível ao poder soberano discernir externo e interno. A localização-ordenamento, *nomos*, já contém internamente a própria ruptura virtual na forma de suspensão do Direito (AGAMBEN, 2004, p. 140). O espaço “juridicamente vazio” do estado de exceção tende a coincidir com o ordenamento normal, sendo assim tudo se torna possível (AGAMBEN, 2010, p. 44).

Assim, ao surgir a ordenação territorial “Estado”, portadora de uma nova ordem do direito das gentes, determinada por ele e vinculada a sua estrutura espacial, o *jus gentium* se converte em um *jus inter gentes*, na verdade em um *inter gentes europaeas*. “Gentes”, aqui, enquanto ordens territoriais soberanas, que têm a capacidade de tornarem-se “Estado”. Essas formações de poder podem lutar pela tomada da terra no Novo Mundo ou no solo extraeuropeu ainda livre (SCHMITT, 2014, p. 135-136).

Cumprir advertir o que dispõe Kelsen (1998, p. 235) sobre o primado da ordem jurídica estatal, posto que considerar um Estado soberano significa a fixação da primeira Constituição histórica, fato que não pressupõe referência a uma norma do Direito internacional como criador de Direito.

Os juristas do novo direito das gentes interestatal só têm em vista a disputa intraeuropeia pelo solo não europeu, pressupondo que apenas os Estados europeus podem livremente ocupar o solo colonial comercial ou de povoamento, servindo-se do conceito romano civilista da *occupatio* como título adequado, pontuando Schmitt (2014, p. 137) que desconhecem o verdadeiro título jurídico europeu, o descobrimento.

Interessante observar que, independentemente do argumento, a legitimidade europeia para realizar esse movimento em outras terras é permanente. Ou seja, Schmitt indica, ao tratar das primeiras linhas globais, que o nexos entre localização e ordenamento, em que consiste o *nomos* da terra, sempre apresenta uma zona excluída do Direito (AGAMBEN, 2014, p. 140).

Essencialmente distinta, a modalidade tardia de ocupação efetiva revoga o caráter colonial específico do solo, a ocupação efetiva do final do século XIX que incorpora o sistema governamental e administrativo de um Estado reconhecido como membro do direito das gentes (SCHMITT, 2014, p. 137).

Enfim, o elemento-chave para compreender o significado de *nomos* na perspectiva discursiva de Schmitt. Ele argumenta que a legitimidade do título jurídico europeu sobre o solo da América se consubstancia no *descobrimento*.

O sentido do título jurídico do “descobrimento” reside na invocação de uma posição historicamente mais elevada do descobridor em face do descoberto, uma posição diferente, diante dos habitantes da América, daquela adotada em relação aos antigos povos não cristãos, como árabes, turcos e judeus, fossem eles considerados *hostes perpetui* [inimigos perpétuos] ou não (SCHMITT, 2014, p. 138).

Em relação a essa legitimidade, frise-se a reflexão sobre a exceção, que é uma forma de exclusão. A argumentação do descobrimento caracteriza uma exceção na medida em que aquilo que se exclui não está completamente fora da relação com a norma geral excludente. Esta permanece em relação à forma de suspensão da norma. É na desaplicação que a norma se aplica à exceção (AGAMBEN, 2014, p. 24).

Corroborando a reflexão, Quijano pontua (2000, p. 201) que a globalização é expressão do novo padrão de poder mundial que emerge com o descobrimento da América e o desenvolvimento do capitalismo, sendo a Europa o centro do mercado e os outros a periferia inserida em uma divisão racial do trabalho. Salienta, ainda, que esta classificação social com a “ideia de raça” é elemento da colonialidade constante no padrão de poder hegemônico contemporâneo.

Por isso, Santos (2009, p. 481) considera que o cotidiano da maioria do Sul global, incluindo os segmentos sociais presentes no Norte global, é de luta constante pela sobrevivência e libertação da opressão imprimida pelo Norte global.

O novo conceito de descobrimento, atribuído à “época dos Descobrimentos”, em sua particularidade histórica e espiritual, baseava-se em uma legitimidade mais elevada

referente a quem seria superior para compreender o descoberto a partir de seu saber e sua consciência. O título jurídico do descobrimento de um novo mundo nos séculos XV e XVI, portanto

Foi uma realização do racionalismo europeu recém-desperto, a obra de uma formação espiritual e científica surgida na **Idade Média europeia**, essencialmente mediante o auxílio de sistemas de pensamento que haviam reunido o saber europeu antigo e o árabe com a capacidade de ação da Europa cristã, produzindo uma força histórica de grande magnitude. Muitas ideias incorretas e legendárias colaboraram com os pensamentos e os cálculos de Colombo, mas **seu fundamento científico é inegável. A forte consciência científica dos descobrimentos é documentada** com surpreendente rapidez nas representações cosmográficas que aparecem na Europa. Portanto, é absolutamente falso dizer que, assim como os espanhóis descobriram os astecas e os incas, estes também poderiam ter descoberto a Europa. **Aos índios faltava a força**, fundada no saber, **da racionalidade cristã europeia**. Seria ridícula ucrônia imaginar que eles talvez pudessem confeccionar registros cartográficos da Europa tão bons quanto aqueles que os europeus fizeram da América. **A superioridade espiritual encontrava-se plenamente do lado europeu**, de modo tão vigoroso que o **Novo Mundo pôde simplesmente ser “tomado”**, enquanto no Velho Mundo não cristão da Ásia e da África islâmica somente se desenvolveu o regime das capitulações e da extraterritorialidade dos europeus (SCHMITT, 2014, p. 139, grifo nosso).

Os arquivos cartográficos, naquele tempo, tinham na prática a afirmação do título jurídico comum do descobrimento, argumentação segundo o direito das gentes. Portanto, “um registro cartográfico científico é um título jurídico autêntico de uma *terra incógnita*”. Com naturalidade, Schmitt (2014, p. 140) sinaliza que, quando desaparecem os pressupostos espirituais de distinção entre “conhecidas” e “desconhecidas”, formula-se um tipo de título jurídico inteiramente diferente, a “ocupação efetiva”, imposta com o suporte do positivismo jurídico do século XIX.

Registre-se que o ato de apropriação, ao ser a forma imediata de instituição do Direito em uma realidade específica, diferenciando-a das demais, e, assim, não estabelecida pela mediação normativa, constitui o primeiro título jurídico base do Direito posterior. A ausência da mediação não significaria que essa constituição se daria pelo primado de um ato de força. Essa força de apropriação, concomitantemente, seria conferida pelo fato de ela ordenar o espaço e diferenciá-lo. Retomando ensinamentos kantianos, sinaliza que o *nomos* seria a lei de distribuição do que é de cada um no solo, e essa instituição conforma-se pela força material e espiritual (FERREIRA, 2008, p. 360-361).

Ressalte-se que as formações europeias de poder, “Estados”, que impulsionaram esse “desenvolvimento”, afastaram-se da Igreja e da Idade Média, ao mesmo tempo em

que a sua tomada de terra permanece vinculada ao título jurídico eclesiástico (SCHMITT, 2014, p. 136).

Com isso, os juristas do direito das gentes europeu conservaram formulações da escolástica e da jurisprudência medievais, as quais baseiam-se em um uma ordem espacial pré-global distinta, sem pressupor uma concepção de espaço e um *nomos* essencialmente diferente, adicionando supostos conceitos puramente jurídicos, “civilistas”. Enquanto juristas estatais, precisavam de uma argumentação própria, particularmente jurídico-estatal, devido à necessidade de seu ofício e objetivo de seu estamento para defendê-lo perante os teólogos. Assim, cada governo europeu, na luta intraeuropeia, serviu-se de formulações e conceitos descontextualizados do Direito Civil romano (SCHMITT, 2014, p. 140).

2.4.2. Estado de Direito no Mundo Moderno

Destarte, com a emergência dos Estados Liberais de Direito nas sociedades europeias, desenvolvidos nos séculos XVII-XX, o modelo de Direito compatibiliza-se com as necessidades dessa estrutura política, como consta no processo histórico de contraposição ao direito natural e substituição das normas religiosas e costumeiras por aquelas da máquina estatal na Idade Moderna, o fenômeno da positividade do Direito (DIMOULIS, 2017).

Indica Mascaro (2009, p. 71-72) que o positivismo se apresenta, ao mesmo tempo paradoxalmente, conservador como crítico. Primeiro porque legitima variadas regras de direito como fatores de organização das sociedades, segundo pois há uma crítica ao próprio direito quando desmistifica-o como produto social, humano, contingente e orientado a determinados interesses concretos. Quando engendra-se a compreensão das causas das ações sociais, compreende-se as estruturas do direito. Sendo as normas sociais produtos de estruturas, vícios e virtudes sociais do homem. Constituindo, assim, um divisor de águas entre a pré-sociologia e a sociologia propriamente dita, afastando-se da explicação social metafísica (ideias absolutas) ou de teológicas mágicas e míticas.

O positivismo jurídico, considerado um aprimoramento da ordem espacial perante o direito das gentes filosófico, possibilitou aos juristas do direito das gentes o acesso aos *arcana* da política exterior e uma maior proximidade com o material positivo, em face dos tratados e acordos, principais criadores de uma ordem espacial como a “linha

de amizade”, que, inicialmente, foram elaborações secretas, sequer escritas. Schmitt (2014, p. 141), ao discorrer sobre esse tipo de segredo como barreira intransponível para todo o positivismo jurídico, afirma:

O teólogo moral eclesiástico não tinha necessidade de renunciar diante deles; na condição de confessor ou mestre de confessores estava até mesmo especialmente legitimado e, como órgão de um *potestas spiritualis*, sentia-se completamente à vontade. O jurista estatal, ao contrário, não conseguia aproximar-se da questão central, a da tomada da terra comum de solo não europeu por potências europeias, apesar das guerras que elas daquele travavam entre si.

Essa ciência jurídica do direito das gentes, sem poder mais ter consciência de seus pressupostos históricos, divide-se em direções opostas: uma perspectiva filosófico-jusnaturalista, que elaborou um sistema de pensamento independente do segredo de Estado, a fim de conservar uma espécie de *potestas spiritualis*. No plano teórico, conduziu a noções neutras, como “humanismo” em geral e *civitas máximas*; no plano prático-concreto e intraestatal, teve o Estado de direito burguês e a sociedade burguesa individualista como condição constitucional do mundo. Por outro lado, um método laborativo prático-positivista, que converte os juristas em meros auxiliares do Estado, funcionários da legalidade do mero *status quo* prescrito em tratados estatais (SCHMITT, 2014, p. 141).

Ocorre que, apesar da oposição entre a orientação filosófica e positivista, elas não identificam a nova ordem espacial que emerge com a tomada da terra no Novo Mundo pelos europeus. Essas confusões combinam as fórmulas que pressupunham a ordem espacial medieval da *Respublica Christiana* com conceitos destituídos de noção espacial em uma ciência do Direito humanista fundada no direito de propriedade do Direito Civil romano (SCHMITT, 2014, p. 143).

Portanto, com o surgimento da burguesia e da Idade Moderna, nessa percepção intraeuropeia, troca-se a explicação teológica do direito pela metafísica.

(...) Leis constantes e abstratas regiam a humanidade, como os chamados direitos naturais. O contrato social, uma idéia criada pela própria razão humana, sem fundamento nem lastro na realidade efetiva dos fatos, dá base à explicação de uma série de direitos burgueses. No entanto, nem os direitos naturais nem o contrato social existem de fato. Tratava-se da explicação metafísica, que era mais bem elaborada que a teológica, mas, ainda assim, carente de comprovação científica positiva. (MASCARO, 2007, p. 37).

É na segunda metade do século XVIII que os juristas do direito das gentes também compreendem o problema espacial referente ao *equilibrio* europeu, mas continuam presos a uma perspectiva intraeuropeia, e Schmitt (2014, p. 143) considera que eles não percebem/conhecem que a ordem do *jus publicum europaeum* já era uma ordem global. O autor compreende melhor esse problema dos positivistas do que no caso “dos filósofos para os quais a humanidade deveria constituir uma unidade”.

A relação entre as concepções do direito originário de propriedade e a concreta tomada de solo não europeu por potências europeias não são trabalhadas pelos juristas, portanto a questão permanece distante da estrutura do direito das gentes europeu da época. Contudo, Grotius elabora uma nova construção puramente jurídico-civil, ainda corrente hodiernamente, ao distinguir aquisição originária e derivada da propriedade (SCHMITT, 2014, p. 143).

Trata de maneira geral e sem qualquer referência às questões decorrentes do *novo nomos* com a América. Assim, os fundadores do moderno direito das gentes não tratam do problema central, o direito à tomada de terra do solo americano, mas somente da aquisição de coisas em geral (SCHMITT, 2014, p. 144-145).

A ênfase de Schmitt nos processos constituintes é relevante na análise de conjuntura histórica e intelectual, tendo em vista que se tende a reduzir o Direito à lei. Pois, do ponto de vista da legalidade estatal, ele não se interessa pelo direito de origem. Pelo contrário, atenta apenas à lei de seu funcionamento (FERREIRA, 2008, p. 357).

Assim, a ciência do direito das gentes dos séculos XVII e XVIII tinha interesse prático na luta entre os Estados europeus pela tomada de terra no Novo Mundo. (SCHMITT, 2014, p. 145). Com efeito, cristaliza-se a forma espacial que sustenta um novo direito das gentes: o *jus publicum europaeum* (SCHMITT, 2014, p. 146).

Os imensos espaços livres e a tomada de terra foram condições de possibilidade desse novo direito das gentes europeu de estrutura interestatal, em uma nova ordem espacial concreta do Estado territorial. O Estado, no solo europeu, forma-se como grande portador de uma nova ordem espacial da Terra, interestatal e eurocêntrica. Esse direito das gentes comum, estatal, não mais eclesiástico nem feudal, confere ao solo da Europa um *status* específico (SCHMITT, 2014, p. 149).

Nota-se que, em Schmitt, o caráter originário do *nomos* da terra não dispensa qualquer atenção à sua própria tese da soberania como decisão sobre o estado de exceção. Evidente que quer assegurar de qualquer forma a superioridade do *nomos* soberano enquanto evento constitutivo do Direito, contrariamente à concepção positivista da lei.

Assim, não faz a aproximação essencial entre *nomos* e estado de exceção (AGAMBEN, 2014, p. 140).

O efeito racionalizador advindo com o “Estado” é a superação por uma decisão jurídica, da guerra civil religiosa pela guerra em forma estatal. A racionalização e humanização possibilitou a circunscrição da guerra no direito das gentes (SCHMITT, 2014, p. 150).

Desse modo, a façanha europeia foi tornar a guerra análoga a um duelo, convertendo o Direito em forma institucional, pois a forma assegura determinadas garantias. Um acontecimento entre Estados europeus, pessoas morais territorialmente definidas, ou seja, estatalmente autorizadas e organizadas. Esses Estados constituem entre si o *jus publicum europaeum* (direito público europeu), dividindo entre si o solo da Europa, enquanto o não europeu é de livre ocupação pelos Estados europeus (SCHMITT, 2014, p. 150-152).

Uma ordem de direito das gentes que tem por **fundamento** a liquidação da guerra civil e que circunscreve a guerra, na medida em que a transforma num duelo entre Estados europeus, legitimou-se, de fato, como reino da **razão relativa**. A **igualdade dos soberanos** torna-os parceiros de guerra com igualdade de direitos e os mantém afastados dos métodos da guerra de aniquilação. [...]

[...] **Juridicamente**, ela já não implica qualquer questão de culpa, qualquer problema de uma justa causa em termos de conteúdo moral nem, sobretudo, qualquer problema jurídico em sentido normativista. Obviamente, só são permitidas guerras justas no âmbito do direito das gentes. **A justiça da guerra**, porém, já não reside na adequação a determinados conteúdos de normas teológicas, morais ou jurídicas, mas na **qualidade institucional e estrutural das formações políticas** que fazem guerra entre si num mesmo plano e que, apesar da guerra, não se veem reciprocamente como traidoras ou criminosas, mas como *justi hostes*. Em outras palavras, o **direito de guerra** repousa exclusivamente na **qualidade das partes** beligerantes portadoras do *jus belli*, e tal qualidade baseia-se no **fato** de que os que se combatem são **soberanos com direitos iguais** (SCHMITT, 2014, p. 151-152, grifo nosso).

Por isso, atente-se que a exceção é a forma originária do Direito, sendo que o Direito tem um caráter normativo também. É norma porquanto precisa normatizar a vida real. Assim, na sua origem, a ordem jurídica não apresenta sanção alguma. A inclusão excludente através da violência na ordem jurídica é fato jurídico primordial (AGAMBEN, 2014, p. 33).

Após a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), com a Paz de Westfália, a práxis das relações políticas também compreendeu o processo de personificação das estruturas políticas de poder, os grandes indivíduos, já em pleno andamento no século XVI, que substituíram na Europa a *Respublica Christiana* (SCHMITT, 2014, p. 154-155).

O Estado torna-se imperioso conceito jurídico enquanto elemento de uma nova ordem espacial, o novo sujeito de direito do novo direito das gentes. Como novos “*magni homines*” são iguais em direitos e reconhecem-se reciprocamente, somente agora adquire forma de sujeito jurídico e “pessoa” soberana. Essa igualdade difere em relação ao peso de cada um, ainda que menor, no sistema de equilíbrio territorial. Por isso, essa ordem é “pública”, *publicijuris*, não somente pelo caráter público das pessoas soberanas, mas também por caracterizar uma ordem espacial genuína. O ponto de vista espacial decisivo é o do equilíbrio, a partir do mar, da Inglaterra (SCHMITT, 2014, p. 154).

A ciência do Direito significava ciência do Direito romano. Assim, a ciência do novo direito das gentes não se separava daquela ciência de então. Todavia, com a *persona publica* do Estado europeu, essa ciência tem um ponto de partida voltado à reflexão jurídica (SCHMITT, 2014, p. 155).

Predomina a analogia do direito das gentes do Estado como pessoa humana, a *international personal analogy*, sendo uma das construções jurídicas que “mostrou ter mais força e verdade histórico-espiritual”. Com isso, o *jus gentium* foi tratado como ciência jurídica e converteu-se em disciplina nova e autônoma das faculdades (SCHMITT, 2014, p. 156).

Não reside mais a discriminação no novo conceito de guerra, mesmo quando se supõe em estado de natureza, separando os conceitos de inimigo e de criminoso, tratando ambos jurídica e moralmente no mesmo plano como *justi hostes* (SCHMITT, 2014, p. 157).

Observa Schmitt (2014, p. 157-158) que pensar esses Leviatãs na dependência de vínculo pelos tratados seria um tipo de direito problemático e precário. Fato é que se mantiveram fortes vínculos tradicionais de natureza eclesiástica, social e econômica. Assim, no período entre 1492 e por volta de 1890, o Estado territorial soberano europeu constitui a única formação criadora de ordem.

A permanência desses vínculos desvela a exceção soberana. Discorre Agamben (2014, p. 35) que, sendo a exceção a estrutura da soberania, esta é a estrutura originária do Direito, o qual tem por referência a vida e a inclui em si por meio da própria suspensão. Evidencia-se o paradoxo da soberania de que não se teria um fora da lei, posto que a

relação da lei com a vida é de abandono. A originária “força de lei”, decorrente da potência insuperável do *nomos*, permite que ela mantenha a vida em bando, abandonando-a.

A doutrina do Estado de Hegel, aparentemente tão metafísica, é ontônoma, orientada ao ser, e imprime uma realidade histórica de 200 anos, posto que as suas formulações, objetivamente, descrevem a forma histórica de organização desse período. O direito das gentes constitui, assim, uma obra de juristas e governos do continente europeu nos séculos XVII e XVIII, mantida no XIX. Então, o Estado, obra de arte da razão humana, compreende o fato espantoso de não ocorrer guerra de aniquilação no solo europeu durante os 200 anos (SCHMITT, 2014, p. 159, 161).

2.4.3. Ordem Jurídica Internacional após a Primeira Guerra Mundial: a Constitucionalização Liberal Do Mundo Jurídico

A ideia de uma ordem espacial eurocêntrica da Terra é abandonada na Sociedade das Nações de Genebra, quando da repartição de territórios nas Conferências de Paris de 1919 (SCHMITT, 2014, p. 243). A dissolução do *jus publicum europaeum* (1890-1918), historicamente o declínio dos tempos heróicos dos séculos XVI e XVII, desenha-se com a tomada de terra centro-africana no século XIX, com a fé na civilização e no progresso reduzida à mera ideologia. Antes do período do direito das gentes (1890-1939), circunscrevia-se de forma especificamente europeia, com ideias universalistas de alcance mundial sobre humanidade, civilização e progresso (SCHMITT, 2014, p. 244, 251).

Considera Schmitt (2014, p. 246) que esses modos de pensar universalistas se fortaleceram após a Primeira Guerra Mundial (1ª GM), devido à Liga de Genebra. É o rompimento do nexos constitutivo de localização e ordenamento do antigo *nomos* da terra formado a partir da América, salientando Agamben (2014, p. 44) que ainda o vivemos.

Rompe, arrastando à destruição o sistema de limitações e o *jus publicum Europaeum*, com fundamento escamoteado no estado de exceção. Inclina-se por toda parte a coincidir com a ordem normal, em que tudo novamente é possível. Assim, esses processos dissolutórios dos organismos estatais tradicionais da Europa oriental consubstanciam a emergência sob o estado de exceção, a estrutura mantida de des-localização e des-locação jurídico-política, com eventos lógicos declarativos do novo

nomos da terra a estenderem-se sobre o mundo. Isso caso o princípio basilar não seja reinocado e questionado (AGAMBEN, 2014, p. 44-45).

Em relação à emancipação nacional no século XIX, é preciso atentar à essência da estrutura colonial e à existência de um colonialismo interno na Nova Ordem Mundial Neocolonial, pois até então se pensava no colonialismo como um fenômeno internacional, indicado na intermediação da dominação externa das metrópoles capitais (MALDONADO-TORRES, 2008, p. 94).

No curso da dissolução, a distinção fundamental do antigo direito das gentes europeu, entre povos civilizados, meio civilizados (bárbaros) e selvagens, bem como das relações espaciais continentais e a distinção de *status* entre o solo da metrópole e o da colônia, tornaram-se juridicamente irrelevantes, pois o solo colonial afirma-se como território estatal e há o uso sem referências espaciais dos precedentes históricos desse direito (SCHMITT, 2014, p. 251).

Um comércio mundial e um mercado mundial livres, com livre circulação de ouro, capital e trabalho, constituiu uma realidade no âmbito da economia, a concepção dominante de um universalismo global sem referência espacial, distinta do Estado. Schmitt (2014, p. 252) indica que, desde o Tratado de Cobden, de 1860, o pensamento econômico liberal e o caráter global do comércio passaram a ser considerados fenômenos naturais no pensamento europeu como um senso comum.

Com isso, conforme as lições de Dussel (1993, p. 23), é possível identificar o primeiro “choque” cultural em 1492 quando se afetou de todas as maneiras a periferia do mundo, e o segundo golpe ocorre com o liberalismo no século XIX e a pretensão de se impor uma concepção de vida do “cidadão” pela perspectiva individualista, abstrata e burguesa.

A explicação do pensamento esclarecido a partir do indivíduo importa ao discurso capitalista por atentar apenas a um abstrato interesse dos indivíduos, qual seja, sempre o burguês, o indivíduo cidadão e beneficiário do sistema econômico capitalista. Por este motivo, na Idade Moderna, recusam a explicação da sociedade a partir dela mesma (MASCARO, 2009, p. 57).

O individualismo levará os modernos a explicarem a sociedade de modo distinto daquele anteriormente produzido. Surge, portanto, a teoria do contrato social. Trata-se de uma idéia tipicamente da idade Moderna, que foi *verificável apenas* nesse tempo, a benefício da própria burguesia. (...)

Assim sendo, para os modernos burgueses, há hierarquia de interesses que rege a vida social. Se o estado natural é o

individual, sendo a sociedade uma instância artificial, então os valores maiores a serem protegidos na sociedade são os do indivíduo, e não os sociais. Da mesma forma, o Estado tem sua razão de ser apenas na garantia que dará aos interesses individuais. Por isso, para os modernos, como o Absolutismo não respaldava a liberdade do indivíduo burguês, era injusto. (MASCARO, 2009, p. 59-60)

A posição predominante da Inglaterra e seu interesse no mercado mundial e no tráfego marítimo livres foram a garantia dessa visão de mundo. A cláusula da nação mais favorecida funciona como veículo privilegiado que persegue esse progresso econômico para um mercado unificado. Dessa forma, além da formulação de um direito das gentes puramente interestatal e político, as fronteiras políticas dos Estados estendiam-se à ação de uma economia livre, uma economia mundial (SCHMITT, 2014, p. 253).

Como uma moderna linha da amizade, essa economia mundial era uma linha da economia livre com o pressuposto essencial de um padrão constitucional interno introduzido por cada Estado-membro enquanto um mínimo de ordem constitucional. Esta consistia na liberdade representada pela separação da esfera estatal pública e a privada, sobretudo na não estatalidade da propriedade privada, do comércio e da indústria. Caracterizou o direito interestatal do século XIX a combinação de economia livre e mar livre, bem como soberania interestatal (SCHMITT, 2014, p. 253).

Portanto, os Estados soberanos eram uma fachada que escondia a comunidade de um livre comércio internacional, assegurada pelo padrão constitucional do constitucionalismo liberal (SCHMITT, 2014, p. 254).

O Direito internacional privado, desde meados do século XIX, fracassou na dissociação aos conceitos jurídicos do direito das gentes, convertendo-se em ciência positivista e com uma base legal puramente nacional nessa fase, resultando no positivismo legal referenciado no Estado, uma confusão entre soberania estatal individual e economia livre supraestatal. Estendiam-se os mesmos efeitos destrutivos das restrições ao Direito internacional público convencional, invertendo-se a relação racional entre norma e exceção (SCHMITT, 2014, p. 254).

O movimento geral em direção à *liberdade* - uma suspensão das localizações tradicionais, uma mobilidade total e intensiva, **uma deslocalização geral** - físgou o mundo eurocêntrico e o empurrou para outras correntes de forças, nas quais o **positivismo legal intraestatal** se mostrava impotente no interior do Estado. No exterior do Estado, **faltava ao positivismo dos tratados internacionais uma consciência histórica** de sua própria situação. Assim se explica que somente o **dualismo entre direito das gentes e direito territorial**, ou seja, o dualismo entre exterior e interior, tenha sido percebido como **problema central** e discutido de modo mais minucioso, ao passo que o

dualismo entre **direito interestatal político e direito internacional econômico** passou **despercebido**. Exatamente aqui, **na economia, a antiga ordem espacial da Terra perdeu sua estrutura** (SCHMITT, 2014, p. 255, grifo nosso).

Essa abertura de nações e Estados europeus ao mundo inteiro é um deslocamento, como um salto para uma universalidade sem espaço nem solo. Entretanto, o lugar da ordem, extraordinariamente concreta, do antigo *jus publicum europaeum* não foi ocupado. A Doutrina Monroe, proclamada em 1823, propunha-se a uma proteção da área do hemisfério ocidental contra a tomada de terra pela Europa. A Inglaterra colocou-se como portadora de um novo equilíbrio mundial global entre os grandes espaços, sem sucesso, transformando-se em uma potência tradicional. Com o fim do concerto das grandes potências europeias desde 1908, há uma aparente substituição por um concerto de potências mundiais imperialistas, principais aliadas e associadas que tentaram criar uma ordem espacial em Versalhes (SCHMITT, 2014, p. 256).

O que a doutrina jurídica passou a chamar de direito das gentes ou *international law* não era mais uma ordem concreta. Com algumas exceções de matérias técnicas, consistia em um conjunto de generalizações de precedentes duvidosos, em sua maioria baseados em situações esquecidas ou completamente heterogêneas, articuladas com normas em termos reconhecidos (SCHMITT, 2014, p. 256).

Essas normas que baseavam esse direito das gentes constituíam uma rede impenetrável de acordos e contratos com variadas restrições, convertendo tratados em mera fachada, uma inflação de bandeiras jurídicas contraditórias desvirtuadas por restrições expressas ou tácitas. Em favor do positivismo, os juristas da época, por qualificarem como questões não jurídicas, mantiveram as questões políticas, econômicas e de repartição espacial apartadas do âmbito jurídico (SCHMITT, 2014, p. 257).

Os juristas humanistas, no final do século XVI, objetivando criar uma ciência jurídica independente do *jus gentium*, afastaram-se dos teólogos. Todavia, em nome do positivismo jurídico, 300 anos depois, no final do século XIX, essa ciência do Direito silenciou sobre as grandes questões jurídicas de sua época. Ao renunciar a esse enfrentamento jurídico, a Europa encaminhou-se para uma guerra mundial que a deslocou do centro da Terra (SCHMITT, 2014, p. 257).

As Conferências de Paz de Paris, no inverno de 1918-1919, tentaram criar na Europa uma nova ordem, naquele mundo desordenado, para terminar uma guerra mundial e restabelecer a paz mundial. Tal esforço resultou apenas na remoção de duas grandes

potências europeias, que estruturavam a antiga ordem espacial, e na imposição da redistribuição do solo europeu assegurada pela Sociedade/Liga das Nações, criada como sistema de conferências interestatais, europeus e não europeus. Pela primeira vez, considerou-se que o mundo inteiro decidia sobre a ordem espacial da Europa. Não havia mais o vínculo devido a uma ordem espacial comum entre as potências dominantes, aliadas e associadas: Grã-Bretanha, França, Itália, Japão e Estados Unidos (SCHMITT, 2014, p. 258-259).

O significado político da Liga consistia em um controle e em um direcionamento pelas potências europeias dominantes, Inglaterra e França. A impotência política da Liga evidencia-se no fracasso em relação ao problema principal do desarmamento e na circunscrição da guerra em geral (SCHMITT, 2014, p. 260).

Enquanto a *Respublica Christiana* da idade Média europeia compreendia uma verdadeira ordem espacial, a **Liga de Genebra** dos anos 1919 a 1939 dava uma demonstração exemplar de que **não se pode criar uma ampla ordem de direito das gentes sem a concepção clara de um *nomos* espacial**. Nenhum sistema normativo, ainda que seja projetado e interpretado de maneira muito minuciosa, pode compensar essa falta. Os **fracassos das instituições e dos métodos de Genebra não** podem ser explicados pela **ineficácia dos juristas**, embora eles dominassem operosamente a cena normativa e tivessem provocado um florescimento aparente da ciência do direito das gentes. Porém, os juristas, em geral, só podiam ocupar lugares auxiliares e secundários. O famoso *slogan* “Somente se pede aos juristas pareceres que confirmam os pontos de vista do dirigente político” não era estranho, pelo menos aqui. **A verdadeira causa do fracasso da Liga de Genebra reside no fato de que ela carecia de qualquer ordenação espacial** e até mesmo de qualquer ideia de uma ordem espacial” (SCHMITT, 2014, p. 261, grifo nosso).

Especialistas de economia política já problematizam a questão dos grandes espaços. Entre juristas, havia uma ideia de um grande espaço unido de forma federativa, mas, em Genebra, a opinião pública estava dominada pela ideologia de um universalismo acrítico, sendo determinante de sua estrutura e de seu fracasso. As ideias universalistas continuaram sendo o dogma de Genebra. Embora tenha havido um projeto de uma *Union Européene*, nos anos 1929-1930, ocasião em que delegados não europeus (Paraguai, Uruguai, um marajá da Índia) incitaram que a discussão prosseguisse nos marcos das conferências de Genebra, restou patente uma limitação interna ao exame da questão (SCHMITT, 2014, p. 263).

Com a ausência da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS/1922-1991) e dos Estados Unidos da América (EUA), potências territoriais modernas, Schmitt (2014, p. 263) considera que a Liga de Genebra não representava uma ordem mundial.

Com relação às consequências práticas da falta de uma ordem espacial para o direito das gentes, pensamento normativo alheio ao espaço e à ordem, Schmitt (2014, p. 265-278) aponta três problemas essenciais para a Liga de Genebra: alterações territoriais – ausência de critério do estado de posse atual, o *status quo* territorial –; manutenção ou não das neutralizações permanentes – método expressivo de circunscrição da guerra no direito das gentes europeu –; e a relação da Europa com a linha global do hemisfério ocidental – incorporação, pelo pacto da Liga, da Doutrina Monroe, tradicional princípio de isolamento do hemisfério ocidental e a chave de compreensão da separação entre política e economia colocada pela potência econômica que se convertia em poder político, os EUA.

A história pública dessa nova linha do hemisfério ocidental, não mais eurocêntrica, começa com a proclamação da Doutrina Monroe em dezembro de 1823, doutrina que parece consolidar-se em 1939 como um lema dos EUA. Portanto, essa doutrina encontra-se associada, na caracterização de uma esfera de interesses especiais desse país, à ideia de sistema político do hemisfério ocidental como regime de liberdade oposto ao sistema político das monarquias absolutistas na Europa. A demarcação desse hemisfério teve como referência o âmbito de aplicação daquela doutrina, entendendo que se refere ao *Novo Mundo* descoberto por Cristóvão Colombo (SCHMITT, 2014, p. 303, 307).

Juridicamente, esse espaço constituído pela linha é uma zona de autodefesa, elaborada pela doutrina tradicional do direito das gentes americano. Outras declarações americanas do Panamá (outubro de 1939) e de Havana (julho de 1940), não do governo dos EUA, expressaram simplesmente “América”, “continente americano” ou “territórios pertencentes à América”. A do Panamá alterou para duas esferas, terrestre e marítima, estendendo as fronteiras da América sobre o mar também, não se pressupondo mais a liberdade dos mares do século XIX. Os efeitos foram incalculáveis para a história mundial, afetando a estrutura fundamental do antigo direito das gentes europeu – separação entre terra firme e mar livre (SCHMITT, 2014, p. 304-306).

Aplicação mais importante do pensamento por linhas globais do racionalismo ocidental, o “hemisfério ocidental” tem um conteúdo relacionado à história, à política mundial e ao direito das gentes. Nestes dois últimos, reside sua autenticidade e sua fonte de força, seus limites. Seu efeito histórico insere-se em uma grande tradição histórica, articulada com fenômenos específicos da moderna consciência da Terra e da história. Diversamente das linhas anteriores, a linha americana do hemisfério ocidental confronta

as pretensões das potências europeias à tomada de terra, tendo um caráter defensivo e articulando um protesto às potências da velha Europa monárquica (SCHMITT, 2014, p. 309).

Isso não significou uma renúncia a pertencer à civilização europeia – termo do começo do século XIX usado para ressaltar a continuidade do vínculo da antiga Europa à França e aos EUA – e ao direito das gentes europeu. Pressuposto natural também em relação aos Estados ibero-americanos que surgiam, sendo antieuropeu em sentido específico, tendo a pretensão moral e cultural de ser a Europa livre, genuína e autêntica (SCHMITT, 2014, p. 310).

Desse modo, essa concepção de linhas globais constitui uma série uniforme e coesa desde a invasão da América, em 1492, até as declarações norte-americanas produzidas no período da Segunda Guerra Mundial (2ª GM) (SCHMITT, 2014, p. 91).

Reiteradamente, essa linha de eleição, o “hemisfério ocidental”, o novo mundo imaculado, é usada para identificar os EUA como sinônimo de substância desse hemisfério – moral, cultural ou politicamente. O teor religioso transparece ao refletir na consciência de ser a nação eleita enquanto uma atitude calvinista-puritana. No século XVIII, desde a Declaração da Independência de 1776, a França impulsionou essa consciência americana de predestinação. Os filósofos iluministas promoveram uma nova imagem da história humana, passando agora a ser considerada uma atrocidade desumana pela perspectiva humanitária. Some-se isso às declarações americanas de direitos humanos concebidas como o novo nascimento da humanidade. A tomada de terra na América pelos europeus a partir do século XVI, a chamada conquista, até então justificada pela missão da fé cristã pelos conquistadores católicos e protestantes (SCHMITT, 2014, p. 312).

Por isso, destaca Mascaro (2007) sobre as faces desse iluminismo. Em suas palavras.

Assim, a sociologia do Iluminismo é bifronte. Volta-se ao passado, para destruir o Absolutismo, mas se volta também contra o futuro, ao impedir qualquer caráter contrário (por exemplo, socialista) à sociedade capitalista que é almejada. Entre a explicação da sociedade com fundamento em Deus, como era no Absolutismo, e a explicação da sociedade com fundamento na própria sociedade, como será o caso no período pós-iluminista, os pensadores modernos ficarão numa estranha tangente: dão que a razão e a justiça têm por medida o indivíduo, não tomado socialmente, mas tomado de modo isolado.

A defesa do indivíduo, contra a teologia e contra a sociedade, é o fundamento do liberalismo, do interesse político e jurídico burguês. Trata-se da defesa dos direitos e dos princípios do indivíduo em face do Estado e da sociedade. Que indivíduo está em mente nesse momento? Claramente, o indivíduo burguês. É a construção do mundo da propriedade privada do burguês, contra todos os demais, erga omnes. Seus interesses jurídicos: vender para quem quisesse, liberdade ampla de negócios, igualdade perante a lei. Locke, aliás, ressalta muito a importância da defesa intransigente da propriedade privada (MASCARO, 2007, p. 57).

O novo status jurídico adquirido, inclusive conforme o direito das gentes, é não pertencer a qualquer *status* de solo reconhecido pelo referido direito europeu do século XIX. O solo americano é eleito, não um solo sem dono, nem colonial, nem solo europeu, nem arena de combate nos termos das antigas linhas, nem local de extraterritorialidade europeia com jurisdição consular como os asiáticos (SCHMITT, 2014, p. 313).

O **Ocidente**, com o significado moral, civilizacional e político da palavra, não foi eliminado, aniquilado ou destronado; **foi deslocado. O centro de gravidade do direito das gentes** deixou de ser a velha Europa, pois o **centro de civilização** moveu-se ainda mais para o oeste, **para a América**. A velha Europa foi colocada, assim como a velha Ásia e África, no lado do passado. É necessário enfatizar que, aqui, velho e novo **são critérios** não de condenação [*Verurteilung*], mas, sobretudo, de **repartição** [*Verteilung*], **ordenação e localização**. Como tais, são o **fundamento** das mais altas pretensões no campo da história, da política e do direito das gentes. Eles alteraram a **estrutura do direito das gentes europeu tradicional** muito antes de a comunidade do direito das gentes europeu ser alargada – com o ingresso dos Estados asiáticos a partir de 1890, tendo o Japão à frente – para converter-se em um direito das gentes universalista e destituído de espaço (SCHMITT, 2014, p. 314, grifo nosso).

A grandiosa pretensão americana em termos da história mundial de ser a verdadeira Europa foi fator histórico relevante. Em termos modernos, um potencial de guerra de primeira linha. Essa força histórica, ainda no século XIX, foi impulsionada depois das revoluções europeias de 1848, quando desiludidos europeus abandonaram o Velho Mundo reacionário e seguiram para uma nova vida na América (SCHMITT, 2014, p. 316).

Sem prejuízo das heranças anteriores, o ciclo revolucionário aberto em 1848 foi talvez o ponto de inflexão na longa história de reivindicação e reconhecimento de direitos sociais que se projetaria sobre os séculos futuros. Um elemento evidencia-se nas leituras mais formalistas das gerações de direitos não deixados de subestimar: a estrutural contradição entre a generalização dos direitos civis, políticos e sociais, e a manutenção

do caráter tendencialmente absoluto da propriedade privada e das liberdades contratuais (PISARELLO, 2007, p. 23).

Não à toa, a derrota dos setores populares depois da insurreição de junho de 1848 na França traduziu-se no reconhecimento mutilado de direitos sociais. Assim, a Constituição de novembro não pode ignorar o rompimento da questão social e estabeleceu preambularmente o dever da república de assegurar a existência aos cidadãos necessitados, bem procurando os um trabalho, nos limites de suas possibilidades, bem outorgando, em defeito familiar, assistência aos que não estavam em situação de trabalhar (PISARELLO, 2007, p. 23).

Embora, mais que um autêntico direito à existência ou ao trabalho, o que se consagrava era um dever sem sujeitos obrigados. Na perspectiva liberal conservadora, consagra o direito ao trabalho suporia, bem que o Estado foi ao proprietário de todas as indústrias, bem que os obrigados foram os particulares, em cujo caso também era necessário um Estado industrial capaz de frenar ou acelerar a produção (p. 23), de regular os salários ou de impor gravames (PISARELLO, 2007, p. 24).

A crise do liberalismo, dos anos 1880 aos anos 1930, aprofundou-se até a Primeira Guerra Mundial (1ª GM) e o entreguerras, diante da tensão dos dois tipos de liberalismo existentes, o reformista social e o da liberdade individual. E é nesse contexto intelectual e político que também emerge o neoliberalismo na primeira metade do século XIX (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 37-38).

Mas, muito antes da Grande Depressão nos anos 1930, a doutrina do livre mercado já não incorporava os novos movimentos do capitalismo como na fase de industrialização e urbanização. O modelo atomístico de agentes econômicos independentes, isolados, atuando ao seu próprio interesse, empreendido pelas duas potências emergentes da segunda metade do século XIX, os capitalismo dos EUA e da Alemanha não suportavam mais as estruturas e práticas do sistema industrial e financeiro existente (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 39).

O liberalismo clássico não incorporou de forma adequada o fenômeno da empresa. As novas necessidades produtivas exigiam uma “gestão científica”, enquanto os políticos eram feitos de marionetes nas mãos daqueles que detinham o poder do dinheiro. Isso enfraqueceu a crença na “mão invisível” do mercado, tendo se mostrado inadequadas as fórmulas liberais de tentar fazer reformas sociais. No fim dos anos 1870, essas tentativas intensificaram-se com as primeiras reformas de Bismarck tentando cuidar da nova pobreza produzida pelo ciclo dos negócios, com medidas de proteção coletiva e

segurança social, desenvolvendo-se o movimento operário (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 40-41).

No plano internacional, no final desse século XIX, há proteção alfandegária e crescimento dos nacionalismos, imperialismos rivais e do sistema monetário, como se fosse um cenário de violação da ordem liberal, quando Alemanha e EUA evidenciam o capitalismo de grandes unidades com proteção alfandegária (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 40-41).

Observa Schmitt (2014, p. 316, 317, 318) que, no final do século XIX (1900), houve deslocamentos históricos do mundo, direcionados ao imperialismo aberto, que não se prendia às antigas concepções continentais do hemisfério ocidental, com o ressurgimento do espaço asiático-oriental na história mundial. E, por causa do próprio desenvolvimento americano, relegou-se o continente americano. Anunciou-se em 1930 o surgimento de um novo mundo a ser associado entre a América e a China, sendo a chave de compreensão dessa manutenção ideológica da antiga novidade americana a separação entre política e economia, presença e ausência do imperativo norte-americano.

A reviravolta política dos anos 1930 foi uma ressocialização violenta da economia, uma resposta ao dilaceramento da civilização de mercado dos anos 1930 e 1940, como reação à tentativa desastrosa de restabelecer o mercado autorregulado dos anos 1920. Para tanto, promoveu uma eliminação das políticas intervencionistas que se sobrepuseram às liberdades públicas e à vida democrática. Sintomas dessa sociedade de mercado em crise e da morte do capitalismo liberal como inventado no século XIX são a ascensão dos totalitarismos após a Primeira Guerra Mundial (1ª GM), a exemplo do fascismo (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 65).

Para pensar os acontecimentos históricos das crises ocorridas nesse mundo globalizado, não à toa, José Eduardo Farias (2017, p. 26) busca uma análise econômica a partir da perspectiva histórica, com o economista inglês de origem aristocrática John Maynard Keynes e o professor austríaco Joseph Alois Schumpeter, para tentar compreender a relação entre o Estado e o Direito.

Observa que, na literatura política, sociológica e jurídica, as ideias econômicas de Keynes associam-se a uma economia de mercado regulado e ao *Welfare State*, ou seja, particularmente a um modelo de Estado de Bem-Estar que enfatiza a justiça distributiva nos seus programas de inclusão social e em seu sistema de financiamento previdenciário intergeracional, justificado pelo princípio da solidariedade, um compromisso moral que vincula gerações. Assim, o pensamento keynesiano costuma referenciar-se a um tipo-

ideal de Estado estruturalmente sujeito a formas fordistas de produção e capaz de propor condições de mercado, econômicas e de proteção às famílias nas contingências sociais.

O pensamento de Schumpeter, por seu turno, costuma associar-se a um *Workfare State*, ou seja, um Estado inclinado à inovação e à flexibilidade em economias abertas, determinações das quais dependem a política social aos imperativos da competição econômica e às demandas de flexibilidade do mercado de trabalho (FARIAS, 2017, p. 26).

Ajusta-se esse tipo-ideal a formas pós-fordistas de produção e trabalho ao afastar-se das políticas protecionistas e abrir-se economicamente, promovendo as regras de concorrência, os contratos e a competição para uma contínua inovação científica, tecnológica, organizacional e produtiva. Substitui-se o tripé comum ao Estado keynesiano – poder público/indústria nacional/integração social – pelo processo de desjuridificação e desregulação, instrumentalizando as estratégias de redução dos custos diretos e indiretos da mão de obra, de busca de integração de economias nacionais e globalizadas, do desenvolvimento de um sistema nacional de inovações e da formulação de parcerias públicas e privadas para identificar e promover vantagens comparativas locais e regionais (FARIAS, 2017, p. 27).

Para compreender as modulações do Direito, em sua dinâmica decisória nessas transformações, faz-se necessária uma breve, não pouco relevante, distinção de dois tipos de Estado aos quais se associam dois modelos de Direito: o liberal e o social. No âmbito do liberalismo político, os ordenamentos jurídicos operam como sistema de normas, sem vínculo com um conteúdo material, hierarquizado em um movimento linear de fundamentação ou validade e, em desfavor da interferência do Estado, dotado de princípios funcionais determinantes da livre circulação de pessoas, ideias e bens (PHILIPPI, 2010, p. 122).

Uma preocupação precoce, durante a crise do liberalismo no final do século XIX, era a ausência de limites à ação governamental, havendo o “direito de fazer tudo”. Diante desse Estado, todo-poderoso em todos os domínios, aumenta a demanda por proteção de cada um e educação; concomitantemente, cresce a regulamentação das atividades industriais. Assim, como forma de remediar a impotência do indivíduo, ter-se-ia a combinação das associações dos indivíduos e a educação como resistência à opinião da massa (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 43-44).

Então a capacidade autorregulamentadora da sociedade chega aos seus limites no final do século XIX, quando a ideia de luta pela vida consubstancia a aceitação de uma

teoria sobre o progresso humano, fundada em uma seleção. Com isso, o *laissez-faire* dos devoradores mais fortes reconheceu a importância de uma regulamentação positiva como forma de controlar os riscos de inflação dos litígios e a anomia social (PHILIPPI, 2010, p. 123).

Depois de um intenso ciclo de conflitos que se estenderam desde o último terço do século XIX até a primeira metade do século XX, o Estado e sua produção jurídica experimentaram, em diversos países europeus e com diferentes ritmos, um processo de socialização que afetou as diferentes disciplinas jurídicas. Para compensar a posição dos trabalhadores nas relações laborais surgiu o Direito do trabalho, e com ele, se institucionalizaram direitos até então perseguidos como o direito de sindicalização, de folga ou de negociação coletiva. O Direito civil admitiu critérios de responsabilidade objetiva, que iam além da culpa, por danos que pudessem produzir atores privados com uma especial posição de poder nas relações mercantis ou de consumo. Inclusive o Direito penal moderou sua função unilateralmente repressiva e incorporou critérios de caráter ressocializador (PISARELLO, 2007, p. 24).

Esta tendência se estabilizou com os pactos keynesianos do pós-guerra e a relativa consolidação dos diferentes mundos do Estado de bem estar construídos nas décadas anteriores. Os clássicos direitos civis e políticos se estenderam a setores até então excluídos de seu gozo, ao tempo que se reconhecem direitos específicos no âmbito da moradia, da saúde, da educação ou do trabalho (PISARELLO, 2007, p. 25).

Cumprido destacar que os sistemas políticos e econômicos existentes na Ásia, África e América Latina não dispunham das mesmas condições para a consumação desse pacto como os países desenvolvidos, e a articulação do Estado social. Caracterizando mais como experiências de ensaios reformistas, inclusive rupturas com aplicações temporárias de direitos políticos e sociais de grupos relevantes da sociedade

Embora, esses processos tenham sido tolerados ao adequarem-se às perspectivas desenvolvimentistas das grandes potências e não conflitivas frontalmente com seus interesses. Tanto que quando a lógica da acumulação do sistema econômico internacional não poderia satisfazer direitos sociais generosos para poucos, sem conflito às demandas das classes de trabalhadores ocidentais por direitos sociais básicos para muita gente, cancelou drasticamente os ensaios democratizantes e igualitários na periferia do sistema. (PISARELLO, 2007, p. 32).

Portanto, a atuação do governo não se dá mais somente com controles diretos e fundados no financiamento previdenciário intergeracional centralizado e administrado

pelo poder público. Enfatiza-se a combinação de controles diretos e indiretos e a expansão de um sistema de autofinanciamento previdenciário gerido pela iniciativa privada por intermédio de fundos de pensão, fazendo progredir a participação acionária internacional (FARIAS, 2017, p. 27).

Ademais, esses fundos mostraram poder político e econômico, pois os investimentos externos dos fundos de pensão americanos representam em média 10% de seu portfólio total. Sendo maiores e crescentes alguns fundos públicos americanos, juntaram-se com grandes investidores institucionais dos EUA, da Inglaterra e da França para edificar uma rede internacional de governança corporativa para institucionalizar padrões globais de otimização do retorno aos acionistas (FARIAS, 2017, p. 27).

No âmbito da teoria do Direito e da sociologia jurídica, Farias (2017, p. 28-29) justifica a retomada das ideias e da ação política de Keynes e Schumpeter pelo fato de as crises econômicas e financeiras provocarem discussões e reformas, tornando-se um desafio prático e um desafio teórico que ultrapassam disciplinas tradicionais, salientando uma incapacidade, conceitual e analítica, de lidar com disfunções sistêmicas desconhecidas, não previstas ou subestimadas no âmbito especializado. O que não assegura respostas precisas, soluções objetivas nem a segurança de uma nova proposta que ultrapasse a tradicional oposição entre Estado e mercado.

Para tanto, a análise das grandes crises exige modelos interpretativos mais amplos, modelos com abordagens econômicas densas em fundamentação histórica e macropolítica, como as inspiradas em Schumpeter e Keynes. Sem descuidar do método em sua leitura analítica e em seu rigor, não de modo ideológico, como uma luta bíblica entre o bem e o mal, entre liberdade de iniciativa ou controle administrativo. Igualmente ocorre no debate político-jurídico atual, marcado pela bipolarização entre a bandeira única da intervenção governamental nos mercados, com mais controles diretos pelo Estado, entendendo-o como garantidor das condições de estabilidade macroeconômica, e aquela da desobstrução de obstáculos à livre concorrência, promovida pelo Estado com instrumentos legais por intermédio de agências reguladoras, não mais autarquias (FARIAS, 2017, p. 30).

Dardot e Laval (2016, p. 51) identificam, em síntese, que Spence diverge de Comte, Durkheim e Darwin em sua teoria que reage à crise do liberalismo. Parece-lhe que a forma do contratualismo das sociedades evoluídas garante uma dependência mútua entre as unidades, mantendo o “superorganismo social”. Assim, a partir dessa premissa,

reinterpreta a teoria darwiniana da seleção natural e observa a sua concepção evolucionista.

O naturalismo extremo na “reação” à crise do liberalismo de Spencer, quando desloca o centro de gravidade do pensamento liberal do modelo de divisão do trabalho para o da concorrência como necessidade vital, representa uma virada na história do liberalismo. O seu evolucionismo biológico, por intermédio de Comte, torna a divisão fisiológica do trabalho o principal elemento de sua “síntese filosófica”. O ponto decisivo desse deslocamento com suas consequências políticas é a prevalência na vida social da luta pela sobrevivência, uma referência ainda marcada pela “lei da população” de Malthus, considerando que poucos são convidados ao grande “banquete da natureza”.

É atacar o outro para obter o recurso. O que se limita é o ataque ao outro, a concorrência. Além dos interesses ideológicos e de pontuação das lutas comerciais com economias nacionais, esse deslocamento transforma a concepção de especialização para seleção como motor do progresso, que tem consequências distintas.

No século XX, Hannah Arendt (2012, p. 628) acredita que o racismo e o comunismo se tornaram ideologias decisivas, antes de seu apoderamento pelos movimentos totalitários, devido à importância política das experiências que se baseavam nas lutas de raças pelo domínio do mundo e de classes pelo poder político.

A autora indica três elementos totalitários de todo pensamento ideológico: a pretensão de explicação total; emancipa-se da realidade e insiste numa realidade “mais verdadeira”; por último, a ideologia não teria o poder de transformar a realidade, os métodos de demonstração que libertam o pensamento da experiência.

2.5. NEOLIBERALISMO E O FIM DO ESTADO DE DIREITO

Dardot e Laval postulam que o motor da história permanece sendo o poder do capital, sob o Estado e a sociedade que são postos a serviço de sua cegueira acumulativa. A concepção marxista clássica não nota que, na crise da acumulação, há a peculiaridade da relação com as regras institucionais que estavam ajustadas a certo tipo de capitalismo, este como “modo de produção” econômico autônomo ao Direito, sendo motor da ordem jurídico-política necessária para cada fase de seu desenvolvimento. O Direito não pertence à “superestrutura” sob o econômico, mas molda o econômico nas relações de produção. A originalidade do neoliberalismo com sua lógica normativa foi a criação de

um novo conjunto de regras definidoras de outro “regime de acumulação” e, também, de outra sociedade (DARDOT; LAVAL, p. 23-24).

Ladislaw Dowbor (2020, p. 25, 41) considera que continua relevante a análise macrossocial de Marx, mas é essencial a reconstrução dos conceitos, não a mera transposição. Há uma mutação e um deslocamento dos conceitos com a lógica sistêmica dos processos de reprodução social. Com esse funcionamento diferente do mundo, há grandes eixos de mudança, as macrotendências, que estão produzindo um mundo novo, não necessariamente melhor, e, concomitantemente, haveria grandes perspectivas para uma sociedade mais informada, conectada e colaborativa.

Nessa era digital, com o deslocamento dos processos produtivos dominantes, quem controla o capital intangível, cada vez mais, controla os sistemas produtivos tradicionais (agricultura, indústria), apesar de não substituí-los, submete-os a uma nova lógica (DOWBOR, 2020, p. 38, 43). Essa lógica, antes era da acumulação industrial, enquanto domínio da dinâmica estruturante da sociedade desloca-se ao acesso à informação e ao controle do conhecimento de forma ampla (DOWBOR, 2020, p. 45).

Além de ideologia, hoje, o neoliberalismo é um sistema de normas inscritas nas normas governamentais, das políticas institucionais, nos estilos gerenciais. A envergadura da lógica do mercado excede o âmbito do capital (mercantil e financeiro), em especial produzindo uma subjetividade “contábil”, a forma mais bem acabada da subjetivação do capitalismo, chamada também de “subjetivação contábil e financeira”. É a relação do sujeito individual consigo homóloga à do capital com ele mesmo, portanto o sujeito torna-se um “capital humano” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 30).

É processo de eliminação seletiva, em permanente confronto e sobrevivência, é a lei implacável da vida e o mecanismo do progresso através do extermínio dos mais fracos. Consta, também, o malthusianismo da época vitoriana, sendo a pobreza uma consequência fatal da fecundidade irresponsável das classes populares, uma retórica selecionista eloquente como base da defesa do crescimento de grupos capitalistas gigantes. Essa ideologia concorrencialista, ao revisitar o dogmatismo do *laissez-faire*, proporciona prolongamentos políticos relevantes nos EUA, com questionamentos de algumas leis de proteção dos trabalhadores (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 53-54).

Há uma sociedade predominantemente rentista, em vez de lucro sobre a produção, posto que rendem mais as aplicações financeiras, os chamados “rendimentos não produtivos”, que os investimentos da economia real. É a autorreprodução que caracteriza o sistema de dreno da economia. A maior parte da população mundial gasta, endivida-se

e paga juros, enquanto poucos privilegiados auferem rendimentos de aplicações financeiras (DOWBOR, 2020, p. 52-53, 75).

Decorrente também de problemas já registrados na Grande Depressão, configurando o cenário de crises cíclicas do capitalismo, a crise financeira de 2007-2008 originou-se entre junho e agosto de 2007 e, com a quebra dos bancos norte-americanos, atingiu níveis críticos em setembro de 2008. Com a combinação de fatores novos e antigos, puseram-se em xeque as tradicionais formulações de política econômica e política monetária (FARIAS, 2017, p. 28, 34).

Na sequência da crise de 2007-2008, que teve como epicentro o colapso do sistema hipotecário e bancário norte-americano, houve a Crise de dívidas soberanas de países da União Europeia (UE), começando com a Islândia, depois Lituânia, Hungria e para além de uma crise global. Desencadeou como efeito cascata diversos desequilíbrios macroeconômicos globais, implicando a redução do consumo, a estagnação e o desemprego. Essa crise pôs em xeque o sistema de geração autoalimentada da liquidez financeira, desprovido de limites e intervenções, retornando à problematização da função do Estado e do alcance das intervenções governamentais e da regulação financeira (FARIAS, 2017, p. 29-33).

A lógica normativa global, a neoliberal, supera provisoriamente a crise de 2008, ocorrendo o acúmulo de tensões e problemas que tornam os dias mais difíceis para as populações. Politicamente, representa um projeto social e político desde os anos 1930 com uma ideia de democracia, antidemocratismo, que isenta o direito privado de qualquer deliberação ou controle. Sua compreensão é uma questão estratégica universal.

Neoliberalismo, a razão do capitalismo contemporâneo, como uma racionalidade, tende a estruturar e organizar a ação dos governantes e a conduta dos governados. “O neoliberalismo pode ser definido como o conjunto de discursos e práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens segundo o princípio universal da concorrência” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 17).

Nesta era da acumulação improdutiva de patrimônio, de descapitalização da sociedade, o eixo orientador do capitalismo financeiro é o dividendo, a renda advinda dos papéis, geradora de uma nova lógica. A desigualdade como trava econômica é um mecanismo gerador de uma classe de intermediários financeiros, que não financiam e paralisam os motores da economia. Essa mais valia financeira explora governos com a dívida pública, bem como empresas e pessoas físicas com os intermediários financeiros (DOWBOR, 2020, p. 64-65).

Além da base organizacional do capitalismo mudar profundamente, alteram as formas de poder e as ideologias de dominação, que constituem as chamadas superestruturas do sistema. Uma outra arquitetura organizacional, com o poder político das corporações, promove uma erosão profunda das dimensões públicas do Estado (DOWBOR, 2020, p. 86).

A abordagem política sobre o modo de governo na questão do neoliberalismo possibilita a compreensão da introdução e da universalização, na economia e na sociedade, da lógica da concorrência e do modelo de empresa promovidos pelos Estados, com os mais poderosos em primeiro lugar. Em segundo, a reflexão política indica que a mesma lógica normativa conduz as relações de poder e as formas de governar a vida econômica, política e social (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 19).

Aponta-se que de um mundo de livre concorrência de mercado passa-se a gigantescas pirâmides de poder financeiro enquanto sistemas complexos de articulação. Essa articulação do sistema econômico global tem constituído sua rede de poder, um sistema de governança política global (DOWBOR, 2020, p. 50-51).

As crises sistêmicas põem em xeque o sistema capitalista, com os desequilíbrios não equacionados pelos mecanismos correccionais de mercados autorregulados devido às mudanças estruturais e de lógica operacional. Em 2008, foi isso que ocorreu. Entre 2008 e 2009, aumentou em 3,8 milhões, contabilizando o total de 43,6 milhões, o número de americanos sobrevivendo abaixo da linha da pobreza (FARIAS, 2017, p. 41).

Desde o início da crise, as intervenções fiscais tiveram alto custo fiscal, como o salvamento da insolvência de companhia seguradora equivalente à riqueza produzida de um ano por países como Hungria, Eslovênia, Eslováquia, Polônia, Ucrânia ou Filipinas. Ao mesmo tempo, cria-se a expectativa de socorro público aos acionistas e investidores, crescendo o chamado risco moral, posto que os beneficiários dos programas de recuperação de ativos problemáticos, após o período mais crítico, sentiram-se à vontade para novamente assumir altos riscos (FARIAS, 2017, p. 49).

No plano histórico, ainda que tenham se misturado algumas vezes, cumpre destacar que há dois tipos de resposta à crise do modelo de governo liberal: primeiro, o “novo liberalismo” e, em segundo, o “neoliberalismo”, ambos consistindo em fazer frente ao que parecia ser o fim do capitalismo, destruído pela ascensão dos totalitarismos, seu inimigo comum. Ambas as respostas criaram discursos teóricos e políticos racionalizadores da arte do governo, produzindo uma nova racionalidade governamental (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 27).

A discreta distinção de nomes traduz uma oposição pouco detectada. O “novo liberalismo”, expressão tardia e situada mais no plano econômico, é a teoria de Keynes ao reexaminar as formas de renovação da intervenção governamental com duas propostas resumidas na sua nova agenda. Essa ação deve ir além do dogmatismo do *laissez-faire* e problematizar a capacidade de autorregulação dos mercados.

Assim, exige que se utilizem os meios necessários para defender sua existência, ainda que se precise admitir uma ação de correção ou compensação do Estado em sentido limitativo do mercado, aparentemente em oposição aos princípios liberais, como leis de proteção do trabalho, impostos progressivos sobre a renda, auxílios sociais obrigatórios, nacionalizações (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 68-69).

Depois, o “neoliberalismo” emerge com aspectos de um realce do “novo liberalismo” e uma alternativa às formas de intervenção e reformismo social propagadas pelo anterior, em uma tentativa de impedir o prosseguimento das políticas redistributivas, assistenciais, planificadoras e protecionistas. Tratando de desenvolver e purificar o mercado concorrencial por meio do ajuste jurídico (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 69).

É no Colóquio Walter Lippmann, realizado durante cinco dias em Paris a partir de 26 de agosto de 1938 e promovido pelo Instituto Internacional de Cooperação Intelectual (anterior à Unesco) que se funda o neoliberalismo, uma vez que foi a primeira tentativa de criar uma “internacional” neoliberal, embora, em 1939, não se permita distinguir de forma plena as tendências do “novo liberalismo” e do “neoliberalismo”. Como um prolongamento daquela iniciativa do Colóquio, surge a Sociedade de Mont-Pélerin, em 1947 (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 71).

Prosseguindo, em meio à crise, evidenciou-se que, em 2007-2008, diversamente da “liderança cognitiva” nas inovações e transações financeiras globais pelos bancos, fundos e agentes financeiros, o âmbito jurídico permaneceu carente de conhecimento técnico e pormenorizado sobre a forma de funcionamento dos mercados. Ou seja, a capacidade cognitiva e técnica dos órgãos reguladores estatais e legislativos e dos tribunais de acompanhar as complexidades das questões financeiras e de discipliná-las juridicamente sempre foi menor. Com isso, em matéria de finanças globais, observa-se uma assimetria entre o conhecimento privado e o público (FARIAS, 2017, p. 52-53).

Evidenciaram-se as limitações de determinados tipos de modelos macroeconômicos, abstrações da economia real, utilizados em larga escala até então e que acreditavam na perfeição, na racionalidade e na eficiência dos mercados, a partir das quais

o equilíbrio seria alcançado e o livre jogo econômico deveria ser minimamente regulado, ou seja, imune à ostensiva intervenção governamental (FARIAS, 2017, p. 28).

No final do século XX, a doutrina predominante na ciência econômica enfatizava modelos matemáticos, enquanto a ciência jurídica em excesso apegava-se ao formalismo jurídico. Assim, perderam parte relevante de sua capacidade crítica e sensibilidade analítica, tendo dificuldade de promover análises de conjuntura com identificação de problemas econômicos e financeiros e propor soluções (FARIAS, 2017, p. 28).

Destarte, a evolução da ciência jurídica, sua especificidade e autonomia epistemológica foram afetadas por representações muito abstratas da sociedade e de seu funcionamento. Há perda de inteligibilidade das questões sociais, econômicas e políticas com essa ênfase no rigor lógico-formal. Com essa engenhosidade técnica, a teoria econômica e a teoria jurídica parecem esquecer que mercados e regulações normativas são construções sociais e históricas (FARIAS, 2017, p. 29).

Portanto, as crises desafiam a autossuficiência dos sistemas e exigem novas estratégias e formas de ação sistêmica. As crises internacionais exigem ações multilaterais coordenadas e novo desenho institucional e regulação transnacional, dependente de nova concepção das relações de força e poder (FARIAS, 2017, p. 48).

Ademais, o sistema corporativo apropria-se da esfera pública. O processo decisório se desloca para a rede dos gigantes corporativos que capturam os próprios governos nacionais, tendo pouco vínculo de interesses das nações. Essa subserviência, não é uma novidade no sistema capitalista, mas ultrapassa a fórmula da função da tripartição do poder do estado. O poder corporativo corresponde ao poder político, não um poder empresarial localizado paralelamente a esse poder. Essa finança global estruturada, torna sistematicamente disfuncionais o poder político das próprias nações com a sua fratura e captura. De costas à cidadania, o governo presta contas ao “mercado”, aos interesses financeiros. O deslocamento radical da política, dar-se da *res publica*, coisa pública, para a *res mercatori*, coisa do mercado (DOWBOR, 2020, p. 86, 89-90).

A característica da lógica própria da economia contemporânea com suas dinâmicas e processos é uma das premissas centrais do trabalho de Farias, precisamente a ideia de integração dos mercados financeiros na escala global, submetendo as economias nacionais às decisões tomadas nos poderosos espaços produzidos extraterritorialmente. Portanto, os espaços tradicionais do Direito positivo e da política legislativa não coincidem mais com o território, além de que se geram dificuldades aos Estados nacionais tanto à neutralização de fatores externos quanto à regulamentação por

mecanismos político-normativos internos do sistema financeiro doméstico e globalizado, nas duas ou três últimas décadas do século XX (FARIAS, 2017, p. 53, 56).

Apesar de não ser novo, constituindo a tendência prescrita no Manifesto comunista em 1848, Dowbor (2020, p. 33) em relação a redefinição do espaço do Estado-nação no mundo globalizado do século XXI, nota que embora, teoricamente soberanos, países independentes são capturados por uma máquina mundializada de poder econômico, financeiro e ainda mais político e cultural, pelos mecanismos exploratórios do grupo de países industrializados. Aqueles, assim, precisam pensar sobre o presente e um futuro dentro um espaço estreito permitido pelas economias dominantes. Essa nova globalização, organiza-se em rede no planeta, tendo as corporações como sujeitos políticos e econômicos centrais que influenciam ou controlam a política, a justiça, os meios de comunicação, a cultura dos povos.

Com essa atuação desterritorializada das operações globais, as constituições inclinam-se a abstrair a força normativa e a capacidade de assimilar mudanças e inovações econômicas, como decorreu na crise financeira de 2007-2008, ocorrendo um desgaste progressivo da pretensão de supremacia e universalidade do ordenamento jurídico e do sistema judicial do Estado nacional em relação ao sistema econômico e financeiro (FARIAS, 2017, p. 56).

Sempre houve uma tensão entre capitalismo e democracia, pois o capitalismo consiste na força motriz de uma acumulação sem limitações, de critérios políticos e ideológicos. De outro modo, a democracia representativa, baseada no sufrágio universal e na regra de maioria, é a possibilidade de impor limites à lógica capitalista e ao jogo financeiro para conceber algum equilíbrio entre enriquecimento privado e justiça distributiva. Na democracia, através das políticas governamentais, visa-se a alguma moralidade no jogo livre de mercado e a uma maior participação do setor público na economia, modificando a interação entre bens privados em favor do público (FARIAS, 2017, p. 57).

Nos governos social-democratas do pós-guerra, principalmente até o final do século XX, o poder político-jurídico impunha-se sobre os capitais financeiros. Foi o período das políticas keynesianas de pleno emprego e das nomeadas “Constituições dirigentes” na sequência dos períodos autoritários, particularmente em Portugal, Espanha e diversos países da América Latina, como o Brasil. Do século XX ao XXI, o Estado-nação passa também a diluir parte de sua força de instância de mediação política e

regulamentar, de sua função de determinação dos rumos coletivos e de seu poder normativo (FARIAS, 2017, p. 57).

Um Estado democrático endividado com dois povos, mundos diferentes com lógicas funcionais incompatíveis. O povo do mercado com um sistema naturalmente financiado pelo crédito, diverso do povo do estado financiado pelos impostos. Entre esses dois mundos, de demandas públicas e “avaliação de risco” sobre o pagamento ou não dos elevados juros da dívida, tende a opção pela sobrevivência política qualificada misteriosamente de “os mercados”. Do Estado de bem-estar e políticas públicas pulsa austeridade e lucros financeiros, essencialmente à manutenção da “confiança do mercado” (DOWBOR, 2020, p. 90-91).

Paradoxalmente, salienta Farias (2017, p. 58), quando os valores democráticos são proclamados prestigiosamente, eles parecem esgotar-se. Portanto, quanto mais as empresas obtêm vantagens comparativas salariais, encargos sociais, carga fiscal e incentivos e isenções tributárias, mais dissipa-se a força do Estado no impulso a uma ética da solidariedade e da promoção de uma justiça distributiva por vias fiscais.

Enquanto pontua Dowbor (2020, p. 92) que a lucidez diante dos acontecimentos dessa sociedade, mostra-se com um antídoto poderoso contra a narrativa de que o bem estar da economia depende da satisfação indicada pelos “mercados”, enquanto grandes grupos financeiros.

Tendo cada vez mais responsabilidade em relação às consequências locais da crise, quanto maior a crise social, menor é a capacidade de o Estado nacional dispor de fontes de investimentos e novas linhas de financiamento. Portanto, carece-se de condições de ação governamental para atender as demandas sociais (FARIAS, 2017, p. 59).

A internacionalização das decisões econômicas e financeiras num contexto globalizado de mercados financeiros, com a formação de redes de autoridades legais transnacionais, deriva de distintas forças e processos, hierarquizados profundamente, implicando uma interpretação assimétrica das distintas escalas de organização social. O que colide com a metáfora do Estado enquanto pirâmide escalonada de normas, tendo no vértice o sistema jurídico como conjunto normativo e, na base, a sociedade regulada pelo direito civil e comercial (FARIAS, 2017, p. 63).

O mundo corporativo redimensiona a política exercida por essas entidades mesmo, caracterizando o fim do capitalismo democrático. A caracterização pode assumir qualificativos indicados como capitalismo global, autoritário ou financeiro. Com o nascimento do novo animal, a alteração da infraestrutura promove uma superestrutura

correspondente. Observa o estudo *Capitalismo sem capital*, de Jonathan Haskel e Stian Westlake, com a inversão do montante de investimentos em equipamentos físicos e nos intangíveis. Tendo um deslocamento teórico fundamental da propriedade privada dos meios de produção ao do controle dos sistemas (DOWBOR, 2020, p. 34, 91).

Os ativos da nova economia dos gigantes empresariais é essencialmente imaterial, seu valor é calculado pelo valor de suas ações no mercado. Na economia do intangível, assim o são, gigantes por constituir uma rede de controle que permite extrair dividendos, deslocando a maneira de se extrair a mais-valia tradicional produzida pelos processos produtivos. O capital-dinheiro, que fomentava a acumulação de capital com reinvestimento para expansão do processo produtivo, nas empresas torna-se patrimônio (fortunas) de pessoas físicas ou jurídicas, não produtivo, que travam a dinâmica produtiva. (DOWBOR, 2020, p. 48, 52).

2.6. O DIREITO EM UM ESTADO PÓS-NACIONAL: IMPLICAÇÕES DA ORDEM NEOLIBERAL

Para tratarmos, no capítulo II, sobre aspectos mais particulares acerca do direito à proteção social na América Latina e das políticas econômicas e políticas, e para finalmente discorrermos sobre aspectos particulares no Brasil, primeiramente, discorrer-se-á sobre o que é o Direito contemporâneo.

A título provocativo, Farias (2017, p. 64) conjectura, a partir de uma avaliação da atual realidade econômica, cinco hipóteses para cogitar o futuro do Direito e do Estado. Tem como base a relação entre poder e Direito, e conhecimento jurídico e *expertise* econômica. Objetiva traçar uma identificação do que são o Direito e o Estado depois da crise financeira de 2007-2008 e os desdobramentos de 2011.

Para pensar o modelo de Direito e as transformações do Estado, traz-se também Pierre Dardot e Christian Laval, que, para uma eficácia política, elaboram uma análise da história das metamorfoses do capitalismo, destacando como o neoliberalismo altera profundamente esse sistema, transformando profundamente as sociedades e deixando de ser apenas uma ideologia para ser inscrita normativamente.

Elucida-se que o neoliberalismo é um sistema normativo que estende a lógica do capital amplamente às relações sociais e às esferas da vida, tendo na crise uma oportunidade inesperada para as classes dominantes, como modo de governo. O ponto

principal é saber como essas políticas são cada vez mais ativas, embora as consequências catastróficas tornem-se cada vez mais graves.

A resposta não é e não pode ser limitada apenas aos aspectos “negativos” das políticas neoliberais, isto é, à destruição programada das regulamentações e das instituições. O neoliberalismo não destrói apenas regras, instituições, direito. Ele também *produz* certos tipos de relações sociais, certas maneiras de viver, certas subjetividades. Em outras palavras, com o neoliberalismo, o que está em jogo é nada mais nada menos que a *forma de nossa existência*, isto é, a forma como somos levados a nos comportar, a nos relacionar com os outros e com nós mesmos. O neoliberalismo define certa norma de vida nas sociedades ocidentais e, para além dela, em todas as sociedades que seguem no caminho da “modernidade” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 16, grifo do autor).

E, assim, a mobilização é enfraquecida, pois essa gestão da vida submete os indivíduos a um regime de concorrência em todos os níveis. As mutações subjetivas permeadas do egoísmo social provocadas pela subjetivação neoliberal não elidiram a possibilidade de uma revolta antineoliberal em diversos países. Para os referidos autores, é um trabalho para uma outra razão do mundo.

Prosseguindo, pontua-se, no interesse do presente trabalho, o segundo cenário apresentado por Farias (2017, p. 70), de forte inspiração *keynesiana-westfaliana*, bastante cético à ideia da hiperglobalização empreendida pela primeira hipótese. Considera que apenas iniciativas com a expansão das legislações nacionais suportariam um novo ciclo de expansão econômica. Somente o Estado nacional seria capaz de atender demandas de emprego e bem-estar social em período de elevado desequilíbrio financeiro. Portanto, um Estado recriado, expandido e capacitado com novas competências jurídicas promoveria a defesa dos interesses nacionais, restabelecendo o controle público, não se subordinando aos capitais financeiros.

Alguns defensores desse cenário salientam políticas nacionais de desenvolvimento como estratégias de competição e inserção internacional, atribuindo um papel protagonista ao Estado enquanto instrumento basilar da ação coletiva da nação, garantidor de uma elevada poupança nacional e da reorganização da poupança privada, controlador de fluxos de capitais e proteção de setores estratégicos. Historicamente, nesse cenário, há uma tensão entre ideologia e pragmatismo. Das ocorrências postas em prática nos últimos anos, Farias (2017, p. 71) destaca duas.

A primeira vertente refere-se ao modelo que sobressai no leste asiático, em países como Coreia do Sul, Cingapura, Tailândia, Malásia e China. Combinou mão de obra barata, condições ao capital e de incorporação, pelas empresas, dos avanços tecnológicos advindos de investimentos estrangeiros (FARIAS, 2017, p. 72).

A segunda vertente exacerba o nacionalismo econômico depois da crise e critica o fundamentalismo globalizante. Essa concepção nos últimos anos tem sido associada a uma corrente da sociologia do Direito, a “tese do economista austro-húngaro Karl Polanyi”, em que as questões colocadas em matéria econômica e financeira são um “moinho satânico”, que corrói a capacidade produtiva das nações e tritura as condições de vida individual, provocando a exclusão social, a perda de valores e a anomia. Essa vertente também salienta a reconstituição do Estado para mobilizar os recursos nacionais ao desenvolvimento, como o fortalecimento dos sistemas de proteção social (FARIAS, 2017, p. 73).

Ambas as vertentes destacadas por Farias (2017, p. 73-74) pressupõem um Estado forte, o que não significa autoritário, já que pode ser também um Estado de Direito sob uma Constituição, definidora democrática das regras para o crescimento econômico e estabelecadora do limite para atender as reivindicações empresariais e sociais, dentro da possibilidade de gastos governamentais, derivada das bases fiscais e creditícias e do potencial ampliativo da dívida pública que financia gastos anticíclicos. O grande desafio desse tipo de Estado é a difícil tarefa de produção do desenho jurídico-institucional forte e, sobretudo, a reunião de condições materiais necessárias, garantidoras de sua eficácia, a fim de torná-las realidade.

Nesse cenário, países da América Latina são hoje um contraponto conhecido nas décadas de 1960 e 1970, entre monetaristas (defensores dos cortes de gastos públicos, austeridade monetária, responsabilidade fiscal, privatização de serviços essenciais, revogação de monopólios estatais, desregulamentação econômica e eliminação de subsídios) e desenvolvimentistas (defensores do poder público capaz de controlar as variáveis econômicas, o desemprego e a inflação). Com capacidade técnica e vontade política na perspectiva de políticas keynesianas anticíclicas, o que importa é a qualidade dos gastos públicos e, também, seus efeitos na elevação da demanda. Parte-se da premissa de que o crescimento tem espaço nacional e pode emergir de dentro (FARIAS, 2017, p. 75).

Todavia, esse tipo de Estado forte tende a sofrer com as externalidades negativas no contexto de crescente interferência cruzada de atores transnacionais, pois seria preciso

tentar exercer um forte controle econômico e financeiro no seu território e compor uma ordem jurídica nacional que modifique uma lógica de mercados de crédito transnacional (FARIAS, 2017, p. 76).

Importante frisar, conforme concordam Dardot e Laval (2016, p. 20), que a primeira imposição das políticas neoliberais ocorreu no Chile, na Argentina, na Indonésia e em outros lugares, com apoio decisivo de países capitalistas, iniciando pelos Estados Unidos.

Mas isso não reduz a aplicação do programa econômico da Escola de Chicago através do método da ditadura militar, pois se trata de uma guerra que utiliza todos os meios disponíveis e ocasiões possíveis para implantar o novo regime de poder e a nova forma de existência. Essa guerra visa mudar a economia, afastando-a de ingerências públicas e transformando a fundo a sociedade por meio da lei pouco natural da concorrência e do modelo de empresa. Portanto, não se confunde estratégia geral com métodos particulares que dependem de circunstâncias locais, das relações de forças e das fases históricas.

Para tanto, é necessário enfraquecer as instituições e os direitos implantados com o movimento operário desde o fim do século XIX, pressupondo uma guerra longa, contínua e, por vezes, silenciosa, mesmo diante da dimensão do “choque” da ofensiva (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 21).

O terceiro cenário denota uma governança global, em que o Direito mundial é sem Estado, produzido por uma rede de atores internacionais (organismos supranacionais, grupos empresariais multinacionais, conselhos corporativos, associações profissionais, escritórios mundiais de advocacia, etc.). O fenômeno jurídico ocorre de forma multidirecional e multidimensional, com poderes e estruturas flexíveis e validade extraterritorial (FARIAS, 2017, p. 76).

Caracteriza-se a política internacional pela política nacional tradicional e, sobretudo, por um processo altamente fragmentado (pode ser contraditório) de sistemas e subsistemas mundiais funcionalmente diferenciados e redes especializadas sobre finanças, comércio, saúde, segurança, comunicações etc. Tem-se uma governança externa ao Direito positivo tradicional, um Direito *sui generis* que se altera conforme as exigências de transações e organizações econômicas globais e com critérios avaliativos distintos dos sistemas jurídicos nacionais. Em síntese, é um modelo de Direito vulnerável às pressões econômicas, podendo mudar de caso a caso, cujo respaldo é político-institucional no plano mundial e fortemente relacionado aos processos econômicos

dinâmicos, não mais um Direito positivo tradicional derivado de Estados nacionais (FARIAS, 2017, p. 77).

Nesse processo de desterritorialização da política, despojado de espaço público, surge o Direito reflexivo como produto das negociações normativas, isto é, de ajustes determinados pelas instâncias decisórias do mercado como se fossem realidade imutável, uma lei natural, enquanto o mercado exige a eficácia dessas diretrizes ao Estado com a plasticidade de sua ordem jurídica. Técnica jurídica vital para a eficácia do espaço de desregulamentação social demandado pela economia globalizada, incorrendo também em uma mudança da discricionariedade da atuação do Judiciário (PHILIPPI, 2010, p. 124).

Aumenta o poder de escolha do magistrado, sendo lugar comum, atualmente, na teoria do Direito, diferenciar conteúdo normativo e decisão. Decisão, no caso concreto, não normativa. Justifica-se a flexibilização dos direitos para legitimar as decisões, também as jurídicas, com a aplicação do Direito valorada nos casos pelo Judiciário.

As premissas desse cenário são: não haveria *locus* centralizador das discussões políticas globais; a justiça social poderia ser obtida naturalmente pelo livre jogo de mercado; e, no plano mundial, a realidade jurídica progressivamente é formada por regimes normativos privados ou híbridos, preenchendo vácuos legislativos dos Estados nacionais, ocasionalmente ou não (FARIAS, 2017, p. 77).

Esta última premissa declina da diferenciação territorial, cara ao mundo moderno, substituída por uma crescente diferenciação funcional (FARIAS, 2017, p. 78). No pensamento de Schmitt, é possível a construção de uma ordem concreta e efetiva a partir de uma ordem econômica e que, da lógica de uma economia de mercado e de comércio mundial, derive uma supressão da diferenciação territorial. No século XX, há uma progressiva emancipação do econômico em relação ao político, ocasionando uma transformação da soberania territorial em um espaço vazio para produção de processos socioeconômicos (FERREIRA, 2008, p. 344).

O Direito é não mais unificado com hierarquias verticais institucionalizadas, mas produções normativas setoriais. Exemplo dessa substituição das legislações nacionais, sem algum mecanismo de poder de articulação efetiva, são regras contábeis com validade universal, códigos de conduta profissional, contratos padronizados de associações profissionais internacionais, os pré-produzidos pelas organizações internacionais, que tendem também às áreas de proteção ambiental e aos esportes (FARIAS, 2017, p. 78).

Portanto, eventuais problemas seriam corrigidos pelo mercado, tendo-se um Direito impulsionado por sistemas parciais da sociedade, nos quais a produção é pouco

interferida pelo Legislativo tradicional e com uma aplicação sobreposta das cortes arbitrais internacionais em relação aos tribunais nacionais. Assim, a chave de compreensão sobre o que é o Direito contemporâneo e sua delimitação fronteiriça entre o âmbito nacional e regional é a expansão de redes funcionais especializadas, que esvazia a função sancionadora e das normas (FARIAS, 2017, p. 78).

Com conflitos de caráter intersistêmico, a responsabilidade não mais seria do Estado nacional, mas partiria da consciência dos atores atuantes. Entretanto, problematiza-se a capacidade de estímulo à responsabilidade social dos entes privados, posto que, sobretudo, a crise financeira de 2007-2008 foi uma crise de responsabilidade moral e funcional, evidenciando a dificuldade de promover, nos distintos sistemas e subsistemas, uma reflexão a respeito dos efeitos e riscos sociais de suas decisões, para não ultrapassarem limites de forma a gerar danos a todos (FARIAS, 2017, p. 78).

O quarto cenário traduz uma reformulação que parte da divisão horizontal e vertical de competências legislativas e da entrega voluntária de parte da soberania pelos países-membros, independentemente da diferença cultural e de tradições políticas. Trata-se de uma reformulação jurídico-institucional imprimida pelos mecanismos de formação de blocos comerciais regionais e modelos integrativos econômicos, com a relativização de algumas prerrogativas clássicas do Estado-nação e expansão da “multissoberania” e do “Direito comunitário”. A União Europeia (UE) é o paradigma da lógica integrativa realizada por regulações atípicas, complexas e inovadoras, sendo um laboratório relevante da ciência política e da sociologia jurídica contemporânea (FARIAS, 2017, p. 79).

A Alemanha e a França tinham necessidade de uma integração econômica, influenciados pela Segunda Guerra Mundial (2ª GM) no começo da década de 1950, para elidir divergências resultantes de sucessivos embates militares, e, assim, reconstruir as relações intraeuropeias e consolidar um regime comum democrático, próspero e de respeito aos direitos humanos. Com isso, resultou a arquitetura jurídica e a engenharia política da UE que, em seis décadas, evoluiu de uma simples “comunidade” de setoriais (Comunidade do Carvão e do Aço, Comunidade da Energia Nuclear e Comunidade Econômica Europeia) para uma zona de livre comércio, prosseguindo a um espaço econômico único, mas sem a criação de um orçamento fiscal europeu. Essa construção política, administrativa e jurídica representou o fato inédito de liberalização de mercados, de eliminação de barreiras pátrias e de recepção de novos níveis de governança (FARIAS, 2017, p. 79-81).

Institucionalmente, essa integração avançou nas décadas de 1960 e 1990, com a mudança da esfera governamental para o modelo comunitário de diversas questões, bem como com a criação de três órgãos (Comitê Executivo, Conselho de Ministros e Parlamento), traduzindo um “fenômeno constitucional” com o advento de um constitucionalismo além do Estado. Caracterizou-se a UE pela tensão entre confederação de Estados com relativa centralização (conjunto de Estados soberanos) e uma federação descentralizada (comunidade de Estados interdependentes de forma unitária e relacional). Atraiu-se a isso o desafio de uma Europa pós-nacional, na qual a identidade política sobrepunha-se às nacionais (FARIAS, 2017, p. 80-81, 101).

O último cenário evidencia o convívio entre a progressiva expansão dos sistemas privados de governança econômica com o Direito positivo do Estado, sem uma colisão. Ocorre também uma impregnação, no domínio público, da lógica utilitária dos mercados globais, particularmente das finanças internacionais, apresentando-se um Direito negociado, flexível e híbrido (FARIAS, 2017, p. 101).

Portanto, particularmente após a 2ª GM, a flexibilização da ordem jurídica dos Estados é a maior consequência para a técnica jurídica, que se transforma em um instrumento estratégico de concretização política com intuito de manter alguma legitimidade do Estado dirigente. Concomitantemente, emerge, sobretudo, o Direito social como forma de modificar, implicitamente, as regras do jogo. Isso transforma também o Judiciário, considerando que, a partir das estratégias hermenêuticas, pode-se ajustar o discurso às necessárias respostas relativas à redistribuição dos recursos comuns e à desigualdade social (PHILIPPI, 2010, p. 123).

Assim, no pós-guerra, os desafios originários dos regimes políticos totalitários do século XX acirraram críticas ao paradigma jurídico positivista, provocando reformulações teóricas, que objetivavam (re)afirmar a tese de separação entre Direito e moral, impressa em duas correntes: positivismo inclusivista e positivismo exclusivista.

Em suma, questiona-se a limitação do Direito como uma abordagem avaliativa, preceituando a sua superação por teorias normativas e/ou interpretativistas do Direito, num contexto de constitucionalismo democrático que institucionaliza cortes constitucionais. Nesse ponto, destaca-se a defesa do interpretativismo por Dworkin (2016, p. 225). Embora não seja o objetivo, neste trabalho, discorrer minuciosamente sobre essas vertentes do positivismo, elas são indicadas para localizarmos as transformações empreendidas pelas mudanças demandadas no contexto sócio-histórico-econômico.

Tem-se, então, o positivismo jurídico inclusivo ou positivismo moderado (pickwickiano, *soft positivism*, *soft conventionalism*), representado por Herbert Hart, Jules Coleman, Matthew Kramer, K. Himma e Wilfrid Waluchow; e o positivismo exclusivo, ptolomaico, representado por Raz, Marmor e Shapiro. Na defesa de sua teoria interpretativista, Dworkin (2016, p. 267; 281) responde às críticas elaboradas por Coleman.

Em síntese, o positivismo inclusivo aceita a possibilidade de incorporar preceitos morais ao Direito, em uma conciliação entre regra de reconhecimento e moralidade. Portanto, na aplicação discricional do Direito, a moral pode se tornar critério para identificá-lo, em um movimento de concessões aos discursos jusmoralistas. De outro modo, o positivismo exclusivista nega plenamente tal possibilidade de recepção da moral, postulando uma incompatibilidade.

Para Dworkin, por sua vez, em uma análise do Direito como um conceito interpretativo (2016, p. 318, 330), os princípios morais também são princípios jurídicos. Desse modo, o Direito não contém um fixo padrão de regras e princípios. Em suma, uma síntese das ponderações incluiria proposições dotadas de princípios.

2.7. DEMOCRACIA DE MERCADO E DIREITO EM REDES

As complexas relações econômicas no mundo transnacional escapam das jurisdições regulatórias nacionais, em que as constituições tradicionais abandonam a sua rigidez. Os regimes normativos dos espaços regulatórios demarcam espaços e funções, concomitantemente à ordem jurídica estatal. Esse modelo de Direito ajusta-se rapidamente conforme as atividades reguladas, buscando uma continuidade dos processos produtivos e das relações econômicas, no âmbito nacional, regional e internacional (FARIAS, 2017, p. 102-103).

A isso a sociologia do Direito nomeia de *cross-fertilization process*, um processo em que se configuram essas combinações híbridas verticais, horizontais, diagonais, centrípetas e centrífugas. É um modelo normativo que articula sistemas públicos e privados de governança, ou seja, o Estado nacional, apesar de ter um relevante papel, não exerce mais o monopólio no seu território. Produz-se, assim, um Direito substantivo de *facto* paralelo ao Direito positivo do Estado. Apresenta-se um caráter policêntrico da

governança corporativa transnacional, baseado nas interações do sistema de *soft law* (FARIAS, 2017, p. 103).

As instituições e concepções tradicionais do Direito positivo partem da ideia de ordenamento jurídico enquanto sistema normativo fechado, homogêneo e hierarquizado. No modelo de Direito hodierno, há distintas formas de regulação, relativamente independentes, com aplicação pelo princípio da subsidiariedade e de jurisdições temáticas, deslocando-se o foco

da unidade para a diferença; da estrutura para a função; da noção de hierarquia para a noção de rede; da ideia de governo para a de governança; de organizações e estruturas para regras funcionais e comportamentos; de mecanismos jurídicos rígidos para processos normativos e interdependentes; da linearidade lógico-formal para sobreposições e complementaridades; da titularidade legislativa dos parlamentos para os interstícios de corpos sociais e entidades e associações não políticas – e quanto maior é a diferenciação dos sistemas sociais e econômicos, mais difícil é para o Estado geri-los por meio de instrumentos normativos convencionais de fiscalização e controle (FARIAS, 2017, p. 104).

Os teóricos do Direito reflexivo sinalizam a produção de um tipo inédito de regras sociais no ajuste dos interesses daqueles abrangidos pelas prescrições normativas. Não colidentes, portanto, há pontos comuns entre os paradigmas do Direito reflexivo e do modelo de Direito social, tendo o Direito como um laboratório da constituição de novas práticas normativas e diferentes estruturas de poder (PHILIPPE, 2010, p. 124).

As regras de julgamento, no âmbito do Judiciário, sobre o Direito social permitiam uma atividade argumentativa conforme as questões sociais. Passam, é certo, a promover um novo tipo de racionalidade para o Direito, e, simultaneamente, conservam a forma jurídica da tradição liberal, fornecidas por uma unidade lógico-formal sem lacunas ou antinomias (PHILIPPE, 2010, p. 123-124).

O objetivo das padronizações de interesse dos agentes econômicos é regular o funcionamento dos mercados, promovendo decisões mais objetivas. Atividade empreendida pelos *standard-setting bodies*, entidades distintas do perfil clássico, pois não são integradas por Estados, não são constituídas por tratados, e algumas nem têm sedes fixas. São, em maioria, organismos privados sem fins lucrativos, responsáveis pela definição de padrões internacionais, sem vínculos obrigatórios legalmente, agindo por delegação governamental ou ocupando os vácuos do poder público em temas de extrema complexidade técnica (FARIAS, 2017, p. 105).

As consideradas normatividades espontâneas nos espaços infranacionais derivam das necessidades reais dos setores sociais e econômicos, não suportadas pela

ordem jurídica estatal. No âmbito empresarial complexo, há expansão de uma normatividade própria com jurisdição sobre os mercados e cadeias produtivas, em uma racionalidade relacional forjada nas redes transnacionais de comércio, serviços e finanças (FARIAS, 2017, p. 106).

É um modelo de Direito fragmentado, podendo ser contraditório, moldado por distintos atores instituintes e fontes de produção normativa e imposição jurídica, quando as fontes supranacionais podem conferir *status* jurídico de “observador” e “interlocutor” para atores não estatais. Portanto, é um modelo de Direito muito flexível e adaptável às demandas complexas dos sistemas sociais e econômicos (FARIAS, 2017, p. 106).

Na ordem jurídica contemporânea, Philippi (2010, p. 125) observa, com Agamben, que é possível verificar julgados de Tribunais superiores delineando um espaço jurídico vazio próprio do Estado de exceção, a partir da diferença promovida nessa ordem entre conteúdo normativo e decisão, quando se coloca legalmente fora da lei, suspendendo-a por considerar exceção.

Ainda que o neoliberalismo se inscreva na norma jurídica, divergindo do liberalismo (a mão invisível), no plano investigativo, é difícil se trabalhar a relação entre o neoliberalismo e o Direito, posto que ele fica suspenso.

Farias (2017, p. 110) considera que o quinto cenário é o mais factível, pois a questão essencial não se centralizaria mais nos binômios Estado *versus* menos Estado, Estado global *versus* nenhum Estado. Tem sido praticado no atual contexto, a partir de duas estratégias interdependentes de recuo do formalismo legal-liberal e do positivismo jurídico utilizadas pelos Estados nacionais na passagem entre a sociedade industrial para a pós-industrial ou informacional, bem como na evolução do modelo fordista-taylorista de produção para a especialização flexível no final do século XX.

Nessa era digital, o primeiro grande eixo transformador, para Dowbor (2020, p. 29-30, 36, 52, 74), é a tecnologia como principal fator de produção. Fato que desloca o capitalismo, pois a base produtiva material se transforma de forma rápida e muito acelerada, não sendo mais máquinas e trabalho físico. Uma vez que o eixo estruturante é o conhecimento incorporado, é imaterial, e intangível. É fluído, não é escasso, contornando uma outra forma de apropriação do excedente produzido pela sociedade e potencial de escala muito superior à exploração salarial. Historicamente, da terra à máquina e desta ao conhecimento. Para o domínio, as corporações precisam gerar artificialmente a escassez para cobrar o acesso, posto que pode ser reproduzido sem custos

adicionais, principalmente nesta lógica ancora-se a ampliação e extensão dos direitos sobre a propriedade intelectual.

A primeira estratégia exigiu revisão das políticas legislativas tradicionais e redefinição das fontes do Direito, uma vez que o Estado, consciente da progressiva erosão de sua autoridade e saber técnico, optou por declinar de suas responsabilidades regulatórias. A segunda estratégia foi a concessão, aos diferentes atores sociais e econômicos, de condições para definição do conteúdo das normas, na valorização do dissenso e na ideia de que nem tudo pode ser resolvido pelo Direito. Essas estratégias objetivavam desvincular o Estado das funções no âmbito econômico, implicando também a substituição da tradicional rigidez hierárquica de códigos e leis pela normatividade diversificada e flexível e outras ordens normativas nos mesmos espaços geopolíticos, o pluralismo jurídico (FARIAS, 2017, p. 112).

Com isso, a *desjuridificação* do sistema jurídico caracteriza-se pela coexistência do processo de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização de direitos e de criação de mecanismos de resolução alternativa de conflitos, com a metamorfose do Estado enquanto centro de gravidade institucional. Na *procedimentalização* do Direito, o Estado limita-se aos marcos ou procedimentos e confere aos diversificados setores sociais a negociação de alternativas normativas. É uma técnica em que o legislador opta por uma criação normativa negociada. Assim, o Estado não decide, pois não detém mais a exclusividade da determinação dos processos normativos, O que contraria o argumento *hobbesiano* de que, sem poder, não haveria ordem (FARIAS, 2017, p. 106).

A proliferação dessas duas estratégias decorreu do pragmatismo dos legisladores e de certo cálculo realizado pelos governantes entre custo/benefício. Conscientizaram-se de que, ao tentar usar o Direito positivo para o planejamento econômico, direcionavam-se para além do que a lógica e a racionalidade jurídica permitem. enquanto detinham mecanismos normativos muito simples para enfrentar as sofisticadas questões técnicas e políticas. Com isso, apelaram para o pragmatismo, invertendo a funcionalidade das estruturas hierárquicas do Direito positivo e dos mercados e direcionando o Direito positivo funcional à sociedade e à economia. Assim, para preservar sua autoridade funcional, não restou outra opção a não ser uma normatividade de caráter pactual, participando, então, de um polissistema ou um sistema de múltiplos níveis, dimensões e atores (FARIAS, 2017, p. 114-117).

O tema da legitimação pelo procedimento, marco do pensamento de Luhmann, é apropriado de certa forma por Habermas. A tese de Luhmann sobre a legitimação pelo

procedimento constatava que a decisão jurídica no sistema jurídico das sociedades ocidentais é considerada formalmente e socialmente legítima, quando de acordo com os procedimentos institucionalmente estabelecidos. Além disso, a partir da década de 1990, Habermas molda um projeto filosófico de que o procedimento democratiza e legitima, que teria um potencial de consenso maior com procedimentos os mais universalizantes possível. Sendo o direito, normas produzidas pelo Estado como normas gerais e impessoais, garantidor da viabilidade de um agir comunicativo ao ser firmado em seus procedimentos democráticos diante da atuação parcial de empresas, grupos ou indivíduos (MASCARO, 2009, 141).

Observa Mascaro (2009, p. 141-142) que feita essa constatação sociológica, cria um projeto político conservar, a legalidade como ferramenta da democracia radical. Exacerba a realidade jurídico-constitucional dada, não sendo um projeto de ruptura. Retoma, assim, o impasse jurídico de dois séculos sobre a legitimidade do processo, das normas de direito e do Estado. Posto que resulta da legitimação pela legalidade a forma jurídica, não a concretização social do direito.

Para sociedades avançadas e de conteúdos sociais já resolvidos, quiçá o pensamento jurídico de Habermas seja uma proposta plena de resultados. Para as sociedades que demandam transformação - a maior parte do mundo -, legitimidade, aqui, pode ser uma palavra vazia, que esconda os defeitos da injustiça institucionalizada e tornada jurídica.

Abramovich e Courtis (2004, p. 64) consideram que poucos indícios Habermas traz para uma determinação da forma dos direitos concebidos a partir de um paradigma puramente procedimental, bem como qual a diferença das tendências procedimentais do modelo de direito privado clássico ou de direito social.

Portanto, o desafio posto após a crise financeira em relação ao desenho funcional do Direito encontra-se entre o quarto e o quinto cenário, como indica Farias. Em sua opinião, o quadro atual caracteriza-se por regras instáveis, em um contexto de uma pluralidade de pretensões, por muitas vezes, contraditórias, com questões complexas em matéria de hermenêutica, exigindo de operadores e intérpretes jurídicos outros conhecimentos além do Direito positivo, como de macro e microeconomia, de mercado, conhecimento ambiental etc. (FARIAS, 2017, p. 124-125).

3. DIREITOS SOCIAIS E NEOLIBERALISMO NA AMÉRICA LATINA

3.1. ESTADO CONTEMPORÂNEO E PROTEÇÃO SOCIAL

Importa considerar que há uma pré-história dos direitos sociais tanto de políticas institucionais dirigidas a resolver situações de pobreza e exclusão social como de lutas pela subsistência e a segurança material. Essa pré-história remonta-se há muito antes do surgimento do Estado moderno e guarda certa afinidade com algumas reivindicações contemporâneas em matéria de direitos sociais (PISARELLO, 2007, p. 20).

Martínez (1999, p. 262) ao tratar sobre a concepção da solidariedade perquire a cultura clássica, se prolonga pela Idade Média e pela Moderna até o séc. XVIII quando há um conceito de solidariedade dos antigos, diferente da que será concebida pelos “modernos”, considerada como um valor superior que fundamenta os direitos humanos.

No mundo antigo, há duas concepções de solidariedade consideradas relevantes: a de Aristóteles e a dos estóicos, com Cícero e Sêneca. O primeiro identifica o conceito com as ideias de amizade e efeito de unidade, tendo-se uma ideia de solidariedade como uma “amizade cívica”. Os segundos, os estóicos, contribuíram para o desencadeamento da trilogia da Revolução Francesa, como a da noção de fraternidade. O núcleo da solidariedade dos antigos absorve uma dimensão religiosa com o surgimento do cristianismo e se estende por toda a Idade Média (MARTÍNEZ, 1999, p. 263-264).

Considerando o mundo moderno, as posições tomadas anteriormente pelos antigos em relação à ideia de solidariedade, se prolonga com as utopias do Renascimento diante das questões advindas do debate sobre o “descobrimento” da América e pelas posturas de setores religiosos. Naquelas utopias a fraternidade deriva de uma vida igual em comunidade, da falta de propriedade privada e crítica aos ricos e defesa dos pobres. Portanto, aflora a fratura que decorre na transição da cultura religiosa para a cultura laica, originada na transformação da solidariedade. Nesse sentido, indica a ideia de solidariedade como base da ideologia anticolonialista e da cooperação para o desenvolvimento de países pobres, crítica aos comportamentos da “conquista” (MARTÍNEZ, 1999, o. 264-265, 268).

No nascimento do estado moderno, esta dialética entre políticas conservadoras e preventivas, e políticas sociais igualitárias, voltou a repetir-se. Com

frequência, os socorros aos pobres ou aos empregadores traduziam políticas de ordem pública dirigidas a controlar as condições de reprodução das estruturas laborais e produtivas (p. 20). Em muitos casos, no entanto, a ajuda aos pobres justificada na caridade e na discricionariedade das autoridades públicas foi transformada em benefícios concretos correspondentes a direitos dos cidadãos (PISARELLO, 2007, p. 21).

A partir daí, vamos ver nascer o que se denomina como solidariedade moderna. Esta começa a se construir, principalmente a partir de um novo olhar sobre a economia, que deixa de ser uma economia moral, privada, para uma economia política. Esta economia passa a ser vista do modo científico e como uma forma de gerir a nação, deixando o pensamento de que as dimensões morais é que regem a economia, mas que essa é regida por suas próprias leis, pela mão invisível que move o mercado, pela divisão do trabalho, e que a partir disso pode-se buscar prover a riqueza das nações e o bem-estar dos indivíduos. Com isso, podemos identificar algumas etapas pelas quais essa construção moderna da solidariedade vai se formar: ocorre uma crescente defesa da solidariedade em contraponto a críticas feitas ao valor absoluto da propriedade privada; ocorre um processo de generalização dos direitos humanos, na luta pelo reconhecimento pelo sufrágio universal e o direito à associação; recebe uma grande influência do pensamento socialista e anarquista. Essa influência socialista na definição de solidariedade será imprescindível para a defesa da intervenção do Estado como promotor deste valor superior na rede social, e daquilo que será concebido como segunda dimensão dos direitos, onde o papel positivo do Estado na prestação de serviços essenciais para o desenvolvimento autônomo do indivíduo se torna fundamental (MARTÍNEZ, 1999).

Até o século XVIII, não havia uma prestação social sistematizada. A exceção indicada seria a *Poor Law*, de 1601, na Inglaterra, com instituição de contribuição obrigatória para a atenção social. Na Idade Moderna, visualiza-se um expressivo distanciamento entre a classe operária e os detentores dos meios de produção (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 6).

Esse Estado moderno, de concepção liberal, sem normas limitadoras da autonomia pessoal, abstém-se da atuação na relação entre particulares, decorrendo daí a proteção do trabalhador de atos de voluntarismo, como ato de caridade. Embora, nesse período de liberalismo econômico (*laissez-faire* e *laissez-passer*), a intervenção estatal se limitasse à prestação de benefícios assistenciais.

Historicamente, o princípio da solidariedade tem relação estrita, principalmente, com quem se reconhece como próximo. Assim, ampliação igualitária dos direitos vincula-

se às relações de fraternidade ou solidariedade estabelecidas entre os grupos vulneráveis. Ocorre que para a ideologia produtivista, durante o século XX impregnado de demandas dos estados sociais reformistas, no âmbito do capitalismo, e do socialismo burocrático, no início localizado fora dele, a solidariedade formulada pelos direitos sociais não era incompatível aos anseios de obtenção e consumo de recursos potencialmente ilimitados. Ademais, fazia uma correlação entre o crescimento econômico quantitativo e o desenvolvimento e o aumento da autonomia das pessoas. Porém, constitui problemas atuais de justificação solidária e sustentável dos direitos fundamentais, essa ideia de necessidades satisfeitas apenas com consumo de coisas, sendo o desenvolvimento e a ampliação da autonomia expressão da expansão ilimitada do consumo (PISARELLO, 2007, p. 55).

Javier de Lucas (2008, p. 10, 15, 43, 65) ao discorrer sobre a relação entre solidariedade e direito em uma evolução conjunta, parte do teórico por excelência da solidariedade, Émile Durkheim. Tendo entre os tipos de solidariedade, orgânica e mecânica, o paralelismo da predominância do Direito repressivo, enquanto na orgânica o Direito restitutivo. Trata o direito enquanto condição para a manutenção da vida social, sendo o direito símbolo da solidariedade. Posto assim, a solidariedade como fundamento e limite do jurídico, como barreira para sua conversão em um instrumento de dominação. Estabelece a solidariedade orgânica como mais forte enquanto ideal moral, considerando os sistemas de órgãos coordenados e subordinados entre si e um fortalecimento do vínculo entre os indivíduos com o grupo. Assim, ressalta a importância da solidariedade, recuperando-a. Isso porque, adverte o autor que resta à humanidade viver na era da solidariedade, de outro modo, há a barbárie.

Nesse sentido, observa Mascaro (2009, p. 77) a limitação da pesquisa de Durkheim objetiva compreender as causas da pelas quais se dá a coesão social, com isso, um tema relevante em sua sociologia é a solidariedade. Pensando ainda a compreensão da ordem social. Ao buscar a solidariedade social transparece implicações conservadoras, embora pelo método seja considerado progressista por trabalhar a partir dos próprios fatos sociais, não o indivíduo isolado. Quer explicar a estabilidade social.

Normativamente, Castro e Lazzari (2018) ponderam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, enquanto primeira vez que uma concepção de proteção ao indivíduo quando se prescreve o princípio da Seguridade Social como direito substantivo garantido a todos. Indica-se que essa declaração é inspirada na

Declaração da Independência Americana de 1776 e no espírito filosófico do século XVII, visando ao fim do Antigo Regime.

Enquanto campo histórico, cumpre destacar a silenciada revolução haitiana como um processo decorrente de influências externas, desconsiderando os sujeitos ativos escravos e negros livres e a reduzida importância histórica atribuída. Os eventos que decorreram na abolição da escravidão no período da revolução francesa desvelam que insurreição de escravos de São Domingos subsidiaram a condenação acertiva da escravidão e o reconhecimento de direitos do homem e do cidadão às colônias. Tendo a abolição da escravidão antes na colônia de São Domingos, em 1793, com a posterior ratificação da Convenção Nacional e reconhecimento aos territórios franceses.

Já os efeitos da Revolução Industrial sobre a sociedade, entre outros fatores, como sinalizam estudiosos, demarcam o caminho do Estado contemporâneo, uma vez que essa revolução, em decorrência do ideal liberal do Estado moderno, acarreta todas as suas questões de individualismo, liberdade contratual, problemas do trabalho assalariado, a concentração de renda. Apresenta-se, dessa forma, uma motivação para uma ruptura com esse modelo explorador do trabalho, sem qualquer atenção à pessoa (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 8).

Assim, as convulsões sociais estimuladas pela progressiva marginalização social implicaram movimentos sociais em embates com o aparato policial-estatal. Entre esses movimentos, os cartistas na Inglaterra; as revoluções de 1848 e 1871, na França; e a revolução de 1848, na Alemanha, constituíram um despertar dos governantes dos Estados para a propositura de alguma intervenção e regulamentação na vida econômica, antes que não conseguissem governabilidade. Impulsiona-se a ideia de previdência social, pública, com gestão do Estado e participação da sociedade.

Frisa Pisarello (2007, p. 28) sobre a concepção dos direitos sociais como uma conquista de fato das classes trabalhadoras, mas também como uma necessidade objetiva do sistema capitalista, já que permitiram custear a reprodução e qualificação da força de trabalho e disciplinar os setores rebeldes.

Apesar de seus limites, os fatos de 1848, o que se impôs foi uma obrigação genérica de regular a caridade pública, que não veio vinculada, como pretendiam os setores populares, a deveres concretos como a progressividade fiscal ou o uso limitado do direito de propriedade. Mas, sobretudo, considera que a breve experiência da Comuna parisiense de 1871, desempenharam um papel central na posterior evolução dos direitos sociais. Assim, ainda a dinâmica entre políticas sociais conservadoras, simplesmente

concedidas desde cima, e direitos sociais igualitários, conquistados desde baixo, abriu novamente, o capitalismo liberal entrou em uma crise sem precedentes (PISARELLO, 2007, p. 24).

Portanto, há o desenvolvimento da noção do sistema de proteção social, começando pela assistência social fundada na caridade ao direito subjetivo, a ser garantido pelo Estado e pela sociedade. O sistema refletia as três formas consideradas para dar resposta ao problema: beneficência entre os sujeitos, a assistência pública e a previdência social, resultando nas noções de seguridade social (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 5).

A partir de meados do século XIX, no final dos anos 1870 e começo de 1880, com um movimento crescente que visava tratar da condição dos assalariados e evitar a possibilidade da caída ao pauperismo em todo o século XIX, as primeiras reformas de Bismarck na Europa, que buscaram tratar essa pobreza nova decorrente do ciclo de negócios, precisavam de medidas de proteção coletiva e segurança social (DARDOT; LAVAL, p. 41).

Quando o Estado liberal do século XIX entrou em crise mais aguda, as políticas sociais apresentaram-se não como aliadas dos direitos civis, políticos e sindicais e da democratização da sociedade, mas sim como seu antídoto. As reformas de Bismarck, na Prússia, ou na Inglaterra victoriana do final do século XIX, por exemplo, se concederam políticas sociais desde o poder, ao mesmo tempo que se suprimiram ou se mantiveram à margem das liberdades políticas e sindicais dos trabalhadores e suas organizações (PISARELLO, 2007, p. 25).

Com a restauração liberal conservadora, o desenvolvimento do capitalismo liberal foi piorando as condições de vida das classes trabalhadoras, porém gerou, ao mesmo tempo, as condições objetivas para sua organização em torno de alternativas que lhes permitissem assegurar seus interesses materiais e morais e o controle sobre suas próprias vidas. Frequentemente, estas lutas se traduziram em novas formas associativas que permitiram aos trabalhadores estreitar os laços de solidariedade e garantir, ao mesmo tempo, o acesso a recursos básicos de subsistência: sociedades de mútuo socorro, câmaras sindicais, cooperativas de produção e de consumo, etc. (PISARELLO, 2007, p. 22-23).

Pelo menos desde os anos 1980, sustenta Pisarello (2007, p. 30) que as reformas constitucionais e legislativas decorrentes, bem como a introdução de critérios de interpretação restritivos, constituíram uma permanente tutela dos direitos sociais condicionada ao avanço de uma *lex mercatoria* baseada em uma renovada blindagem dos

direitos de propriedade privada e de liberdade de empresa no âmbito supraestatal. O tratamento prioritário aos direitos patrimoniais com a contrarreforma neoliberal promoveu não apenas um crescimento das desigualdades sociais, étnicas e de gênero, mas também a erosão dos direitos civis e de participação.

“No es casual, por lo tanto, que desde el punto de vista jurídico la tesis del carácter <<programático>> de los derechos sociales fuera la respuesta dominante frente al desafío que suponía la presencia normativa del Estado social y sus técnicas de intervención. Fundamentalmente, estos aparecían reducidos a mandatos políticos o la normas de efecto indirecto, cuya función principal era la de habilitar intervenciones legislativas en esferas que el constitucionalismo liberal vedaba de forma radical. Pero no adquirieron el estatus de auténticos derechos subjetivos, exigibles ante los tribunales, ni generaron mecanismos del control social que permitieran moderar la tendencia de las sedes legislativas y administrativas a autoprogramarse y a dejarse colonizar por poderes burocráticos y mercantiles de diverso tipo.” (PISARELLO, 2007, p. 29).

No pós-guerra, considerando uma crítica democrática e igualitária, essa tendência de estabelecimento de garantias atenuadas dos direitos e internalização de práticas de inclusão limitadas foi denunciado desde uma perspectiva antixista e antirracista, bem como por parcela dos trabalhadores excluídos do denominado pacto fordista keynesiano. Sendo os dispositivos de compensação e inclusão promovidos no último terço do século XIX, o golpe decisivo advindo da contrarreforma liberal conservadora empreendida dos anos 70 (setenta) com efeitos ainda presentes (PISARELLO, 2007, p. 12-13).

Desse modo, é necessário compreender a tese do caráter programático dos direitos sociais, identificando teorias interpretativas da norma que os categorizam, com implicações de uma classificação entre os direitos fundamentais e no seu grau de exigibilidade.

Posto que, tanto na história do Direito como na sociologia jurídica, predomina uma leitura geracional clássica que trata os Direitos sociais como direitos tardios, reconhecidos na segunda metade do século XX. Assim, a história moderna dos direitos sociais se insere em um longo século que começa com as grandes revoluções sociais de meados do século XIX, se estende de maneira vigorosa no último terço deste século e se estabiliza depois da segunda pós-guerra do século XX (PISARELLO, 2007, p. 20).

3.1.1. Direitos Sociais

É indispensável salientar as questões que permeiam os direitos sociais e seu estatuto jurídico e político atual, pois há contornos delineados pelos movimentos sociais enquanto formas alternativas de socialização, de forma adversa ao processo de mercantilização de diferentes esferas da vida. Busca-se atentar se ainda faz sentido a categoria de direitos sociais.

Observa Pisarello (2007, p. 57), que é essencial uma fundamentação comum aos direitos fundamentais, pois nada justifica uma hierarquia axiológica decorrendo em uma proteção diferenciada. Pensa-os como direitos de igual liberdade, mas de liberdade restrita. Um permanente processo de autolimitação pessoal e coletiva compõe a única forma de contenção e limites à liberdade. Com isso, os direitos fundamentais e a democracia, enquanto figuras paradoxais da autolimitação ao poder humano e à liberdade como bem de todos.

Nesse sentido, Pisarello (2007, p. 11) trata de elaborar uma crítica da percepção dominante dos direitos sociais como pressuposto para a sua reconstrução garantista e democrática, enquanto expectativas ligadas à satisfação das necessidades básicas. Caracterizando os direitos sociais como direitos dos mais necessitados. Expressão que compreende o âmbito da filosofia política e jurídica, e do Direito constitucional, enquanto no Direito internacional é mais usual "direitos econômicos, sociais e culturais". Sendo que trabalha ambas as expressões de forma indistinta, como opção deste texto também.

Desde a restauração neoliberal, as políticas sociais tradicionais constituem fontes inevitáveis de burocratização e desperdício, sendo os direitos restritos à eficácia econômica e às liberdades pessoais. Esta restauração não promoveu plenamente a reparação das patologias nos estados sociais tradicionais, mas tem destruído seus elementos mais garantistas e igualitários (PISARELLO, 2007, p. 13).

Com isso, apesar da vigência formal e inclusão em muitas constituições e tratados internacionais, na prática se impõe um progressivo esvaziamento normativo gerido pelas mãos de uma nova *lex mercatoria*, cada vez mais global. Debilita sensivelmente a eficácia vinculante e, assim, o alcance do princípio democrático e do Estado de Direito. Como produto da restauração neoliberal, dificulta ainda mais a conversão de estados sociais tradicionais em autênticos estados sociais constitucionais, operando frequentemente como simples estados legislativos e administrativos residuais,

imbricados de elementos autoritários e orientados a disciplinar a pobreza e a resguardar a ordem e a segurança pública (PISARELLO, 2007, p. 13).

Acrescenta Douzinas (2009) sobre as consequências da ênfase no caráter político dos direitos.

“A virada política dos pós-marxistas é uma emenda bem-vinda para o reducionismo econômico anterior e contribuiu para nossa compreensão dos direitos humanos muito mais do que as inúmeras repetições cansadas e banais dos teóricos dos direitos liberais. As refutações pós-marxistas da crítica clássica enfatizam o caráter político dos direitos que indubitavelmente enfraquece seus efeitos atomizantes. (...) Porém, a excessiva politização dos direitos carrega seus próprios problemas. Enfatizar seu caráter político, em outras palavras, seu potencial de igualdade, nem sempre é útil. Reivindicações de direitos organizadas em torno de gênero e sexualidade, por exemplo, dão prioridade à diferença e à identidade e não à igualdade e à participação, e seus instrumentos teóricos dificilmente podem surgir a partir do repertório marxista retrabalhado. Na verdade, uma das características das campanhas populares atuais pelos direitos humanos é o desvio das instituições políticas formais a favor da ação direta e de iniciativas por questões individuais. Isso, contudo, desafia a alegação marxista de que apenas a política pode aproximar os muitos e disparados conflitos sociais e unificar lutas fragmentadas em uma causa comum.” (DOUZINAS, Costas, 2009, p. 185).

Além do caráter político, o discurso do caráter normativo das constituições modernas ocorreu de forma frágil no âmbito do Estado social e dos direitos sociais. Sendo que a exigibilidade permanece restrita a relação com outros direitos civis e políticos, e particularmente com os direitos patrimoniais de propriedade privada e de liberdade de empresa. A persistente tese dos direitos sociais como meros princípios orientadores ou como cláusulas programáticas, ou a ideia de que os órgãos jurisdicionais nada podem, nem devem, atuar para garanti-los, são apenas algumas das provas desse atraso comparativo (PISARELLO, 2007, p. 14).

Essa tese das gerações endossa uma história excessivamente formalista dos direitos, sem compreender seu descumprimento, exclusões, discriminações ou, ainda, retrocessos. De forma diversa, as diferentes histórias dos direitos sociais retratam como produto de conflitos abolicionista de privilégios e transferência de poder e recursos entre setores sociais (PISARELLO, 2007, p. 36).

A primeira é uma tese histórica, particularmente, de história dos direitos. Caracterizados, por essa tese, como direitos de segunda ou terceira geração, cronologicamente posteriores aos denominados direitos civis e políticos. Essa formulação tenderia a um simples valor descritivo pedagógico e somente tornaria visível o percurso histórico condutor ao reconhecimento positivo destes direitos em constituições e tratados internacionais. De outro modo, há quem outorgue conotações prescritivas, a crença de sua efetivação quando não concretizados reside na evolução histórica, na *lógica garantista* ou no *crescimento econômico*.

Diante disso, a maioria desses estados sociais pós-guerra não passaram de configurar estados garantistas e democráticos atenuados. Melhoraram as possibilidades de consumo e o acesso a serviços básicos de setores importantes das sociedade. porém, frente ao discurso da teses geracional, consistiram também na proliferação de múltiplos focos de arbitrariedade pública e privada e se valeram, frequentemente, de práticas decisionistas e opacas que excluíram ou estigmatizavam os grupos em maior situação de vulnerabilidade (PISARELLO, 2007, p. 29).

A cegueira produzida por esta tese pouco dispõe de explicação de como apesar de que a retórica dos direitos sociais não tem remetido, e inclusive tem ocupado um papel relevante nas constituições e tratados internacionais, as reformas que haviam permitido sua ampliação no passado tem sinalizado alteração (p. 29).

A segunda é uma tese normativa ou de filosofia do direito. Os direitos civis e políticos fundam-se de imediato no princípio da dignidade da pessoa, enquanto os direitos sociais somente estariam ligados de forma indireta e ajustados a esse valor principiológico. Com isso, justifica-se a proteção fragmentada em prejuízo dos direitos sociais. Mesmo fundando-os na estrita concepção liberal conservadora, sinaliza Pisarello (2007, p. 40) que a caracterização da interdependência e indivisibilidade entre os direitos é obrigatória. Uma vez que sem os direitos sociais básicos, os conteúdos dos civis personalíssimos arriscam-se esvaziar.

Uma formulação complementar admitida por essa tese axiológica, os direitos civis e políticos constituíram direitos de liberdade, e contribuíram para preservar a segurança pessoal e a diversidade política e cultural de uma sociedade, dentre outras questões. Diversos, os direitos sociais fundamentalmente conectados ao princípio de igualdade e, de forma geral, sua satisfação visaria a proteção da homogeneidade social.

A escolha daria-se entre os valores em jogo: igualdade e segurança; igualdade ou liberdade; igualdade ou diversidade. Entretanto, em termos normativos, poderia-se

indicar a fundamentação axiológica de todos os direitos ajustam-se ao princípio da igualdade. A questão é que se trata de um princípio relacional, exigindo uma definição do objeto de igualdade. Diante disso, assenta Pisarello (2007, p. 37-38, 53) que todos esses direitos podem fundar-se nas necessidades básicas das pessoas, e, com isso, na igualdade dignidade, igual liberdade, igual segurança ou igual diversidade das pessoas.

A terceira tese está no âmbito de maior abstração teórica. Sustenta-se na diferenciação estrutural que obstaculiza a atribuição de mecanismos similares de proteção. Quem rechaçar as primeiras teses, absorveria essa por considerar evidente tratar os direitos sociais como geracionais de satisfação dificultada, enquanto direitos prestacionais, caros, de configuração e incidência indeterminada.

Essa tese diferencia a natureza dos direitos sociais. Os direitos civis e políticos gerariam exclusivamente obrigações negativas e de abstenção, caracterizada por não fazer, considerados direitos de autonomia, enquanto os direitos sociais como gênero de direito que implicam o nascimento de prestações positivas, caracterizada por fazer, por isso às vezes chamados de direito prestacional, por vezes, realizados com recursos públicos.

Direito enquanto prescrição normativa limitar-se-ia a impor obrigações negativas ou abstenções, sendo conceitualmente impossível ou materialmente inviável fundar direitos com obrigações positivas. Tendo de ser lida as expressões de direitos sociais, no sentido figurado ou metafórico, quando inseridos em constituições ou pacto de direitos humanos.

Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada y <<naturalista>> del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa. Sin embargo, incluso para los pensadores más caracterizados de la economía política clásica, como Adam Smith y David Ricardo, resultaba más que obvia la interrelación entre las supuestas <<obligaciones negativas>> del Estado, en especial en materia de garantía de la libertad de comercio, y una larga serie de obligaciones positivas, vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición del ejercicio de la libertad individual. En Smith, por ejemplo, se asigna al Estado un rol activo en la creación de las condiciones institucionales y legales para la consolidación, funcionamiento y expansión del mercado. Lo mismo cabe señalar con respecto a muchos otros derechos <<civiles y políticos>>: el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etc). (...) (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 23).

A estrutura dos direitos civis e políticos podem ser caracterizados como um complexo de obrigações negativas e positivas por parte do Estado. Não à toa, o fato histórico das funções positivadas com a definição do Estado liberal moderno, naturalizando esta atividade (obrigação) estatal concernente a estes direitos e a ênfase nos limites de sua atuação. Caracterizados, assim, também podem ser os direitos sociais, embora nestes as obrigações positivas contenham uma importância simbólica de identificação. Sendo substancial, o núcleo, o conteúdo essencial do direito, pois a inexistência de prestação estatal supõe automaticamente a denegação do direito (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 24-25).

Abramovich e Courtis (p. 29, 31) salienta uma proposta de um esquema interpretativo em níveis de obrigações estatais (respeitar, proteger, garantir, promover), a qual reforçaria a unidade entre esses direitos pois os níveis não podem ser caracterizados unicamente por distinções de obrigações positivas/negativas ou de resultado/de meio. Tendo a sua aplicação a todo o espectro de direitos, sem fazer classificação entre direitos civis e sociais. Indica que grande parte da atuação dos organismos de direitos humanos e dos órgãos internacionais de aplicação das normas de direitos humanos concernente a direitos tradicionalmente classificados como civis e políticos reforça aspectos vinculados a obrigações de proteção e satisfação destes direitos.

Tendo a doutrina pressuposta de direitos civis e políticos enquanto de aplicação imediata, com uma atuação negativa do Estado, enquanto os direitos sociais aplicação progressiva, com obrigações estatais de satisfação da prestação.

De outro modo, Abramovich e Courtis (2004, p. 32-35) consideram fazer distinção das obrigações positivas, referentes ao tipo de medidas exigíveis do Estado. A vinculação direta, de forma automática, dessas obrigações é com a obrigação estatal de dispor de fundos. Não se esgota nesta forma, mas é maneira característica de cumprimento de obrigações de fazer ou dar. Outras características: a) obrigação do Estado estabelecer algum tipo de regulação, indispensável ao exercício de um direito. Supõe a criação de normas permissivas ou facultativas; b) obrigação exige regulação estatal que limite ou restrinja as faculdades das pessoas privadas, ou imposição de algum tipo de obrigação a elas; o Estado pode cumprir suas obrigações, de forma múltipla, promovendo serviços à população de forma exclusiva ou com aporte estatal e regulamentações.

A quarta tese localiza-se melhor no âmbito da dogmática jurídica, ilustra a forma como diferentes ordenamentos jurídicos tutelam os direitos sociais. Como pressuposto obrigatório das teses anteriores, os direitos sociais configuraram simples

princípios programáticos. Não fundamentais nem direitos judicialmente exigíveis. Direitos secundários no plano valorativo e com uma estrutura completamente diferenciada no plano teórico, o que se reflete em uma proteção menor na maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Opera sujeitando-os à atuação legislativa.

Ocorre que há uma difícil distinção radical entre esses direitos fundamentais, ademais, há uma perda de seu caráter absoluto com a atribuição de um caráter social a alguns direitos classicamente considerados civis e políticos. Noutra lado, há dificuldades teóricas também na tradicional qualificação com os direitos sociais, sendo considerados como casos especiais resolvidos a partir de uma argumentação histórica a atribuição de uma caracterização essencial geradora de obrigações. Apesar de se considerar que o catálogo de direitos fundamentais tem um valor heurístico, classificatório, uma conceitualização mais rigorosa baseada no caráter das obrigações admitiria uma localização de cada direito determinada pelo peso simbólico do tipo de obrigação. A identificação daqueles direitos, que combinam ambos os tipos de obrigação, resulta de uma decisão convencional, um tanto arbitrária (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 26-27).

Portanto, essa distinção mitigada tem também limitações, pois não é exaustiva uma vez que há direitos sem rótulos exclusivos. De maneira que, cada categoria, acomoda direitos de estrutura completamente heterogênea, impossíveis de redução a uma única forma (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 64).

A taxatividade da distinção com a principal objeção, decorrente consideração de tipos de obrigações, contra a caracterização da força vinculante, da exigibilidade ou da juridicidade dos direitos sociais torna duvidosa a sua satisfação pois seria condicionada a disponibilidade de recursos do Estado. Uma condicionante econômica que subordina relativizando-os, condena a direitos de segunda geração. A condição de justiciabilidade requer a identificação das obrigações mínimas dos Estados relacionadas a esses direitos, talvez seja este o principal déficit das formulações normativas dos direitos, das elaborações dos órgãos nacionais e internacionais competentes para a aplicação, bem como nos escassos aportes teóricos. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 32, 38).

Considerando que não se pode ter uma diferença fundada em argumentos de ordem lógico-deontica, nem de características como a exigibilidade judicial, resulta a questão se a manutenção da categoria direitos sociais faz ainda algum sentido. Abramovich e Courtis (2004, p. 47-48, 57) julgam que a distinção é útil somente quando reflete a operação de dois paradigmas ou orientações político-ideológicas diferentes de

regulamentações jurídicas, e localiza no contexto histórico a forma de conceitualização e positivação dos diversos direitos. Por exemplo, o valor informativo sobre a correspondência de uma solução técnico-jurídica a um dos modelos jurídico-políticos, entretanto, dificilmente esclarece a estrutura deontológica um complexo de construções distintas.

Pois as construções dos chamados direitos civis, as suas técnicas elaboradas tradicionalmente para satisfazer a necessidade de configurar juridicamente um espaço autônomo de atuação, onde as decisões individuais tem a mínima interferência estatal. Importa observar a hegemonia do papel do mercado neste modelo, uma vez que embora componha um espaço com variadas atuações, não apenas a economia, grande parte dessas construções jurídicas da noção de direito subjetivo e sua proteção judicial concerne na proteção de direitos patrimoniais. A preeminência da regulamentação de qualquer área desde este modelo de direito localiza-se no papel da vontade individual à satisfação do direito. Frise-se que o modelo não se define pelo caráter das obrigações estatais, todavia, este modelo tende a excluir do Estado a possibilidade de interferências que se sobreponham às decisões individuais ou afetem bens sujeitos à decisão individual.

A permanente vulneração dos direitos sociais, sobretudo, obedece às desigualdades materiais do poder existentes nas sociedades atuais. Entretanto, a percepção simbólica e ideológica de seu papel deformador nessas relações de desigualdade não é reduzida. Dessa forma, nas presentes sociedades midiáticas as decisões humanas dependem em boa medida da percepção que se tenha da realidade, um requisito primordial para remover os obstáculos que impedem fazer efetivo os direitos sociais consiste contrariar a leitura política jurídica.

Pisarello (2007) realiza a tarefa de reconstruir desde uma dupla perspectiva: lógica garantista e democrático participativa. Na primeira, o Direito somente expressa o interesse dos sujeitos mais fortes, também pode operar como um instrumento ao serviço dos sujeitos mais débeis. Sobretudo, ocorre na lógica interna do constitucionalismo atual condicionada à ampliação da liberdade, a limitação e vinculação de todo poder, seja este público ou privado. Com isso, não se assegura uma automática satisfação dos direitos, entretanto, possibilita a articulação de um discurso, jurídico além de político, capaz de deslegitimar as múltiplas formas de poder arbitrário que, em diferentes escalas, bloqueiam a possibilidade de assegurar às gerações presentes e futuras a satisfação de suas necessidades básicas e, com isso, o gozo de sua liberdade.

A perspectiva democrático deliberativa, a democracia como um processo sempre aberto, ainda que de forma imperfeita. Tratar-se-ia de inscrever a garantia dos direitos em um processo de constante democratização seja do marco institucional como da esfera não institucional. Suporia examinar a qualidade da informação, a publicidade e os argumentos oferecidos pelas instituições em suas atuações. De outro modo, avaliar sua capacidade para dar expressão, por vias adequadas, às diferentes demandas sociais, começando pelas das classes e grupos mais vulneráveis.

Não pretende, com esta perspectiva, apelar ao voluntarismo das reformas institucionais desde cima, baseadas na ideia de que a garantia dos direitos podem ser o produto de um simples ato de auto-limitação dos poderes estatais. Caso contrário, assume-se que todo processo de aprofundação democrática e de controle do poder sujeito na situação de subordinação, os sem poder, quem, como destinatários e titulares dos direitos fundamentais, assumam, além das mediações jurídico-institucionais, a tarefa de sua conquista e defesa. Melhores garantias e mais democracia, em definitiva, seriam dois elementos centrais na tarefa de reconstrução do estatuto jurídico e político dos direitos sociais que aqui se propõe. De sua adequada articulação teórica e prática depende, em boa medida, a remoção dos obstáculos materiais e a superação dos prejuízos ideológicos que explicam sua debilitada posição na maioria dos ordenamentos atuais.

3.1.2. Justiciabilidade dos Direitos Sociais

A partir da tradição de caráter conservador, advindo do direito internacional dos direitos humanos, que considera os direitos sociais como meramente programáticos e inexigíveis predominante no direito público de muitos países da América Hispânica, Victor Abramovich Christian Courtis (2004, p. 15) trabalham aportes da teoria do direito ignorados pela doutrina tradicional. Buscam, ainda, estratégias práticas para a exigibilidade destes direitos incorporados às constituições e pactos de direitos humanos. Faz um panorama da experiência prática de países da América, Europa, África e Ásia.

O primeiro problema conceitual remete ao conceito de direito enquanto prescrição normativa limitada às obrigações negativas ou abstenções, com isso, exclui as expressões referentes aos direitos sociais. O segundo é a perda de sentido das diferenças qualificatórias tradicionais entre os direitos catalogados, pois os civis e políticos tem sido reinterpretados pelas chaves sociais. O terceiro remete a uma das questões clássicas de

definição dos direitos, pertinente à relação entre um direito e a ação judicial para a sua exigibilidade. De imediato, cumpre observar que a falta de mecanismo ou garantia jurídica adequada não é uma impossibilidade conceitual à justiciabilidade.

Algumas das dificuldades conceituais trazidas nessa discussão, com respostas circulares, vinculam-se diretamente à noção clássica de direito subjetivo, a noção de propriedade e o modelo do Estado liberal. Tais objeções são circulares com um único argumento: os instrumentos processuais tradicionais, dos litígios de interesse individual (ex. direito de propriedade), restringem-se a exigibilidade judicial desses direitos (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 39, 45-46).

Para Pisarello (2007, p. 87-88), a concepção dos direitos sociais como de livre configuração legislativa impossibilita sua concepção com direitos justiciáveis, como pretensões exigíveis perante tribunal. Em termos jurídicos, observa-se que a definição do que é um direito vinculada à faculdade subjetiva em relação a um interesse concreto, ainda, a expectativa de uma norma jurídica que reconhece para sua satisfação. Em um segundo nível, a noção de direito somente relaciona-se com casos de sujeitos obrigados a fazer ou deixar de fazer sua obrigação. Assim, sendo uma característica de um direito subjetivo a possibilidade de demandar, a chamada justiciabilidade ou exigibilidade judicial que pressupõe garantia de cumprimento das obrigações desprendidas do direito em questão.

O marco conceitual determinado pela vinculação, de grande parte, das noções substanciais e processuais referem-se à formação jurídica continental tradicional. Com isso, muitas das respostas quase automáticas diante da possível justiciabilidade dos direitos sociais persistem em um estado de coisas insuscetível de modificação, a proposição de inexistência de ações ou garantias processuais concretas de tutela destes direitos. Alguns argumentos consideram o caráter coletivo de muitas demandas destes direitos, a inadequação da estrutura e da posição do Poder Judiciário para exigir obrigações de dispor de fundos dos poderes públicos ou a desigualdade gerada pelo êxito de algumas ações individuais de exigibilidade em face do descumprimento nos demais casos idênticos não demandados judicialmente (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 40).

Diante dos principais argumentos arguidos contra a justiciabilidade dos direitos sociais, Pisarello (2007, p. 89) reduz a dois: a falta de legitimidade democrática dos órgãos jurisdicionais e a incompetência técnica dos juízes para tratar de questões econômicas. Ou seja, centra-se no Poder Judiciário.

Mesmo notando essa dificuldade teórica, que limita a justiciabilidade de algumas obrigações decorrentes dos direitos sociais, faz-se necessária uma análise pormenorizada dos diferentes tipos de situações de violação dos direitos sociais corrigidas a partir da atuação judicial. Ademais, some-se o fato de que a inexistência de instrumentos processuais concretos referidos não representam, de forma alguma, a impossibilidade técnica de criá-los e desenvolvê-los. Um estado de coisas suscetível de modificação (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 40).

Victor Abramovich Christian Courtis (2004, p. 42-43) mitigam algumas das dificuldades advindas das tradicionais objeções à justiciabilidade dos direitos sociais. A primeira, sobre as dificuldades processuais e operativas de ajuizamento de ações, com tutela parcial ou discriminatória de uma obrigação positiva, não se trata de matéria sobre exigibilidade. A segunda trata da pluralidade de decisões judiciais individuais, a articulação das ações coletivas, no âmbito processual tradicional, reformuladas na violação individualizada e concreta com a habilidade de demonstrar a complexa consequência de violação de obrigações de direitos coletivos sobre os direitos civis. No direito processual contemporâneo chamado de direitos ou interesses individuais homogêneos, cujas decisões judiciais sinalizam aos poderes políticos o estado de descumprimento generalizado de obrigações em relevantes matérias de políticas públicas.

A terceira refere-se à não executoriedade direta da sentença judicial por demandar a provisão de fundos dos poderes públicos, nos casos de declaração de violação do cumprimento das obrigações assumidas em matéria de direitos sociais. Ocorre que as sentenças prolatadas representam formas de objetar aos poderes políticos a necessidade da agenda pública. Ademais, à atenção aos direitos sociais, não há dúvidas da necessidade de planejamento, previsão e desenvolvidas pelos poderes políticos, um programa de governo para cumprimento dos compromissos assumidos constitucionalmente ou por tratados que estabelecem direitos e obrigações ao Estado. Sendo limitadas as possibilidades do Poder Judicial suprir a inatividade daqueles (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 44-45).

Nesse sentido, retomando as duas objeções à justiciabilidade dos direitos sociais por Pisarello (2007, p. 90), o autor indica que se buscando uma perspectiva que impulse vias possíveis de garantia dos direitos sociais (políticas e judiciais, instrumentais e extra institucionais ou sociais), mitigando possibilidades.

Considerando que a tutela dos direitos sociais frequentemente no juízos ordinários, tendo por objeto ações ou omissões vulneradoras destes direitos, ainda que

sejam ações de particulares, não interfere ilegitimamente como pode contribuir ao reforçá-lo, assegurando o cumprimento de leis e constituição. Assim, o argumento contramajoritário e antidemocrático não subsistem. Pontua que exatamente por ter um papel relativamente independente dos órgão políticos, a justiça constitucional poderia ser um dos instrumentos idôneos para impulsionar em certa medida o controle entre os poderes em matéria de direitos civis, políticos e sociais, bem como para conferir visibilidade aos interesses e vozes das minorias (às vezes minorias) marginais aos canais representativos tradicionais (PISARELLO, 2007, p. 91-93).

Quanto à consideração de incompetência técnica dos juízes para tratar de questões econômicas, indica que os obstáculos não são irresolúveis, ademais as atuações jurisdicionais para a proteção dos direitos fundamentais não objetivam redefinir os pressupostos públicos, embora inevitavelmente decorrem consequências orçamentárias. Ocorre que estes custos não se restringe apenas aos direitos sociais, mas aos demais direitos também. Ademais, ressalta que diante do argumento dos órgãos políticos sobre a falta de recursos e da reserva do economicamente possível, os tribunais evidenciam que não são complexas as atuações públicas com a apresentação de alternativas que superam a impossibilidade alegada, indicado a existência de políticas semelhantes ou incluem nos cálculos monetários elementos deliberadamente excluídos inicialmente (PISARELLO, 2007, p. 95-97)

A quarta trata da alegada incongruência de instrumentalizar o processo tradicional, que cuida de litígios de interesse individual, reconduzindo-os para a exigência de direitos sociais. No direito processual contemporâneo já se reconduz, inversamente, à exigência de direitos civis a demanda de direitos sociais (direitos ou interesses individuais homogêneos), tais mecanismos resultam parcialmente adequados (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 45-46).

Uma descrição distintiva dos dois paradigmas de regulamentação jurídica, o modelo de direito privado clássico e o modelo de direito social, sem pretender dar conta das grandes particularidades teóricas, é uma generalização útil pelo menos para dar conta de fenômenos como a emergência histórica de novos ramos de direito, de espaços de autonomia acadêmica ou de soluções técnicas jurídicas diante da percepção diversa sobre as necessidades de regulamentação de determinadas áreas da vida social. Essa noção de paradigmas é uma construção que explica um conjunto de soluções técnico-jurídicas pressupondo uma teoria das funções do Estado, uma teoria sobre as relações indivíduo e sociedade.

(...) Históricamente, el primero abstrae los rasgos más notorios de la codificación civil continental europea, y del establecimiento de la doctrina contractual clásica del derecho anglosajón, en los siglos XVIII y XIX. El segundo pretende captar los aspectos de las reglas que regían los accidentes de trabajo y la contratación laboral, a fines del siglo XIX, y complementado progresivamente con la tecnificación de la intervención estatal en campos tales como la educación, la salud y la seguridad social, durante gran parte del siglo XX (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 50).

As características da regulamentação jurídica promovida pelo modelo de direito privado clássico, em termos jurídicos, refletem os pressupostos de prescrições da economia política clássica como a construção jurídica positivada desde a teoria liberal sobre as funções do Estado e sobre as relações entre indivíduo e sociedade. Em síntese, traduz em termos jurídico:

- la construcción de sujetos de derechos individuales;
- la equivalencia de los sujetos de derecho, expresada en nociones tales como la igualdad formal ante la ley y la igualdad de las partes contratantes;
- la consagración del principio de autonomía de la voluntad, y del contrato como mecanismo válido para intercambiar bienes y servicios; en escalón similar, el establecimiento de factores personales y subjetivos de asignación de responsabilidad civil, tales como el dolo y la culpa;
- la limitación de las funciones del Estado a la creación de reglas generales y abstractas (legislación), protección de bienes jurídicos individuales y de las condiciones institucionales de equilibrio económico (seguridad, defensa) y al restablecimiento del equilibrio económico ante la producción ilícita de daño o el incumplimiento de lo pactado contractualmente (justicia civil) y, en los casos de afectaciones más graves, la imposición de sanciones penales (justicia penal);
- el diseño de acciones procesales individuales, en las que la medida de la legitimación es la afectación individual de derechos (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 51).

Não substitui modelo de direito privado clássico, mas o modelo de direito social corrige disfunções daquele. Além de imprimir ruptura diante de algumas soluções como a distribuição de funções entre Estado e o mercado, há uma relação de continuidade uma vez que ambos os modelos constituem variantes derivadas da mesma origem filosófico-política, a concepção moderna de mundo. Ademais, ambos os modelos reivindicam no seu âmbito a procedimentalização do direito, apesar de se vislumbrar um paradigma novo de caráter procedimental.

Sua articulação funda-se na crítica dos pressupostos daquele primeiro modelo, sem excluí-lo completamente. Observa as limitações dos mecanismos, sustentando a necessidade de intervenção estatal quando o funcionamento do mercado não garante resultados aceitáveis. É com esse modelo jurídico que se realizam as funções do Estado social, Estado de bem-estar ou Estado de providência. Em termos jurídicos, traduzem-se seus pressupostos.

- la introducción de dimensiones colectivas en el derecho (...)
 - la consideración de desigualdades materiales, de poder político y económico y de información entre distintas clases de sujetos de derecho, juridificada a través del trato desigual de sujetos ubicados en distintas posiciones. (...)
 - el establecimiento de limitaciones al principio de autonomía de la voluntad. Los mecanismos típicos del derecho social en esta materia son varios. (...)
 - el desplazamiento o limitación del ámbito de actuación de mecanismos contractuales, o su sustancial regulación estatal. La desmercantilización se expresa en términos jurídicos en el avance del derecho público sobre el área en cuestión, generalmente a partir de la organización de un servicio público, de la reglamentación estatal de los ámbitos librados a la gestión privada, o del establecimiento de agencias de regulación. (...).
 - la modificación de los criterios de asignación de responsabilidad civil: la generación de riesgo y la necesidad de establecer criterios sociales de distribución del costo de los daños llevan a la elaboración de la noción de responsabilidad objetiva, independiente de factores subjetivos;
 - la ampliación de las funciones estatales (...).
 - la incorporación de acciones procesales colectivas o transindividuales, en las que el actor legitimado representa intereses grupales o invoca la tutela de bienes colectivos (...)
- (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 54-56).

A partir da lógica desse modelo de direito são configurados os denominados direitos sociais, apresentando-se como produtos de elaborações técnico-jurídicas de posições jurídicas subjetivas (individuais ou coletivas). Uma característica comum das relações jurídicas resultantes é o propósito de equilibrar disparidades, seja por padrões mínimos de vida, oportunidades aos grupos sociais. De forma geral, o valor relacionado aos direitos sociais é a igualdade, no caráter material ou fático.

Victor Abramovich e Christian Courtis (2004, p. 64) observam que, em ambos os modelos, as formas de procedimentalização do direito acompanham a forma diversa que se concebem as relações entre indivíduo e sociedade. A procedimentalização privilegia o indivíduo e a vontade individual no modelo de direito privado clássico, enquanto o modelo de direito social considera dimensões coletivas e desigualdades de poder e informação.

Considerar os direitos sociais como direitos é possível somente se, em alguma medida, houver condições do titular sentenciar impondo a satisfação da obrigação decorrente do direito. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 38). Para tanto, Pisarello

(2007, p. 94, 102) considera relevante a atuação do poder judiciário nesta matéria, sendo o economicamente possível ou razoável algo que deve ser demonstrado, não presumido. Tendo o órgão político o dever de demonstrar, enquanto os tribunais devem reservar-se à possibilidade de controlar a razoabilidade destas respostas.

3.2. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Primeiro, neste ponto, é preciso esclarecer que, ao perquirir uma fundamentação dos direitos humanos, neste trabalho, não se busca o recurso direto do Direito Internacional Público (DIP), especificamente do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), que trata das normas internacionais que preveem direitos humanos. Entretanto, como se trata de um fenômeno após a Segunda Guerra Mundial (2ª GM, 1939-1945), que buscou respostas às violações da guerra para que elas não se repetissem, serão feitas breves considerações como forma de localizar o(a) leitor(a) na discussão contemporânea acerca dos direitos sociais e, na sequência, realizar o recorte no tema da previdência social.

São considerados como precedentes dos direitos humanos, o Direito Humanitário, a Liga das Nações de 1919 e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada pelos vitoriosos da Primeira Guerra Mundial (1ª GM, 1914-1918) em 1919 na parte XIII do Tratado de Versalhes. O primeiro desses precedentes consubstanciava as normas referentes às pessoas em contexto de guerra, remontando às convenções de Genebra, e objetivava humanizar a guerra ao estabelecer obrigações aos Estados com relação a padrões mínimos de civilidade no conflito. A Liga das Nações, no pós-1ª GM, foi uma tentativa de imposição de regras aos Estados sob a justificativa de proteger os direitos humanos, sem sucesso quanto à adesão não realizada por Estados como EUA e quanto à prevenção de guerra. Enquanto a OIT, por sua vez, já previa padrões mínimos para as relações de trabalho.

O contexto demonstrava o fracasso da Liga das Nações, com as sanções impostas à Alemanha no Tratado de Versalhes, que também não criou uma integração efetiva entre os países-membros, quando a Europa se recuperava da crise econômica de 1929 e enquanto havia um expansionismo japonês no extremo oriente. Entre esses fatores, há a eclosão da 2ª GM.

Alain Supiot (2010, p.14) aponta que o espírito da Filadélfia moldado a partir de 1944, com a publicação da Declaração de Filadélfia, anexada à Constituição da OIT, tornou-se a Declaração de 1948 da ONU. Uma vez que a experiência histórica evidenciou, pós-2ª GM, que o Estado totalitário faz parte do Estado de Direito, refundar uma ordem jurídica internacional civilizada teria como requisito aos Estados o respeito aos direitos e às liberdades reconhecidas, bem como a formulação de bases jurídicas de um ideal de justiça social.

O texto da referida Declaração e, nesse sentido, outros textos, como os acordos de *Bretton Woods*, a criação da ONU e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, foram adotados como forma de redirecionar a força a serviço do Direito e à instituição de princípios comuns aos tipos de ordens jurídicas. Não à toa, essa era a condição fundamental da existência de um “regime de direito” na Declaração Universal de 1948.

Regime de direito, enquanto requisito, sinaliza a atenção à estrutura política e econômica das sociedades. Pisarello (2007, p. 53) observa que na maioria dos sistemas contemporâneos, a principal tensão estrutural é entre direitos e privilégios ou direitos e poderes. Sendo o verdadeiro conflito entre os próprios direitos fundamentais civis, políticos e sociais e os direitos patrimoniais e de representação seletivos de caráter excludente. Diversa a colisão entre direitos e princípios, no Direito moderno, resolvida pela técnica da ponderação.

Com a presença do Brasil, o encontro na cidade de *Bretton Woods*, estado de *New Hampshire*, nos Estados Unidos, para a Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas, em 1944, marca uma redefinição do Estado contemporâneo. Como um dos produtos, a criação de institutos para promover o financiamento do desenvolvimento econômico por meio do FMI e do Banco Mundial.

É o momento em que os EUA decidem não mais manter a convertibilidade do dólar em ouro, considerando a quantidade de moeda norte-americana em circulação em diversos países. Embora, em termos de proteção aos direitos sociais ao longo do período do fim da 2ª GM até a década de 70 do século XX, em relação ao entreguerras, o Estado Contemporâneo tenha se desenvolvido, na sequência, as políticas sociais suportam grandes retrações, sob a escusa de fim do ciclo de prosperidade econômica e de elevado crescimento de gastos públicos concomitante à redução de postos de trabalho com a automação e fatores demográficos (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 1296).

Então, depois da 2ª GM, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada pela Carta de São Francisco, adotando o princípio de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, visando obrigar os Estados a respeitá-los.

A criação da nova instituição internacional em 1945, a ONU, objetivou evitar novos conflitos com estabelecimento de diretrizes jurídicas e políticas garantidoras da paz mundial, com a segurança internacional e a busca de cooperação internacional para as soluções dos problemas econômicos, sociais, culturais e humanitários, promovendo os direitos humanos e as liberdades fundamentais. Mais uma vez, sob a influência do pensamento de Kant, buscava-se efetivar a paz mundial, independentemente da cultura.

Discorre Pisarello (2007, p. 28), pós segunda guerra mundial, os modelos de intervenção existentes firmaram acordos estatais, no âmbito das economias capitalistas, com compromisso de favorecer aos trabalhadores. Entretanto, os reflexos nas leis e constituições sociais de tipo diversos, apesar de ser considerado um avanço, na prática este reconhecimento foi mais desigual e restritivo que a narrativa geracional dos direitos é capaz de mensurar. Ademais, os contratos sociais dos estados sociais pós guerra abrangeu lugares localizados nos países ocidentais, em segmentos determinados de trabalhadores.

Aponta-se que como os demais liberais, ao projetar seu cosmopolitismo, Kant (2008, p. 15, 30 e 38) pressupunha que, nas relações comerciais, ocorreriam aprimoramentos entre pessoas e nações, o que era essencial para a paz perpétua. Para ele, o Direito deriva de valores ou princípios morais pressupostos na razão. Para tanto, o filósofo projeta uma instância supranacional garantidora da paz e da relação entre os Estados, que não seria um superestado, mas uma federação de Estados republicanos.

A definição dos direitos prescritos na Carta de São Francisco, criadora da ONU, ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que é uma Resolução da Assembleia Geral da ONU, em 1948. Com essas duas normativas, originou-se o DIDH. Em 1966, compõem a DUDH o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais.

Essa decomposição desses dois pactos evidencia a oposição, na época, entre direitos negativos e positivos, no âmbito do DIDH, que representa uma cisão embrionária na formulação do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas em 1951. Nessa época, a Assembleia Geral da ONU deliberou, ocorrendo o contrassenso das correntes político-filosóficas sobre os direitos sociais e as obrigações dos Estados, devido à sectarização na elaboração de dois pactos adotados em 1966. Tal cisão no

tratamento dos direitos humanos, individuais, políticos e sociais, consagra, no âmbito da ONU, a teoria da progressividade da implementação dos direitos sociais, sendo considerados os custos desses direitos.

A ONU é uma ficção, não existe, é uma criação por acordo de nações poderosas. Nunca existiu, a Liga das Nações, a fraternidade entre os povos igualmente. O consenso universal de pessoas não se estabeleceu. O domínio do mundo pelo “capital” é um fato contínuo, engendrado na linha de frente pelos EUA e alguns outros países (MASCARO, 2009, 137-138).

O fundamento ideológico de cada corrente tornou-se mais evidente, diante da oposição entre países capitalistas e socialistas. Cumpre notar que, na doutrina (PIOVESAN, 2006, p. 155), há uma indicação dos primeiros como países ocidentais, remetendo-nos à criação da linha ocidental, abordada no primeiro capítulo.

Essa distinção caracteriza os direitos sociais enquanto direitos de igualdade, e os direitos civis e políticos como direitos de liberdade, predominante durante a guerra fria entre os Estados Unidos e União Soviética (1947-1991), subsistindo na consagração promovida em âmbito internacional, com os dois Pactos separados. O fim do mundo bipolar gerou condições objetivas para a instituição da tese da indivisibilidade e interdependência dos direitos com a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Embora a ratificação daqueles dois pactos expresse uma inclinação decisiva, permanece predominante a contraposição tradicional com a crise dos estados sociais tradicionais, concomitante à expansão da globalização neoliberal (PISARELLO, 2007, p. 41-42).

Tinha-se a doutrina pressuposta de que os direitos civis e políticos eram aplicados de imediato, demandando uma atuação negativa do Estado, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais submetiam-se somente à aplicação progressiva, tendo o Estado obrigações ativas de satisfação da prestação (TRINDADE, 1997, p. 446).

Considerando a insistência nesse discurso técnico jurídico sob a percepção desvalorizada dos direitos sociais, Pisarello (2007, p. 14) ressalta como subsistem prejuízos de tipo ideológico. Propondo a discussão em 4 (quatro) teses enquanto quatro mitos mais difundidos no *mainstream* político e jurídico, de forma geral, correspondem a planos diferentes. Sobretudo na contemporânea fase de crises dos estados sociais tradicionais e expansão da globalização neoliberal, essas teses moldam a percepção dos direitos sociais e incidem significativamente na sua proteção debilitada. Observa que não se trata sempre de uma defesa advinda de autor específico ou uma única corrente de

pensamento, mas facilmente alimentadas por boa parte dos operadores políticos e jurídicos, e inclusive pelos próprios grupos que reivindicam os direitos sociais.

Nesse contexto, a concessão conferida com a consagração da teoria da progressividade dos direitos sociais (artigo 2º do Pacto), em perspectiva liberal, mostrou-se como condição de reconhecimento, considerando-se os custos desses direitos no âmbito da ONU.

Apesar da criação de toda essa arquitetura conter influência filosófica kantiana com a ideia de uma federação internacional de povos em busca da paz, para uma interação pacífica entre os Estados, a lógica imperial de atuação EUA, evidenciada com o desrespeito pela ONU, ao empreender guerra em outros países acentua característica do pós-moderno e de mãos dadas ao pré-moderno. Primeiro, tem sua própria razão, lei, quem os contraria é alvo de invasão. E funda-se em fanatismos religiosos reacionários, como extensão moderna de um tipo de pensamento medieval, enquanto povo escolhido nos mandatos divinos. Ademais, a guerra traduz-se em poder. A supremacia, mercado e exploração, disputada pelo “capital”. (MASCARO, 2009, p. 137-138).

Para Mascaro (2009, p. 139, 142), essa ideia kantiana abraçada pelo sociólogo Habermas, mostra o pensamento hamarbesiano como uma ideia boa quando essa realidade de desrespeito à ONU se impõe, apesar de não tocar no cerne dos problemas. Portanto, considera seu universalismo como insurgência contra o pós-moderno, um tipo de mentalidade fragmentada de mão dadas aos impulsos medievais. Mesmo com suas propostas por mais direito, nada além disso, deve-se tomar nota que a sociedade ocidental capitalista, extremamente estabilizada pelo direito, não impede as atuações do governo norte americano. Este é prova de que seu pensamento não é combativo, ademais os EUA surge em mundo já jurídico.

Em consonância, após a 2ª GM, há a celebração da Convenção Europeia de Direitos (1953). E, no âmbito regional do sistema interamericano, tem-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), com base na DUDH, e seu Protocolo de São Salvador sobre direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além de outros mais.

Dessa forma, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos tem se moldado a partir de peculiaridades regionais em face do contexto histórico e político de cada região, peculiaridades essas observadas nas mudanças ocorridas nos sistemas regionais: interamericano, europeu e africano.

Ramos (2012, p. 187) indica que, posteriormente ao fracasso bolivariano de criação de uma grande federação de países recém-independentes na América Latina, os Estados Unidos da América incentivaram o surgimento do pan-americanismo para a cooperação entre os Estados americanos. Como fruto político das conferências da União Pan-americana, a Carta de Bogotá dispôs sobre a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1948, no contexto da Guerra Fria.

Assim, nas Américas, o sistema de proteção de direitos humanos apresenta-se na forma de dois regimes jurídicos. O sistema político da Organização dos Estados Americanos (OEA), organização intergovernamental criada em 1948, baseia-se na Carta da Organização dos Estados Americanos (COEA) e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).

Hodiernamente, o cenário demonstra que há mais de 20 (vinte) tribunais internacionais, enquanto, em 1990, havia 6 (seis). A Organização Mundial do Comércio (OMC) mostra-se mais relevante que esses tribunais internacionais de direito, uma vez que trata de significativas quantidades de dinheiro e do comércio internacional.

Portanto, há uma expansão quantitativa, a internacionalização do Direito, das normas internacionais regulando a vida social. Nesse contexto, há grandes desdobramentos no âmbito da previdência social, como destaca Supiot sobre a privatização do Estado-providência, ou de bem-estar social, ou social.

A privatização do Estado social não conduz, portanto, ao desaparecimento dos direitos sociais, mas **à concentração dos seus benefícios naqueles que menos precisam deles**. Referindo-se a um versículo famoso do Evangelho de Mateus ("Àquele que tem, muito será dado e viverá em abundância, mas àquele que nada tem, tudo lhe será tirado, mesmo o que tinha"), os estudiosos referem-se ao "efeito Mateus" como a capacidade dos fortes de se tornarem os principais beneficiários dos projetos para melhorar a sorte dos fracos. A escola da República dedica assim, em média, muito mais dinheiro para crianças de famílias abastadas do que para os de origem modesta; **trabalhadores e empregados contribuem durante mais tempo do que os executivos para pensões encurtadas por uma expectativa de vida inferior**, etc. O efeito Mateus não é novo, mas, até pouco tempo, era aparente apenas em termos de benefícios. Por outro lado, **os mais ricos se beneficiam mais do que os pobres com as despesas públicas ou sociais**, mas, por outro lado, quanto mais elevados seus rendimentos, mais impostos ou contribuições sociais pagavam. Uma das novidades da economia de mercado comunista é a emergência de uma oligarquia capaz de beneficiar plenamente dos mecanismos de solidariedade sem ter de contribuir para eles proporcionalmente aos seus rendimentos. **Longe de eliminar**

instituições baseadas na solidariedade, as reformas ultraliberais têm facilitado a sua predação (SUPIOT, 2010, p. 33, grifo nosso).²

Essa precarização da previdência social torna-se visível com o favorecimento de benefícios, de despesas públicas e sociais, a quem menos precisa deles, aumento do tempo contributivo em relação aos executivos e com redução da pensão. Naquele cenário comunitarista, destaca-se o benefício obtido com o próprio sistema de solidariedade, caracterizando-se as reformas como predadoras apenas. Isso, em matéria de previdência social, indica que a captura ocorre com a oligarquia financeira.

Os interesses financeiros no desmantelamento do Estado Social são mais elevados na área da segurança social. Os regimes de pensões têm sido um alvo principal da política da oligarquia financeira de captar as instituições herdadas do Estado Providência. Nos países onde foi adotada, **a capitalização destes regimes permitiu alimentar o mercado de ações, expondo os trabalhadores que os financiam ao risco**, agora comprovado, de receberem apenas pensões miseráveis. **Onde os regimes de repartição têm sido mantidos, são os trabalhadores precários que foram os principais perdedores de suas reformas**, enquanto os gestores assalariados de grandes empresas viram acumular em suas cabeças suntuosos “chapéus de aposentadoria”. No entanto, **a predação de mecanismos de solidariedade é uma tendência geral que é evidente em todos os ramos da segurança social**. O peso político dos *lobbies* médicos, que retiram a maior parte dos seus rendimentos das taxas obrigatórias mas não querem aceitar quaisquer restrições em troca, é um dos fatores da atual falência do sistema de seguro de saúde. Em nome da “ativação” das **despesas com seguro-desemprego**, parte dos seus recursos foi assim **desviado dos desempregados para as empresas**. Quando perderam seus empregos, os *traders londrinos que trabalharam para a falência do sistema financeiro puderam, em aplicação do direito social*

²Tradução livre do original: “La privatisation de l’État providence ne conduit donc pas à faire disparaître les droits sociaux mais à en concentrer le bénéfice sur ceux qui en ont le moins besoin. Par référence à un verset fameux de l’Évangile selon saint Matthieu (« À celui qui a, il sera beaucoup donné et il vivra dans l’abondance, mais à celui qui n’a rien, il sera tout pris, même ce qu’il possédait »), les spécialistes parlent d’« effet Matthieu » pour désigner la capacité des forts à devenir les premiers bénéficiaires des dispositifs visant à améliorer le sort des faibles. L’école de la République consacre ainsi en moyenne beaucoup plus d’argent pour les enfants issus de milieux aisés que pour ceux d’origine modeste; les ouvriers et employés cotisent plus longtemps que les cadres pour des retraites abrégées par une espérance de vie plus faible, etc. L’effet Matthieu n’a rien de nouveau mais, jusqu’à une date récente, il ne se manifestait que du point de vue des prestations. D’un côté les plus riches bénéficiaient davantage que les pauvres des dépenses publiques ou sociales, mais d’un autre côté ils payaient d’autant plus d’impôts ou de cotisations sociales que leurs revenus étaient élevés. L’une des nouveautés de l’économie communiste de marché réside dans l’apparition d’une oligarchie qui a la possibilité de bénéficier pleinement des mécanismes de solidarité sans devoir y contribuer à proportion de ses revenus. Loin de faire disparaître les institutions fondées sur la solidarité, les réformes ultralibérales ont facilité leur prédation” (SUPIOT, 2010, p. 33).

comunitário, receber dos fundos de desemprego franceses para os quais nunca contribuíram, subsídios que representam quatro vezes o montante do teto da segurança social (ou seja, 6.366,80 euros mensais em setembro de 2008). Em contrapartida, a trabalhadora pobre, que têm uma sucessão de empregos precários em tempo parcial, tem dificuldade em justificar um período suficiente de contribuições para ter direito ao seguro de desemprego e, com as últimas reformas da aposentadoria, perdeu qualquer chance de receber uma pensão decente (SUPIOT, 2010, p. 35, grifo nosso)³.

É possível destacar que a predação das instituições baseadas no sistema de solidariedade ocorre com as políticas que alteram os regimes previdenciários, cooptando as instituições herdadas do Estado social. Indicam-se os regimes capitalizados, suscetíveis aos riscos do mercado, e os regimes de repartição, moldados por reformas.

Essa predação tornou-se uma tendência geral dos ramos da segurança social. Com desvio dos recursos do seguro-desemprego para as empresas, evidencia-se quem mais se beneficia com as despesas públicas ou sociais. Enquanto os responsáveis pela crise do sistema financeiro em 2008 puderam obter rendimentos dos fundos da previdência, particularmente a trabalhadora comum está submetida às dificuldades de obter benefícios e, com as reformas da aposentadoria, sem esperança de se aposentar.

³ Tradução livre do original: “C’est en matière de sécurité sociale que les enjeux financiers du dépeçage de l’État social sont les plus élevés. Les régimes de retraite ont été une cible privilégiée des politiques de captation par l’oligarchie financière des institutions héritées de l’État providence. Dans les pays où elle a été adoptée, la capitalisation de ces régimes a permis d’alimenter le casino boursier tout en exposant les travailleurs qui les financent au risque, aujourd’hui avéré, de ne toucher que des pensions misérables. Là où les régimes de répartition ont été maintenus, ce sont les travailleurs précaires qui ont été les principaux perdants de leurs réformes tandis que les dirigeants salariés des grandes entreprises ont vu s’accumuler sur leurs têtes de fastueuses « retraites chapeaux ». Mais la prédation des mécanismes de solidarité est une tendance générale qui se manifeste dans toutes les branches de la sécurité sociale. Parmi les facteurs de l’actuelle faillite de l’assurance maladie, il faut compter ainsi le poids politique des lobbies médicaux, qui tirent l’essentiel de leurs revenus de prélèvements obligatoires, mais ne veulent accepter aucune contrainte en contrepartie. Au nom de « l’activation » des dépenses de l’assurance chômage, une partie des ressources de celle-ci a ainsi été détournée des chômeurs vers les entreprises. Lorsqu’ils ont perdu leur emploi, les traders londoniens qui ont œuvré à la faillite du système financier ont pu, en application du Droit social communautaire, percevoir des caisses françaises de chômage auxquelles ils n’ont jamais cotisé, des indemnités représentant quatre fois le montant du plafond de la sécurité sociale (soit 6 366,80 € mensuels en septembre 2008). À l’inverse, la travailleuse pauvre qui enchaîne des emplois précaires à temps partiel justifie difficilement d’une période de cotisations suffisante pour avoir droit à des allocations chômage et elle a perdu, avec les dernières réformes de l’assurance vieillesse, toute chance de percevoir une retraite décente” (SUPIOT, 2010, p. 35).

3.3. PREVIDÊNCIA SOCIAL E NEOLIBERALISMO NA AMÉRICA LATINA

O projeto de precarização da previdência social, em âmbito latino-americano, em favor de fatores socioeconômico-políticos, demonstra peculiaridades que precisam ser ressaltadas. Trata-se de um tema caro ao sistema de solidariedade que funda a previdência. Nesse campo em que a solidariedade deveria expressar-se, o que se tem constatado são as decisões vilipendiando os sujeitos, cujas vidas desnudas têm a opacidade do Direito (CÁRCOVA, 1996, p. 130) sob a sua vista. Esses sujeitos têm a sua subjetividade alienada num mundo em que a lógica de mercado se impõe.

Sobretudo na América Latina (AL), que tem pesquisas desvelando esse permanente cenário (COELHO, 2003), sem tocar exatamente no que se pretende nesta pesquisa, que se propõe a investigar as decisões das Cortes Superiores do Brasil.

Com isso, é imprescindível memorar que a crise do liberalismo também se configura como uma crise interna. Após as reformas mais liberais de assistência aos pobres, emerge uma contestação à metafísica naturalística e estímulos a reformas democráticas e sociais na Inglaterra. As fraturas do liberalismo são expostas em meados do século XIX até a Primeira Guerra Mundial e o entreguerras, e a tensão entre esses dois tipos de liberalismos nunca cessou. Os reformistas defendem um ideal de bem como, enquanto os partidários da liberdade individual, como fim absoluto. Essa revisão constitui o contexto intelectual e político de surgimento do neoliberalismo na primeira metade do século XX (DARDOT; LAVAL, p. 37-38).

Cabe destacar que, quando se trata daquele desenvolvimento da proteção social no pós-2ª GM aos anos 1970 do século XX, refere-se aos continentes precursores de tais ideias, como Europa, América do Norte e Oceania. Países como o Brasil não chegaram a atingir o mesmo nível de proteção social. Desde então, as retrações das políticas sociais, no período atual, com redução de gastos públicos nesse setor, significam que não se alcançou o prometido Estado de Bem-Estar Social (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 1297).

A grande virada nos anos 1980, no Ocidente, consiste no triunfo de uma política “conservadora” e “neoliberal”, uma ruptura com o *welfarismo* da social-democracia e a postulação de novas políticas por uma nova direita ocidental como resposta política à crise econômica e social do regime “fordista” de acumulação do capital. Os questionamentos desses governos conservadores derivam na disputa sobre o conceito de Estado, com questões sobre a regulação keynesiana macroeconômica, a

propriedade pública das empresas, os sistema fiscal e progressivo, a adequação do setor privado por regulamentos estritos, particularmente em matéria de direito trabalhista e de sindicatos, e a proteção social (DARDOT; LAVAL, p. 189).

Cumpra notar ainda, que a partir dos anos 1980, países da periferia, após submissão à ditaduras militares ou experiências autoritárias, tiveram constituições aprovadas com ideal normativo do Estado social e democrático de direito. Além de consagrarem avançadas técnicas de tutela dos direitos sociais. Muitos, inclusive, vinculam reivindicações sociais, de caráter redistributivo, às demandas de reconhecimento de suas minorias (e às vezes majorias) étnicas, culturais ou nacionais, partindo de povos indígenas (PISARELLO, 2007, p. 33).

Todavia, o contexto de produção do Estado de bem estar são bem diferentes entre os estados centrais e os da periferia. Posto que a eficácia das cláusulas sociais e participativas são limitadas pela ausência de controles internos de poder adequado e pela posição de vulnerabilidade do sistema econômico mundial desta periferia. Estas relações neocoloniais instrumentalizam mecanismo de restrição ao desenvolvimento dos direitos sociais com as absurdas dívidas externas, contraídas e ampliadas de forma ilegítima, a imposição de programas de ajuste estrutural e de processos de integração de livre comércio ou pelo poder das corporações transnacionais sobre os recursos e serviços básicos desses países empobrecidos (PISARELLO, 2007, p. 33).

Na década de 1980, concebia-se que as reformas estruturais da previdência social seriam politicamente viáveis apenas em regimes autoritários, mas as reformas na década de 1990 expuseram que mudanças radicais também eram possíveis nas democracias latino-americanas. Por mais de um decênio, o modelo chileno pareceu um experimento isolado de um regime autoritário, sem potencial de influência sobre os formuladores de políticas de países democráticos. Todavia, em 1990, uma “segunda onda” de reformas previdenciárias ocorreu com o endosso da reforma pelo governo democrático que sucedeu a ditadura de Pinochet no Chile (MESA-LAGO; MÜLER, p. 47).

A América Latina foi a primeira região onde a privatização da previdência social configurou-se politicamente viável. Uma abordagem institucional do tema trata de reconhecer a pressão exercida pelos fluxos internacionais de capitais e a abertura econômica sobre os salários, uma vez que os governos e empregadores se atentam mais à possibilidade de redução de gastos com a previdência social, com as instituições

financeiras internacionais exercendo um papel importante na definição da agenda de reforma de privatização (KAY, 2003, p. 101 e 106).

Com a adesão à nova racionalidade governamental por governos de países mais poderosos, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial tiveram um papel ativo com a mudança de sua missão nos anos 1980, enquanto os países mais frágeis tiveram que obedecer às recomendações desses organismos internacionais com uma hábil estratégia de *marketing* diante dos credores e investidores internacionais. Todavia, na realidade, esses planos de ajustes das “terapias de choque” foram bastante destrutivos em muitos casos. Essa intervenção impôs o quadro político do Estado-concorrência, tendo suas ações o objetivo de fazer da concorrência a lei da economia nacional (DARDOT; LAVAL, p. 198).

Destarte, na AL e em outras regiões, a promoção de privatização da previdência social conta com a atuação de instituições financeiras internacionais. Desde o início na década de 1990, o Banco Mundial é um forte defensor dessa reforma e tem um papel importante que se acentuou nos últimos 10 anos. O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) também a incentivou na década de 1990, e o FMI, embora tenha se envolvido menos, realizou pesquisas e consultorias na área, inserindo planos de privatização nos acordos de empréstimos assinados com alguns países. Inicialmente, expressou preocupação com as implicações fiscais da privatização, porém, mais recentemente, tem visto de outra forma os déficits induzidos pela reforma, facilitando a privatização desses sistemas. Evidencia-se que, quanto maior a influência das instituições financeiras internacionais, mais provável é que seja privatizado o sistema previdenciário (MADRID, 2009, p. 164-165).

No estudo “Política e economia nas privatizações da previdência na América Latina”, a partir da análise estatística das políticas previdenciárias recentes implementadas na AL, Raúl Madrid (2003, p. 155) busca esclarecer o motivo da privatização do sistema previdenciário nos últimos anos em muitos países da América Latina. Segundo o autor, é provável que isso se dê devido à vulnerabilidade dos países à escassez de capital, pela influência do modelo chileno e pelo tamanho de suas economias. A viabilidade das reformas perpassa parcialmente pela força do movimento trabalhista e do grau de controle do presidente da República sobre o Legislativo.

As raízes macroeconômicas das privatizações da previdência, particularmente, derivam da escassez de capital nos países latino-americanos nas décadas de 1980 e 1990. A questão não é a previdência em si, mas a necessidade de reconstruir a

poupança e, com ela, o investimento. Isso porque, desde a irrupção da crise da dívida externa em 1982, esses países têm tido redução devastadora no fluxo de capital estrangeiro. Com esses cortes, as autoridades priorizam o aumento das taxas de poupança interna, atitude acentuada na década de 1990. Os formuladores de políticas passam a acreditar na possibilidade de um aumento das taxas de poupança e no estímulo ao mercado de capitais local com a privatização da previdência. Desse modo,

Economistas neoliberais e formuladores de políticas argumentam que **a privatização da previdência social aumentará a poupança nacional**, uma vez que **as contribuições** feitas pelos trabalhadores para os sistemas privatizados **são poupança**, ao passo que nos sistemas de repartição as contribuições para a previdência social dos trabalhadores da ativa são gastas com pensões dos aposentados (MADRID, 2003, p. 161, grifo nosso).

As posições ideológicas dos formuladores de políticas explicam o conteúdo assumido pelas reformas. Durante o regime militar que governou o Chile (1973-90), a equipe era composta por jovens economistas conhecidos como *Chicago boys*. Inicialmente, duas ideologias moldaram o conteúdo das reformas nas políticas governamentais: a segurança nacional e o monetarismo. *Chicago boys*, equipe tecnocrática altamente coesa, eram jovens que, por serem considerados promissores, através de um acordo do Departamento de Economia da Universidade de Chicago e seu correspondente na Universidade Católica do Chile desde 1856, fizeram pós-graduação em Chicago (CASTIGLIONI, 2003, p. 78 e 87).

A Fundação Ford foi a primeira financiadora do Programa de Pesquisa e Treinamento para a América Latina, da Universidade de Chicago, geradora de centenas de Garotos de Chicago latinos, além de financiar um programa paralelo na Universidade Católica do Chile de atração para estudar com os Garotos de Chicago na graduação em economia. Tornou-se a principal fonte de disseminação da ideologia da Escola de Chicago na América Latina, mais que o próprio governo dos Estados Unidos (KLEIN, p. 149).

Todavia, a desastrosa ascensão dos Garotos de Chicago ao poder constituiu uma reputação desastrosa para a Ford, pois, financiados na missão de organização do aprimoramento das instituições econômicas para melhorar a abrangência dos objetivos democráticos, desempenharam um papel central na demolição da democracia no Chile como segunda experiência, optando pela violência para acessar o poder. As ideias perigosas constatadas no primeiro laboratório desses Garotos deveriam servir como uma advertência à humanidade, mas ganharam imunidade (KLEIN, p. 149 e 154).

No início da década de 1990, os principais defensores das privatizações eram economistas com formação neoliberal, geralmente componentes do Banco Central e do Ministério de Finanças e Economia, apoiados por instituições financeiras internacionais e por grupos de interesses locais, corporações e o setor financeiro (MESA-LAGO; MÜLER, p. 49).

Portanto, no Cone Sul, a Fundação Ford tratou com as ditaduras como qualquer negócio, tornou-se a principal financiadora de ativistas em direitos humanos com uma atribuição estreita desses direitos humanos. Ademais, qualquer investigação mais séria sobre a repressão no Chile levaria à Ford e ao seu papel central na doutrinação dos mandatários do país com princípios econômicos fundamentalistas. Assim, cobrava-se a honestidade intelectual do movimento de direitos humanos para não se envolver na política, impedindo o questionamento do fundamento daquela violência documentada (KLEIN, p. 150).

Essa onda reformista na América Latina nas últimas décadas é histórica, tendo em vista a difusão em um continente inteiro e a privatização de um componente central do Estado de bem-estar social, particularmente, as pensões e as aposentadorias. Seguindo a teoria do Estado de bem-estar social e os direitos sociais institucionalizados, nada disso deveria ocorrer. Assim, com a experiência latino-americana, notou-se que a ditadura não é pré-condição para a implementação de políticas radicais e impopulares.

Tem-se, assim, um constitucionalismo simbólico, uma vez que o problema está na concretização. A constituição acaba assumindo uma função legitimadora do sistema, nesse sentido.

Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao *welfare state* proclamado no texto da Constituição, programáticos, encenado o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. **A constitucionalização simbólica** está, portanto, intimamente **associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas**. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes o diploma constitucional atua como alibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem “letra morta” em um sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social (NEVES, 2011, p. 116, grifo nosso).

Portanto, até 1990, imaginava-se que a privatização era possível realisticamente apenas sob uma ditadura. Todavia, ao evidenciar-se sua possibilidade sob regimes democráticos, tornou-se uma experiência de relevância imediata para a Europa.

Assim, na delimitação do campo específico da política social e da reforma das políticas sociais, objetiva-se, principalmente, aperfeiçoar a prestação. Não tem sentido otimizar a eficiência sem um padrão de justiça ou bem-estar. O básico, garantir renda na velhice, parece não ser mais a questão. Assim, a política de privatização na AL *parece* impulsionada puramente pela “eficiência” (ESPING-ANDERSEN, p. 15).

As razões da reforma previdenciária na América Latina e na União Europeia são bem diferentes, assim como a definição de sua agenda. Na Europa, aborda-se a previdência social, e não as taxas de poupança. Na AL, as baixas coberturas e os índices precários de contribuição entre trabalhadores são fatores dos rombos financeiros, os quais foram criados pela interferência política ampliada nos fundos previdenciários, utilizados para outros fins. Além do caráter clientelista e corporativista de vários, representando gastos excessivos com grupos favorecidos. Esse caráter não é estranho ao observador europeu. Assim, nota-se que o diagnóstico foca o benefício, em vez de se pensar pelo menos no outro lado, a contribuição, para estimular mais emprego formal e menos evasão via política tributária. Portanto, a política de reforma da previdência precisaria aliar-se a uma reforma do mercado de trabalho (ESPING-ANDERSEN, p. 15-18).

3.4. RESERVA DO POSSÍVEL: ORIGEM E RECEPÇÃO NO BRASIL

A retomada do conceito de reserva do possível, pela doutrina e jurisprudência, evita aprofundar para uma reflexão crítica intrínseca que permeia os direitos sociais e seu estatuto jurídico e político atual. Pisarello destaca que, embora haja o reconhecimento positivo dos direitos sociais, está distante de conceber expectativas plenamente exigíveis ou instrumentos aptos de satisfação das necessidades. Sendo o grau dessa satisfação, frequentemente relacionado às relações de poder assimétricas entre países e zonas centrais e países e regiões periféricas. O acesso aos recursos ocorre em níveis crescentes de consumo por habitantes dos países ricos, inclusive sob a forma de recurso, tendo lugar o empobrecimento dos povos e regiões mais vulneráveis e da negação desses direitos básicos às gerações futuras (PISARELLO, 2007, p. 12).

A reserva do possível assevera a tese dos direitos sociais como direitos estruturalmente diferentes aos direitos civis e políticos. Em certo nível de abstração, no plano teórico, contrapõe-se uma característica dos direitos civis e políticos enquanto direitos negativos, não onerosos e de fácil proteção, enquanto os direitos sociais como

direitos positivos, custosos, e condicionados a reserva do economicamente possível ou razoável. De forma diversa dos primeiros, a característica acentua-se devido aos direitos sociais corresponderem a direitos vagos e indeterminados em relação à conduta obrigatória e os sujeitos obrigados. Outrossim, sendo direitos específicos de dimensão coletiva insuscetíveis de determinadas formas de tutela como diante dos tribunais (PISARELLO, 2007, p. 59).

Adverte Pisarello (2007, p. 59-61) que essas colocações argumentativas podem ser aplicadas a todos os direitos fundamentais, não constituindo um defeito originário exclusivo dos direitos sociais. Empreende exercício argumentativo que permite conceber todos os direitos fundamentais como de obrigações custosas, constituindo os direitos civis e políticos uma dimensão distributiva também. Assim, nada obsta que os direitos sociais compreendam muitas obrigações negativas, sem grandes despesas financeiras, independentes da reserva do economicamente possível. O que está em jogo é a decisão de como e quais as prioridades atribuir aos recursos para a exigência de satisfação dos direitos.

Desse modo, os direitos sociais retomam questões pertinentes à estrutura das sociedades tanto de políticas institucionais dirigidas a resolver situações de pobreza e exclusão social como de lutas pela subsistência e a segurança material.

Em suma, todavia, empreende-se um esforço teórico de atribuição da constituição do conceito a partir de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (TCA), como se se tratasse de matéria nova a respeito do tratamento de direitos sociais. Ademais, como já observado neste trabalho, temos fatos históricos como a cisão da embrionária, em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais. Decomposição que evidencia a oposição entre direitos negativos e positivos, consagrando, no âmbito da ONU, a teoria da progressividade da implementação dos direitos sociais, sendo considerados os custos desses direitos.

Quanto à atribuição jurisprudencial germânica, cumpre saber que, em 18 de julho de 1972, o Tribunal Constitucional da Alemanha (TCA) publicou o julgado de *Numerus Clausus BVerfGE* 33, 303, tendo como argumento a expressão “reserva do possível”, tradução de *Vorbehalt des Möglichen* (SCHWABE, 2005, p. 657).

É, portanto, recorrente a menção a esse julgado do TCA, em 1972, como introdutor do conceito que se molda a partir da expressão “reserva do possível” na sua argumentação sobre restrição ao direito na denominada decisão *numerus clausus*. Em

suma, trata-se de um debate sobre a limitação do número de vagas nas universidades que levou à aplicação dessa construção jurisprudencial por aquela Corte. Foi recepcionado pela doutrina brasileira como custos dos direitos.

Nesse caso do TCA, há a ocorrência de dois controles concretos de constitucionalidade postulados pelos Tribunais Administrativos de Hamburgo e da Baviera⁴, os quais tratavam das regulamentações universitárias locais, referentes à admissão de estudantes no curso de medicina, de 1969 e 1970.

A apreciação da constitucionalizada delineava, enquanto objeto, a limitação absoluta imposta por aquelas normas universitárias, baseadas no argumento da incapacidade de ensino para condicionar a admissão de estudantes no curso de medicina, enquanto restrição necessária para a sua própria manutenção institucional.

Resulta que a Corte considerou que o direito à admissão universitária decorre dos direitos fundamentais à livre escolha do local de ensino e profissão, dos princípios da igualdade e do Estado Social, diretriz da ordem constitucional alemã.

Assim, a reserva do possível, enquanto recorte deste trabalho, destaca-se nesse julgado a partir da ponderação emitida sobre seu caráter de condição para os direitos sociais referentes a benefícios estatais (SCHWABE, 2005, p. 663).

Então, considerou-se que apenas haveria constitucionalidade das limitações absolutas à admissão de estudantes universitários, conforme o estágio da experiência social. Esta, delineada nos limites necessários, tendo sido utilizada à exaustão a capacidade criada pelos recursos públicos, a racionalização da escolha e a distribuição à escolha individual do local de formação (SCHWABE, 2005, p. 667).

Destarte, o TCA não viabilizou o reconhecimento de justificativa estatal subsidiada na ausência orçamentária. Isto é, em questão está a proporcionalidade e a razoabilidade da demanda levada a juízo, com fulcro na proteção do bem comum.

Exarado esse julgado, há um tratamento conferido pela doutrina e jurisprudência brasileira sobre o conceito de reserva do possível, na medida em que o Estado ensaia algum reconhecimento e aplicabilidade no âmbito da ordem jurídica pátria.

Há um destaque para uma constatação fática inicial desse movimento jurisprudencial pátrio que se refere às demandas propostas por pessoas soropositivas na década de 1990 (MOREIRA, 2011, p. 213). Frisando-se, há 25 (vinte e cinco) anos, o

4

julgado da Medida Cautelar em Petição nº 1246 Santa Catarina⁵, de 31 de janeiro de 1997, em matéria de saúde.

As implicações desse instituto denominado contemporaneamente de reserva do possível serão pormenorizadas na pesquisa jurisprudencial, sob o recorte da previdência social, no quarto capítulo deste trabalho. Por ora, cabe sinalização, realizada na doutrina, acerca de suas menções pela Corte brasileira.

Neste momento, destaca-se que a doutrina, de forma geral, apresenta-se como um limite para a implementação de direitos sociais. Isso se dá uma vez que a instrumentalização da reserva do possível pela Fazenda Pública como excludente de responsabilidade estatal na efetivação de direitos sociais e políticas públicas denota a tese de satisfação de direitos fundamentais limitada às condições orçamentárias do Estado.

Como já sinalizado, o debate pátrio, em geral, parte da ideia da construção jurídica germânica dessa teoria da reserva do possível, o que se põe em questão neste trabalho, tendo em vista o permanente contexto de negação e violação de direitos humanos vivenciados pelos sujeitos históricos da periferia global.

Ingo Sarlet (2003, p.25) indica que essa teoria tem subsidiado tais práticas de omissão estatal por questões de limite orçamentário ou políticas quando há uma dimensão econômica que dependeria de uma conjuntura. Esse ponto que não se expõe nem se esclarece precisa ser tratado como o contexto que permite ao Estado eximir-se da efetivação de direitos humanos.

Decorre disso, em certa medida, a discussão metodológica da hermenêutica constitucional e, ainda, a questão da teoria da restrição das restrições ou limite dos limites. Pontua-se, na doutrina pátria, uma integração do princípio da proporcionalidade ao “limite dos limites”, como instrumento de controle da atividade jurídica (CLÈVE; SCHIER; RECK, 2005, p. 19).

Indica-se, dessa forma, que a expressão “limite dos limites”, difundida pela dogmática germânica subsidiada pela Lei Fundamental de Bonn, objetiva ressaltar os impedimentos normatizados restritivos da implementação pelo poder público de limitar os direitos fundamentais. Originou-se da conferência de Karl Betterman, na sociedade jurídica de Berlim em 1964, que tratou dos limites dos direitos fundamentais, para a qual a legitimidade dessas limitações precisaria atender a requisitos materiais e formais prescritos na Constituição. Entre esses, os mais relevantes: a garantia do conteúdo

⁵Ver: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>

essencial e a dignidade da pessoa humana, observando ainda que qualquer limitação deve objetivar o bem comum (CLÈVE; SCHIER; RECK, 2005, p. 19-20).

A reserva do possível transportada para o Brasil, todavia, não atenta à centralização da discussão na proporcionalidade e razoabilidade como na Alemanha. Trata sobre os custos desses direitos diante da limitação dos recursos públicos como um limite à realização dos direitos sociais.

Tem-se uma ênfase em um componente condicionante, os recursos orçamentários. Sarlet (2008, p. 30) discorre sobre uma dimensão tríplice da reserva do possível, que contempla a disponibilidade fática dos recursos públicos, a disponibilidade jurídica (reserva do possível jurídica) desses recursos e a proporcionalidade conjugada à razoabilidade da demanda.

Nesse sentido, Barcellos (2008, p. 261), Olsen (2008, p. 205) e Sarlet (2008, p. 306) sintetizam essa introdução da adjetivação “jurídica” da “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.”

Ricardo Torres (2009, p. 109) tratou de pontuar que o desvirtuamento da concepção expressa pela Corte alemã decorre dessa contraposição entre a reserva do possível fática com a reserva de orçamento, argumentada naquele conceito como jurídica, contornando, além dos direitos sociais, os direitos fundamentais e o mínimo existencial.

Consta, ainda, uma abordagem da reserva do possível correlacionada à concepção de direitos sociais enquanto direitos prestacionais a considerar a teoria da progressividade de sua implementação, sendo necessário fazer escolhas trágicas no âmbito do orçamento. Nesse sentido, indicou Fernando Facury Scaff (2013, p. 1, grifo nosso), sob a perspectiva da progressividade da satisfação dos direitos sociais:

O conceito de reserva do possível pública está casado com outro, muito caro aos direitos sociais, que é o da **progressividade na concretização desses direitos**. Os direitos prestacionais, tal como o direito à saúde, não são direitos que se disponibilizam integralmente de uma única vez. São direitos **fornecidos progressivamente pelo Estado**, de modo que, passo a passo, em um ritmo crescente, ele se torna cada vez mais concretizado — o que não ocorre com outros direitos, tal como o de maioria, a qual se obtém de um dia para outro — literalmente. Os direitos sociais são direitos implementados à prestação, de forma progressiva.

Tragic Choices, de Guido Calabresi e Philip Bobbit (1978, p. 17), não questiona os motivos do mundo sofre, mas busca responder como o mundo decide entre quem sofrerá ou não. Discorre a partir da experiência norte-americana, pontuando a Itália

e Inglaterra. Tem como subsídio parâmetros advindos do mercado clássico, concebendo métodos de alocar o direito de se ter sua pretensão satisfeita. Conferindo a extensão do sucesso dos métodos a forma que eles acomodam valores culturais. Sendo o principal valor humanístico, a eficiência respeitada pelo norte-americano, fator decisivo para afastamento de um desfecho trágico.

Recepcionada como reserva do possível, passa a funcionar como técnica da escolha alocativa dos recursos enquanto elemento justificador de restrição aos direitos sociais, diante da arguição de escassez de recursos públicos com incalculáveis demandas e finitos recursos.

Com isso, temos aportes norte americano e alemão para subsidiar uma argumentação jurídica que confronta a efetividade de direitos sociais no Brasil. Articulações teóricas comuns na jurisprudência e na doutrina pátria, referendando uma concepção vinculadora dos direitos sociais à condição econômica.

Resultam prejuízos de uma sociologia jurídica de caráter conservador quando transplantes jurídicos são recepcionados, ainda que não vislumbrado inicialmente, cumpre uma posição política a um tipo de evolução do capitalismo neoliberal. Tendo pretensão de conceder autonomia à política, às instituições, aos direitos humanos, distantes das evoluções da exploração do capital.

Nesse sentido, Mascaro (2009, p. 127-128) frisa que a teoria dos sistemas de Luhmann, absorvidas bastante por juristas neoliberais, inspira-se nos mesmos horizontes do método analítico norte-americano e inglês, com uma análise quebrada, fragmentada. Poderia ser uma constatação sociológica sobre o direito, típica aos países avançados. Tendo sido desenvolvida a partir da década de 1960 e 1970, da Alemanha, Europa e Estados Unidos apenas. Não do resto do mundo, não tão estável institucionalmente. De outro modo, a sociologia jurídica marxista enverga uma explicação da origem da formação do sistema jurídico a partir do próprio capitalismo, como partindo das relações mercantis.

Por via transversais, chega às mesmas proposições que o positivismo jurídico constitui ao estudo da teoria geral do direito, mas adverte-se diferenças.

(...) Mas Kelsen, que todos tomam por radical de um ordenamento estéril e normativo, é quiçá mais aberto que Luhmann. Ele diz de fato que a ciência do direito é um triângulo fechado, hierarquizado pelas normas constitucionais e pela hipotética norma fundamental. Mas Kelsen fala de algo que todos ou não leram ou se esquecem: há uma diferença entre a ciência do direito e o próprio direito. Para Kelsen o direito, como fenômeno que se

manifesta socialmente, não é fechado, é aberto. As normas se criam a partir de outras, mas por atos de vontade do legislador e do juiz. A ciência do direito é fechada, como unidade lógica. Mas se Kelsen é para nós tido como um dos juristas mais fechados do positivismo jurídico, claramente Luhmann ultrapassa este nível. (MASCARO, 2009, p. 125).

Acrescenta que a teoria do agir comunicativo habermasiana, ambientada a partir da década de 1970-80 quando da contramarcha conservadora do capitalismo ocidental, base de sua segunda fase de pensamento, ao adotar a ideia de uma pragmática da comunicação que se aproxima bastante do pensamento inglês norte-americano. Cria, ao estilo de outro modo feito por Luhmann, um mundo sociológico próprio, apostando na possibilidade de uma comunicação racional e livre, em que se possa garantir progressivamente espaço de convívio social democrático. No âmbito de um capitalismo avançado, os consensos dariam-se desde uma ampla comunicação, não de imposição. Uma imediata reflexão do poder contra o poder é deixada de lado. Promovendo uma virada linguística, empreendimento também realizado pela filosofia norte-americana e inglesa no século XX. Então, trata do nível linguístico com a comunicação ideal e suspende a realidade (MASCARO, 2009, p. 130-133).

No Brasil, para uma sociologia do direito que foi sempre conservadora, é maravilhosa a chegada do pensamento de Habermas, porque, legitimando-se por um nome que veio da esquerda, chega-se a resultados de direita. (...)

Avancemos na teoria habermasiana. Não se quer dizer, no entanto, que, na realidade contemporânea, a sociologia do agir comunicativo não abra interessantes fronteiras metodológicas e políticas, em especial quanto ao direito. (...)

(...) paradoxalmente, vários usos políticos das idéias de Habermas não são hoje descartáveis, porque a lógica pós-moderna tentava acentuar que cada um tenha uma racionalidade distinta e, por conta disso, devesse permanecer cada qual no seu mundo próprio, sem se comunicar com os demais. Como argumentam os bancos e os especuladores do capital financeiro, não venha a lógica do direito interferir na lógica econômica etc. O uso de um certo pós-modernismo descamba quase sempre, economicamente, no neoliberalismo atroz. Por isso, um certo uso de Habermas ainda é combativo e progressista. O que talvez o redima é dizer que uma razão universal seja a busca de uma característica comum a todos, ainda que ele sucumba na tentativa de fundar a universalidade com consenso comunicacional, esquecendo-se da concretude do poder, do capital, da política, da economia, da luta de classes, que também ensejam propostas de libertação - mais reais e mais efetivas - universais. (MASCARO, 2009, p. 135-137).

Portanto, tendo em vista que se busca uma visão crítica dos direitos fundamentais no Brasil, há de se destacar o tratamento da teoria do Direito nas modulações do direito, do Estado de direitos, bem como da política econômica estatal que prioriza uma privatização da previdência social.

É possível observar os desafios e a adoção de medidas pelos poderes constituídos, sendo interessante, neste trabalho, particularmente, a postura do Estado e a atuação judicial, que será pormenorizada na apreensão da discussão sobre a reserva do possível nos casos previdenciários nas Cortes Superiores do Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal De Justiça (STJ).

3.5. ESTADO BRASILEIRO E PREVIDÊNCIA SOCIAL

3.5.1. A estrutura da proteção do direito fundamental no Brasil: Previdência Social

A Constituição da República Federal de 1988 foi a primeira Carta Magna a destinar um título próprio aos princípios fundamentais de nosso Estado Democrático de Direito, expressando o princípio da dignidade da pessoa humana entre os princípios fundantes da ordem jurídico-constitucional brasileira (SARLET, 2002, p. 64).

Assim, a localização destes na Carta Federal, após o Preâmbulo e antes dos dispositivos dos direitos fundamentais, parece conferir um especial significado e função. Destaque-se, ainda, que o Poder Constituinte originário de 1988, seguindo o exemplo de outros países, tomou a decisão qualificadora do princípio como fundamento do Estado Democrático (e social) de Direito ao decidir o sentido, a finalidade e a justificativa do exercício do poder estatal, além da existência do próprio Estado.

Além disso, nas relações internacionais, salientou como princípios a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, bem como a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Cumpra notar a instauração do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua influência no Direito interno, surgido do desdobramento da incorporação de declarações de direitos humanos com o constitucionalismo no século XIX e o movimento de internacionalização dos direitos humanos no pós-guerra para a criação de sistemas de monitoramento e fiscalização desses direitos.

Com efeito, o processo de democratização do Estado brasileiro com a Carta de 1988 representa a institucionalização dos direitos e das garantias fundamentais, sendo considerado um texto aberto a princípios, em especial o valor da dignidade da pessoa

humana como ponto de partida e chegada da ordem jurídica constitucional, em uma clara reaproximação da ética com o Direito (PIOVESAN, 2012, p. 85).

Ademais, ao dispor os princípios que regem as relações internacionais do Estado, foi a primeira a trazer, à ordem constitucional brasileira, o princípio da prevalência dos direitos humanos como paradigma de atuação do Brasil no âmbito internacional. Esse princípio provocou a abertura da ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Tal abertura resultou no reconhecimento de limites e condicionamentos à noção tradicional de soberania estatal absoluta em face daquele princípio como parâmetro de análise. Além disso, impende observar sua contribuição como argumento constitucional para a ratificação de instrumentos internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2012, p. 98), como a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Apesar de o Estado brasileiro ter aderido de forma tardia aos mecanismos internacionais de direitos humanos, após anos de sua ratificação, ele é um Estado inserido na nova ordem constitucional internacional de promoção e proteção a tais direitos, que compatibiliza sua atuação com as deliberações e até sentenças internacionais cogentes.

Cumprе ressaltar que, em matéria de direitos humanos, a vedação prevista no §4º, inciso IV, do artigo 60 da CF/1988 não se refere à inclusão de direitos, pois não há inovação, na medida em que é interesse jurídico do Estado a dilação da matéria protegida. Isso porque o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos consagrado na Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos de 1993 vislumbra o alargamento das obrigações nesse campo, constituindo a formalização do interesse jurídico da proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos pela comunidade internacional.

Nesse sentido, no âmbito do sistema jurídico-constitucional brasileiro, a EC nº 45/2004 integrou o Brasil a um novo controle (difuso ou concentrado): o controle de convencionalidade. Esse controle tem duplo limite vertical material: o primeiro é a Constituição e os tratados de direitos humanos; e o segundo são os tratados internacionais comuns. Situação que implica a existência de quatro tipos de controles: convencionalidade (difuso ou concentrado), constitucionalidade (difuso ou concentrado), suprallegalidade e legal (MAZZUOLI, 2009, p. 128).

Apesar desse organograma em que se situa uma proteção multinível, a precarização desenhada pelas reformas evidencia as questões que restringem a promoção de um sistema previdenciário robustecido no Brasil.

Ademais, no seu artigo 6º, prescreve a Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88) que são direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados. Repise-se que a seguridade social apresenta uma natureza jurídica de direito humano fundamental. Direito fundamental, pois está positivado (expresso) e garantido na CF/1988.

Importa destacar que, no Título da CF/1988 sobre a ordem social (artigos 194-195), há um tratamento da Seguridade Social, assentando que, no artigo 1º, incisos II, III e IV da CF/1988, como direito social, é instrumento jurídico para concretização do objetivo de alcançar o bem-estar e a justiça social, tendo como fundamentos a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a cidadania e os valores sociais do trabalho. Além disso, tem que se desenvolver em função dos objetivos de construção de uma sociedade livre, justa, solidária, de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.

A seguridade social define-se como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (artigo 194 da CF/1988).

Portanto, a seguridade social apresenta três ramos, não restritos ao setor público, configurando-se como de iniciativas pública e privada, dos Poderes Públicos e da sociedade. Como nosso recorte de trabalho é a previdência social, sobre a seguridade social apenas se pontuará.

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a previdência social no Brasil nos artigos 40, 42, §1º, artigo 142, inciso X, e artigo 201. Trata-se do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores (RPPS), dos Militares e o Regime Geral de Previdência Social e a Previdência Complementar.

Portanto, constitui um seguro com regime jurídico especial, de direito público, de caráter contributivo, natureza estatutária ou contratual (previdência complementar), com pretensão de garantir benefícios e serviços ao segurado em contingência relacionada à incapacidade laboral. Uma conquista do Estado Social de Direito a garantia aos direitos sociais diante do desemprego, da prisão, da velhice, da invalidez, da morte, da infância, da doença, da maternidade, consideradas uma hipótese de impedimento, seja temporário ou definitivo, ao trabalho para obter recursos financeiros.

Frisa Pisarello (2007, p. 62) que uma das principais obrigações decorrentes dos direitos sociais aos poderes públicos é a obrigação negativa de não regressividade. Princípio que obriga a não adoção de medidas políticas e o não sancionamento de normas

jurídicas que reduzam a situação consolidada dos direitos sociais, sem justificativa razoável e proporcional, conforme o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) da ONU. Em matéria de direitos sociais, a teoria da irreversibilidade das conquistas sociais é articulada no âmbito do Direito internacional como na teoria constitucional. Tendo sido objeto no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a institucionalização dos direitos sociais constitucionais inserem um núcleo essencial, intangível, das necessidades básicas indisponíveis de alteração regressiva pelo legislador. Essa ideia de um conteúdo inegociável como barreira às possíveis intervenções arbitrárias pelos poderes públicos tem sido desenvolvida no direito europeu continental em relação ao caráter subjetivo e objetivo dos direitos fundamentais (PISARELLO, 2007, p. 63).

Enquanto subjetivo, as normas de direitos fundamentais operam como normas que conferem aos titulares expectativas negativas ou positivas diante dos poderes públicos. O caráter objetivo atua como princípios impostos aos poderes públicos de tutelar instituições públicas ou privadas que tornam possível o exercício dos direitos. No que se insere o dever de resguardar o núcleo básico da seguridade social (PISARELLO, 2007, p. 63).

Não se exclui a viabilidade de reforma de determinadas políticas sociais, porém não é uma carta em branco aos poderes públicos. Uma vez que se deveria provar que a modificação proposta constitui maior proteção aos direitos sociais reconhecidos na Constituição ou nos tratados internacionais de direitos humanos ou, ainda, que destina prioridade aos grupos mais vulneráveis. Some-se a distinção entre um conteúdo básico, indisponível, e um programa de máximos suscetíveis de modulação normativa de acordo com as afinidades dos poderes políticos e as concretas circunstâncias socioeconômicas. Corresponde a uma ideia de qualificação da atuação pública como regressiva, depende com frequência de seu caráter irrazoável ou desproporcional (PISARELLO, 2007, p. 64).

É frequente a utilização de critérios (legitimidade, idoneidade, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito) no direito comparado para mensurar a razoabilidade ou a proporcionalidade de uma proposta pública *prima facie* danosa (PISARELLO, 2007, p. 65).

Na realidade, o princípio da não regressividade poderia ir além e incluir um controle ampliado do devido processo substantivo. Assim, ainda que razoável ou proporcional, uma regulamentação proposta pelo legislador ou executivo, pode reduzir a amplitude e gozo da regulamentação vigente dos direitos sociais. Nesse sentido, o

conteúdo essencial ou mínimo do direito como última barreira para qualquer tentativa de transgressão (PISARELLO, 2007, p. 65).

Expressa o Comitê DESC que subsistiria essa obrigação de não regressividade ainda que em contextos de contrações econômicas. Decisões que deterioram as condições de vida ou a ausência de medidas compensatórias, simultaneamente, contrariam as obrigações decorrentes do Pacto (PISARELLO, 2007, p. 66).

De forma geral, a obrigação de não regressividade é estreitamente ligada à obrigação de progressividade. Este princípio autoriza os poderes públicos a desenvolver o conteúdo do direito no tempo e a fazer de maneira gradual, na medida em que existam recursos disponíveis. No entanto, não constitui uma carta branca que permita aos poderes públicos postergar de forma definitiva a satisfação do direito em questão. De outro modo, é um dever que absorve obrigações concretas

3.5.2. A previdência social no Brasil

Não é comum mencionar, quando se fala de previdência social no Brasil, a chamada Irmandade de Nossa Senhora da Soledade Amparo dos Desvalidos, denominada, a partir de 1851, como Sociedade Protetora dos Desvalidos (SPD), quando houve uma cisão entre os membros (LEITE, 2017, p. 49).

Caracteriza-se como uma associação de ajuda mútua. Uma solidariedade negra entre trabalhadores de ofício. A garantia de proteção contra as adversidades da vida. Trata-se da primeira associação civil negra do Brasil, fundada no estado da Bahia, em 16 de dezembro de 1832, enquanto Irmandade. A SPD (1851) foi regulamentada pelo governo em 1861, mantendo-se uma identidade racial e ativa ainda em Salvador. Todavia, chegando o fim da escravidão ao Brasil, houve uma abertura maior de novos sócios, admitindo pardos e ocorrendo, ainda, um aumento no número de sócios após a Abolição (CAMPOS, 2018, p. 66).

De forma geral, tem-se como marco a Lei Eloy Chaves, a partir do Decreto Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, que cria as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP) para cada empresa que explorava estradas de ferro. Marco normativo da Previdência Social Brasileira e da proteção social com a aposentadoria, pensão, assistência médica e auxílio farmacêutico. Em 1924, observa-se que funcionavam 24

(vinte e quatro) CAPs com uma receita de Cr\$ 21.497.317,20 (GURGEL; SERRA, 2007, p. 44, 47).

O Estado resolveu, então, dar um passo além e transformar as CAP em Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP). Partiu-se da ideia das CAP para transformá-las em institutos de aposentadorias e pensões, de natureza autárquica, e que vieram a reunir os segurados de uma categoria profissional. Ou seja, deixou de ser por empresa e passou a ser por categoria profissional. Assim, houve a saída do setor privado.

Os institutos eram: em 1933 – IAPM (marítimos); em 1934 – IAPC; em 1934 – IAPB (bancários); em 1936 – IAPI; em 1938 – IPASE; em 1938 – IAPETEC; em 1939 – IAPOE; em 1960 – IAPFESP. Havia grandes institutos, que conseguiam cumprir seu papel, apesar de haver alguns mais desorganizados. Cuidavam não só da previdência, mas também da saúde, do financiamento de imóveis etc. Financiaram grandes obras do país, como Brasília e a ponte Rio-Niterói.

Desse modo, Vianna (2000, p. 140) observa que a sistematização nacional da previdência com a criação dos institutos foi instrumento de incorporação controlada. Posto que.

(...) Do ponto de vista global, representaram a agregação de direitos sociais ao conjunto de leis trabalhistas implementado por Vargas, como parte de seu projeto de reorganização do processo acumulativo, para encaminhar preventivamente o conflito entre capital e trabalho. Em estreita ligação com a estrutura sindical corporativa montada no mesmo período, a Previdência tornou-se um instrumento de incorporação controlada, definindo que direitos integravam o pacote da cidadania e quem a ele tinha acesso.

Tendo-se uma competição por prerrogativas entre os próprios usuários da Previdência, sob pressões e acordos políticos particularizados pelo corporativismo sindical. A única alteração organizacional promovida pelo governo, uniformizou a concessão dos benefícios, foi a edição de uma lei geral de benefícios (Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, Lei nº 3.807/1960), que estabeleceu quais benefícios seriam devidos, como calculá-los, quem era dependente e etc. Essa lei era aplicável a todos os institutos e ficou em vigor até a Lei nº 8.213/1991.

Era o primeiro passo: tentar uniformizar o cálculo dos benefícios e as concessões. Segundo passo: reunir todos esses institutos em um único instituto. A ideia era um instituto nacional com foco em previdência. Em 1966, cria-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) a partir da união de todos os IAP. O INPS cuidava dos

benefícios, criando outra autarquia, o Instituto de Administração Financeira da Previdência e da Assistência Social (IAPAS), que cuidava do financiamento.

Ao seu lado, uma autarquia que cuidava da saúde (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS). Em razão de o instituto ser da previdência social, a saúde não era universal, mas apenas para os segurados e dependentes da previdência.

Havia, ainda, a Central de Medicamentos (CEME), assistência farmacêutica, a Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA). Outra entidade era a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), de 1964, que cuidava de criança e adolescente, e a Dataprev, que era a empresa responsável pelo banco de dados da previdência social. Entre essas entidades citadas, a única que continua a existir é a Dataprev.

Cumprir observar com Vianna (2000, p. 141) que a relação direta e assimétrica entre Estado (Ministério do Trabalho) e segmentos profissionais (lideranças sindicais) dominou a institucionalização da Previdência Social, mantendo-se no período entre Vargas, em 1945, ao golpe militar de 1964.

Com isso, o poder de pressão exercido por cada um dos diferentes grupos sociais paulatinamente “atendidos” se deu não tanto para demandar benefícios, senão para conseguir um esquema de proteção melhor que o dos demais. Vale dizer, instalou-se a competição entre categorias profissionais com vistas à conquista de privilégios; competição pelo próprio Estado que efetivamente distribuía benefícios diferenciados, estratificando, sob seu controle, a clientela previdenciária. O resultado foi duplo: um conjunto confuso de normas operando padrões desiguais de proteção e uma clientela hierarquizada, prisioneira das mediações corporativas interpostas à barganha política e incapaz de uma atuação reivindicatória mais consistente com o objetivo de alcançar melhorias no sistema.

Pontua ainda que o corporativismo estatizante condicionou a ampliação do sistema de proteção e suas características. O crescimento incorporou apenas (e desigualmente) estratos sociais localizados acima de determinada linha na pirâmide social, mantendo os de baixo excluídos em uma hierarquização da cidadania. A modernização engendrada até fins da década de 70 por este segundo autoritarismo, não é regida pela lógica da integração seletiva. Sob um ordenamento político fechado, reprime as demandas sociais e nivela a cidadania em um estatuto inferior. Sendo o entrelaçamento do sistema a uma lógica privatizante o maior efeito sobre a proteção social pós-64. (VIANNA, 2000, p. 142).

Em 1977, a reunião de todas essas entidades constituía o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas). Leite (1983, p. 40) indica que o Sinpas buscou uma racionalidade administrativa, promovendo a terceira reformulação da previdência social brasileira, sendo as primeiras representadas pela substituição das Caixas por Institutos e pela fusão destes no INPS.

Com a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o INAMPS e a CEME foram extintos, criando-se o Sistema Único de Saúde (SUS). A LBA também acabou, do mesmo modo que a FUNABEM, que foi substituída pela Fundação CASA. Em 1990, o INPS e o IAPAS foram unificados, fazendo surgir, em 1990, o INSS, com natureza jurídica de autarquia federal (Administração Indireta), que cuida dos benefícios e arrecada a contribuição.

Em 2004, sua capacidade tributária passou à União nas discussões ou na cobrança de contribuições. Tendo a Secretaria da Receita Previdenciária como arrecadador de contribuições previdenciárias, órgão do Ministério da Previdência Social, a Administração (direta) Federal; e a Secretaria da Receita Federal, órgão do Ministério da Fazenda.

Em breve síntese, pontua-se, neste momento, sobre os regimes de previdência. O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) representa a previdência básica, que é obrigatória. Ou seja, quem exerce atividade remunerada é segurado obrigatório da previdência social. Assim, é segurado obrigatório da previdência social todo trabalhador que não tenha um regime próprio de previdência.

Os beneficiários do regime geral de previdência social são os segurados – os beneficiários diretos da previdência social – e os seus dependentes – beneficiários indiretos, quando há segurado ou já existiu um. Conforme o artigo 11 da Lei nº 8.213/1991, são segurados obrigatórios: empregado, trabalhador avulso, contribuinte individual, segurado especial; enquanto segurados facultativos, segundo o artigo 13 da Lei nº 8.213/1991, são os que não exercem atividade remunerada e os maiores de 16 anos, salvo na condição de aprendizes a partir de 14 anos (EC 20, artigo 7º CF/1988). Nesse âmbito, o aposentado é um segurado da previdência social, como todos que recebem seu benefício.

Para a pessoa ter direito ao benefício, é preciso ter um mínimo de contribuições, como estabelece o conceito de carência. Outro elemento que merece um breve destaque é o período de graça, previsto no artigo 15 da Lei nº 8.213/1991, que é o período em que

há uma manutenção extraordinária da qualidade de segurado da pessoa, ainda que não esteja trabalhando e/ou contribuindo para o sistema de proteção social.

3.6. REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Com a redemocratização do Estado brasileiro, buscou-se executar um programa de estabilização econômica adotado em 1994, o Plano Real. Todavia, ao longo do tempo, suas medidas no plano interno geraram desemprego crescente e déficit elevado das contas públicas, além de tornar o país dependente do capital externo. Entre os países da América Latina, particularmente sensível à crise financeira internacional, o Brasil afeta-se devido à crise que atingiu alguns países asiáticos a partir de julho de 1997 (BAHRY, 2000, p. 115).

Considerando a previdência social e o interesse em uma revisão constitucional nessa matéria, o Ministério da Previdência Social (MPS) firmou convênio com a Comissão Econômica das Nações Unidas para América Latina e Caribe (CEPAL)⁶, tendo como um dos objetivos do acordo um primeiro esforço de trabalho de pesquisa com o levantamento bibliográfico de diversos trabalhos que tratam da Previdência Social no Brasil. Em 1993, esse resultado⁷ foi apresentado como uma fonte de subsídios ao debater a Reforma da Previdência, item relevante na agenda da revisão constitucional.

No prefácio desse levantamento bibliográfico, indica-se esse procedimento como passo decisivo para uma reaproximação do MPS com o mundo acadêmico brasileiro, como promoção de condições para resgatar a capacitação técnica necessária para uma adequada proposição de políticas públicas e para uma gestão eficiente e eficaz do sistema previdenciário brasileiro.

⁶“A Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) foi estabelecida pela resolução 106 (VI) do Conselho Econômico e Social, de 25 de fevereiro de 1948, e começou a funcionar nesse mesmo ano. Mediante a resolução 1984/67, de 27 de julho de 1984, o Conselho decidiu que a Comissão passaria a se chamar Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe.

A CEPAL é uma das cinco comissões regionais das Nações Unidas e sua sede está em Santiago do Chile. Foi fundada para contribuir ao desenvolvimento econômico da América Latina, coordenar as ações encaminhadas à sua promoção e reforçar as relações econômicas dos países entre si e com as outras nações do mundo. Posteriormente, seu trabalho foi ampliado aos países do Caribe e se incorporou o objetivo de promover o desenvolvimento social.” Ver: <https://www.cepal.org/pt-br/cepal-0>

⁷Ver: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3316/S9300507_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Tratou-se de um extraordinário esforço gerencial para garantir tempestivamente aos segurados e dependentes a previdência social, diante das suas grandes questões como desafios que merecem reflexão por ocasião da revisão constitucional.

Por outro lado, cremos também que os desafios da Previdência não são atinentes apenas a um governo, a um partido ou a um ministro, mas ao conjunto da sociedade. Vale assinalar que a Previdência Social é um dos pactos de maior repercussão social e econômica em qualquer comunidade, que implica responsabilidade e solidariedade não apenas entre os cidadãos de uma mesma geração, mas também porque engendra compromissos para as futuras gerações (BRASIL, 1993, p. 9).

As grandes questões para reflexão sintetizadas foram: readequação de ajustes das fontes de financiamento ao dinamismo e às peculiaridades dos componentes da seguridade social; aspecto organizacional de uma necessidade de estruturação de uma previdência pública, não governamental, com a viabilização de administração profissionalizada; necessidade de retificar possíveis distorções distributivas promovidas pelo plano de benefícios, objetivando maior equidade social; necessidade de definição de um sistema misto, com a iniciativa privada compondo complementarmente ao sistema público, sem descuidar da população pobre, desprovida de capacidade de um esforço de poupança individual.

Em 2015, afirma-se a Agenda 2030⁸, na RIO +20, com objetivos compreendidos em três dimensões (social, ambiental e econômica), colocando-se como um desenvolvimento sustentável em nível mundial, como cooperação de caráter multinível, visando terminar os trabalhos iniciados pela Agenda 21, para refletir os desafios e alcançar a dignidade aos sujeitos (JUBILUT, *et al.*, 2020, p. 21). Esse plano de ação global tem 17 objetivos e 169 metas, buscando erradicar a pobreza e promover a qualidade de vida das gerações futuras.

Houve a produção também do relatório-síntese das contribuições da Agenda para o Desenvolvimento Sustentável, denominado “O caminho para a dignidade em 2030”, *Road to Dignity by 2030* (UNITED NATIONS, 2014), que visa alcançar a dignidade nos 15 anos seguintes. O documento foi formalizado pelo Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-Moon.

⁸Ver:https://www.undp.org/sustainable-development-goals?utm_source=EN&utm_medium=GSR&utm_content=US_UNDP_PaidSearch_Brand_English&utm_campaign=CENTRAL&c_src=CENTRAL&c_src2=GSR&gclid=CjwKCAjwsJ6TBhAIEiwAfl4TWMz7gjK026wpUk1JNF1FO9shMK8h313gSooHeYuA4ZvZ-YyubL2KqRoC7YoQAvD_BwE

Em dissonância, a PEC 95/2016 (origem da PEC 241/2016) limitou o aumento total dos gastos primários do Governo Federal pela inflação do ano anterior pelo período de 20 (vinte) anos. Com isso, evidencia-se a promoção dessa tendência de redução da participação do Estado. Com o limite imposto aos gastos agregados, ocorre uma contenção também dos gastos sociais.

Embora criticada por diversos setores da sociedade, como especialistas da OIT, há a aprovação da reforma trabalhista, Lei nº 13.346/2017, com grande apoio dos empresários, flexibilizando substancialmente o mercado de trabalho brasileiro.

Em 2017, com uma escolha metodológica, a CEPAL (CHILIATTO-LEITE, 2017, p. 8) realizou estudo sobre um dos aspectos centrais da reforma no sistema de previdência brasileiro, a Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 (PEC 287/2016), sobre o tempo mínimo de contribuição para se obter o direito ao benefício, com foco na aposentadoria.

Essa reforma da Previdência brasileira se insere no conjunto de reformas mais amplas do governo atual (EMI no 140/2016, MF, MPDG, MDSA)⁹ como forma de enfrentar as dificuldades de curto prazo, com propostas estruturais e implicações de longo prazo, objetivando atrair a confiança dos investidores e promover crescimento econômico. Assim, diante da crise econômica, o governo brasileiro propôs uma série de reformas estruturais que alteram o perfil do Estado brasileiro definido na Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

Naquele estudo da CEPAL (CHILIATTO-LEITE, 2017, p. 11), para tratar da capacidade contributiva de variados beneficiários do INSS/RGPS, destaca-se o conceito de densidade de contribuição, não recorrente no debate brasileiro. O conceito representa o quociente da frequência de contribuição (tempo de contribuição) durante a vida laboral da pessoa (tempo de vida laboral). Ou seja, é a relação entre o tempo de contribuição ao sistema previdenciário e a vida laboral (meses ou anos).

Permite, assim, compreender e comparar os contribuintes dos diferentes regimes (aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade) e regiões geográficas, detectando a intensidade com que conseguiram contribuir para o INSS. Além disso, evidencia a observância do perfil de contribuintes impactados por requisito de mínima contribuição ou idade mínima para aposentadoria por alguma reforma paramétrica, notando os potenciais riscos de exclusão de trabalhadores do sistema de proteção social (CHILIATTO-LEITE, 2017, p. 16).

⁹Ver: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/search?SearchableText=EMI%20no%20140/2016%20MF%20MPDG%20MDSA>

Observa-se que os países da América Latina têm mercados heterogêneos: elevada informalidade, elevado número de ocupados por conta própria, com alta rotatividade e longos períodos de desemprego ou subemprego suportado por muitos trabalhadores. Portanto, as características estruturais dessas economias refletem-se na capacidade de os trabalhadores contribuírem sistematicamente à previdência, apresentando geralmente alta frequência de trabalhadores com densidade baixa, inferior a 50%. Situação diversa da dos países desenvolvidos, comumente com mercados de trabalho altamente formalizados e que possibilitam a contribuição na vida laboral dos trabalhadores para o sistema de aposentadorias.

Entretanto, na exposição de motivos da PEC 287/2016¹⁰, e depois da PEC 6/2019, a Previdência Social do Brasil foi comparada à previdência de países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) – organização econômica intergovernamental que estimula o progresso econômico e o comércio mundial.

Essa organização sucedeu a Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OCEE), criada no pós-Segunda Guerra Mundial em 1948, para impulsionar uma cooperação entre aqueles países afetados. Os fundadores europeus foram Alemanha, França e Reino Unido. Com a sucedida OCDE fundada em 1961, tendo Paris como sede dessa organização, adicionaram-se Estados Unidos e Japão. Conhecida como “clube dos ricos”¹¹, atualmente contabiliza 38 países-membros e outros considerados “parceiros-chave”.

Nesse cenário, importa observar que o Brasil se engajou com a OCDE desde 1994, tendo pleiteado ingressar como membro desde 2017. Tornou-se um parceiro-chave ativo no mesmo ano, em 16 de maio de 2017, conforme resolução do Conselho da OCDE, com um programa de maior engajamento, que possibilitou e definiu o Brasil, a China, a Índia, a Indonésia e a África do Sul como “parceiros-chave da OCDE”¹².

A candidatura do Brasil foi apoiada pelos Estados Unidos em 2019, mas os países europeus não foram favoráveis, indicando como justificativa a divergência quanto às

¹⁰A Reforma da Previdência se iniciou com a PEC 287/2016 e retornou com a PEC 6/2019, promulgada a Emenda Constitucional nº 103, em novembro de 2019. PEC 287/2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881>; PEC 6/2019. Ver: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>

¹¹Ver: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2022/01/25/entenda-o-que-a-ocde-e-o-que-significa-fazer-parte-do-clube-dos-ricos.ghtml>

¹²Ver: <https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>

políticas ambientais. Entretanto, no dia 25 de janeiro de 2022, a OCDE aprovou pedido de adesão do Brasil para uma negociação de entrada como membro na entidade.

Porém, mesmo como “parceiro-chave”, já há uma relação imbricada com essa organização. Essa relação se observa, por exemplo, na participação em grupos de trabalho e na adesão aos instrumentos legais da OCDE, às pesquisas e aos indicadores internacionais. Nesse sentido, o Brasil criou o Ponto de Contato Nacional (PCN)¹³, que decorre da Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais, de 25 de maio de 2011, funcionando como “instância específica” mediadora diante de alegações de inobservância das Diretrizes da OCDE pelas empresas transnacionais.

Mencionam Castro e Lazzari (2018, p. 1315) que a linha de reformas a ser seguida pelos países integrantes da OCDE, a partir de informações da OIT, são.

- o aumento do limite de idade para aposentadoria;
- a eliminação ou redução da aposentadoria antecipada proporcional;
- o incentivo aos planos privados voluntários;
- a constituição de reservas em fundos públicos; e
- a homogeneização de regras ou unificação dos regimes dos trabalhadores dos setores público e privado.

Não à toa, o Brasil tem intensificado sua agenda de reformas, como forma de adesão à entidade, como expressou o secretário de Assuntos Econômicos Internacionais (Sain) do Ministério da Economia (ME), Erivaldo Gomes, no dia 3 de fevereiro de 2022. O Brasil, já tendo aderido a 104 (cento e quatro) dos 251 (duzentos e cinquenta e um) instrumentos normativos da OCDE, ressalta que 38 (trinta e oito) dessas adesões ocorreram na gestão do governo Bolsonaro, sendo 4 (quatro) consideradas essenciais¹⁴. No mesmo sentido, sobre as reformas estruturais, expressa-se o Ministro da Economia Paulo Guedes¹⁵.

¹³ “O Ponto de Contato Nacional (PCN) é uma representação institucional não judicial responsável por atuar para a implementação das Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para as Empresas Multinacionais.

O serviço consiste no recebimento e tratamento de alegações de inobservância das Diretrizes (chamadas “instâncias específicas”), oferecendo procedimento de mediação entre as partes. As Diretrizes estabelecem princípios e padrões de cumprimento voluntário para conduta empresarial responsável pelas empresas multinacionais.” Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/tratar-alegacoes-de-inobservancia-das-diretrizes-da-ocde-para-as-empresas-multinacionais-pcn>

¹⁴Ver:<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2022/fevereiro/brasil-esta-adiantado-mas-tem-de-prosseguir-nas-reformas-para-entrar-na-ocde-diz-erivaldo-gomes>

¹⁵Ver:<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/outubro/ministro-da-economia-reitera-confianca-na-aprovacao-das-reformas-estruturais>

O estudo da CEPAL (CHILIATTO-LEITE, 2017, p. 12) indica que, na América Latina, há um percentual elevado da população que, na prática, está subempregada.

Uma vez que mercados de trabalho latino-americanos são heterogêneos e marcados pela existência de setores de alta produtividade e baixa produtividade, existem, nos países latino-americanos, muitos trabalhadores ocupados em atividades informais ou trabalhando em situação precária por conta própria, que não contribuem ao sistema previdenciário. Desse modo, a estrutura econômica impõe restrições à capacidade contributiva do trabalhador. Por isso, a capacidade do trabalhador latinoamericano contribuir para a previdência é estruturalmente diferente de economias da OCDE, cujos patamares mais elevados de formalização e de renda levam a capacidades contributivas distintas. [...]

As desigualdades são ainda mais profundas ao se considerar a multidimensionalidade do problema. CEPAL (2016b) parte do entendimento de que as desigualdades da América Latina são produto de heterogeneidades na estrutura produtiva. Indo além, o trabalho desenvolve uma matriz da desigualdade social, de modo a explicitar que além da relação com heterogeneidade estrutural, fatores como gênero, origem étnico-racial e localização territorial são também determinantes, ao longo dos diferentes estágios de vida, de desigualdades na América Latina. Ou seja, constata-se, por exemplo, que as condições de vida de uma trabalhadora negra (ou indígena) em zona rural na América Latina, em geral, tendem a ser piores do que um trabalhador branco em zona urbana. Uma vez que todos esses eixos de desigualdades se refletem nas condições de participação no mercado de trabalho, essas desigualdades tendem a se espelhar também na capacidade contributiva das populações ao sistema previdenciário (CHILIATTO-LEITE, 2017, p. 12-13).

Por fim, com relação ao estudo da CEPAL, “a conclusão principal desse trabalho é que, dada a baixa densidade contributiva de trabalhadores brasileiros e a heterogeneidade de contribuintes, o alargamento do tempo mínimo proposto pode resultar em um aumento na população excluída aos benefícios da previdência social.” (CHILIATTO-LEITE, 2017, p. 33).

Alertava-se já aos riscos de exclusão ampliada do sistema previdenciário, em razão da maior dificuldade de inserção formal no mercado de trabalho, principalmente dos trabalhadores mais empobrecidos que ainda conseguiam preencher os requisitos para o direito à aposentadoria. Além disso, indicam-se riscos maiores para mulheres e regiões geográficas de menor desenvolvimento relativo, particularmente Norte, Nordeste e

Centro-Oeste, com parcela de pessoas caracterizadas nessa zona de risco também no Sudeste e no Sul.

Sinaliza-se a inadequação de se ter como parâmetro a OCDE para reformas na América Latina, pois somente trabalhadores urbanos homens se aproximavam da média dos países da OCDE, todavia a alteração, aumentando o mínimo de contribuição, potencializa a exclusão de $\frac{1}{4}$ desses sujeitos do sistema de proteção contributiva (CHILIATTO-LEITE, 2017, p. 35).

Discorrem Castro e Lazzari (2018, p. 1298) que a globalização não gerou melhorias aos países economicamente frágeis e periféricos, mas engendrou a manutenção do seu estado precário, sendo os empréstimos das instituições financeiras (FMI e Banco Mundial) instrumentos impulsionadores da dependência, com o endividamento progressivo e impagável. Esses países tornam-se vítimas constantes dos ataques especulativos, com o desemprego e a precarização do trabalho também constantes nesse cenário.

Portanto, a internacionalização da política macroeconômica torna esses países territórios econômicos abertos, as suas economias nacionais tornam-se reservas de mão de obra de baixo custo e fornecedoras de recursos materiais. É na Grã-Bretanha que nasce a concepção de previdência social e, predominantemente, também é o lugar onde se promove a liderança sobre as políticas de flexibilização (cortes) dos direitos sociais.

Por fim, importa observar ainda as questões trazidas a partir do relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da previdência de 2017, que concluiu, de forma geral, não haver déficit, mas problema de gestão. Entretanto, suas propostas foram ignoradas no âmbito do projeto de reforma.

3.7. BRASIL: OS INVISÍVEIS NA PANDEMIA DA COVID-19

Em 6 de fevereiro de 2020¹⁶, a Lei nº 13.979 dispôs sobre medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional em decorrência da COVID-19, provocada pelo novo coronavírus, e em atenção à declaração

¹⁶ Ver: [LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020 - LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020 - DOU - Imprensa Nacional](#)

formal de estado de emergência de saúde pública de importância internacional pela Organização Mundial da Saúde (OMS), no dia 30 de janeiro de 2020¹⁷.

Um conjunto de medidas provisórias (MPs) editadas pelo Executivo Federal ilustram um percurso de disputas políticas. Editada a MP nº 927, de 22 de março de 2020, objeto de diversas críticas resultou na MP nº 928, de 23 de março de 2020, que basicamente revogava o artigo 18 da MP anterior sobre a suspensão do contrato de trabalho sem compensação monetária ao trabalhador (CORSEUIL; RUSSO; SILVA, 2021, p. 486-487).

A nova proposta sobre os efeitos no âmbito trabalhista veio com a edição da Medida Provisória (MP) nº 936, de 1 de abril de 2020, ao instituir o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, promovendo uma continuidade na flexibilização dos contratos de trabalho e dos direitos trabalhistas. A MP convertida na Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, dispendo normas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo decreto legislativo (DLG) nº 6, de 20 de março de 2020¹⁸, e pela supramencionada Lei nº 13.979 da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus. Impulsionando diversas disputas pelas decisões políticas de enfrentamento dos efeitos da pandemia da COVID-19.

A medida trata do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BEm), custeado pela União, a ser pago na hipótese de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, e de suspensão temporária do contrato de trabalho. Após celebração do acordo¹⁹, informa-se a hipótese ao Ministério da Economia que operacionaliza e paga o benefício. Nessa linha de intervenção estatal, o setor privado acionou bastante a faculdade normativa, resultando em torno de 20 milhões de acordos, correspondentes a um gasto público de R\$33,4 bilhões até dezembro de 2021.

Feitas tais considerações, objetiva-se tratar do Auxílio Emergencial (AE) instituído pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, que adiciona parâmetros de

¹⁷Ver: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812#:~:text=30%20de%20janeiro%20de%202020,de%20Import%C3%A2ncia%20Internacional%20\(ESPII\)](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812#:~:text=30%20de%20janeiro%20de%202020,de%20Import%C3%A2ncia%20Internacional%20(ESPII))

¹⁸Ver: [DLG6-2020 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br)

¹⁹ADI 6363 MC-REF / DF. “O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) manteve a eficácia da regra da Medida Provisória (MP) 936/2020 que autoriza a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do novo coronavírus, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria.” Ver: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651>

caracterização da vulnerabilidade social para o benefício de prestação continuada (BPC) e medidas excepcionais de proteção social adotadas durante o período de enfrentamento da pandemia da COVID-19, em referência à Lei nº 13.979/2020.

Sendo assim, outra linha de intervenção estatal que chamou atenção pela magnitude de seus números, ressalta a situação de vulnerabilidade social de grande parte da população brasileira relacionada a sua condição ocupacional anterior aos efeitos do período da pandemia. Assim, a criação do AE é uma ação complementar ao BEm (CORSEUIL; RUSSO; SILVA, 2021, p. 494).

O AE é instituído para desempregado ou trabalhador que exerça atividade na condição de microempreendedor individual (MEI), contribuinte individual ou trabalhador informal. Deve cumprir cumulativamente os requisitos do artigo 2º: maior de 18 (dezoito) anos, não ter emprego formal ativo, não ser titular de benefício previdenciário ou assistencial ou benefício de seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, exceto BPF, renda familiar mensal *per capita* até 1,5 salário-mínimo ou familiar de até 3 (três) salários-mínimos, não ter recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.259,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos) no ano de 2018.

Os invisíveis. Muitas pessoas à margem do mercado de trabalho, fazendo inflar o percentual de pessoas nessa situação. Desempregados, autônomos, no mercado informal.

Com isso, o programa de auxílio emergencial inicialmente instituído inicialmente em 3 (três) parcelas, depois estendido para cinco, no valor de 600 reais mensais ou 1.200 reais à provedora de família monoparental²⁰, como mecanismo de transferência de renda, seria destinado a atender aquelas pessoas, chamadas “invisíveis” pelo ministro da Economia, Paulo Guedes. Estes são, portanto, quem recebe esse auxílio, mas são também os que não constavam no Cadastro Único do governo (CadÚnico),

²⁰“EMENTA: ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO EMERGENCIAL. COTA EM DOBRO. HOMEM PROVIDOR DE FAMÍLIA MONOPARENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA HIPÓTESE NORMATIVA. 1. A regra do artigo 2º, §3º, da Lei 13.982/2020, que assegura o pagamento de cota dupla do auxílio emergencial à mulher provedora de família monoparental, não comporta interpretação extensiva para alcançar os homens provedores de semelhante agrupamento social. 2. Tendo em vista que o legislador ordinário houve por bem manter o veto da Presidência da República a projeto de lei destinado a ampliar o pagamento em dobro do benefício para a pessoa provedora de família monoparental - hipótese que abarcaria sujeitos de ambos os sexos -, não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo e criar hipótese normativa deliberadamente excluída do texto legal. Precedente do TRF4 e desta Turma Recursal. 2. Recurso da União acolhido para julgar improcedente a ação. (5040560-95.2020.4.04.7000, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DO PR, Relator GERSON LUIZ ROCHA, julgado em 04/02/2021).”

destinado a quem possui baixa renda, sem receber bolsa-família ou benefício de prestação continuada (BPC). Com a manutenção dos efeitos da crise, o benefício foi estendido até 31 de dezembro.

Conforme dados oficiais do Ministério da Cidadania, até dezembro de 2020, verificou-se um total de mais de 68 milhões de beneficiários do auxílio emergencial²¹. Ao caracterizar os “invisíveis”, o programa de auxílio emergencial (AE) delineou a precariedade de um contingente de milhões de pessoas no mercado de trabalho. Os beneficiários do programa de auxílio emergencial (AE), chamados invisíveis, designam quem recebe esse auxílio, mas não consta no Cadastro Único do governo (CadÚnico), destinado às pessoas de baixa renda e de renda variável, que não recebem bolsa família ou o benefício de prestação continuada (BPC).

Como mecanismo de transferência de renda, o programa de auxílio emergencial (AE), inicialmente, destinou as primeiras parcelas no valor de 600 (seiscentos) reais mensais ao(à) trabalhador(a) ou 1.200 (mil e duzentos) reais à provedora de família monoparental.

Cumprido frisar o caráter excepcional desse auxílio²² durante certo período da pandemia de COVID-19. Não tem natureza previdenciária nem se caracteriza como um novo benefício no sistema de seguridade social.

Na análise empreendida sobre o auxílio emergencial e o futuro dos invisíveis (BARREIRA; GONZALEZ; PEREIRA, 2020, p. 12), denotou-se a insuficiência do programa já existente, o bolsa-família, pela sua abrangência e cobertura. Como resultado dessa percepção, houve o resgate da discussão sobre a renda básica, uma vez que, para o

²¹ Ver: [Auxílio Emergencial 2021 — Português \(Brasil\) \(www.gov.br\)](http://www.gov.br)

²²EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO EMERGENCIAL. NATUREZA JURÍDICA. BENEFÍCIO NÃO INSERIDO NO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL. COMPETÊNCIA CIVIL/ADMINISTRATIVA. 1. Ao instituir o Auxílio Emergencial, o art. 2º da Lei n. 13.982/2020 estabelece, em seus parágrafos 2º e 3º, nítidos paralelos entre esse benefício e aquele instituído pela Lei nº 10.836/2004 (Programa do Bolsa Família), inclusive prevendo a possibilidade de substituição temporária desse último pelo primeiro, caso mais vantajoso. 2. Desse modo, o Auxílio Emergencial consubstancia a implementação de política pública de redução de desigualdades sociais e manutenção de renda, tal como o Bolsa Família, com a especificidade de que, no caso do Auxílio Emergencial, as circunstâncias que ensejam a sua instituição são aquelas resultantes de crise pública, excepcional e temporária, decorrente pandemia de Covid-19. 3. Face ao seu delineamento legal, portanto, o Auxílio Emergencial previsto no art. 2º da Lei n. 13.982/2020 não possui natureza previdenciária, e tampouco se insere no âmbito dos benefícios assistenciais do sistema de Seguridade Social pátrio, de modo que resta afastada a competência dos órgãos judicantes com atribuição para o processo e julgamento de lides previdenciárias e afins. (TRF4 5018344-91.2020.4.04.0000, CORTE ESPECIAL, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 03/07/2020).”

combate à desigualdade e à pobreza, é necessário programas que atentem à baixa renda e às formas de inserção no mundo do trabalho.

Caracterizados os invisíveis no Brasil, passa-se a observar que tipo de estratégia governamental foi adotado, em atenção a esses sujeitos, a partir de dados obtidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pela Caixa Econômica Federal (CEF) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Os dados do PNAD COVID-19 (novembro de 2020), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²³, sobre o trabalho e suas taxas de desocupação, renda, afastamentos, trabalho remoto e outros efeitos da pandemia, delineiam as desigualdades regionais historicamente constituídas com o mapa dos domicílios que receberam o auxílio emergencial.

Observa-se que cerca de 15,9 milhões de pessoas não procuraram trabalho por conta da pandemia ou por falta de trabalho na localidade. Desse número, 9,7% eram pessoas de cor preta ou parda, e 5,9%, branca. Maior percentual entre aqueles sem instrução ou superior incompleto, sendo 3,7% com superior completo ou pós-graduação. Contabilizando 879 mil trabalhadores afastados que deixaram de receber remuneração.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) pontuou conclusões sobre os dados levantados pelo IBGE:

Outro aspecto marcante do choque no emprego provocado pela pandemia é o impacto magnificado na ocupação informal (gráfico 7). Embora algo nessa direção tenha ocorrido no início da recessão de 2015-2016, a magnitude da queda foi muito maior no período recente: 15,6% no setor informal e 5,5% no segmento formal, no segundo trimestre de 2020. Como grupos mais vulneráveis tendem a estar super-representados na informalidade, os efeitos sobre a iniquidade associada ao choque são claros.

O trabalho remoto aparece como um privilégio daqueles com ensino superior completo ou com pós-graduação (27,1%), percentual que reduz em relação àqueles que têm até o ensino médio completo ou superior incompleto (4,4%), do fundamental completo ao médio incompleto (0,9%), sem instrução ao fundamental incompleto (0,3%).

O IPEA (2021, p. 21) pontua ainda:

Os estratos com trabalhadores mais vulneráveis – jovens, mulheres, negros e pouca escolaridade, que tendem a ser prevalentes no setor informal – foram aqueles mais impactados pela perda de postos de trabalho associada ao choque de 2020

²³Ver: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>

(gráficos 12 a 15). Em que pese o mesmo fato estilizado ter sido observado na recessão de 2015-2016, a dimensão das perdas correntes é muito maior.

Por fim, essa seletividade do impacto do emprego acabou traduzindo-se, via efeito composição, em uma elevação dos rendimentos habituais, distintamente do que foi observado na recessão anterior. Isso não foi transmitido para os rendimentos efetivos por conta da redução nas horas trabalhadas acarretada pelas restrições de mobilidade impostas pelas medidas de enfrentamento da pandemia, bem como pela redução da demanda e pelo auxílio financeiro do governo federal.

Por fim, cabe indicar ainda que o portal de transparência²⁴ da Controladoria Geral da União (CGU), com dados até dezembro de 2020, indicava o total de 67.140.733 beneficiários do auxílio emergencial²⁵.

Destarte, cumpre frisar as lições de Pisarello (2007, p. 55) de que a ampliação da autonomia, compreendida também como emancipação, constitui uma categoria vinculada à satisfação das necessidades básicas, bem como ao controle sobre determinados recursos, emancipa-se da servidão pelas coisas.

Ampliar o círculo de solidariedade aos países e regiões empobrecidas, às gerações presentes e futuras, exige introdução de formas de consumo e produção que garantam a satisfação sustentável no tempo e espaço das necessidades básicas. Trata-se de promover uma redistribuição de recursos e ativos produtivos enquanto renúncia igualitária dos bens e serviços, particularmente desassistidos ou não generalizados (PISARELLO, 2007, p. 56).

O Programa Bolsa Família, criado pela Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004 e regulamentado pelo Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004, compondo o Fome Zero como Programa de Estado, uniu a anterior Bolsa Alimentação, Auxílio Gás, e Cartão Alimentação (TAPAJÓS; RODRIGUES; COELHO, p. 48-50). Sendo por Medida Provisória (MPV) nº 1.061, de 9 de agosto de 2021, revogado para instituição do programa Auxílio Brasil (Lei nº 14.284, de 29 de dezembro de 2021) enquanto programa de transferência de renda com condicionantes semelhantes.

Com o Auxílio Brasil, em vigor desde 17 de novembro de 2021, aqueles que receberam auxílio emergencial não estavam automaticamente incluídos. Tenho de fazer

²⁴Ver: <http://www.portaltransparencia.gov.br/beneficios>

²⁵Ver: <https://portal2.dataprev.gov.br/apos-contestacoes-e-revisoes-mais-de-22-mil-pessoas-receberao-parcelas-do-auxilio-emergencial-do>

inscrição no Cadastro Único (CadÚnico) e atender aos requisitos, representando a exclusão de milhões de pessoas.

Ao tratar da evolução da pobreza no Brasil, a Nota Técnica do IPEA (SOUZA, HECKSHER., 2022, p. 4-5) indica que:

(...) a redução da pobreza entre 2012 e 2014 foi desfeita pela crise econômica de 2014-2016, e a lenta recuperação econômica entre 2016 e 2019 não beneficiou os mais pobres, de modo que as taxas de pobreza ficaram estagnadas ou até mesmo pioraram no período. Depois, em 2020, a despeito da contração de quase 5% no produto interno bruto (PIB) per capita, a pobreza recuou pela primeira vez em muitos anos: as quedas ficaram entre 0,9 e 1,6 p.p, dependendo da linha escolhida, graças à expansão das transferências monetárias (ver seção 4). Em todos os casos, a variação foi estatisticamente significativa.

Infelizmente, em 2021, tivemos o maior aumento anual da pobreza em mais de trinta anos. O prolongamento da pandemia e o menor volume das transferências se refletiram em aumentos entre 1,8 e 4,7 p.p a depender da linha, com retrocessos mais fortes para linhas mais elevadas. Em consequência, o nível de pobreza no Brasil em 2021 foi o pior da década e de toda a série histórica da PNADC. Embora os números não possam ser diferentemente comparados aos da antiga PNAD, é plausível supor que a pobreza extrema retornou ao patamar de meados dos anos 2000 (cf. SOUZA, 2022: Gráfico 1).

Cumprido observar que, próximo às eleições de 2022, a Emenda Constitucional nº 123, de 15 de julho de 2022, autorizou o Poder Executivo, excepcionalmente até o final de 2022, ampliar de R\$400 para R\$600 o benefício do Auxílio Brasil. Exceção ao “Teto de Gastos”, instituído pela Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016 para o novo regime fiscal, no âmbito dos orçamentos fiscal e da seguridade social, com vigência de vinte anos.

No Tribunal de Contas da União (TCU, p. 1)²⁶, expressa-se que:

A adoção de práticas que não se coadunam com os propósitos de disciplina fiscal estabelecidos pela Emenda Constitucional 95/2016 pode conduzir o Teto de Gastos ao descrédito perante a sociedade e o mercado financeiro, o que acarretaria danosos efeitos à economia do País. Ademais, pode configurar violações ao próprio dispositivo constitucional, requerendo a adoção de medidas corretivas e de responsabilização.

²⁶ Ver: [Contas do Governo - 2020 \(tcu.gov.br\)](https://www.tcu.gov.br)

O ponto de inflexão emerge na Proposta de Emenda Constitucional (PEC)²⁷ da Transição, com a mudança de governo para 2023, que retira despesas sociais e de investimentos por quatro anos do teto de gastos. O Projeto de Lei (PL) nº 2.315, de 2022, prevê a permanência do benefício mensal de R\$600 chamado Mais Bolsa Família, a partir de janeiro de 2023.

Ao tratar sobre a bolsa família, Pinzani e Rego (2014, p. 176-178) observam o fracasso do desenvolvimentismo economicista com estudos dos anos 1970, em 43 países em desenvolvimento. Tais estudos demonstraram que não havia nenhuma relação direta entre crescimento e diminuição da pobreza, mas as classes média e mais ricas obtinham proveitos quase exclusivos dos efeitos do avanço econômico. Mesmo assim, não obstaculizou que governos e instituições econômicas como Banco Mundial (BM) e Fundo Monetário Internacional (FMI) tomassem ou exigissem políticas orientadas ao crescimento do PIB enquanto medidas eficazes para enfrentar a pobreza. Em uma manutenção do *status quo*, considera a miséria crescente como etapa inevitável e necessária do “progresso” de um país.

²⁷Ver: [Nova proposta da PEC da Transição prevê retirada de R\\$ 198 bilhões do Teto de Gastos pelo prazo de quatro anos — Rádio Senado](#)

4. DISCURSO SOBRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: A RESERVA DO POSSÍVEL.

4.1. ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO

Pesquisa em análise do discurso é um empreendimento complexo, sendo a análise do discurso crítico uma proposta transdisciplinar. Insere-se enquanto proposta crítica ao colocar-se como suporte científico aos problemas sociais pertinentes ao poder e à justiça. Objetiva subsidiar os estudos em uma dialética entre o social e o discursivo, promovendo um estudo situado do funcionamento da linguagem na sociedade (RAMALHO; RESENDE, 2011, p. 10, 12 e 107).

Assim, a análise crítica do discurso (ADC) é como um campo heterogêneo, havendo variadas abordagens identificadas como ADC. Na América Latina, há avanços contributivos à ADC como teoria e método de investigação (p. 16).

Os elementos dos discursos críticos do pensamento descolonial, nesse espaço, buscam compreender os fenômenos da colonialidade do poder (QUIJANO, 2000, p. 204) e da diferença colonial (MIGNOLO, 2005, p. 32). A primeira trata da estrutura de dominação circundada pela ideia de raça e divisão do trabalho desde a ocidentalização. Trata-se da diferença colonial, enquanto eixo organizador contínuo da colonialidade do poder, esse imaginário conflitivo.

Portanto, realiza-se uma análise dos mecanismos envoltos em relações de poder causais, com os seus efeitos pressupostos em contextos particulares (p. 104). Com a proposta teórico-metodológica da ADC, dispõem-se ao pesquisador ferramentas analíticas para subsidiar um mapeamento de conexões com foco em dois objetivos: investigar aqueles mecanismos e **acessar** os seus efeitos potencialmente ideológicos e pensar formas de superar relações assimétricas de poder em alguma medida compreendidas nos sentidos dos textos (RAMALHO; RESENDE, 2011, p. 105).

Esse procedimento de trabalho descritivo e de interpretação das conexões, da linguagem e da sociedade não é realizado de forma satisfatória apenas com análise de textos nem se reduz ao empírico. Por isso, inevitavelmente seletivas, as análises não são completas e definitivas ou objetivas e imparciais, uma vez que se faz a escolha das questões a serem respondidas. As análises não são comprometidas, entretanto apontam-

se suas limitações decorrentes de seu isolamento (RAMALHO; RESENDE, 2011, p. 105).

Desse modo, a análise crítica do discurso é uma espécie de abordagem dos textos que busca conexões entre o evento social concreto e as práticas sociais mais abstratas, sendo, assim, explanatória e crítica ao conjugar teoria e material empírico para averiguar os sentidos dos textos e para ter acesso aos seus efeitos ideológicos de maneira a relacionar o poder operante nas redes de práticas e estruturas (RAMALHO; RESENDE, 2011, p. 106-109).

Tendo-se já realizada uma análise de conjuntura nos capítulos I e II, passar-se-á, neste capítulo III, a uma análise do discurso, a uma compreensão e explanação crítica, sob o recorte do tema da previdência e da reserva do possível. Essa análise refere-se ao que se produz na literatura jurídica e, posteriormente, no capítulo IV, aos dados jurisprudenciais obtidos nos sites do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Portanto, nesse momento, buscam-se compreensões – descritivas e interpretativas – do discurso da reserva do possível em matéria previdenciária (p. 107), além de uma explanação que se situa na interface entre os conceitos e o material empírico coletado. Assim, com um aporte teórico, indica-se como o momento discursivo opera com seus efeitos nas relações de dominação/hegemonia. A análise do discurso crítica ainda é orientada para o potencial das ordens de discurso que constroem, abordando como são articuladas em textos (RAMALHO; RESENDE, 2011, p. 106).

4.2. SISTEMATIZAÇÃO DE LITERATURA: PREVIDÊNCIA SOCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Com a pesquisa sistemática de literatura na base de dados de periódicos como forma de se identificar a produção intelectual sobre a previdência social no Brasil, faz-se também um recorte de pesquisa a partir da abordagem do conceito de reserva do possível.

O protocolo de busca sistematizada de literatura (PBSL), supervisionado pelo setor de inteligência da Biblioteca Central Universitária da Universidade Federal de Santa Catarina (BU/UFSC), afere 7 (sete) estratégias de busca com operadores booleanos.

Nesse PBSL, estabeleceu-se, para busca sistematizada, os idiomas português, espanhol, francês e inglês, bem como os termos. Após análise conjunta com a pesquisadora sobre a tese a ser desenvolvida, foi necessária a adaptação dos termos preestabelecidos para a obtenção de resultados e apuração da temática.

Estratégia 1 :SCOPUS: 0; WOS: 0
 ("princípio da reserva do possível" OR "Reserva de posibles" OR "reservation of possible") AND ("previdência social" OR "social security" OR "Seguridad Social") AND (Brasil* OR Brazil*)

Estratégia 2: SCOPUS: 0; SCOPUS: 0; WOS: 0
 ("interesses econômicos" OR "lógica do mercado" OR "interés economico" OR "Market logic" OR "economic interest") AND ("previdência social" OR "social security" OR "Seguridad Social") AND (Brasil* OR Brazil*)

Estratégia 3: SCOPUS: 0; WOS: 0
 ("Lógica de mercado" OR Neoliberalismo OR "Racionalização econômica do direito" OR "interesses econômicos" OR "Racionalización económica Del derecho" OR "interés economico" OR "Market logic" OR Neoliberalism OR "Economic rationalization of Law" OR "economic interest") AND ("Reserva do possível" OR "Reserva de posibles" OR "Reservation of possible") AND ("Previdência social" OR "Sistema Previdenciário" OR "Seguridade Social" OR "Regime Geral de Previdência Social" OR Saúde OR "Assistência Social" OR "Lei Geral da Previdência" OR "Seguridad social" OR "Sistema de seguridad social" OR "Régimen general de seguridad social" OR Salud OR "Asistencia social" OR "Ley General de Seguridad Social" OR "Social Security" OR "Social Security System" OR "General Social Security Regime" OR Health "Social assistance" OR "General Social Security Law"))

Como se observa nas estratégias 1, 2 e 3, pesquisas na sexta-feira, dia 17 de abril de 2020, não obtiveram qualquer resultado na base *Scopus* e na *Web of Science* (WOS).

Estratégia 4: SCOPUS: 0; WOS: 0
 ("Reserva do possível" OR "Reserva de posibles" OR "Reservation of possible") AND ("Previdência social" OR "Sistema Previdenciário" OR "Seguridade Social" OR "Regime Geral de Previdência Social" OR Saúde OR "Assistência Social" OR "Lei Geral da Previdência" OR "Seguridad social" OR "Sistema de seguridad social" OR "Régimen general de seguridad social" OR Salud OR "Asistencia social" OR "Ley General de Seguridad Social" OR "Social Security" OR "Social Security System" OR "General Social Security Regime" OR Health "Social assistance" OR "General Social Security Law"))

Estratégia 5: VLEX: 26.566; SCOPUS: 37 (usando o ALL todos os campos); Scielo: 3; BDTD: 49;
 (("Reserva do possível") AND ("Previdência social" OR "Sistema Previdenciário" OR "Regime Geral de Previdência Social" OR Saúde OR "Assistência Social" OR "Lei Geral da Previdência"))

As estratégias 4 e 5 foram realizadas na quarta-feira, dia 22 de abril de 2020. A estratégia 4 não obteve resultados também. Já a estratégia 5 obteve como resultado, na base *Vlex*, 26.566; na *Scopus*, 37 (usando o ALL todos os campos); na Base de Teses e Dissertações, 49; no Catálogo de Teses e Dissertações, 390; Scielo, 6. A busca nessas três últimas bases foi atualizada em março de 2022.

Nota-se que, nessas primeiras pesquisas sistemáticas, as estratégias incluíam termos mais abrangentes – “Assistência Social”, “Saúde”. E a utilização do filtro *ALL* na estratégia 5 possibilitou buscar em todo o texto, embora o ideal seja no título, no resumo e nas palavras-chave.

Estratégia 6:

((("Reserva do possível") AND ("Previdência social" OR "Sistema Previdenciário" OR "Regime Geral de Previdência Social" OR "Lei Geral da Previdência"))
 ((("Reserva de posibles") AND ("Seguridad social" OR "Sistema de seguridad social" OR "Régimen general de seguridad social" OR Salud OR "Asistencia social" OR "Ley General de Seguridad Social"))
 ((("Reservation of possible") AND ("Social Security" OR "Social Security System" OR "General Social Security Regime" OR "General Social Security Law"))

Estratégia 7:

((("Previdência social" OR "Sistema Previdenciário" OR "Regime Geral de Previdência Social" OR "Lei Geral da Previdência" OR "Seguridad social" OR "Sistema de seguridad social" OR "Régimen general de seguridad social" OR Salud OR "Asistencia social" OR "Ley General de Seguridad Social" OR "Social Security" OR "Social Security System" OR "General Social Security Regime" OR "General Social Security Law") AND
 ("Lógica de mercado" OR Neoliberalismo OR "Racionalização econômica do direito" OR "interesses econômicos" OR "Racionalización económica Del derecho" OR "interés economico" OR "Market logic" OR Neoliberalism OR "Economic rationalization of Law" OR "economic interest"))
 Base Scopus: 137
 TITLE-ABS-KEY (("Previdência social" OR "Sistema Previdenciário" OR "Regime Geral de Previdência Social" OR "Lei Geral da Previdência" OR "Seguridad social" OR "Sistema de seguridad social" OR "Régimen general de seguridad social"

OR salud OR "Asistencia social" OR "Ley General de Seguridad Social" OR "Social Security" OR "Social Security System" OR "General Social Security Regime" OR "General Social Security Law") AND ("Lógica de mercado" OR neoliberalismo OR "Racionalização econômica do direito" OR "interesses econômicos" OR "Racionalización económica Del derecho" OR "interés economico" OR "Market logic" OR neoliberalism OR "Economic rationalization of Law" OR "economic interest"))

Já as estratégias 7 e 8 foram pesquisadas no dia 23 de abril de 2020. A 7ª (sétima) e a 8ª (oitava) obtiveram resultado na base *Scopus*, constatando-se que, com português, as novas estratégias apresentam resultados.

Considerando o filtro de busca, recomenda-se a verificação dos 100 (cem) primeiros resultados no Catálogo de Teses e Dissertações. Apesar de identificadas as dificuldades desse tipo de investigação, pela dimensão ou pelos filtros a serem aplicados, o produto obtido mostra-se como potencial subsídio para a compreensão do recorte de pesquisa realizado, isto é, a previdência social e a reserva do possível.

Esse procedimento do protocolo que precedeu o levantamento literário no presente trabalho objetivou ser o mais completo possível sobre o tema. Para começar, esse acesso às referências da base de dados da biblioteca da UFSC dá-se através da intranet (ou VPN), no qual se dispõe de acesso aos periódicos disponibilizados pela referida universidade.

A base *Vlex*, apesar de ter sido a primeira a apresentar resultados, estaria apenas em fase de teste, com breve período de disponibilidade, motivo pelo qual não foi possível explorá-la. Posteriormente, ocorreu o mesmo com a base *Scopus*.

Entretanto, buscou-se nos resultados das outras bases referenciais também e na própria discussão empreendida no corpo da jurisprudência selecionada, sobre a qual se falará no próximo capítulo, como forma de obter uma maior abrangência da sistematização da literatura sobre a temática delineada neste trabalho.

Com isso, a pesquisa estruturou uma seleção, ordenou e classificou o resultado obtido nas bases de dados mencionadas. Primeiro, apresentam-se as bases e as referências por autor, indicando em qual base se localizou seu material.

Na sequência, extrai-se a argumentação empreendida nesses trabalhos, conforme a abordagem da articulação da reserva do possível e da previdência social.

4.3. MAPEANDO A LITERATURA SOBRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL E A RESERVA DO POSSÍVEL: POR BASE DE DADOS

4.3.1 Base de Dissertações e Teses

A busca no site <https://bdtd.ibict.br/vufind/> da Base de Dissertações e Teses obteve como resultado total o número de 62 (sessenta e dois), no final do ano de 2021. Na seleção, constataram-se o total de 4 (quatro) trabalhos no âmbito da Seguridade Social, sendo 1 (um) no âmbito previdenciário. Houve, ainda, outros 58 (cinquenta e oito) que não tratam da matéria investigada e, por isso, não serão explorados aqui. Foi constatado, nessa base de dados criada em 2002, que a pesquisa com a palavra “direito” obteve resultados desde 1963.

ESTRATÉGIA

("Reserva do possível") AND ("Previdência social" OR "Sistema Previdenciário" OR "Seguridade Social" OR "Regime Geral de Previdência Social" OR Saúde OR "Assistência Social" OR "Lei Geral da Previdência")

Na Base de Dissertações e Teses, o trabalho encontrado trata-se de uma dissertação defendida em 2014 no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), do autor Mauro da Motta Aguiar (2014)²⁸, sob o título:

O Regime Geral de Previdência Social e a “reserva do possível”: uma análise da consistência da fala de Fabio Giambiagi quanto a seu lugar comum acerca da progressiva “difícil situação” do RGPS e de sua tese de que um dos principais “culpados” pelo quadro, se não o principal, seria a aposentadoria por tempo de serviço, ou, até mesmo, por tempo de contribuição.

Dos elementos discursivos relevantes para a definição da “origem” da reserva do possível, no texto de Aguiar, não há qualquer menção. Esta se dá, para o autor, como caracterizadora dos argumentos do acórdão selecionado do Supremo Tribunal Federal (STF) e dos argumentos do economista Fábio Giambiagi, tendo significativa repercussão sobre os “problemas” da previdência social, com a progressiva dificuldade do RGPS e a

²⁸ Ver: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/CEUB_10f75aa3b1ccfd690b05e0761b1e7c57

tese da insustentabilidade das aposentadorias por tempo de serviço ou, até mesmo, por tempo de contribuição.

TRECHO 1 - Da dissertação, página 105, grifo nosso.

A deliberação do STF, no caso em questão, foi, pela unanimidade, por nem mesmo conhecer do Recurso Extraordinário apresentado pelo INSS. Pode-se afirmar, no entanto, que a Suprema Corte, para decidir sobre referida lide, em tendência iniciada pelo Relator e seguida por seus pares, restringiu-se, como fundamento, à autoaplicabilidade dos §§ 5º e 6º do art. 201 da CF/1988, sem maiores iniciativas de aprofundar discussões a respeito do tema à luz dos **conceitos de mínimo existencial** ou de **reserva do possível**.

É dever de justiça, contudo, reconhecer que **tais conceitos** chegaram, ao menos, a ser ventilados, como associados ao tema do benefício previdenciário ou a seu valor mínimo. Nesse sentido, ademais, a primeira iniciativa partiu do próprio Relator, ao explicitar sua compreensão de que o benefício previdenciário envolvido na peça recursal não poderia ser exigido quando sua não prestação decorresse de impossibilidade material, manifestação em que é difícil não vislumbrar traços do **conceito de reserva do possível**. Digno de nota, ademais, o aspecto de o limite da impossibilidade material ser visto, pelo Relator, como de caráter absoluto, ou seja, não haveria, quanto a isso, distinção entre os benefícios mínimos e aqueles com valores mais elevados.

Caracteriza como ativismo judicial o supra Recurso Extraordinário (REx) nº 159.413-6/SP (BRASIL, 1993). Quanto aos conceitos indicados, no exame não se constata a expressão “reserva do possível”, mas, em voto, aparece “**mínimo vital**”. Apesar desse fato, o ministro relator Moreira Alves fez referência à **proposta orçamentária e à realização de despesas** quando das determinações e vedações constantes no §2º do artigo 195, e nos incisos II, V e VI do artigo 167 da CF/1988. Com isso, justifica seu voto pela autoaplicabilidade da norma proibitiva, §5º do artigo 201 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) (BRASIL, 1993, p. 16 e 1646).

O autor classifica o mínimo existencial e a reserva do possível como conceitos, considerando seu reconhecimento quando o relator afirma que o benefício (direito social) em questão não tem aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º, da CF/1988 – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata) nem é absoluto. Pode ser justificativa de sua inaplicabilidade a impossibilidade material ou a ressalva legal expressa (BRASIL, 1993, p. 1643).

Se me parece correta a afirmação de que não é aplicável a esse benefício o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição - que se restringe às garantias previstas nos incisos do citado artigo, e que não tem caráter absoluto, quando a impossibilidade de aplicação deles decorre de impossibilidade material ou de ressalva expressa dos termos da lei a ser elaborada -, também se me afigura exata a assertiva de que a auto-aplicabilidade em causa decorre dos próprios termos do já referido artigo 201 da Carta Magna. Com efeito, o que nele está necessariamente adstrito ao caput [...]. (BRASIL, 1993, p. 1643, grifo do autor).

Todavia, a justificativa da autoaplicabilidade dessa demanda jurídica decorre do fato da expressa previsão no artigo 201, §5º, da CF/1988. Com a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, essa previsão passou a localizar-se no §2º desse artigo 201. Argumenta-se com a referência à doutrina americana da autoaplicabilidade das normas proibitivas constitucionais e, no mesmo sentido, Rui Barbosa também o faz (BRASIL, 1993, p. 1644).

Pode-se notar um alinhamento em parâmetros de ordem financeira para delinear, naquele ato, a reserva do possível. Como discorre o ministro relator Moreira Alves, “assim, por mais de uma vez o supremo tem-se havido corretamente no trato desta matéria, embora preocupado com as razões de ordem financeira que a Procuradoria-Geral do Instituto, com seu denodo e talento de sempre, acaba de invocar” (BRASIL, 1993, p. 1647).

No voto, o então Ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 1993, p. 1652-1653) indica que “a nova reflexão sobre matéria, sensível às agruras financeiras da Previdência Social”, não se consubstancia mesmo sobre a criação da garantia desses benefícios, particularmente à da aposentadoria, definida na Constituição como mínimo existencial. Mas trata-se da “persistência da desastrosa política recessiva, que esse País vive há mais de uma década”. Considera fictício, ainda, esse mínimo vital diante do “miserável salário mínimo vigente nesta República”. Indica o voto do ministro Paulo Brossard que a luta do INSS arguiu uma melhoria do “equilíbrio entre as fontes de receita e as obrigações do Instituto” (BRASIL, 1993, p. 1663).

A reserva do possível é apresentada como mínimo existencial pelo autor e pela Corte brasileira. É o argumento subsidiário da decisão, tendo como parâmetro de caracterização a condição material do demandante e do custo ao orçamento público.

Trecho 2 - Da dissertação, página 107, grifo nosso.

Estabelecido tal cenário, considera-se chegado o momento apropriado para que se proceda à abordagem das questões a respeito das posições a respeito dos limites da Previdência Social, geralmente sob fortes argumentos associados, ainda que não expressamente, ao **princípio da reserva do possível**. Em relação aos possíveis limites do RGPS, pede-se licença ao leitor para breve apresentação de um modelo matemático que pode servir de ilustração acerca da viabilidade, ou não, de um sistema previdenciário.

Aguiar (2014, p. 16), ao propor um modelo matemático ilustrativo de um plano de contribuições de um plano de aposentadoria (verificar?), sob o regime de capitalização, visa contrapor-se à tese de Giambiagi que trata da questão da sustentabilidade financeira e inviabiliza a manutenção do benefício das aposentadorias por tempo de serviço ou, até mesmo, por tempo de contribuição sob o regime de repartição simples do RGPS (verificar!!). Ressalta que a utilização de modelos de capitalização não representa uma defesa deste em desfavor do RGPS, por considerar mais fácil essa ilustração.

Ao mesmo tempo, defende as vantagens à Previdência Social ao considerar a implementação de um fundo que suporte o princípio da solidariedade entre gerações, ou da mesma geração, ou de setores variados da sociedade (AGUIAR, 2014, p. 109).

Considera que Giambiagi se apoia na argumentação de reserva do possível, ao atribuir a responsabilidade das “novidades” à CF/1988, como se esta fosse responsável pelas mazelas da previdência social. Por isso, Aguiar pontuou o julgamento do mencionado REx 159.413-6/SP de 1993, que também colabora com o incremento dos custos do RGPS, posto que Giambiagi não o culpa (AGUIAR, 2014, p. 16).

Observam-se, nos estudos do economista, falhas nas premissas básicas, bem como frágil sustentação do pressuposto de sua análise no âmbito do RGPS. Isso se dá uma vez que, ao longo de significativo período, a situação favorável do sistema previdenciário subsidiou diversas políticas governamentais, além de, com a CF/1988, diversos típicos benefícios previdenciários que contam com a receita própria e a solidariedade dos filiados ou aporte do governo (AGUIAR, 2014, p. 145).

Destaca o autor manifestações de resistência ainda na Assembleia Nacional Constituinte (ANC), quando o então presidente da República, José Sarney, em pronunciamento nacional, defendeu a tese da possibilidade de ingovernabilidade do país devido à função da seguridade social, com violenta explosão dos gastos públicos. A tendência das críticas à CF/1988 tornou-se atos concretos com a atribuição de destino diverso a recursos constitucionalmente destinados à Seguridade Social, como a

arrecadação da Cofins em 1989. E o estabelecimento do Fundo Social de Emergência (FSE), sucedido pela Desvinculação de Receita da União (DRU) (AGUIAR, 2014, p. 117).

4.3.2. Base Catálogo de Teses e Dissertações

A busca no site <http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/> da Base Catálogo de Teses e Dissertações resultou em 390 (trezentos e noventa) trabalhos. Foram selecionados 3 (três) que tratam do tema.

Além desses, não consta na plataforma o *link* para acesso ao trabalho de Alinie Da Matta Moreira (2009), sob a indicação de ser um trabalho anterior à Plataforma Sucupira. Em busca na biblioteca depositária, também não se pôde ter acesso a ele, entretanto o trabalho será abordado, uma vez que foi localizado como livro.

Nota-se que o resultado na Base Dissertações e Teses em que consta o trabalho de Mauro da Motta Aguiar (2014)²⁹ também apareceu no resultado deste Catálogo de Teses e Dissertações. Por isso, não será tratado aqui. Cumpre informar que essa base, criada em julho de 2002 pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), apresenta como resultados trabalhos defendidos desde 1987.

ESTRATÉGIA

((("Reserva do possível") AND ("Previdência social" OR "Sistema Previdenciário" OR "Seguridade Social" OR "Regime Geral de Previdência Social" OR Saúde OR "Assistência Social" OR "Lei Geral da Previdência"))

4.3.2.1. Base Catálogo de Teses e Dissertações: Primeiro Trabalho

Na Base Catálogo de Teses e Dissertações, em uma sequência decrescente, o primeiro trabalho encontrado trata-se de uma dissertação defendida em 2017 no Programa

²⁹ Ver: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/CEUB_10f75aa3b1ccfd690b05e0761b1e7c57

de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (USCS), do autor Everaldo Santos Soares (2017)³⁰, sob o título:

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.

Dos elementos discursivos relevantes, no texto de Soares (2017), há a preocupação de definir a “origem” da reserva do possível na decisão do tribunal constitucional alemão e na teoria dos custos norte-americanos.

TRECHO 1 - Da dissertação, página 22, grifo nosso.

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).

A argumentação norte-americana baseia-se na teoria dos custos dos direitos, e uma obra referência citada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileira é *The cost of rights* (HOLMES; SUNSTEIN; 2000). Soares (2017, p. 26) aproveita para advertir que essa teoria parte de um modelo de Estado liberal, quando a proteção dos direitos sociais não é propriamente um dever estatal.

Com Bittencourt (2013), o autor destaca que a atuação estatal dá lugar à promoção de políticas públicas, buscando a ideia de conferir a todos o mesmo ponto de partida. A Constituição americana estabelece somente garantias mínimas, com o Estado exercendo a regulação da política de acesso aos programas de direito coletivo. Portanto,

³⁰Ver: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4863199

não é garantido o princípio fundamental da dignidade humana nem se preveem direitos sociais enquanto dever do Estado. De origem, a teoria dos custos atribui ao direito social restrições de natureza orçamentária e limitações financeiras.

Segundo Torres (2010, p. 70), a discussão alemã encontra-se no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto a norte-americana trata dos custos dos direitos de liberdade. A primeira, alemã, objetiva a efetivação dos direitos fundamentais ou do conteúdo desses direitos para garantir a dignidade humana, tendo como parâmetro argumentativo a razoabilidade e a proporcionalidade do que é possível exigir do orçamento público. De outro modo, na segunda, a norte-americana, os custos dos direitos já são elemento constituinte deles, a medida de sua realização é o orçamento que primeiro é definido, depois se define qual será o conteúdo das prestações estatais.

Trecho 2 - Da dissertação, página 31, grifo nosso.

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**.

Entende Soares, com lições de Sarlet, ser necessário reconstruir o conceito do instituto da reserva do possível sob as lentes da Constituição de 1988, pois, no caso do Brasil, objetiva-se uma máxima efetividade da aplicação dos direitos fundamentais. Sendo assim, cabe somente à Constituição limitar direitos fundamentais, o que não fez nem em formas não expressas nem com conformação infraconstitucional.

Trecho 3 - Da dissertação, página 30, grifo nosso.

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**.

Para investigar a incidência do argumento da reserva do possível a partir da teoria do discurso, trata-se dos discursos justificadores e de aplicação manejados pela doutrina e jurisprudência pátria. Com isso, busca-se verificar a coerência argumentativa sobre a possibilidade de incidência em matéria de direito fundamental, particularmente à previdência social. Adverte-se que há a necessidade de contextualização com o modelo de Estado Constitucional, evidenciando a dimensão objetiva desses direitos fundamentais como valores tutelados em *standards* mínimos (SOARES, 2017, p. 35).

Salienta o autor que essa discussão abrange o tema da escassez de recursos financeiros dos Estados e os limites aos limites dos direitos fundamentais, que se contrapõem à reserva do possível e ao mínimo existencial. O autor faz uma abordagem diferenciadora da natureza dos direitos sociais prestacionais, conforme a importância do custeio no orçamento para a satisfação desses direitos e como são financiados pela tributação.

Assim, Soares (2017, p. 32) trata de fazer uma análise de conjuntura das normas orçamentárias e tributárias prescritas na Constituição Federal de 1988, despretensioso quanto ao esgotamento do tema, mas com o objetivo de ressaltar a insuficiência de discursos pragmáticos quando se trata de efetivação dos direitos prestacionais. O autor tem em Bitterncourt (2013) a sinalização de que se produz escassez dos recursos financeiros a partir de uma decisão política ou administrativa que os realoca para outro fim.

Trecho 4 - Da dissertação, página 153, grifo nosso.

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 der [sic] 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.

Soares (2017, p. 150) faz um recorte de investigação na espécie de direitos sociais economicamente neutros, sem relevância econômica ao orçamento público, pois custeadas pelos próprios beneficiários. Debate as espécies orçamentárias e tributárias que financiam os direitos sociais prestacionais.

Trecho 5 - Da dissertação, página 155, grifo nosso.

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 portando (sic) 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**.

Para tanto, faz uma análise a partir da pesquisa jurisprudencial realizada nos sites do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No STF, indica que obteve 16 resultados e seleciona 3, enquanto, no STJ, obteve 75 decisões, observando 3 como expressivas do entendimento daquela Corte em relação às regras aplicadoras dos direitos sociais no âmbito previdenciário (SOARES, 2017, p. 142).

Argui o autor que não há coerência argumentativa na lógica dos discursos que fundamentam e possibilitam a aplicação da reserva do possível, em matéria de direito prestacional previdenciário, custeados pelos próprios beneficiários. Assim, faz a abordagem de uma classificação a partir do impacto no orçamento.

De forma geral, infere que não há um tratamento da distinção de aplicação do argumento da reserva do possível em matéria de direitos prestacionais financiados pelos próprios beneficiados. Além de notar que pouco se trata de forma expressa do tema da aplicação da reserva do possível nos casos de prestações estatais da previdência social, o autor observa que não há uma distinção das modalidades orçamentárias que permitam a efetivação desses direitos. Sendo o mínimo existencial, enquanto macroargumento, o fundamento oponível de aplicação da reserva do possível diante de “escolhas trágicas” (SOARES, 2017, p. 143).

O autor sintetiza que há incongruência dos discursos argumentativos em face do sistema jurídico brasileiro em matéria de direitos fundamentais, particularmente em relação aos direitos sociais prestacionais. Isso se dá em decorrência do fato de que é um Estado Social (e Fiscal) que reconhece direitos fundamentais sociais e que deve construir um eficaz modelo de captação de recursos para o orçamento público (SOARES, 2017, p. 156).

Fazendo apontamentos, o autor classifica o mínimo existencial como núcleo intangível dos direitos fundamentais, princípio, direito fundamental ao mínimo existencial, e a reserva do possível como argumento. O autor considera o reconhecimento dos direitos sociais qualificados à aplicabilidade imediata conferida pela Constituição (artigo 5º, §1º, da CF/1988 – As normas definidoras dos direitos e garantias), todavia faz a ressalva de que a insuficiência de recursos pode ser limitadora desses direitos no plano fático (SOARES, 2017, p. 13, 18, 21, 33-34 e 48).

A reserva do possível é apresentada como um argumento pelo autor. É uma distorção discursiva subsidiária do discurso de limitação à efetividade dos direitos sociais, indicando que, no argumento alemão, o parâmetro de caracterização é a razoabilidade e a proporcionalidade, enquanto o parâmetro de aferição norte-americano é o custo do direito.

4.3.2.2. Base Catálogo de Teses e Dissertações: Segundo Trabalho

Na Base Catálogo de Teses e Dissertações, o segundo trabalho encontrado trata-se de uma dissertação defendida em 2016 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ), da autora Renata Marques Osborne da Costa (2016)³¹, sob o título “O Déficit no Regime Geral de Previdência Social e Propostas Políticas Públicas de Reforma no Custeio”.

Dos elementos discursivos relevantes, não se localiza uma definição da “origem” da reserva do possível no texto de Costa (2017), não havendo qualquer menção.

A autora caracteriza o direito social constitucional como garantidor do mínimo existencial, sendo limite constitucional à reforma da previdência social (à época). Considera a autora (COSTA, 2016, p. 122) que o filtro para a reforma era a reserva do possível. Discorre sobre a reforma da previdência como uma política pública e faz considerações sobre o financiamento do RGPS à reforma (à época).

Classifica, a autora, o mínimo existencial como garantia, direito, e a reserva do possível como princípio, argumento (p. 08 e 114). Considera a posição doutrinária temperada de reconhecimento do direito social contido na proteção da cláusula pétrea quando se busca a concretização do princípio da dignidade humana, compondo o mínimo existencial (COSTA, 2016, p. 112).

Destaca uma visão tridimensional da reserva do possível, mas que poderia ser observada apenas no RGPS, caso tivesse o modelo contributivo estrito (benefício e custeio). Entretanto, há benefícios previdenciários que não se moldam assim, como os benefícios rurais que apresentam baixo equilíbrio atuarial. A autora assevera, a partir de sua leitura de Fábio Zambitte, que, sempre que possível, essa tripla perspectiva deve ser observada (COSTA, 2016, p. 124).

Trecho 1 - Da dissertação, página 124, grifo nosso.

É **fática**, devido à escassez de recursos que não é capaz de suprir todas as demandas sociais. Aqueles que têm legitimidade democrática é que devem ser os responsáveis por fazer as escolhas prioritárias dos problemas públicos que merecem mais atenção. É **jurídica**, pois, para a realização de despesas, existe

³¹Ver:https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4863199

todo um procedimento que culmina na análise de disponibilidade de recursos até a autorização orçamentária. No tocante à previdência social, existe mais uma acepção da reserva do possível: a **atuarial**, havendo, portanto, uma visão tridimensional da reserva do possível.

A reserva do possível é apresentada pela autora como um filtro para reformar a previdência social. É um princípio subsidiário de possíveis reformas, tendo como parâmetro a perspectiva fática e jurídica, no primeiro momento, considerando a necessidade de o Estado ter uma reserva prévia para o financiamento de despesas da previdência social. Portanto, o argumento situa-se sob a ótica da responsabilidade fiscal e de gestão de recursos (artigo 24 da Lei nº 101/2001), fazendo-se atento ao princípio da precedência da fonte de custeio (COSTA, 2016, p. 125).

A autora considera um problema, para o déficit das contas da previdência, o regramento da garantia de um salário-mínimo aos benefícios rurais, no mesmo sentido os efeitos da valorização desse salário para o valor do piso previdenciário, sem ter sido dada a devida atenção à fonte de custeio. Leva-se em conta, ainda, que o Constituinte originário realizou medida de inclusão previdenciária com uma lógica diferente, com a incidência da alíquota na produção comercializada como medida mais benéfica ao seu perfil. Com isso, haveria a necessidade de financiamento desses benefícios, posto que o desequilíbrio de fundo atuarial afeta o financeiro, já que a receita é insuficiente, inclusive com consequências ao urbano (COSTA, 2016, p. 127-129).

Depois trata de mencionar atuações estatais com efeitos diretos no custeio da previdência social.

Trecho 2 - Da dissertação, página 127, grifo nosso.

Não é demais lembrar que a **política de renúncias fiscais**, a exemplo da desoneração da folha de pagamento e do Simples, que **dispensam grande parte arrecadação** do RGPS sob a forma de **renúncias fiscais**, também foram frutos de medidas provisórias, posteriormente convertidas em lei, sendo uma das grandes responsáveis por **retirar recursos da previdência**, sem a sua adequada reposição pelo Tesouro Nacional. No tocante aos benefícios do RGPS previstos originariamente na Constituição de 1888, vale mencionar que, em alguns deles, não há fontes de custeio suficientes para financiá-los. É o problema que ocorre no subsistema de previdência rural.

4.3.2.3. Base Catálogo De Teses E Dissertações: Terceiro Trabalho

Na Base Catálogo de Teses e Dissertações, o terceiro trabalho encontrado trata-se de uma dissertação defendida em 2013 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista Júlio De Mesquita Filho – Franca (UNESP/FRANCA), do autor Silvio Marques Garcia (2013)³², sob o título “A aposentadoria por idade do trabalhador rural sob o enfoque constitucional: efetivação por meio da atividade judicial”.

De início, cumpre observar que esse trabalho é de período anterior à presente reforma previdenciária. Desse modo, far-se-ão sinalizações entre parênteses para indicar as atuais alterações sobre a matéria.

Dos elementos discursivos relevantes, localiza-se uma definição da “origem” da reserva do possível nas decisões da Corte Constitucional Alemã. Indica-se ainda que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito da reserva do possível na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 contra veto presidencial do parágrafo segundo do artigo 55 da proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) (GARCIA, 2013, p. 221).

A referida ADPF nº 45 sinaliza que o ministro relator Celso de Melo caracteriza os direitos sociais como de segunda geração com implementação sempre onerosa pelo Poder Público, sendo garantidos de forma gradual. São um inescapável vínculo financeiro dependente da viabilidade no orçamento estatal. Portanto, objetivamente, a inefetividade se justifica pela incapacidade econômica financeira estatal. Esse ente, todavia, não pode se escusar indevidamente, manipulando sua atividade financeira, política e administrativa para criar um obstáculo fraudador de sua capacidade.

A reserva do possível é estudada enquanto restrição orçamentária às políticas de seguridade social em contraposição ao mínimo existencial.

TRECHO 1 - Da dissertação, página 223, grifo nosso.

A **restrição orçamentária não** deve ser vista como um **princípio absoluto**, já que, como pondera Alexy, os **direitos fundamentais impõe restrições ao próprio legislador** e significam garantias contra sua inefetividade, principalmente nos momentos de crise econômica, pois “[...] é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível.”

³²Ver: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=848400

A reserva do possível, dessa forma, não pode ser utilizada como um trunfo para impedir a efetivação de direitos sociais. Caso restar demonstrada a disponibilidade de recursos ou se estes não tiverem sido direcionados às prioridades fixadas na Constituição ou mesmo se a não efetivação foi ocasionada por violação ao princípio da igualdade, o direito há de ser concretizado.

O texto caracteriza como ativismo judicial o controle da legalidade e constitucionalidade de atos que resultariam em interferência ilegítima e inconstitucional em matéria previdenciária. No âmbito judicial, descompasso entre normas infraconstitucionais e a CF/1988, com falta de objetividade dos requisitos básicos para acesso aos benefícios e dificuldade de aprovação no Congresso Nacional de reformas previdenciárias e tributárias. No âmbito administrativo, a atuação ineficiente da Autarquia Previdenciária no procedimento de concessão de benefício. No âmbito judicial, a industrialização dessas ações judiciais resultaria em uma atuação do Poder Judiciário em assunção de tarefas atribuídas constitucionalmente ao Poder Executivo (GARCIA, 2013, p. 271).

O autor adverte sobre a proximidade da ponderação com o decisionismo, com observação a José Joaquim Canotilho para que a discricionariedade do juiz não seja arbítrio ou decisionismo voluntarista. Dessa forma, a ponderação deve ser realizada como preconizada por Robert Alexy (GARCIA, 2013, p. 270).

Indica o autor (GARCIA, 2013, p. 256), a partir das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que o princípio da razoabilidade se origina da cláusula do devido processo legal do direito norte-americano. Com esse princípio, é possível afastar a aplicação da lei positiva de forma literal no caso concreto, buscando os fins últimos da justiça. Luís Roberto Barroso classifica-a em interna e externa, enquanto aferição dos motivos, meios e fins relacionados à norma ou em relação ao texto constitucional (GARCIA, 2013, p. 157).

O autor trata ainda da origem do princípio da proporcionalidade com o Tribunal Constitucional Alemão em 1971 e a sua parametrização em um tríplice aspecto: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (GARCIA, 2013, p. 158).

Em matéria de previdência social, tendo como núcleo essencial o direito à aposentadoria, discorre sobre o critério de interpretação jurídica e a aplicação dos princípios constitucionais. Discorre sobre o reconhecimento da aplicabilidade imediata

de todos os direitos fundamentais e observa que a questão que incide sobre essa aplicabilidade de direitos sociais é relativa a seus custos, à necessidade de recursos, ou seja, à discussão sobre a reserva do possível (GARCIA, 2013, p. 216).

TRECHO 2 - Da dissertação, página 269, grifo nosso.

[...] Entretanto, é possível, no caso concreto, situar a pretensão do indivíduo em um **critério razoável** acerca do que pode ser exigido do Estado, o que **depende da ponderação** em relação aos **princípios em colisão**, no caso o equilíbrio financeiro e atuarial, de um lado, e a necessidade de efetivação do direito fundamental à aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais, de outro.

O texto indica uma vedação à restrição ou à eliminação desses direitos, todavia considera que questões econômicas podem incidir em decorrência de situações econômicas do país. Portanto, para o autor, é possível uma limitação sob justificativa da escassez de recursos, relacionando a efetividade diretamente à estrutura econômica e social e à disponibilidade orçamentária (GARCIA, 2013, p. 217).

Apesar de observações doutrinárias, Garcia (2013, p. 267) acaba por considerar que, em um contexto globalizado, deve haver crises que inviabilizam, ainda que momentaneamente, o princípio constitucional implícito, a proibição do retrocesso, desde que nos limites do núcleo do mínimo existencial.

Entretanto, na sequência, afirma que a efetivação de todos os direitos fundamentais necessita de recursos públicos e que a ausência de recursos não pode ser argumento de sua inefetividade, sinalizando à lição de Lênio Luiz Streck de que a integração à constituição dos direitos sociais decorre do fato de a maioria da população não os ter (GARCIA, 2013, p. 218).

Destarte, o autor busca fazer uma análise da atividade hermenêutica do Poder Judiciário, do positivismo jurídico, do ativismo judicial, da garantia de um mínimo existencial e dos limites fáticos decorrentes do esgotamento de recursos.

Considera que a regulamentação infraconstitucional dos benefícios culmina em problemas interpretativos. O juiz, assim, encontra-se no dilema entre a segurança jurídica e da previsibilidade e o ato de promover a justiça no caso concreto, não se limitando à mera subsunção à norma.

Assim, no controle judicial, indica ter se tornado comum a intervenção judicial para a efetividade desses direitos em demandas individuais, o que impacta os recursos e o orçamento público para cumprimento da decisão. A principal questão seria de as

decisões não observarem a disponibilidade de recursos, que representariam um limite fático para a concretização desses direitos (GARCIA, 2013, p. 219).

Preocupa-se com a responsabilidade do Poder Judiciário, que deveria ser aumentada, para atentar à legalidade e à presença dos requisitos de concessão dos direitos sociais, por considerar haver variadas decisões de primeira instância precipitadas e temerárias, particularmente nas liminares concedidas e na determinação de sentença recorrível. O autor atribui parte da responsabilidade ao sistema processual, que colocaria a prestação da justiça a cargo dos tribunais, com os variados recursos que deveriam ser reduzidos. Dessa forma, a efetividade desse direito alcança somente os indivíduos com maiores possibilidades de acessar a jurisdição (GARCIA, 2013, p. 268-269).

Apesar disso, noutro momento, ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, quando da relação entre o meio utilizado e o resultado, justifica-se a intervenção nos direitos dos indivíduos.

Trecho 3 - Da dissertação, página 259, grifo nosso.

De acordo com essa análise, justifica-se, de um lado, a concessão de aposentadoria por idade aos trabalhadores rurais em circunstâncias procedimentais mais favoráveis que aos urbanos tendo em vista as restrições históricas que sofreram; de outro, a omissão do Estado na fiscalização da arrecadação ou na organização do sistema de previdência dos segurados rurais em bases aptas a manter o equilíbrio financeiro justifica a dispensa da prova dos recolhimentos em relação ao tempo de serviço anterior a julho de 1991, bastando a prova do exercício da atividade rural, inclusive para carência.

Caso a efetivação do direito à aposentadoria venha a provocar algum desequilíbrio financeiro no sistema, cabe ao Estado a complementação devida, até porque a insuficiência de recursos é decorrente da ineficiência do próprio ente público.

O financiamento do sistema previdenciário é fundamental para o pagamento dos benefícios e a efetivação do direito à aposentadoria. Assim, quanto maior o grau de efetivação desse direito, maior a necessidade orçamentária para garantir a higidez do sistema de custeio.

Para a efetividade, na concessão de benefícios, deve-se observar o princípio da uniformidade e da equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, posto que os princípios do equilíbrio financeiro e atuarial devem atuar na arrecadação de novos recursos necessários ao custeio. O argumento da reserva do possível, por sua vez, não pode incidir sobre o núcleo essencial do referido direito fundamental, nas prestações

mínimas representativas do direito à aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais (à época) (GARCIA, 2013, p. 260).

Trecho 4 - Da dissertação, página 260, grifo nosso.

A inoperância do governo em fixar a contrapartida adequada e proceder à arrecadação eficiente, ao lado das medidas legislativas de remissão de dívidas, são os verdadeiros motivos a justificar a negativa de concessão das aposentadorias a trabalhadores que permaneceram excluídos de uma proteção previdenciária adequada. Entretanto esses **argumentos são desprovidos de base jurídica** e não podem se ocultar sob o manto do equilíbrio financeiro e atuarial e da contrapartida. Não se pode olvidar também que, em **caso de déficit, cabe ao governo** fixar novas medidas arrecadatórias e deslocar recursos da tributação desvinculada (impostos) para o sistema previdenciário.

O autor faz uma análise da concessão judicial do benefício de aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais, confrontando a necessidade de garantias mínimas de vida digna (mínimo existencial) e o argumento de limitações derivadas das restrições orçamentárias (reserva do possível).

Destaca aspectos históricos da formação da força de trabalho rural no Brasil, a mão de obra escrava substituída a partir de meados do século XIX pelo regime de colonato, posteriormente substituído também pela mão de obra assalariada. Há, ainda, ausência de medidas estatais de garantias de direitos trabalhistas e previdenciários dos rurícolas, o que se reflete nas dificuldades de reunir documentação para requerer a aposentadoria por idade (à época).

Categoriza esses trabalhadores em dois grupos: pequenos produtores em regime de economia familiar e os empregados permanentes e temporários. Portanto, a constitucionalização da previdência social como direito fundamental trata-se de uma retificação de distorções históricas e sociais. Entretanto, o autor indica que há grande dificuldade de concretização desse direito diante do custo de acesso aos órgãos públicos e à informação, considerando a escolaridade da maioria. A efetivação desse direito apresenta-se como forma de combater a miséria e a exclusão (GARCIA, 2013, p. 267).

O autor classifica o mínimo existencial como garantia, direito, conceito (GARCIA, 2013, p. 15, 219 e 268), e a reserva do possível como argumento. Considera o reconhecimento dos direitos sociais quando da aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º,

da CF/1988 – As normas definidoras dos direitos e garantias), todavia acentua, no seu texto, a possibilidade também de limitação devido a questões econômicas.

A reserva do possível é apresentada como argumento, teoria e princípio pelo autor (GARCIA, 2013, p. 221 e 268). É argumento subsidiário da inaplicabilidade dos direitos sociais, não se especificando parâmetros de aferição.

Por fim, ressalta que o exercício da jurisdição, ao depender de tempo e dinheiro, buscou a efetividade dos direitos previdenciários e assistenciais sociais com a criação dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995), com a posterior criação dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001). Tendo a falência da justiça, mesmo com tais órgãos, estimulado a formulação das soluções alternativas de conflito como auxílio para redução da sobrecarga de demandas no judiciário (GARCIA, 2013, p. 272).

4.4. APONTAMENTOS GERAIS

Iniciou-se a escrita deste capítulo com a abordagem da análise crítica do discurso como forma de pormenorizar, nesta etapa da pesquisa, a nossa percepção sobre a produção acadêmica selecionada e, no próximo capítulo, a jurisprudência sobre a temática.

O segundo item ao tratar sobre o referencial teórico, mostrou-se o esforço de pesquisa para abarcar a sistematização da produção concernente à temática empreendida neste trabalho. Com isso, termos condições de desenvolver uma reflexão e compreensão crítica das questões que permeiam a previdência social e o conceito de reserva do possível.

Proseguiu-se estruturando uma seleção, ordenação e classificação do resultado obtido nas bases de dados indicadas: *Vlex*, *Scopus*, *Scielo*, Teses e Dissertações e no Catálogo de Teses e Dissertações.

Tendo-se apresentado, a partir da Base de Dados, a discussão empreendida por cada autor, com o recorte de pesquisa sobre a reserva do possível e a previdência social, indicando a localização desse material autoral.

Por fim, promove-se uma classificação das publicações selecionadas, conforme os critérios indicados, sobre a abordagem da reserva do possível e das implicações para a sociedade brasileira.

Na Base de Dissertações e Teses, o trabalho de Aguiar (2014) não apresentou elementos discursivos relevantes de definição da “origem” da reserva do possível, não

havendo qualquer menção. A caracterização, para o autor, dar-se-ia sobre os “problemas” da previdência social argumentados por Giambiagi, que atribui a responsabilidade das “novidades” à CF/1988. O autor classifica o mínimo existencial e a reserva do possível como conceitos.

Apresenta, ainda, a reserva do possível como mínimo existencial, bem como a Corte brasileira no acórdão citado. É o argumento subsidiário da decisão, tendo como parâmetro de caracterização a condição material do demandante e do custo ao orçamento público.

Dispõe o autor de algumas incongruências argumentativas, como ao propor um modelo matemático de um plano de contribuição, sob o regime de capitalização, embora sinalize que não se trata de uma defesa desse tipo de regime. Ao mesmo tempo, defende a implementação de um fundo que suporte o princípio da solidariedade.

Na Base Catálogo de Teses e Dissertações, no primeiro trabalho, de Soares (2017), dos elementos discursivos relevantes, detecta-se que há a preocupação de definir a “origem” da reserva do possível na decisão do tribunal constitucional alemão e na teoria dos custos norte-americana.

No seu recorte de investigação, a espécie de direitos sociais economicamente neutros é destacada por não ter relevância econômica ao orçamento público, pois custeadas pelos próprios beneficiários. Desse modo, discorre sobre as espécies orçamentárias e tributárias que financiam os direitos sociais prestacionais, além de fazer uma pesquisa jurisprudencial nos sites do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A partir dos apontamentos discursivos, há indicação da classificação do mínimo existencial como núcleo intangível dos direitos fundamentais, princípio, direito fundamental ao mínimo existencial, e a reserva do possível como argumento. Discorre-se, ainda, sobre a aplicabilidade imediata conferida pela Constituição aos direitos sociais.

Na Base Catálogo de Teses e Dissertações, no segundo trabalho, de Costa (2016), dos elementos discursivos relevantes, não se localiza uma definição da “origem” da reserva do possível, não havendo qualquer menção a ela. O texto caracteriza o direito social constitucional como garantidor do mínimo existencial, enquanto um limite constitucional à reforma da previdência social.

Além de considerar que o filtro para a reforma era a reserva do possível, equaliza a reforma da previdência como uma política pública. Ao longo do texto, detecta-se uma classificação do mínimo existencial como garantia, direito, e da reserva do possível como

princípio, argumento (p. 8 e 114). Considera-se a posição doutrinária temperada de reconhecimento do direito social contido na proteção da cláusula pétrea quando se busca a concretização do princípio da dignidade humana, compondo o mínimo existencial. Expressa-se a respeito de uma visão tridimensional da reserva do possível (fática, jurídica e atuarial).

Na Base Catálogo de Teses e Dissertações, o terceiro trabalho, de Garcia (2013), apresenta elementos discursivos de uma definição da “origem” da reserva do possível nas decisões da Corte Constitucional Alemã.

Classifica o mínimo existencial como garantia, direito, conceito, e a reserva do possível como argumento, teoria, princípio, sem apresentar parâmetros de aferição desta. Trata da aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais e observa que a questão que incide sobre essa aplicabilidade de direitos sociais é relativa a seus custos, portanto é uma discussão sobre a reserva do possível. Acentua, no seu texto, que é possível uma limitação desses direitos sob justificativa da escassez de recursos, uma limitação decorrente da economia.

Ao mesmo tempo, na sequência, assevera que a efetivação de todos os direitos fundamentais necessita de recursos públicos e que a ausência de recursos não pode ser argumento de sua inefetividade.

Caracteriza como ativismo judicial o controle da legalidade e constitucionalidade de atos que resultariam em interferência ilegítima e inconstitucional em matéria previdenciária. Adverte sobre uma proximidade da ponderação com o decisionismo, podendo a discricionariedade do juiz ensejar em arbítrio ou decisionismo voluntarista.

Em sua análise da atividade hermenêutica do Poder Judiciário, objetiva empreender críticas ao positivismo jurídico e ao ativismo judicial. Para tanto, sinaliza, nesse primeiro momento, a críticas à aplicação literal da lei, considerando as dificuldades, particularmente dos trabalhadores rurais, de documentar sua condição para alcançar seus direitos.

Noutro giro, trata do ativismo judicial com decisões em demandas individuais que exigem recursos do orçamento público. Nesse sentido, põe em questão a responsabilidade do Judiciário, tendo em vista sua pontuação de que não há uma atenção à legalidade e à constatação dos requisitos concessivos daqueles direitos sociais.

Tendo já feito a análise de conjuntura, neste capítulo, empreendeu-se, predominantemente, uma análise do discurso a partir da sistematização da literatura, sob

o recorte de pesquisa desta investigação. Assim, delineou-se uma investigação das caracterizações engendradas à reserva do possível no âmbito previdenciário, particularmente. Além disso, identificaram-se as questões que emergem e o que sustenta o aspecto problemático.

O próximo capítulo partirá de sua fonte primária, os sites do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para a realização de uma pesquisa jurisprudencial que exponha essa articulação jurisprudencial entre reserva do possível e previdência social.

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: PREVIDÊNCIA SOCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

5.1. PROCEDIMENTO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Sob a análise crítica do discurso, propõe-se trabalhar com a fundamentação empreendida no que se refere à proteção social e a reserva do possível, no âmbito das Cortes Superiores do Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). Além de atentar para as diferentes fontes da construção doutrinária para legitimar a fundamentação da decisão, como a aderência à doutrina alemã, norteamericana, também à argumentação empreendida pelo Estado/ Fazenda Pública, nos referindo à brasileira. Articulando as transformações das políticas econômicas com a realidade da atenção aos direitos sociais, no recorte do direito previdenciário e a reserva do possível.

Para tanto, elaborou-se uma ficha com perguntas padrão abertas para averiguação nos casos em que a Corte faz uso da argumentação imprimida pela da reserva do possível.

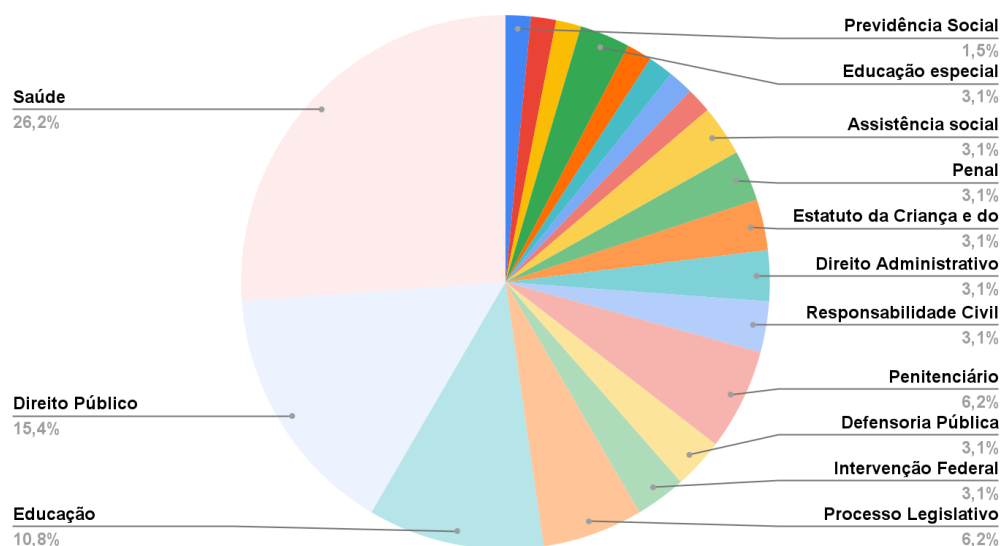
1. Elementos discursivos relevantes para a definição da “origem” reserva do possível.
 - a. Tendo em vista que se considera de forma geral uma origem alemã: qual a concepção jurídica constituiu a versão brasileira da reserva do possível que argui parâmetros diversos do Tribunal Constitucional Alemão?
 2. Identificação de quais as fontes doutrinárias subsidiaram a fundamentação da decisão.
 - b. Considerando que nas argumentações alternam entre argumento, princípio, teoria, cláusula, e etc: Qual a implicação ao direito social?
 3. Identificação dos parâmetros de aferição da reserva do possível.
 - c. Quais são os critérios elencados?

Com isso, estabeleceu-se para a busca jurisprudencial a estratégia de pesquisa “reserva do possível” no site do STF, enquanto no STJ “reserva do possível” e “previdência social”. Para termos o entendimento da Corte referente à matéria em estudo, selecionou os acórdãos por se tratar de decisão do Pleno da Corte.

A amostra de pesquisa compreende o resultado de 66 acórdãos no âmbito do STF. Contabilizando 1 (um) de Previdência Social; 1 (um) de Financeiro; 1(um) de Educação indígena; 2(dois) de Educação especial; 1 (um) do Estatuto do Idoso; 1 (um) de Direito de

Greve; 1(um) de Eleitoral; 1 (um) de Anistia; 2 (dois) de Assistência social; 2 (dois) Penal; 2 (dois) do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); 2 (dois) de Direito Administrativo; 2 (dois) de Responsabilidade Civil do Estado; 04 (quatro) de Penitenciário; 2 (dois) da Defensoria Pública; 2 (dois) de Intervenção Federal; 4 (quatro) de Processo Legislativo; 7 (sete) de Educação; 10 (dez) de Direito Público; 17 (dezesete) de Saúde.

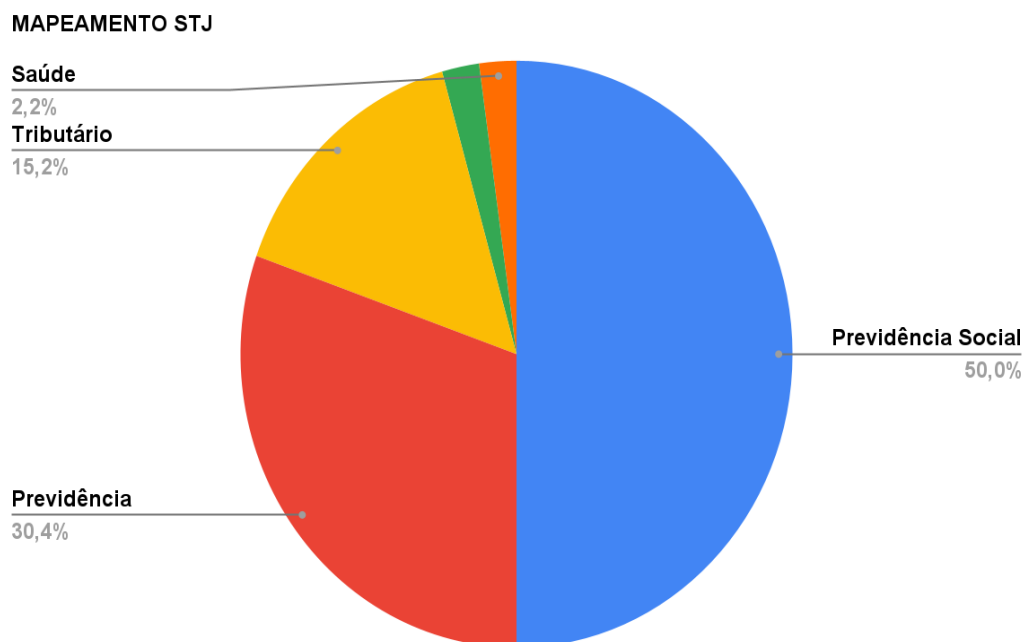
MAPEAMENTO STF



Fonte: Elaboração própria.

Destaca-se, no acórdão de Previdência Social, elementos discursivos sobre a reserva do possível. Trazendo-se o empreendimento discursivo a respeito da reserva do possível nos demais casos que se verificou a presença ou não argumentativa, como forma de melhor delinear os elementos discursivos da Corte sobre essa expressão.

Já no STJ resultou em 49 acórdãos, tendo um expressando a reserva do possível na amostra de pesquisa obtida. Contabilizando 23 (vinte e três) acórdãos sobre a Previdência Social; 14 (catorze) acórdão sobre Previdência Complementar; 7 (sete) sobre Tributário; 1 (um) de Penal; e 1 (um) de Saúde. Tendo sido constatados elementos discursos relevantes, sob o recorte de pesquisa da previdência social e a reserva do possível, apenas em 02 (dois) da Previdência Social. A título de argumentação e compreensão discursiva, empreende-se a observância de 02 (dois) casos de Previdência complementar.



Fonte: Elaboração própria.

Após verificação dos resultados partiu-se para a ficha prévia, as informações obtidas foram categorizadas e quantificadas, originando os dados quantitativos da pesquisa. Contabilizando ainda os dados referentes ao tipo de decisão, ano de publicação e a natureza jurídica aferida, de forma geral. O desenho definitivo da pesquisa compreendeu a escolha dos casos que a Corte imprimiu elementos discursos relevantes sobre a reserva do possível, fazendo-se observar a identificação dos pontos constantes da ficha de análise

Feito isso, a partir da pesquisa jurisprudencial, no site do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi possível quantificar a ocorrência de casos que discutem a matéria e identificar, de forma qualitativa, a argumentação empreendida nas decisões da previdência social no Brasil, com a exploração do conceito de reserva do possível trazida nos casos que se discorreu sobre essa expressão.

5.2. AMOSTRA DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

A amostra da pesquisa jurisprudencial no site do Supremo Tribunal Federal (STF) resultou em 66 (sessenta e seis) Acórdãos. Enquanto no site Superior Tribunal de Justiça (STJ) resultou em 49 (quarenta e nove) Acórdãos.

O benefício de prestação continuada (BPC) instituído pela Lei nº 8.742/93, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), é de competência da assistência social, sendo responsável por seu financiamento. A operacionalização é realizada pela autarquia federal, INSS, considerando a sua capacidade estrutural para os procedimentos de concessão e manutenção de benefícios.

Artigo 20, § 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

Por essa razão, não se destacou para análise. Todavia, nos casos não referentes ao âmbito da previdência social, far-se-á ainda destaque aos conteúdos discursivos elaborados no acórdão que remetem à reserva do possível. Para, com isso, densificar uma percepção da compreensão da Corte sobre esse argumento discursivo e qual relação se faz com os direitos sociais, particularmente o direito à previdência social.

5.3. PREVIDÊNCIA SOCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL NO STF

5.3.1 Análise do Acórdão do Recurso Extraordinário nº 1171152 RG

Trata sobre os limites da ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas, considerando a eficácia e o efeito vinculante de suas decisões definitivas de mérito, entendendo o Supremo a possibilidade de o judiciário estabelecer prazo de até 45 dias para o Instituto Nacional de Seguridade (INSS) realizar as perícias aos segurados do INSS e, não sendo realizado neste prazo, a sua implantação automática.

Com a repercussão geral reconhecida (RG), observando a doutrina, expressou-se o STF, em 2019, a respeito da reserva do possível, no referido acórdão, que

“Segundo a decisão do Tribunal Federal alemão, **os direitos a prestação positivas do Estado “estão sujeitas à reserva do possível** no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2002, p. 52). De acordo com o julgado, ainda que o Estado disponibilizasse recursos suficientes, não seria razoável exigir da Administração Pública a manutenção de programas de assistência social para quem deles não necessitasse”. (SARLET, 2010, p. 49). (grifo nosso)

Extrai-se, dos elementos discursivos relevantes, há essa definição da origem na decisão do Tribunal Federal Alemão. Desse modo, discorre para emprestar a reserva do possível de

forma argumentativa a subsidiar a concepção de que os direitos a prestações positivas do Estado (sociais) são sujeitos à reserva do possível, no sentido do que se pode requerer da sociedade de forma racional.

Para firmar tal entendimento, parte da fonte doutrinária pátria que buscou tratar da reserva do possível, considerando a como um argumento suficiente para fazer frente à efetividade de direitos sociais no âmbito brasileiro.

No que concerne à identificação dos parâmetros de aferição da reserva do possível, há apenas a indicação, retomando o decidido naquela Corte, do fato de o Estado possuir quantidade suficiente de recursos não decorre na disponibilidade destes recursos, se não tratar de demanda razoável.

5.3.2. Fundamentação da reserva do possível - Demais casos do STF

A ADI 3768 de 2007, o Plenário da Corte trata do estatuto do idoso, firmando a caracterização da norma constitucional como de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Dispondo no acórdão.

A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação do idosos na sociedade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, **não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível** (grifo nosso).

O Tribunal Pleno, no SL 47 AgR de 2010 e no STA 175 AgR de 2010, em matéria de saúde, indica doutrina de base da reserva do possível. Retoma, da mesma forma, esse trecho o acórdão do RE 796347 AgR de 2015, no âmbito do direito público.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo **relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”** (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em **sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos** cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, **prestações estatais positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas (grifo nosso).

Em 2013, no caso da Assistência Social, o RE 567985, há menção à questão orçamentária da Previdência Social, relacionando-a com o que os juristas chamam de reserva do possível.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim. Mas que, por sua vez, adotou um critério objetivo. Esse é um aspecto. Ao fazê-lo, levou em consideração aquilo que o eminente Ministro Gilmar Mendes trouxe à colação, que é exatamente **a situação orçamentária da Previdência Social**. E Sua Excelência mesmo disse que o legislador ordinário, o Congresso Nacional, deve ter feito uma série de cálculos e chegou à conclusão que esse é o valor possível, é aquilo que **os juristas chamam de reserva do possível**, aquilo que o erário pode pagar, neste presente momento histórico, ao idoso. Então, esse é um aspecto que me parece relevante (grifo nosso).

Extrai-se do caso um registro da resistência por parte do STF em declarar a inconstitucionalidade do §3º, do artigo 20 da Lei 8.742/93 (LOAS): “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. Arguia-se que esse requisito financeiro permite a permanência de situações de evidente miserabilidade social, não alcançadas pelo benefício constitucional, o BPC.

Tendo-se decisões judiciais contrariando os critérios objetivos. O Supremo constata o processo de inconstitucionalização dos critérios legais, considerando notórias alterações fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (alterações legais dos parâmetros como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais realizados pelo Estado brasileiro). Feito isso, declarou-se a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade.

Nesse sentido, cumpre observar as alterações legislativas desde então.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja **inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo**. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja **inferior a 1/2 (meio) salário-mínimo**. (Redação dada pela Lei nº 13.981, de 2020) (Vide ADPF 662)

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja: (Redação dada pela Lei nº 13.982, de 2020)

I - **igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo**, até 31 de dezembro de 2020; (Incluído pela Lei nº 13.982, de 2020)

I - **inferior a um quarto do salário mínimo**; (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.023, de 2020) Vigência

I - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.982, de 2020)

§ 3º Observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput deste artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal **per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.** (Redação dada pela Lei nº 14.176, de 2021)

I – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.176, de 2021) (grifo nosso).

A partir das quais nota-se que apesar de termos o estabelecimento de $\frac{1}{2}$ salário em 2020, que resultou na ADI 662³³, com a suspensão da eficácia desse critério pelo STF.

(...) Concedo, em parte, a medida cautelar postulada, ad referendum do Plenário, apenas para suspender a eficácia do art. 20, § 3º, da Lei 8.742, na redação dada pela Lei 13.981, de 24 de março de 2020, enquanto não sobrevier a implementação de todas as condições previstas no art. 195, §5º, da CF, art. 113 do ADCT, bem como nos arts. 17 e 24 da LRF e ainda do art. 114 da LDO. (...)

Retoma a Corte a compreensão da condicionalidade da fonte de custeio, indicando os artigos citados. Cumpre observar a manifestação do Congresso Nacional destacada pela Corte:

No mérito, alega que “os benefícios criados diretamente pela Constituição têm aplicabilidade imediata, não estando subordinados à exigência da identificação da fonte de custeio total”, conforme decidido pelo STF ao julgar a ADI 352, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; o AI 614.268-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e o ARE 664.335, Rel. Min. Luiz Fux.

Em 2020, no mesmo ano, há retorno aos $\frac{1}{4}$ de salário mínimo por cabeça. Tendo pretendido ainda o Presidente, em 2020, agravar o critério para que fosse considerado inferior a $\frac{1}{4}$ de salário por pessoa, e na última alteração há o percentual igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

No RE 581352 AgR de 2013, no âmbito da saúde, dispõe mais sobre as escolhas trágicas estatais e parâmetros ao controle jurisdicional.

A questão das “**escolhas trágicas**” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – **controle jurisdicional** de legitimidade da omissão do estado: 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) – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de

³³ Ver: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880970>

implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) (texto original em letras maiúsculas) (grifo nosso).

O RE 763667 AgR de 2013 e o AI 598212 ED de 2014, tratam da defensoria pública, cita-se na ementa o reconhecimento do “direito a ter direitos” enquanto pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias. Sendo a intervenção judicial concretizadora constitucional do acesso pelos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência jurídica gratuitas. Em ambos, há a seguinte observação doutrinária no acórdão.

Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda., v.g.), 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, dolosamente, 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 (grifo nosso).

No acórdão do AI 747402 AgR de 2014, no âmbito eleitoral, destaca a instrumentalização de argumentos *ad terrorem*, expressão latina concernente a impressionar por meio do terror, diante de relatado quadro de escassez pelo poder público.

Ademais, e como forma de eventual contra-argumento, não se revelam legítimos os argumentos expendidos “**ad terrorem**” no sentido de que, ante o **quadro de escassez, premissa inexorável da economia**, os Gestores possuem limitações fáticas e orçamentárias para a aplicação dos recursos públicos nos programas governamentais, a cognominada reserva do possível. Com efeito, é insuficiente que o Poder Público invoque, genericamente, o **argumento de reserva do possível** não observar os comandos constitucionais, em especial aqueles relacionados aos direitos fundamentais prestacionais (e.g., saúde e educação). Para a utilização desse argumento deve estar **condicionada a comprovação**, pelo respectivo ente político, da utilização otimizada dos recursos públicos disponíveis. Do contrário, os governantes veem-se compelidos pelos **imperativos constitucionais a destinar os percentuais exigidos pelo texto magno** (grifo nosso).

Na ementa do ARE 745745 AgR de 2014, no âmbito da saúde, “a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas

constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático”, bem como questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito” (texto original em letras maiúsculas).

Na ementa do ARE 875333 ED de 2015, sob a matéria de educação especial, indica “Teoria da reserva do possível e separação dos poderes. Inaplicabilidade”. No acórdão, discorre.

Além disso, conforme jurisprudência desta Suprema Corte, **a cláusula da reserva do possível** não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressalvada a ocorrência de justo motivo, objetivamente (grifo nosso).

A ementa do ARE 860979 AgR de 2015, no âmbito da educação especial, indica em parte dela que.

3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. **Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade.** Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. (grifo nosso).

O acórdão do ARE 860979 AgR de 2015 remete para trecho concernente ao entendimento da Corte a respeito.

2. A controvérsia objeto destes autos possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47- AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, **ponderando os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível**, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário **não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando** que o Poder Executivo **cumpra políticas públicas previamente estabelecidas** (grifo nosso).

Na ementa do ARE 855762 AgR de 2015, concernente ao direito público, considera “teoria da reserva do possível e separação dos poderes. Inaplicabilidade. Injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao estado. Cumprimento de políticas públicas previamente estabelecidas pelo Poder Executivo”, e no acórdão pontua a Corte.

A propósito, confira-se excerto da ementa da STA-AgR 223, redator do acórdão o ministro 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). (grifo nosso; texto original em letras maiúsculas).

O Plenário, no acórdão da ADPF 347 MC de 2016, em matéria penitenciária, traz as denominadas escolhas trágicas tendo a reserva do possível como parâmetro da decisão judicial.

Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas “**escolhas trágicas**” (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “com sacrifício” de outros) –, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a **cláusula da reserva do possível** encontrará, sempre, **insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial**, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial **dignidade da pessoa humana**, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte (...). (grifo nosso).

No RE 592581 de 2016, no âmbito penal, a Corte fixa a tese

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para **dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana** e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, **não** sendo oponível à decisão **o argumento da reserva do possível** nem o princípio da separação dos poderes (RE 592581 de 2016). (grifo nosso)

2. Demonstrada a excepcionalidade da situação, bem como a omissão do ente público, pode o Poder Judiciário, em **tema de direitos fundamentais de caráter social**, determinar a implantação de políticas públicas, imprescindíveis ao funcionamento da segurança pública, sem que isso ofenda o princípio da separação dos poderes, discussão que se inclui no Tema 220 da sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o RE 592.581-RG. Precedentes. (RE 1214757 AgR de 2021). (grifo nosso)

Na ementa do RE 1026698 AgR de 2017, no âmbito penal, pontua que

Obrigação jurídico-constitucional que impõe aos estados o dever de observância dos direitos constitucionais dos presos – realização de **obras em estabelecimentos penais** – implementação de políticas públicas – **violação aos princípios** da separação dos poderes e da **reserva do possível** – inoportunidade – repercussão geral da matéria que o plenário do supremo tribunal federal reconheceu no julgamento do re 592.581/RS (texto original em letras maiúsculas). (grifo nosso).

Noutro caso da assistência social, o acórdão do RE 587970 de 2017, aos estrangeiros residentes no Brasil, entende-se pelo alcance desses sujeitos à assistência social brasileira, atendidos os requisitos constitucionais e legais.

Ressalta ser a determinação dos beneficiários da assistência social matéria de soberania, ligada ao **princípio** da reserva do possível. Conclui que, à míngua de previsão legal, não há como estender o benefício de prestação continuada aos estrangeiros, ainda que residentes no País.(..)

Quarto, refuto o uso da **doutrina** da “reserva do possível” no presente caso. Embora o argumento consequencial seja de grande relevância para a jurisdição constitucional, verifica-se, nesta ação, que a população de estrangeiros potencialmente beneficiária não é numericamente relevante. (grifo nosso).

Considera o direito social, o benefício da assistência social, relacionado ao princípio da reserva do possível. E pelo critério legal, não se poderia estender esse benefício a esses estrangeiros. Mas, por fim, entende pela não aplicabilidade da “reserva do possível” no caso, por considerar que não há uma relevância numérica de beneficiados.

No ARE 1129152 AgR de 2018, no âmbito do direito público, dispõe o Supremo.

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, dolosamente, 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 (grifo nosso).

A ementa do RE 1139140 de 2019 AgR e do ARE 926069 AgR de 2019, no âmbito do ECA, indica “violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível – inoportunidade”.

Na ementa do RE 1165054 AgR de 2019, no âmbito da saúde, prescreve que

Obrigação jurídico-constitucional que impõe ao poder público o dever de observância do direito constitucional da saúde (cf, art. 196 e

seguintes) – implementação de políticas públicas – **violação aos princípios** da separação dos poderes e **da reserva do possível** – inoportunidade – decisão que se ajusta à jurisprudência prevaemente no supremo tribunal federal (grifo nosso).

No acórdão do RE 1165054 AgR de 2019, ressalva o justo motivo objetivamente aferível como a possibilidade de justificativa estatal.

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, dolosamente, 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. (RE 1165054 AgR; RE 1139140 AgR; RE 591352 AgR -Saúde) (grifo nosso).

No âmbito da Saúde, o acórdão do ARE 1267067 AgR, de 2020, remete-se ao seu entendimento sobre “a controvérsia pertinente à ‘reserva do possível’ e a intangibilidade do mínimo existencial: a questão das “escolhas trágicas”.

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. Magistério da doutrina. (...). (grifo nosso).

Expõe a compreensão dos direitos sociais, enquanto norma programática, condicionados pela opção determinada pelo Estado, pressupondo a insuficiência de recursos. Sendo uma escolha trágica fundada na dignidade humana, considerando que há de se observar o mínimo existencial.

Magistério da doutrina. - **A cláusula da reserva do possível** - que **não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar** a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra **insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial**, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana**. Doutrina.

Precedentes. - A **noção de “mínimo existencial”**, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de **prerrogativas** cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, **também, a prestações positivas originárias do Estado**, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos (...). (grifo nosso).

Portanto, assevera que essa escolha trágica funda-se na dignidade humana, considerando o mínimo existencial. Tendo o limite à opção estatal, o mínimo existencial como derivado da dignidade implicitamente no ordenamento pátrio. Da Constituição extrai-se que nosso Estado Democrático de Direito funda-se também na dignidade da pessoa humana e tem a República brasileira como objetivo fundamental erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III).

Conforme prescreve Luís Roberto Barroso (p. 64, 66), sua melhor classificação de dignidade humana é princípio jurídico com status constitucional, não como direito autônomo. A função do primeiro papel de um princípio da dignidade humana é ser fonte de direitos, sem necessidade de expressamente enumerados, reconhecidos em sociedades democraticamente maduras. O outro papel seria interpretativo, enquanto núcleo essencial dos direitos fundamentais, informando a interpretação destes direitos constitucionais e definindo-o no seu sentido ao caso concreto. Sendo diretriz para casos de lacunas, ambiguidades, colisões, bem como a lei que a viole, em abstrato ou concreto, restará nula.

A causa fundadora, daquelas chamadas escolhas trágicas, repousa na insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária. Em se tratando de Estado, há escolhas políticas e planejamento governamental para tanto. Portanto, constata-se uma instrumentalização da dignidade enquanto argumento a subsidiar as ditas escolhas trágicas.

Na ementa do RE 12 19482 AgR de 2020, tratando da educação indígena, indica-se “violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível – inoccorrência”. Discorrendo no acórdão que o tema dos limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado para atender a direito social da saúde, mostra-se absolutamente distinto do tema da priorização de obras de construção de escolas indígenas.

A ementa do ARE 1171192 AgR de 2020, no âmbito do direito público, indica “violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível – inoccorrência”. Pontua-se a mesma doutrina acima citada no RE 796347 AgR, e indica que.

(...), **não se mostrando lícito**, contudo, ao Poder Público, **criar obstáculo artificial** que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais (grifo nosso).

No ARE 12500997 AgR de 2020, no âmbito da saúde, há apenas menção no acórdão de que o tribunal de origem baseou-se também na inexistência de ofensa ao princípio da reserva do possível. Sendo que no seu esforço argumentativo adstringe-se a inocorrência de afronta ao princípio da separação de poderes.

O HC 172136 de 2020, no âmbito penitenciário, ao tratar do anômalo estado de coisas inconstitucional aponta, no acórdão, a legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas e da questão das escolhas trágicas, que se resolve pela preponderância do “mínimo existencial. Retoma a ADPF 45/DF e apontamentos de Luís Sgarbossa.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e /ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da **cláusula da “reserva do possível”**, considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”, segundo a qual – como observa LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (“op. cit.”, p. 273-274) – as limitações a direitos fundamentais, como o direito de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso (grifo nosso).

No RE 657718 de 2020, em matéria de saúde, pontua-se sobre a reserva do possível no acórdão.

Há que advertir, por fim, que a **cláusula da reserva do possível**, que tem origem na jurisprudência alemã e é **amplamente reconhecida na jurisprudência dos Tribunais brasileiros**, não constitui, em si, **um óbice para realização dos direitos sociais**: ela é, em verdade, **uma definição do limite da adjudicação**. Esse limite, no entanto, **não advém da finitude dos recursos do Estado, mas de uma possível sindicabilidade da decisão alocatória** (grifo nosso).

A ementa do ARE 1269451 AgR de 2021, no âmbito da saúde, elucida a colocação da Corte ao dispor que “Inexistência, no caso, de violação ao princípio da reserva do possível, visto que não cabe sua invocação quando o Estado se omite na promoção de direitos constitucionalmente garantidos” (grifo nosso).

Na ementa do ARE 1348154 AgR de 2022, tratando de direito público, firma-se “ofensa aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível não verificada”.

Feito isto, nesta amostra, pode-se observar que se considerou a reserva do possível em 13 (treze) momentos como princípio, 10 (dez) como cláusula, 1 (um) como tema, 1 (um) como teoria, 2 (dois) como argumento, 1 (um) como fórmula e 1 (um) como doutrina.

Pode-se constatar ainda que a caracterização dos direitos sociais enquanto norma constitucional programática, quando se esmera uma progressividade da atuação estatal concernente a efetividades desses direitos.

Além disso, detecta-se uma oscilação da Corte brasileira sobre o caráter dos direitos sociais, o que implica diretamente nas estratégias decorrentes da ideia de reserva do possível por quem almeja instrumentalizá-la. Motivo pelo qual, discorrer-se-á no item 5 tais implicações para a efetivação dos direitos sociais, sob o recorte da previdência social.

5.4. PREVIDÊNCIA SOCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL NO STJ

Selecionou-se acórdão referentes à previdência complementar, pois há fatos frisados que contribuem para a compreensão da operacionalização pelo Estado do sistema previdenciário no Brasil e das questões não ditas ao se tratar de escassez de recursos.

5.4.1. Análise do Acórdão do Recurso Especial nº 1679866 / RS: Previdência Social

Cumprir observar neste acórdão a regra do artigo 3º da Lei 9. 876, de 26 de novembro de 1999, para o cálculo de benefícios previdenciários. Ela estabeleceu como critério de cálculo, para a definição da renda mensal inicial do benefício, o período básico de de 80% entre os maiores salários de contribuição, posteriores a julho de 1994. Portanto, não incluindo nesse cálculo todos os salários de contribuição.

Considerando o contexto econômico brasileiro, a regra de transição aos já filiados ao RGPS, extrai-se disposto que.

A Lei 9.876/1999 criou uma **regra de transição** para aqueles que, na época da sua edição, **já estavam filiados ao RGPS**, estabelecendo como **período básico de cálculo** para apurar o valor do benefício os salários de contribuição **posteriores a julho de 1994**, limite temporal este não aplicável aos segurados que vieram a se filiar após a edição da referida lei.

A utilização para o cálculo do benefício previdenciário apenas dos salários de contribuição **posteriores a julho de 1994 teve como premissa histórica o início do processo de estabilização da moeda nacional, após o advento do Plano Real. Antes de 1994, o país sofria com um quadro inflacionário que resultava na perda do poder de compra dos salários, o que refletia na fixação do valor futuro das prestações previdenciárias.** Assim, mostra-se razoável e adequado o **corte temporal** realizado pelo legislador ao utilizar, para aqueles que já se encontravam filiados ao RGPS quando do advento da Lei 9.876/1999, apenas os salários de contribuição posteriores a julho de 1994 (grifo nosso).

Indicando-se ainda a adequação desse recorte estatal para gerir o volume de recursos necessário para a satisfação do direito à Previdência Social. Portanto, há uma importante atuação estatal na sistematização de suas ações para gerir o sistema previdenciário.

5.4.2. Análise do Acórdão do Recurso Especial Nº 1586142 / SP: Previdência Social

Este acórdão trata do prazo para a realização de perícias médicas dos segurados da Previdência Social, fixadas pela Corte em até 15 dias.

2. O STF tem decidido que, **ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social** - principalmente nos casos que visem a resguardar a supremacia da dignidade humana -, **sem** que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. Precedentes (grifo nosso).

Diante da ausência de regra normativa, fixando o prazo de até 15 dias como parâmetro de razoabilidade e de eficiência para a agência realizar a perícia.

O parâmetro baseia-se na Lei 8.213/1991, a qual estabelece o prazo de 15 (quinze) dias para início do recebimento de benefícios previdenciários de aposentadoria por invalidez (art. 43) e auxílio-doença (art. 60), bem como o prazo de 15 (quinze) dias para a empresa

que dispor de serviço médico, próprio ou conveniado, realizar a perícia do empregado para fins de abono de falta (art. 60, § 4º). (grifo nosso).

Quanto à Responsabilidade civil, o RE 580252 de 2017, destaca a relação da opção política dos representantes eleitos e a elaboração da lei orçamentária.

O Estado de Mato Grosso do Sul alega que a pretensão do recorrente de obter reparação do poder público pelas condições adversas de encarceramento encontraria **óbice na teoria da reserva do possível**. Segundo ele, as atuais condições carcerárias e a superlotação seriam o **reflexo da incapacidade material do Estado de destinar mais recursos para a melhoria das condições do sistema penitenciário**. Nesse sentido, conclui que não pode ser responsabilizado diante de uma **opção política legítima** levada a cabo pelos representantes eleitos na elaboração da lei orçamentária, no sentido de priorizar a destinação de recursos para outras demandas sociais (grifo nosso).

A violação a direitos fundamentais estaria justificada pela teoria da reserva do possível, mas a Corte indicou, que se admitido esse argumento, justificar-se-ia a perpetuação da desumana situação de violação constatada em presídios. A ementa desse RE 580252 pontua a inaplicabilidade do princípio da reserva do possível, destacando-se um amplo lastro de instrumentos de ordem internacional.

5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955).

Tendo como premissa a tese

7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a

obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”

Tema observado, no acórdão do ARE 8855476 AgR de 2016, no âmbito da responsabilidade civil, sobre os limites orçamentários como teoria da reserva do possível.

(...) reconhecimento da repercussão geral da matéria debatida no RE nº 580.252/MS-RG, Tema 365, no qual se discute “o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível)”

No acórdão da ADI 6129 MC de 2020, no âmbito financeiro, dispõe-se uma noção de custeio adequado.

A noção do que seria tal **custeio adequado** obviamente há de assentar-se em bases juridicamente estáveis (conforme assegura o princípio da segurança jurídica) e **fiscalmente progressivas** (em consonância com os princípios da proporcionalidade e **reserva do possível**). Esse, por sinal, foi o sentido da bela análise empreendida pelo Ministro Celso de Mello no exame da ADPF-MC 45/DF, na qual asseverou não caber a manipulação da atividade financeira do Estado que inviabilizasse o estabelecimento e a preservação do direito à saúde (grifo nosso).

No acórdão do Plenário, a STA 223 AgR de 2014, no âmbito da responsabilidade civil objetiva do estado, extrai-se uma bibliografia a respeito da reserva do possível, ao se indicar a relevância deste tema quando se trata de direitos prestacionais.

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; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de **efetivação e implementação** (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais **positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas** (STA 223 AgR de 2014; RE 410715 AgR de 2006) (grifo nosso).

Cumpra observar a doutrina indicada do documento³⁴, tais como “CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. Norton & Company, 1978. W. W.”. E a disposição da ementa, no sentido de que.

Desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819) - comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental da república (rtj 185/794-796) - a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (rtj 200/191-197) - o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público - 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 - a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) - caráter cogente e vinculante das **normas constitucionais**, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (cf, arts. 6º, 196 e 197) - a questão das “**escolhas trágicas**” - a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito - 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) - doutrina - precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (rtj 174/687 - rtj 175/1212-1213 - rtj 199/1219-1220) - recurso de agravo provido. (STA 223 AgR, Relator(a): ELLEN GRACIE (Presidente), Relator(a) p/ Acórdão: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008, DJe-070 DIVULG 08-04-2014 PUBLIC 09-04-2014 EMENT VOL-02726-01 PP-00001 RTJ VOL-00229-01 PP-00056). (texto original em letras maiúsculas).

Nesse mesmo sentido, a ementa do ARE 727864 AgR de 2014, no âmbito da saúde, e no acórdão, retoma a ADPF 45/DF de 2004 e expõe-se uma compreensão dos direitos sociais, decorrendo dessa concepção a sua condição de efetivação.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de **caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização** – depende, em grande medida, de um **inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado**, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então,

³⁴ Ver: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur260481/false>

considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política (grifo nosso).

No ARE 639337 AgR de 2011, no âmbito da educação infantil, pontua o acórdão.

Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as **dificuldades que podem derivar da escassez de recursos** – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas “**escolhas trágicas**” (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “**com sacrifício**” de outros) - , o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, **a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana**, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte (...). (grifo nosso).

No RE 553710 de 2017, o plenário da Corte trata de indenização em matéria de anistia, restando um dos pontos da tese fixada que.

ii) Na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte.

5.4.3. Análise do Acórdão do Recurso Especial nº 1776017 / RJ: Previdência Complementar

Trata-se da responsabilização de ex-gestores de fundos de previdência privada devido a operações financeiras consideradas ilícitas. De início, na ementa do acórdão, considera-se o mercado financeiro com riscos naturais.

5.2 Os investimentos realizados pela entidade de previdência privada, a partir das reservas aportadas nos fundos de pensão, a despeito de se **encontrarem sujeitos aos riscos naturais do mercado financeiro**, devem observar regramentos legais próprios e padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, a fim de garantir que os assistidos recebam o benefício previdenciário no tempo e modo voluntariamente contratado (grifo nosso).

5.4.4. Análise do Acórdão da Recurso Especial Nº 1240691 / RS: Previdência Complementar

Este outro caso de previdência complementar destaca-se pela disposição de situações fáticas indicadas pelo STJ. Com esses apontamentos é possível visualizar a articulação entre o setor público e privado, tendo este o suporte do Estado e usufruindo de benefícios em detrimento da sociedade.

Tratam-se de valores devidos pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul (BANRISUL) à entidade de previdência privada por ele mantida, a Fundação BANRISUL S/A. Tendo ocorrido que, mediante recursos obtidos da União no âmbito do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER), o ônus financeiro foi suportado pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Discorre a instituição financeira que com a institucionalização da previdência complementar, nos termos da Lei 6.435/1977, tornou-se legal a obrigação de aportar recursos para a Fundação Banrisul de previdência privada, tendo de financiar as reservas necessárias ao pagamento de benefícios dessa natureza. Optou pelo financiamento dessas reservas, pelo prazo de trinta e nove (39) anos, produzindo o déficit atuarial de R\$525.389.262,00 (quinhentos e vinte e cinco milhões, trezentos e oitenta e nove mil, duzentos e sessenta e dois reais) na referida Fundação.

O BANRISUL não tendo condições de pagar o débito acumulado pelo financiamento à sua instituição de previdência privada, teve como solução a liberação pela União do valor de R\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), através do "Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional" (PROER), ao Estado do Rio Grande do Sul. Restando a este ente federativo assumir a dívida do BANRISUL com a respectiva Fundação de previdência complementar, enquanto ao BANRISUL apenas o saldo remanescente a ser quitado.

40. Não procedem as objeções do recorrido. A primeira porque, conforme já explicado, o vício não está relacionado à ocorrência da coisa julgada, mas sim à ausência de valoração de excertos do Auto de Infração e da sentença do juízo de primeiro grau que demonstrariam que a glosa de 100% do valor pago pelo Estado do Rio Grande do Sul, por si só, **evidenciaria que é equivocada a premissa de que houve reconhecimento fiscal da dedutibilidade das despesas suportadas pelo terceiro** - cabe aqui observar que, realmente, o Tribunal de origem deu **máximo empenho para justificar o acolhimento da tese proposta pelo recorrido, sem dispensar tratamento isonômico à contra-argumentação fazendária** (grifo nosso).

Sendo crível ao STJ constar a irrelevância conferida pela **Corte local diante do fato de o Estado do Rio Grande do Sul ter realizado o pagamento das despesas do Banrisul.**

42. Não bastasse isso, o fato de o **Tribunal de origem ter considerado irrelevante o ponto suscitado pela Fazenda Nacional, evidentemente, não vincula o STJ, porque conferir tamanho poder à Corte local significaria usurpar do STJ a competência para decidir, em instância final, a análise da tese de violação do art. 535 do CPC/1973.**

Tendo o STJ determinado a devolução dos autos para julgamento nos termos indicados.

47. Anoto que os autos retornarão à origem para julgamento das questões antecedentes, isto é: a) **possibilidade de o Banrisul deduzir da base de cálculo do IR e da CSLL, como suas, as despesas que na realidade foram suportadas pelo Estado do Rio Grande do Sul, com recursos fornecidos pela União no âmbito do PROER;** e b) sucessivamente, a **existência de autorização para o Banrisul deduzir do lucro real, imediatamente e de uma só vez, o valor total das despesas que o Estado do Rio Grande do Sul vai pagar de forma parcelada (360 prestações mensais e consecutivas), ao longo de trinta anos.**

Cumprir observar o destaque dado pela Corte em relação ao encargo suportado pelo Estado, subsidiando a instituição financeira, com melhores condições de realizar o pagamento do débito devido. Sem, contudo, que tivesse tido atenção do tribunal a quo.

5.4.5. Fundamentação da Reserva do Possível - Demais casos do STJ

No RESP 811608/RS de 2007, em matéria de saúde indígena, em se tratando de matéria constitucional, o STJ não examinou a questão restringindo-se apenas à uniformização da legislação infraconstitucional. Indicou ainda que a questão havia sido solucionada pelo Tribunal a quo, observando o acórdão recorrido, quando se constata o tratamento conferido aos direitos sociais e a reserva do possível.

Quando se reconhece aos direitos fundamentais prestacionais a aplicabilidade e eficácia imediata dos direitos sociais (artigo 5º, §2º da CF/88) e seu conteúdo material, inserto no sistema axiológico fundamental de todo o ordenamento jurídico, ainda que fora do catálogo do artigo 5º da Constituição de 1988. Ademais, há íntima vinculação entre a seguridade social (saúde, previdência e assistência social) e o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Entendimento que parte de citação de Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 301-302).

Discorre, assim, que na moderna diretriz da interpretação constitucional os direitos fundamentais são dotados de eficácia imediata. Deixa de ser considerada, a Lei Maior, como mero repositório de promessas, intenções ou recomendações de direitos fundamentais, conferindo-se o princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais disposto no §1º, do artigo 5º, da Carta Magna de 1988.

Reconhece que há ainda polêmica referente a matéria, sem pacificação de posições a respeito das referidas normas constitucionais. Entretanto, acredita crescente e significativa, a ideia que considera moderna de que os direitos fundamentais têm eficácia *tout court*, mesmo os de caráter prestacional, ocorrendo somente uma delimitação de sua extensão.

Considerando superado o entendimento dos direitos sociais como regras de conteúdo programático para concretização mediante intervenção legislativa ordinária. Tendo sido desapegado da resistência de obrigação estatal em matéria de direitos fundamentais, que tem como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, ainda que se trate de omissão estatal de fornecer o mínimo existencial.

Esses novos rumos da interpretação, em matéria de eficácia imediata aos direitos fundamentais, conferiu ao interprete a tarefa de desvendar o grau de sua aplicabilidade. Uma vez que ainda que se buscasse a máxima elasticidade da premissa, pode sobrevir uma *interposito legislatoris*, mas de todo modo, não se resguardaria a porção do direito referente ao mínimo existencial.

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) (...). (grifo nosso).

Nessa sequência, esse entendimento do STF citado, assenta que a efetivação desses direitos caracteriza-se pela gradualidade de seu processo de concretização, condicionada ao orçamento estatal, e, escusável, quando objetivamente aferível a incapacidade econômica-financeira desse ente, não sendo razoável a exigência. Não podendo ser invocada pelo Estado para exonerar-se de suas obrigações constitucionais, resultando em nulificação ou aniquilação de direitos fundamentais constitucionais.

No EAREsp 280389/RS de 2018, no âmbito da previdência complementar, indica sua ementa:

9. A eventual ausência de fonte de custeio para suportar o pagamento das diferenças de correção monetária não tem força para afastar o direito do assistido, pois a entidade de previdência privada tem a responsabilidade de prever a formação, a contribuição e os devidos descontos de seus beneficiários, de forma que a própria legislação previu mecanismos para que o ente previdenciário supere possíveis déficits e recomponha a reserva garantidora. Precedentes.

Cumprido ressaltar, ainda, a responsabilidade do planejamento e da organização do suporte financeiro, a fonte de custeio, da previdência social e complementar. Sobretudo, quando se refere ao Estado.

5.5. DOUTRINA DE BASE DAS DECISÕES DO STF E STJ

Da amostra de pesquisa, de início tem-se no plenário do STF, nos casos SL 47 AgR de 2010 e no STA 175 AgR de 2010, indicação da doutrina de base da reserva do possível com Luís Fernando Sgarbossa, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein para tratar da relação que se estabeleceu entre a reserva do possível e a efetivação e implementação de direitos prestacionais.

Sgarbossa (2010, p.119-120) ao discorrer sobre “a situação peculiar dos Estados de capitalismo tardio por ocasião da onda neoliberal”, fazendo um recorte da situação do caso dos países latinoamericanos e do Brasil.

É sabido que, nas mais diversas áreas, os países periféricos, notadamente as ex-colônias dos países europeus, são acometidos pelo mal crônico do desenvolvimento retardado, fruto dos mais diversos fatores. A América Latina, assim como a África e a Ásia, são exemplos disso. Na maioria dos países pertencentes a tais continentes o Estado Social jamais foi plenamente implantado.

Prossegue pontuando vários indicadores e estudos que apontam um agravamento da situação com a hegemonia da ideologia e programas neoliberais nestes países, bem como o enfraquecimento dos Estados nacionais decorrente da globalização econômica e da dependência internacional. Os efeitos devastadores, no Brasil, ocorreram antes mesmo da implantação e funcionamento por um tempo razoável do sistema de proteção social mais próximo daquele molde outrora existente nos Estados ricos do Norte (SGARBOSSA, 2010, p.123-124).

Benoit Frydman (p. 77) ao tratar sobre a governança transnacional por indicadores, frisa que o dispositivo de indicador oferece condições de influência e até de controle no funcionamento das instituições jurídicas de um país e, potencialmente, no conjunto de sua política jurídica. É a lógica da ONU e algumas organizações privadas que impulsionam indicadores que medem e classificam o desempenho dos Estados, na democracia e direitos humanos. Com isso, as normas de gestão tornaram-se instrumentos condutores do próprio Direito.

Quanto a reserva do possível, ao buscar a racionalidade de sua recepção e instrumentalização no Brasil, considera a compreensão pátria, ser a tradução moderna do princípio medieval do *secundum vires* ou *nec ultra vires*. Significa que as comunidades deveriam cuidar dos pobres na medida de suas forças, lendo-se a atuação da caridade, da filantropia e a assistência social condicionada aos recursos disponíveis, remetendo-se a pelo menos ao século VI, registrada nos anais do II Concílio de Tours, na França, no ano de 576 d.C.

Inobstante, restringe a avaliação das ocorrências mais recentes derivadas do pensamento na Modernidade com a cisão do sistema onusiano de proteção dos direitos humanos em 1951 e os precedentes do Tribunal Constitucional alemão datados da década de 70, tendo recepção relevante de variados países como no Brasil. As origens da reserva do possível normalmente são apontadas pela doutrina constitucionalista nas decisões do referido tribunal, no caso do *numerus clausus* I (BVerfGE 33, 303, de 1973), tendo entendimento reiterado na decisão sobre as universidades (BVerfGE 35, 79, de 1973). Todavia, como mencionado, essa racionalidade estava assentada na causa de dissensões provocadas no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ainda presentes no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos (SGARBOSSA, 2010, p.128-129).

No modelo europeu (clássico) a doutrina elaborou normas constitucionais de caráter programático e de direitos fundamentais em sentido objetivo. Dessa forma, tratando tais direitos como bens negociáveis no seio de uma jurisprudência dos valores (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001).

A obra de Holmes e Sustein (p. 78), detectada na jurisprudência pátria, trata sobre os custos dos direitos. Ao discorrer que os direitos não são pretensões absolutas, pontuam que a abordagem dos custos dos direitos contribuem para a uma compreensão da natureza qualificada de todos os direitos, os constitucionais inclusive.

A importância dessa abordagem decorreria do fato de a teoria convencional dos direitos não levar em conta os custos. Portanto, a teoria dos direitos, para compreender o modo que determinado regime de direitos estrutura e governa o comportamento dos sujeitos na prática, precisaria levar em conta a realidade, considerada as finanças públicas.

Sgarbossa (2010, p.148, 154) observa que a doutrina reduziu, em geral, à restrição da realização de direitos fundamentais sociais baseada na escassez de recursos. Compreensão que se afasta sensivelmente do modelo originário, considerando os contextos dos países de origem com os de destino do modelo, particularmente, do Brasil. Para tanto, dispõe de lições de Konrad Hesse e Robert Alexy.

(...) e aproximando-se sensivelmente, como se verá, da compreensão da **progressividade em sua acepção original**, clássica ou liberal, ou de **teorias tais quais a das normas constitucionais** programáticas, a das normas constitucionais de eficácia contida e limitada, a teoria das questões políticas (political questions doctrine) ou ainda a doutrina da soberania do legislador (*Haushaltssouveränität des Gesetzgebers*) (...). (SGARBOSSA, 2010, p.147, grifo nosso e itálico do autor).

Finda por considerar uma releitura autorizada pelo Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 de articulação do princípio da progressividade com o princípio da aplicação do máximo dos recursos disponíveis, presentes nesse instrumento. Em que o elemento tempo, relativizaria dificuldades iniciais denotadas na escassez diante de direitos prestacionais.

Essa concepção contemporânea do princípio da progressividade, defende Sgarbossa (2010, p. 316-319), empreende elemento favorecedor da efetivação dos direitos humanos e fundamentais sociais. Que seria a superação da argumentação concernente à escassez de recursos, a reserva do possível como limite fático aos direitos fundamentais sociais. Pois ao considerar a progressividade da realização de direitos, não desonera a efetivação imediata dos direitos reconhecidos, e pode-se exigir comprovação estatal. Tendo o Estado o dever de atuar à plena realização desses direitos ao longo do tempo.

Enquanto Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (p. 97) salientam a questão da natureza essencial desses direitos e, com isso, de suas consequências pragmáticas.

Será que os países - pobres ou ricos - devem constitucionalizar as garantias sociais e econômicas? Não se trata somente de uma questão filosófica acerca da natureza essencial dos direitos enquanto tais, mas também de uma questão com prementes consequências pragmáticas: suscita temas de competência institucional e também de finanças públicas, que devem ser previsíveis e os objetivos concorrentes. Um argumento filosófico talvez seja capaz de demonstrar que as **garantias mínimas devem ser classificadas como interesses humanos básicos**. As pessoas não podem levar uma vida decente sem um nível mínimo de alimento, abrigo e assistência médica. (...) Uma sociedade justa garantiria a seus cidadãos alimento e abrigo; procuraria garantir uma assistência médica adequada; se esforçaria para fornecer uma boa educação, bons empregos e um meio ambiente limpo. Mas quais desses objetivos ela deve buscar alcançar por meio da criação de direitos legais ou mesmo constitucionais? Trata-se de uma questão que não pode ser respondida somente por uma teoria abstrata; tudo depende do contexto (grifo nosso).

Importou-se em diferenciar direitos e interesses, considerando teóricos do direito, nos Estados Unidos com Ronald Dworkin, e defensores de direitos humanos. Sendo interesses uma questão de grau, decorrendo possibilidades de troca e concessões, enquanto direitos uma questão de princípio, requerendo uma intransigência inabalável e inquestionável, de forma geral (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 79).

Menciona-se também na jurisprudência as escolhas trágicas a partir da obra *Tragic Choices*, de Guido Calabresi e Philip Bobbit (1978), os quais sem se preocupar sobre os motivos do mundo sofrer, buscam responder como o mundo decide entre quem sofrerá ou não. Desde a experiência norte-americana, com parâmetros advindos da teoria econômica clássica, credita a extensão do sucesso dos métodos à forma de conformação aos valores culturais. Credo no seu principal valor humanístico, a eficiência como fator decisivo para afastamento de um desfecho trágico.

Como preleciona Douzinas (2009, p. 376).

A humanidade é, portanto, uma condição avaliada e classificada com muitas sombras e camadas entre o Ocidente “super-humano”, branco, heterossexual masculino em um extremidade, e o não-humano, os prisioneiros dos campos de concentração ou os refugiados em fuga, na outra. Tornar-se mais ou menos humano por meio da distribuição vigiada dos direitos é o jeito moderno de criar o sujeito como animal social. Desenvolvimentos tecnológicos e genéticos, acompanhados das necessárias extensões institucionais e ajustes, podem ainda remover a centralidade da pessoa humana.

Guido Calabresi e Philip Bobbit (1978) apreciam que decisões trágicas precisam ser tomadas e não são as mais fáceis de entender. Como indicado, eles reforçam sua teoria baseadas nas leis de mercado.

Os capítulos iniciais dos livros de economia elementar são dedicados a esboçar o maravilhoso funcionamento da mão invisível e como, dada uma distribuição inicial de riqueza - isto é, tanto do dinheiro quanto do que chamamos em outro lugar de direitos - o mercado puro atinge Pareto de forma ótima, alocando recursos para que o lote de ninguém possa ser melhorado sem piorar o de outra pessoa. Esses mesmos textos então costumam apontar a existência de deficiências que exigem modificações técnicas maiores ou menores do mercado, por exemplo, externalidades, bens públicos, monopólios e afins. Tipicamente, porém, a história não é interrompida para comentar que a própria existência de tais defeitos indica que é muito caro para o mercado, sem ajuda, corrigi-los, pois, como o professor Ronald Coase apontou, os mercados poderiam curar todos esses defeitos se o custo de reconfiguração fosse baixo o suficiente (BOBBIT; CALABRESI, 1978, p. 83, tradução nossa).

Ademais, como discorrem os autores (BOBBIT; CALABRESI, 1978, p. 99), pressupõem posições iniciais de riqueza, que incluem direitos legais e dinheiro. Uma hipótese, uma ficção.

Com isso, é interessante trazer ilações de uma teoria da justiça de John Rawls, de 1971, tendo a justiça como equidade, para tanto aponta dois princípios gerais. Primeiro, as expectativas de um indivíduo representativo não pode melhorar em detrimento de outro; e o segundo, refere-se a distribuição dos bens primários e do acesso aos cargos e responsabilidades por todos.

Ele faz uma análise da primeira parte do segundo princípio geral a partir de três princípios: igualdade natural, igualdade liberal e igualdade democrática. No primeiro (natural), leva-se em consideração que todos são livres e podem livremente dispor dos recursos e oportunidades. O segundo, da igualdade liberal, os recursos devem ser disponibilizados aos que tem aptidões iguais. Já na igualdade democrática, ele busca superar o princípio da eficiência sinalizado pelas duas primeiras, nas quais o sistema produzido visualiza apenas a questão do quão eficiente ele se torna com a escolha distributiva.

Assim, a partir do ponto sob o ângulo de 45°, no qual eficiência e igualdade se encontram, para Rawls começa a reflexão de que nesse quadro demonstrativo há pontos melhores em que pode-se extrair o princípio da igualdade democrática levando-se em consideração o princípio da diferença também.

Isso porque, a partir da hipótese da posição original da sociedade há diversos fatores que no decorrer do tempo promovem a desigualdade, aspectos materiais e sorte. Para tanto, fez-se necessário a partir da desigualdade prover os recursos a serem distribuídos.

Ronald Dworkin indica que a igualdade de recursos deve ocorrer ex ante, o que na Teoria de Rawls seria a posição original. Seu pensamento expressa que as pessoas com as mesmas capacidades devem ter condições de igualdade de recursos, para isso, a distribuição deve ser direcionada na medida da capacidade dos sujeitos para atender as expectativas destes. Com isso, resulta um distanciamento do entendimento de Rawls que não restringe a condicionante capacidade arguida por Dworkin.

Amartya Sen taxa ambas as teorias anteriores de ilusionistas/ficcionistas por considerá-las fora da realidade prática na medida em que suas bases emergem de casos hipotéticos, tendo na realidade efeitos diversos dos dispostos por estas.

Portanto, o problema da fragmentação do conhecimento e as alternativas do paradigma da complexidade são dispostos por Edgar Morin como desafios da atual sociedade complexa, na qual a apropriação do conhecimento distanciou-se do cidadão comum, diante da especialização, sendo necessário o esforço para a promoção da transdisciplinaridade a partir da abertura ao conhecimento.

Nesse ponto, Arthur Kaufmann traz à discussão o princípio da tolerância complementado pelo princípio da responsabilidade, pois, em face da complexidade da sociedade, caracteriza como uma sociedade de risco, deve emergir o reconhecimento e respeito quanto às melhores soluções a serem tomadas ou desenvolvidas por este corpo social.

Ademais, Daniel Sarmento acrescenta a este ponto a discussão que em face da complexidade da sociedade o Estado não pode fazer uso de discursos simbólicos de proteção de direitos públicos para violar deliberadamente os cidadãos em suas individualidades, agindo de forma intolerante. Sobretudo, em face de questões que demandam escolhas tomadas de risco nesta sociedade complexa.

Quanto às escolhas trágicas, prosseguem ainda pressupondo que.

Uma sociedade pode ceder um direito e pagar às pessoas para não usá-lo em demasia, ou forçar as pessoas a comprar o direito, ou ambos variar a técnica para diferentes categorias de riqueza para alcançar a neutralidade da maneira mais simples(...)

(...) concluímos que seria realmente difícil estabelecer um mercado que fosse verdadeiramente neutro em relação à distribuição da riqueza (BOBBIT; CALABRESI, 1978, p. 102-103).

Fazem considerações observando Milton Friedman³⁵ e Leonard Jimmie Savage³⁶, com ilações de que um mercado neutro é viável. Mas como referido, pressupõem posições iniciais de riqueza (BOBBIT; CALABRESI, 1978, p. 99, 117).

Preocupa ao criar nexos entre o objetivo da política pública e a escolha trágica, considerando a equivalência que se faz daquele aos direitos sociais.

O objetivo da política pública deve ser, portanto, definir, em relação a cada escolha trágica particular, aquela combinação de abordagens que mais limita a tragédia e que lida com aquele mínimo irreduzível da maneira menos ofensiva. É claro que essa combinação irá variar, não apenas ao longo do tempo - como veremos -, mas também de sociedade para sociedade, pois o objetivo é encontrar a abordagem menos destrutiva dos valores fundamentalmente sustentados em cada sociedade. Isso irá variar com, entre outras coisas, a fé que cada sociedade tem nas abordagens de tomada de decisão, como o júri ou órgãos administrativos (como revelado, por exemplo, na tradição jurídica dessa sociedade"; a relação das escolhas com outras realidades da condição humana naquela sociedade (por exemplo, o nível econômico geral); a estrutura social da sociedade e o grau e tipo de estratificação que ela profere preferir. digamos, Inglaterra, Itália e Estados Unidos acharão todas as mesmas escolhas trágicas ou abordarão as mesmas escolhas trágicas da mesma maneira. (BOBBIT; CALABRESI, 1978, p. 149).

Nesse âmbito, cabe mencionar Costas Douzinas (2008, p. 377) sobre a diferença entre direitos e direitos humanos.

A jurisprudência liberal alega que os direitos e os direitos humanos são histórica, estrutural e politicamente indistinguíveis. A maioria dos livros-textos sobre direitos humanos introduz seu tema ao apresentar as teorias liberais-padrão dos direitos, como se não houvesse nenhuma teoria dos direitos humanos independente das teorias dos direitos. Mas devemos resistir a essa equalização dos direitos (o alicerce de todo positivismo) e dos direitos humanos, os quais constituem a promessa de um futuro e a crítica de todo o Direito Positivo e do sistema de direitos.

Decorre que, no Brasil, esses interesses se quer foram alcançados. E, embora constitucionalizados, historicamente, sua efetividade tem sido frustrada. Situação rememorada

³⁵Um dos principais economistas do século XX e líder da *Chicago School of Monetary Economics*. Principal representante da Escola de Chicago durante a última metade do século XX. Em 1976, recebeu o Prêmio Nobel em ciências econômicas, em 1976, por suas contribuições em vários ramos da teoria econômica. Escrevia sobre questões relacionadas a políticas públicas por uma perspectiva de livre mercado.

³⁶Matemático estadunidense.

por Sgarbossa (2010, p.123-124) que , todavia, finda por sustentar-se na concepção da progressividade dos direitos sociais, como possibilidade de em algum tempo realizá-lo .

Ademais, da presente amostra de pesquisa, pode-se constatar que o Estado quando demandado a comprovar sua insuficiência financeira, assim não o fez. De outro modo, a atual preocupação na satisfação de condicionantes de órgão supraestatais, promovendo reformas e regulamentações precarizadoras da vida dos sujeitos.

É nesse movimento que uma afirmação dos direitos sociais teria relevância, posto que no caso do BPC, o STF entende por uma flexibilização dos critérios para atender ao estado de miserabilidade do sujeito, e o Estado altera a legislação em uma sequência debilitadora.

Como expressa-se Lênio Streck (2013, p. 35), uma mixagem teórica decorre em implicações que podem ser severas. Neste caso, à efetividade dos direitos sociais, particularmente à previdência social.

Diante dos dados obtidos da pesquisa, pode-se constatar a variedade de designações atribuídas à reserva do possível (princípio, tema, cláusula, argumento, teoria, fórmula, doutrina). Com isso, traz-se as considerações de Streck (2013, p. 47-48), sobre a diferença entre cláusulas gerais, que devem ser preenchidas pelo magistrado, e princípios constitucionais, os mandados de otimização sujeitos a ponderação e à proporcionalidade, conforme a teoria de Alexy. Absolutamente distintos, confusão que resultaria na incompatibilidade com a democracia estabelecida por uma Constituição.

Em suma, conforme detectado pela pesquisa jurisprudencial que teve como resultado, sobretudo, casos que expressam o termo “reserva do possível”, as Cortes Superiores apesar de não considerar a aplicação da “reserva do possível” nos casos, predominantemente, há diferentes concepções dos direitos sociais que implicam em consequências para a efetividade desses direitos.

Portanto, tê-los enquanto de caráter efetivo e aplicabilidade imediata importaria em afastar o óbice da escassez como pressuposto da atuação estatal. Tendo-se a efetividade desses direitos fundamentais sociais como centro ação governamental, com planejamento e execução. Ademais, em se tratando de previdência social, ressalte-se que a fonte de custeio é tripartite, que a previdência complementar tem se socorrido do Estado e que ela não está isenta dessa organização e planejamento orçamentário para concessão de seus benefícios.

5.6. DIREITOS SOCIAIS COMO NÃO DIREITOS

A aplicabilidade das normas de direitos individuais é imediata, enquanto os direitos sociais são refutados como normas de aplicabilidade tendem a sê-lo. Sendo estas normas, particularmente as que mencionam uma lei integradora, consideradas de eficácia limitada e aplicada indiretamente (SILVA, 2007, p. 177).

Esse exercício doutrinário, mitiga o valor das normas de direitos sociais com o disposto na constituição sobre a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais desde sua promulgação. A distinção promovida baseia-se na cisão qualificatória de obrigações positivas e negativas atribuídas aos direitos fundamentais. Consiste na identificação dos direitos individuais, em geral, requer uma abstenção dos poderes públicos, de forma diversa, seriam os direitos sociais exigidos de prestações positivas, por vezes, demandando concretização legislativa.

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu entendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes (SILVA, 2007, p. 177).

Deriva, com isso, ao encargo às políticas como um projeto progressivo que pode representar a contínua violação daqueles direitos. Isso porque, é como se os direitos sociais fossem um não direito, um princípio vulgarmente entendido.

Além da proposição de considerá-los como direitos não fundamentais, no plano axiológico, afastando sua pretensão de tutela, enquanto, no plano dogmático, circunscreve-os de maior relevância no ordenamento jurídico. E enquanto categoria de configuração legislativa desconsidera seu reconhecimento constitucional, sendo exigível apenas quando desenvolvidos pelo legislador, tendo este margem quase ilimitada para impulsionar esse processo (PISARELLO, 2008, p. 80, 83).

Por isso, importa constatar a emergência do pluralismo normativo existente, considerado o atual modelo de manifestação do direito. Os critérios de definição do direito estabelecidos solenemente apenas para o direito produzido pelo Estado, por muito tempo, entendeu que a construção do governo e regulamentação democráticos partia exclusivamente do Estado. Nada que não proviesse do Estado podia ser direito. Hoje, esta ideia está em crise.

Nestes termos, a ideia de ir buscar ao direito do Estado uma norma de reconhecimento do direito em geral envolve a mesma falha lógica que

constituiria pedir à parte uma definição do todo. Isso vale mesmo quando o direito estadual toma uma posição expressa sobre os contornos do direito, ou para reduzi às fontes legislativas, ou para reconhecer generosamente o pluralismo, ou para reconhecer de forma limitada. (HESPANHA, 2013, p.67)

O modelo de direito contemporâneo, o Direito em redes, parece ser a força imprimida nas elaborações teóricas que reforçam o enfraquecimento dos direitos sociais, localizando-os enquanto direitos de segunda geração, de satisfação progressiva, poder-se-ia dizer: um não direito. A palavra que se repete é a dependência de políticas públicas, equalizando-os como política pública.

Cumprir discorrer que a dicotomia do interesse público e privado emerge da construção discursiva de que o Estado como agente promotor da justiça tem no interesse público o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Para tanto, o Estado faz uso do discurso simbólico de concretização dos interesses públicos em face dos interesses privados que seriam egoísticos, nesse sentido, quando da atuação desse agente.

O que esse discurso obscure é que o Estado pugnado pela Constituição deve refletir uma atuação que tutele os direitos fundamentais. Não sendo possível ao Estado violar este direito a escusa da supremacia do interesse público.

Porque nisso, decorreria na reversibilidade, conceito este utilizado por Daniel Sarmiento para apontar que em face da complexidade jurídico-social o Estado, ao contrário do que pugna a ordem constitucional de respeito e promoção dos direitos fundamentais, fazendo uso do princípio da supremacia do interesse público viola esta ordem constitucional em suas disposições. Assim, há de se observar que a restrição aos direitos fundamentais em face de interesses públicos só devem ser legitimados nos termos que o constituinte dispôs, como casos de guerra.

Da observação Douzinas (2009, p. 375), a desqualificação dos direitos sociais mostra-se grave.

(...) compreender de modo mais amplo a ação dos direitos e a desenvolver uma série de críticas em relação às falhas da teoria liberal dos direitos. Burke criticou a abstração e o racionalismo dos direitos. De Marx e dos marxistas, aprendemos que os direitos humanos são construtos políticos que não apenas escamoteiam importantes maneiras por meio das quais o poder é exercido, mas também podem ser usados para desafiar mecanismos de opressão e dominação. Helgel argumentava, contrariando Kant, que os direitos são expressões institucionais da luta por reconhecimento mútuo; eles oferecem uma

importante contribuição para a criação da identidade e são radicalmente intersubjetivos e não individualistas. A psicanálise nos ensinou que a lei está profundamente imbricada na constituição das pessoas, e os direitos são uma maneira por meio da qual as pessoas negociam proibições e restrições fundamentais, as quais representam o preço para a inscrição na linguagem e na sociedade. Os jusnaturalistas e os dissidentes marxistas argumentavam que as sociedades sem perspectivas de um futuro sem exploração e opressão, as comunidades sem utopias, perderam seu dinamismo e foram abandonadas ao "cinza sobre cinza" de um passado esmagador e de um presente conformista. Vimos que os direitos alicerçados no discurso humano e em nada mais sólido, como a natureza ou a humanidade. Eles são, portanto, essencialmente ilimitados ou, em outras palavras, inessenciais; são a dissolução de todas as garantias de certeza.

Os direitos humanos constroem seres humanos. (...).

A impossibilidade da hierarquização dos direitos humanos reside no fato de o critério de eleição ser a prática eletiva ideológica do discurso simbólico que justifica todo o sistema. Baseado em fórmulas vazias que cumprem a função de legitimar o poder instituído. Ademais, o critério cria uma oposição ficta, obscurecendo a efetivação dos direitos humanos de forma geral (CARVALHO).

5.7. PENSANDO OS DIREITOS HUMANOS

É preciso pensar nos direitos humanos, pois como observado neste trabalho, há uma categorização e desqualificação no plano teórico e prático dos direitos fundamentais ao ponto de sequer consistir em direito.

Nesse cenário, em que os direitos sociais funcionam mais como princípios diretivos, princípios regulamentativos, ainda que expresso na Constituição “direito”, ensejando políticas públicas, fraca valência deôntica, como atividade não especificamente predeterminada, remetidas à autonomia do legislador (FERRAJOLI, 2015, p. 125).

Ferrajoli (2015, p. 103) indica duas questões controvertidas na concepção do constitucionalismo principialista. Primeira, os direitos fundamentais como normas substanciais sobre a produção normativa. Tendo “normas” em si mesmas, dispostas de forma geral e abstrata aos seus titulares. E normas “substanciais” sobre a produção de normas, sendo a natureza dos significados dessas normas princípios ético-políticos de justiça ou princípio juspositivista.

A segunda questão levantada pelo autor mencionado, são as características do “neoconstitucionalismo” ou “principialista” com as teses para teoria normativa da democracia

constitucional e democrática política. Primeiro, as regras como objeto de aplicação, a maioria das normas de direitos fundamentais. E os princípios como objeto de ponderação. Segunda tese, é a separação entre direito e moral permanente mesmo com a substância (direitos fundamentais) democrática inserida nas Constituições.

A forma exprime diretamente os fins e as escolhas ético-políticas do ordenamento. Ferrajoli (2015, p. 127) considera que para resolver a tese principialista, deve-se reconstruir a estrutura do raciocínio jurídico pelo conflito de normas (direitos e princípios constitucionais), posto que a ponderação contradiz a lógica do Estado de Direito.

A crise econômica é o principal fator moderno da crise da democracia. Há a inversão das dimensões dos paradigmas constitucionais com esvaziamento do papel do governo da política e normatividade do direito estatal, despotencialização da política em relação aos mercados. Quatro razões são apontadas para a inversão da relação entre a política e a economia, que expõe a impotência da política diante dos mercados financeiros, não se tendo mais um governo público e político da economia, mas um governo privado e econômico da política (FERRAJOLI, 2015, p. 148-149).

Primeira razão, é a assimetria nas dimensões da política, economia e finanças. O capital global impõe à política a lei do mercado (nova *gründnorm*) supraordenada ao direito e às Constituições. Segunda razão da inversão, é de caráter cultural da ideologia liberal com concepção dos poderes econômicos como liberdades fundamentais e leis de mercado como leis naturais, com a crença no mercado como lugar de máxima racionalidade e eficiência. Transformando a política em tecnocracia. A terceira, a confusão entre poderes políticos e poderes econômicos com múltiplas formas de corrupção, ações lobbies, nos conflitos de interesses e relações mais estreitas entre política e dinheiro. Na última razão, os países da zona do euro foram mais decisivos, com o modelo dirigente de economia, obra da política e do direito, como fruto de tratados europeus (norma fundamental do ordenamento comunitário) invertendo a ordem do direito pela ordem da economia. Então, a nova hierarquia das fontes, onde respeita-se a constituição e aos vínculos derivados do ordenamento comunitário, a exemplo (FERRAJOLI, 2015, p. 149-154).

Com isso, a crise continua como terapia destrutiva, tem causado o efeito do processo desconstituente dos ordenamentos - a “esfera do não decidível” -, a potencialização da desconstitucionalização das democracias com a erosão da dimensão substancial da democracia. Fatos como, o progressivo dismantelamento do Estado social; redução dos serviços sociais e garantias da educação e saúde; crescimento da pobreza; precariedade do trabalho e do desemprego; diminuição dos salários e pensões; restrição dos direitos dos

trabalhadores. E o paradoxo: mercado provoca a crise econômica e o estado salva; mercado passou a agredir os próprios estados que o salvaram; mercado ameaça de falência e impõe-lhes políticas antissociais e economicamente desastrosas (FERRAJOLI, 2015, p. 148, 161).

Cabe a advertência e prospecção lançada por Eduardo Galeano (2017, p. 395), ademais é a falência dos projetos de vida social que se vive.

Nestas terras, não assistimos à infância selvagem do capitalismo, mas sua decrepitude. O subdesenvolvimento não é uma etapa do desenvolvimento. É a sua consequência. O subdesenvolvimento da América Latina provém do desenvolvimento alheio e continua alimentando-o. Impotente pela sua função de servidão internacional, moribundo desde que nasceu, o sistema tem pés de barro. Quer identificar-se como destino e confundir-se com a eternidade. Toda memória é subversiva, porque é diferente, e também qualquer projeto de futuro. Obriga-se o zumbi a comer sem sal: o sal, perigoso, poderia despertá-lo. O sistema encontra seu paradigma na imutável sociedade das formigas. Por isso se dá mal com a história dos homens, pela frequência com que muda. E porque na história dos homens cada ato de destruição encontra sua resposta, cedo ou tarde, num ato de criação.

Como resposta às terapias destruidoras, pensadores da Escola de Budapeste orientados a atenção à fundamentação dos direitos humanos desde as necessidades humanas essenciais em contextos plurais. Herrera Flores (2009, p. 29), observando os Direitos Humanos que se converteram no desafio, tanto teórico como prático, do século XXI. Uma vez que o esforço internacional de produção básica de direitos a todos funda-se em uma ideia abstrata de humanidade que, no contexto social, econômico, político e cultural contemporâneo, de forma sutil e contínua, os tem substituído por “liberdades”, como não direitos, e tornando-os “custos sociais”.

O rompimento dos fundamentos liberais desloca-se para as necessidades. Apesar do discurso da existência de direitos, a precarização do mundo da vida evidencia a sua não satisfação na realidade. Como já observado no pacto de 1966 e no âmbito constitucional tradicional, há dificuldade de uma resposta aos direitos sociais, tanto à interpretação como à aplicação jurídica.

Nesse processo histórico argumentativo, os movimentos, a democracia radical e a hermenêutica à satisfação das necessidades constituem-se também bases de fundamentação desses direitos, e tais direitos como objetivações indeterminadas são os bens de maior grau axiológico. É o vínculo da utopia como algo possível a qualquer momento. Os Direitos Humanos funcionam como ação transformadora da vida pela via da existência plural e democrática (HERRERA FLORES, 1989, p. 168).

Pensando a periférica nas condições próprias de seu modelo de capitalismo, Wolkmer (2015b, p. 290) também discorre a respeito sobre as necessidades fundamentais humanas como premissas constituintes em um novo pluralismo, de tipo aberto e ampliado. Sendo necessário ir além da história tradicional que desconsidera as origens mais autênticas, nas lutas das populações indígenas do século XV. Com isso, revisitar as questões pertinentes à concepção tradicional dos Direitos Humanos, engendrando diversas formas de resistência (WOLKMER, 2015a, p. 265).

Nesse sentido, considera-se que embora a historicidade do mundo moderno colonial ocidental evidencie a captura do mundo do sujeito periférico nesta máquina orientada pela colonialidade do poder, ser e saber que compreende a sua submissão à lógica do mercado, o qual privilegia certos estratos da sociedade em desfavor da maior parte da população que os alimenta, projeta a possibilidade precária de pleito frente a essa estrutura sociológica global.

Diante da visualizada desvirtuação doutrinária promovida contra a concepção dos direitos humanos, sendo até como não direitos, voltasse o olhar para os direitos humanos enquanto grande categoria que representa toda a concepção combatida pelo neoliberalismo. É a categoria afirmada na cisão classificatória desses direitos, que se reflete no tratamento pátrio dos direitos fundamentais, institucionalizados nas constituições. Por isso, a premissa ironiza ao lançar: direitos humanos fundados na lógica de mercado.

De frente com as colocações de Bobbio (p. 76-77).

(...) Não sem certa hipocrisia, já que aqueles que se sentam à mesa de um fórum internacional - sejam políticos, diplomatas, juristas e especialistas em geral - não podem ignorar que o objeto de suas discussões são pura e simplesmente, propostas ou diretivas para uma futura legislação; e que as cartas, enunciados ao término desses fóruns, não são propriamente cartas de direitos, como as que servem de premissa a primeira expressão com que os direitos do homem fizeram seu aparecimento na cena da história, não são as Bill of Rights), mas são documentos que tratam do que deverão ou deveriam ser direitos num futuro próximo, se e quando o sistema internacional houver implantado os órgãos e os poderes necessários para fazê-los valer sempre que forem violados. Uma coisa é um direito; outra a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembléia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de coerção.

Na terapia destrutiva, na “esfera do não decidível”, o capital global impõe-se com a lei do mercado (nova *gründnorm*) supraordenada ao direito e às Constituições. Essa forma

desvela os fins e as escolhas ético-políticas do ordenamento. As escolhas trágicas são as que continuam subsidiando decisões, sob prejuízo dos direitos fundamentais, em uma estrutura de raciocínio jurídico de ponderação que contradiz a lógica do Estado de Direito .

Não se pode fomentar e manter uma afirmação descaracterizadora desses direitos, se se pensa em instrumentalizá-los no seio da ordem jurídica. Para tanto, concebê-los enquanto direitos exigíveis, consubstanciando assim a interdependência e indivisibilidade. Ademais, observou-se com o procedimento da pesquisa jurisprudencial uma análise crítica do discurso a partir dos resultados obtidos no âmbito das Cortes Superiores do Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob os filtros reserva do possível e previdência social.

Atentando-se para as diferentes fontes da construção doutrinária legitimadora da decisão, como a aderência à doutrina alemã, norteamericana, também à argumentação empreendida pelo Estado/ Fazenda Pública brasileira. Com isso, a articulação às transformações das políticas econômicas com a questão da efetividade e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, no recorte do direito previdenciário e o constructo pátrio da reserva do possível.

6. CONCLUSÃO

A pesquisa empreendida, destacou o direito fundamental de caráter social, particularmente o previdenciário, enquanto possibilidade de instrumentalização em seu prejuízo pela forma do direito contemporâneo imprimido, considerando as políticas econômicas e financeiras que se impõem neste mundo globalizado.

Constatou que a classificação atribuída ao direito fundamental social implica em consequências gravosas à sua efetividade e implementação diante do modelo do direito contemporâneo.

A articulação realizada, entre a previdência social e a reserva do possível, verificou a instrumentalidade da reserva do possível para a legitimação de discursos/políticas que se consubstanciam nas políticas neoliberais.

Notou-se a forma que a política econômica dominante instrumentaliza para sua funcionalidade os constructos do discurso sobre a reserva do possível e previdência social. Estabelecendo o que é o que não é esse direito, como é. A doutrina e jurisprudência pátria colacionaram a recepção à moda brasileira, satisfazendo a lógica impressa na modulação do direito contemporâneo.

A compreensão da forma do direito contemporâneo e os efeitos aos direitos sociais, em especial o previdenciário, com a realização da investigação jurisprudencial densifica-se uma vez que observou que a previdência complementar serve-se dos cofres públicos, tendo de lidar com a responsabilidade de organização e planejamento de sua fonte de custeio também.

Portanto, o trajeto da pesquisa compreendeu que a necessidade de se identificar a fundamentação dos direitos fundamentais é condição de possibilidade da existência do Estado. Não podendo prosperar construções argumentativas a que sujeitam o potencial dos direitos fundamentais, sobretudo em um país como o Brasil.

Ressaltando-se o colonialismo interno nas articulações empreendidas de convivência da lógica do capital com a forma do direito contemporâneo. Posto que, apesar de constatado o contexto socioeconômico brasileiro, empreender recepção de ideias que precarizam a realidade social, é fazer uma mixagem que permite a precarização da vida dos sujeitos desse estado constatado pelos índices.

A técnica de pesquisa da literatura com o auxílio da pesquisa sistematizada de literatura nas bases de dados oportunizou a localização de trabalhos que relacionaram ao trabalho que se tem produzido. Tendo-se posto, a exemplo, em relevância uma classificação de direito social neutro.

Tendo em vista os casos previdenciários no STJ e no STF, a análise do discurso evidência o fator econômico/político na modulação do que se pode reconhecer como direito fundamental social, particularmente à previdência, uma vez que a caracterização deste direitos enquanto programático os torna suscetíveis a lógica de mercado posto que a alocação de recursos e o orçamento público é uma decisão política. Política permeada pela pressão da influência neoliberal em um país periférico.

A amostra da pesquisa jurisprudencial no site do STF resultou em 66 (sessenta e seis) Acórdãos. Enquanto no site STJ resultou em 49 (quarenta e nove) Acórdãos. Observou que não se seleciona o caso do benefício de prestação continuada (BPC) pois instituído pela Lei nº 8.742/93, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), é de competência da assistência social, sendo esta a responsável por seu financiamento. Restando apenas a operacionalização pela autarquia federal, INSS.

Porém, mesmo nos demais casos fora do âmbito da previdência social, fez-se pontuações em relação aos conteúdos discursos elaborados no acórdão que remetem à reserva do possível. Objetivando densificar uma percepção da compreensão da Corte sobre esse argumento discursivo. E identificar a relação que se faz com os direitos sociais, particularmente o direito à previdência social.

Em suma, destacou-se a doutrina salientada nos acórdão e averiguou-se uma mixagem teórica. Além de constar sérias implicações às efetividade dos direitos fundamentais sociais, particularmente à previdência que tem o custeio tripartite. Ainda assim, sendo comprimido no discurso de escassez de recursos. Que se observa da infirmada classificação desses direitos e da ação governamental de desregulamentação e promoção de reformas danosas aos direitos fundamentais em questão.

A constatação de poucos casos a partir dos filtros utilizados e que a aplicação da ideia de reserva do possível não expressou-se, em geral, nos casos detectados, afluou a percepção de que a fragilidade empreendida em sede de classificação dos direitos fundamentais de caráter social, apesar de o estado não comprovar sua insuficiência orçamentária, permite que se movimente no âmbito de formulação dos regramentos para imprimir a limitação a esses direitos.

Reformas engendradas pelo estado têm sido nesse sentido. Sem contar nas anacrônicas questões de acesso à justiça quando se fala de atender a direitos fundamentais básicos. Entretanto, a realidade brasileira esmera a máxima efetividade destes direitos, não constituir-se em um caráter de progressividade.

A reengenharia da estrutura previdenciária brasileira, com o discurso da falência da previdência pública e a oneração dos cofres públicos, põe-se em questão quando o Estado suporta dívida da entidade privada. Contabilizando que se trata de uma teoria que decorre de forças políticas e econômicas para a valorização da previdência privada. Desse modo, tem sido o discurso para legitimar a pretensa reforma da previdência brasileira.

Portanto, o trabalho foi construído objetivando dar subsídios à compreensão da classificação atribuída aos direitos fundamentais sociais, especificamente o previdenciário, bem como de sua implicação a depender da opção empreendida pela decisão empreendida pelo intérprete jurídico, legislativo e executivo.

Pontou-se resposta às terapias destruidoras, com proposta de refundação dos direitos humanos nas necessidades humanas a partir de pensadores da Escola de Budapeste. Uma utopia, com pretensões de realidade, possível a qualquer momento. Realidade que teria nos direitos humanos a função densificadora da ação transformadora da vida pela via da existência plural e democrática.

Articulando uma fundamentação nas necessidades, também aponta se perspectivas de pluralismo, com pretensões de abertura e ampliação. Que pretende revisitar as questões pertinentes à concepção tradicional dos Direitos Humanos, para engendrar formas de resistência.

Seja na doutrina do choque, seja na terapia destrutiva, essa é “esfera do não decidível”, onde o capital global impõe-se com a lei do mercado (nova *gründnorm*) supraordenada ao direito e às Constituições. Essa estrutura normativa oferece muitos elementos para identificar quais fins e as escolhas estão sendo feitas. Mas na complexidade, com um direito em rede, precário é saber quem está produzindo a norma.

Mas elas surgem e resta aos Outros submeterem às escolhas trágicas estabelecidas pela grande racionalidade econômica. Para a recepção também de transplantes jurídicos, compara-se lugares geopoliticamente incomparáveis em detrimento dos direitos fundamentais. Como ocorre com a estrutura de raciocínio jurídico de ponderação que contradiz a lógica do Estado de Direito .

Para projetar uma outra realidade, uma urgência para “ontem”, no âmbito jurídico, deve-se delinear os direitos fundamentais, refutar subsidiados com a possibilidade de potência dos movimentos sociais, sem a inocência de crer na plena conscientização. Mas atentos e demandantes de questões públicas diante da circunscrição do governo privado e econômico da política.

Não se pode fomentar e manter uma afirmação descaracterizadora desses direitos, se se pensa em instrumentalizá-los no seio da ordem jurídica. Para tanto, concebê-los enquanto direitos exigíveis, consubstanciando assim a interdependência e indivisibilidade.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

AGUIAR, Mauro da Motta. **O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E A “RESERVA DO POSSÍVEL”**: uma análise da consistência da fala de Fabio Giambiagi quanto a seu lugar comum acerca da progressiva “difícil situação” do RGPS e de sua tese de que um dos principais “culpados” pelo quadro, se não o principal, seria a aposentadoria por tempo de serviço, ou, até mesmo, por tempo de contribuição. Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário de Brasília, Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Brasília, 2014. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/CEUB_10f75aa3b1ccfd690b05e0761b1e7c57

ALEXANDER, J. C. e SMITH, P. *The strong program in cultural sociology. Elements of a structural hermeneutics*. In: ALEXANDER, Jeffrey. **The meanings of social life. A cultural sociology**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 11-26.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Roberto Raposo (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BARREIRA, Bruno; GONZALEZ, Lauro; PEREIRA, Leonardo José. **Auxílio Emergencial e o futuro dos “invisíveis” no Brasil**. Outubro/2020. Disponível em: <https://eaesp.fgv.br/producao-intelectual/auxilio-emergencial-e-futuro-invisiveis>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

BAHRY, Thaiza Regina. Os reflexos da crise financeira de 1997 na economia brasileira. **Revista de Economia**. n. 24, p. 115-132. Curitiba: Editora da UFPR, 2000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/economia/article/view/1985/1646>

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Elsevier Editora, 2004.

BRASIL, Ministério da Previdência Social. **A Previdência Social e a Revisão Constitucional**: levantamento bibliográfico. Nº 3. Brasília: CEPAL. Escritório no Brasil, 1993. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3316/S9300507_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y

BOBBITT, Philip; CALABRESI, Guido. **Tragic Choices**. Nova Iorque: W W Norton & Company, 1978.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 159.413-6/SP**. Relator Min. Moreira Alves. D.J. de 26/11/1993, ementário nº 1727-8.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45**. Relator

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Especial nº 1776017/RJ**. Relator , ementário nº.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Especial nº 1679866/RS**. Relator , ementário nº.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Especial nº 1586142/SP**. Relator , ementário nº.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Especial nº 1240691/RS**. Relator , ementário nº.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1171152 RG**. Relator , ementário nº.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CAMPOS, Lucas Ribeiro. **Sociedade Protetora dos desvalidos**: mutualismo, política e identidade racial em Salvador (1861-1894). Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/27214/1/CAMPOS,%20Lucas%20Ribeiro.%20Sociedade%20Protetora%20dos%20Desvalidos..pdf>

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

CÁRCOVA, Carlos María. **Direito, política e magistratura**. Tradução de Rogério Viola Coelho, Marcelo Ludwing Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CASTIGLIONI, Rosana. Pensões e soldados: o papel do poder, dos atores políticos com poder de veto e das ideologias sob regime militar no Chile e Uruguai. In: **A reforma da previdência social na América Latina**. Rio de Janeiro: Revista FGV, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional: limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle de constitucionalidade**. In: ___Direito Processual Constitucional. Belo Horizontes: Mandamentos, 2001.

CHAUBET, François. Histoire des intellectuels, histoire intellectuelle. Bilan provisoire et perspectives. Vingtième Siècle. **Revue d'histoire** 2009/1 (n° 101).

CHILIATTO-LEITE, Marcos Vinicius. **Densidade de contribuição na previdência social do Brasil**. Série Estudos e Perspectivas. Brasil: CEPAL, 2017. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/42728-densidade-contribuicao-previdencia-social-brasil>

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas: o neoliberalismo e ordem global**. Trad. Pedro Jorgensen. 6ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; RECK, Melina Breckenfeld. Vedação de Propaganda Institucional em Período Eleitoral. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro de 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7193/vedacao-de-propaganda-institucional-em-periodo-eleitoral> . Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx.

COELHO, Vera Shattan P. **A reforma da previdência social na América Latina**. Rio de Janeiro: Revista FGV, 2003.

CORREAS, Oscar. Los derechos humanos. entre la historia y el mito. **Revista Crítica Jurídica**. No 25. Jul/Dic 2006.

CORSEUIL, Carlos Henrique; RUSSO, Felipe Mendonça; SILVA, Sandro Pereira. Programas Federais de manutenção de empregos e garantia de renda no contexto da pandemia em 2020: panorama geral de implementação e cobertura. In: **Impactos da pandemia de COVID-19 no mercado de trabalho e na distribuição de renda no Brasil**. Organizadores: Sandro Pereira da Silva, Carlos Henrique Leite Corseuil, Joana Simões de Melo Costa. Brasília: IPEA, 2022.

COSTA, Renata Marques Osborne Da. **O Déficit No Regime Geral De Previdência Social E Propostas Políticas Públicas De Reforma No Custeio**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal Do Estado Do Rio De Janeiro. Disponível em:

https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4863199

DE LUCAS, Javier. **El concepto de solidaridad**. México: Distribuciones Fontamara, 2008.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DOWBOR, Ladislav. **O capitalismo se desloca**: novas arquiteturas sociais. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: teoria geral e filosofia do Direito**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>

DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro - a origem do mito da modernidade. Conferências de Frankfurt. Jaime A. Clasen (Trad.). Petrópolis: Vozes, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. Uma perspectiva transatlântica da política de privatização latino-americana. In: COELHO, Vera Shattan P. **A reforma da previdência social na América Latina**. Rio de Janeiro: Revista FGV, 2003.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, Fernando. **O nomos e a lei. Considerações sobre o realismo político em Carl Schmitt**. Revista KRITERION, Belo Horizonte, nº 118, Dez./2008, p. 327-366.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest**. Madrid: Tecnos, 1989.

FOUCAULT, Michael. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por standards e indicadores. Trad. Mara Beatriz Krug. Rev. Jânia Maria Lopes Saldanha. 2.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GALEANO, Eduardo H. **As veias abertas da América Latina**. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2017.

GARCIA, Silvio Marques. **A aposentadoria por idade do trabalhador rural sob o enfoque constitucional**: efetivação por meio da atividade judicial. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estadual Paulista Júlio De Mesquita Filho, Franca. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=848400

GURGEL; SERRA, J.B. **Evolução da Previdência Social no Brasil**. 3ª ed. revisada e ampliada. FUNPREV Fundação ANASPS, 2007.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Comportamento do mercado de trabalho brasileiro em duas recessões: análise do período 2015-2016 e da pandemia de covid-19. In: **Nota Técnica nº 92**. Diretoria de Estudos e Políticas Sociais. Fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/210210_nt_disoc_n_92.pdf Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

JUBILUT, Liliana Lyra et al. Dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS): a Agenda 2030 e os direitos humanos e vulnerabilidades. In: **Direitos humanos e vulnerabilidade e a agenda 2030**. Liliana Lyra Jubilut et al (Org.). Boa Vista : Editora da UFRR, 2020. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/directbitstream/5335e65e-052d-4245-ae92-fe306ae2f372/3014945%20Livro%20e-book%20Direitos%20Humanos%20e%20Vulnerabilidade%20e%20a%20Agenda%202030.pdf>

KAY, Stephen J. Privatizações inesperadas: política e reforma da previdência social no Cone Sul. In: COELHO. Vera Shattan P. **A reforma da previdência social na América Latina**. Rio de Janeiro: Revista FGV, 2003.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Bauru: EDIPRO, 2003.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEIN, Naomi. **A Doutrina Do Choque. A Ascensão Do Capitalismo Do Desastre**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2008.

LEITE, Celso Barroso. **Um século de Previdência Social: balanço e perspectivas no Brasil e no mundo**. Rio de Janeiro: ZAHAR EDITORES, 1983.

LEITE, Douglas Guimarães. **“Mutualistas, graças a Deus”**: identidade de cor, tradições e transformações do mutualismo popular na Bahia do século XIX (1831-1869). Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2017.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. BAURU: EDIPRO, 2014.

MADRID, Raúl. Política e economia nas privatizações da previdência na América Latina. In: COELHO, Vera Shattan P. **A reforma da previdência social na América Latina**. Rio de Janeiro: Revista FGV, 2003.

MALDONADO-TORRES, Nelson. A topologia do Ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais** [online], 80, Coimbra: Editora de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2008.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Direitos Fundamentais**. Teoria Geral. Madrid, 1999.

MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007

MESA-LAGO, Carmelo; MÜLER, Katharina. Política e reforma da previdência na América Latina. In: COELHO, Vera Shattan P. **A reforma da previdência social na América Latina**. Rio de Janeiro: Revista FGV, 2003.

MESSARI, Nizar; NOGUEIRA, João Pontes. **Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MIGNOLO, Walter D. A colonialidade de cabo a rabo. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. CLACSO: 2005.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: 2011.

MORIN, Edgar. **Educação e complexidade: os setes saberes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

UNITED NATIONS. **Road to dignity by 2030: ending poverty, transforming all lives and protecting the planet**. New York, 2014. Disponível em: https://www.un.org/disabilities/documents/reports/SG_Synthesis_Report_Road_to_Dignity_by_2030.pdf

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales**. Perspectivas Latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO, 2000.

RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane de Melo. **Análise de discurso (para a crítica): O texto como material de pesquisa**. Campinas: Pontes Editores, 2011.

PINZANI, Alessandro; REGO, Walquiria Leão. **Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. As modulações do Direito contemporâneo em um breve exercício de filosofia do Direito. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 51, jun 2010. ISSN 2236-7684. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30723>>. Acesso em: 05 fev. 2022.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas**. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina. Julio de 2000. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/quijano.rtf>

QUIJANO, Aníbal. **Des/colonialidad y bien vivir: un nuevo debate en América Latina**. Lima: Universidad Ricardo Palma, 2014.

RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane de Melo. **Análise de discurso (para a crítica): O texto como material de pesquisa**. Campinas: Pontes Editores, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana como norma (princípio e valor) fundamental para a ordem jurídico-constitucional brasileira. In: **__Dignidade da pessoa**

humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2.ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais** – estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006,

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível pressupõe escolhas trágicas. **Revista Consultor Jurídico.** 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>

SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum.** Trad. Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá. 1 ed. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Tradução de Leonardo Martins, Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada.** 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos.** Volume 1. Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 8ª ed. São Paulo Malheiros, 2012.

SOARES, Everaldo Santos. **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 (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade De Santa Cruz Do Sul, Santa Cruz Do Sul. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4863199

SOUZA, Pedro H.G. Ferreira de; HECKSHER, Marcos. **Um país na contramão: a pobreza no Brasil nos últimos dez anos.** 1ª ed. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2022. Disponível: *NT_Um_pais_na_contramao_Publicacao_Preliminar.pdf (ipea.gov.br)

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SUPIOT, Alain. **L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total.** Paris: Seuil, 2010.

TAPAJÓS, Luziele; RODRIGUES, Monica; COELHO, Maria Francisca Pinheiro. Desafios Sociais no Brasil em 2003: Da Exclusão à Cidadania. In: **Fome Zero: Uma História Brasileira.** Organizadora: Adriana Veiga Aranha. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Assessoria Fome Zero, v. 1, 2010. Disponível: Fome Zero Vol1.pdf (mds.gov.br) Acesso: 15 julho 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1977.

UNITED NATIONS. **Road to dignity by 2030: Ending Poverty, Transforming All Lives and Protecting the Planet** . New York, 2014. Disponível em: https://www.un.org/disabilities/documents/reports/SG_Synthesis_Report_Road_to_Dignity_by_2030.pdf

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 9a ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do Direito. 4a ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2015b.

ANEXO I - CASOS ANALISADOS

RESP 1776017 / RJ

Ementa do julgado:

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA **EX-GESTORES DE FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA**, EM RAZÃO DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS CONSIDERADAS ILÍCITAS (EM PROCESSO ADMINISTRATIVO). **CONTROVÉRSIA ACERCA DO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL**. NECESSIDADE DE SE AFERIR O MOMENTO EM QUE O TITULAR DO DIREITO LESADO TEM INEQUÍVOCA CIÊNCIA DA VIOLAÇÃO E DE TODA A SUA EXTENSÃO, NO QUE SE INSERE O CONHECIMENTO A RESPEITO DO CARÁTER ILÍCITO, INEXISTINDO CONDIÇÃO ALGUMA QUE O OBSTE DE PROMOVER A PRETENSÃO REPARATÓRIA EM JUÍZO. CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO INTENTADO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, NO CASO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. RECURSO ESPECIAL DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DOS EX-GESTORES PREJUDICADO.

1. O surgimento da pretensão ressarcitória não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da violação e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, condição alguma que o impeça de exercer o correlato direito de ação (pretensão). O instituto da prescrição tem por escopo conferir segurança jurídica e estabilidade às relações sociais, apenando, por via transversa, o titular do direito que, por sua exclusiva incúria, deixa de promover oportuna e tempestivamente sua pretensão em juízo.

2. Não se concebe, nessa medida, que o titular do direito subjetivo violado tenha contra si o início, bem como o transcurso do lapso prescricional, em circunstâncias nas quais não detém nenhuma possibilidade de exercitar sua pretensão, justamente por não se evidenciar, nessa hipótese, nenhum comportamento negligente de sua parte.

3. No específico caso dos autos, a questão que se coloca é saber se, durante a administração dos diretores executivos responsáveis pelas operações financeiras causadoras do prejuízo em questão, período no qual se deu justamente a instauração do procedimento administrativo no âmbito do Ministério da Previdência Social para apurar a irregularidade/ilicitude de tais investimentos, seria possível à entidade de previdência privada, em contrariedade aos interesses de seus próprios dirigentes com poder de gestão, e, antes mesmo do desfecho do processo administrativo, conhecer o caráter ilícito do correlato investimento, para então, postular em juízo a responsabilidade dos administradores.

4 Ainda que se reconheça, tal como ponderado pelo Tribunal de origem, que a negociação dos recursos financeiros no **mercado de capitais** em exame não se dá de modo sigiloso, havendo, inclusive, Conselhos Deliberativos e Fiscal independentes, com a função de supervisionar, internamente, a regularidade de tais operações, refoge da realidade dos fatos supor que os então administradores, com poderes de gestão, intentariam, em nome da entidade, uma ação ressarcitória contra si, pelos prejuízos por eles supostamente causados.

4.1 Tomando-se, em tese, como termo inicial, a posse da nova diretoria (4/1/2007) - momento em que não mais haveria óbice, no âmbito interno da entidade de previdência privada, para o exercício da pretensão - o protesto efetuado em 7/1/2010 (primeiro dia útil após o recesso forense), na linha da jurisprudência do STJ, teria o condão de interromper o prazo prescricional trienal, a ensejar a conclusão de que o ajuizamento da ação, em 5/8/2012, deu-se dentro do prazo que recomeçou a contar do protesto. A insurgência recursal, por tal constatação, já mereceria provimento.

5. Superada esta inviabilidade prática, que se deu no âmbito interno da pessoa jurídica, tem-se, ainda assim, que, no específico caso dos autos, a entidade de previdência privada somente obteve condições de conhecer integralmente o caráter ilícito das operações financeiras feitas pelos seus ex-diretores executivos, a viabilizar sua pretensão ressarcitória em juízo, a partir da decisão definitiva no âmbito do processo administrativo.

5.1 Para tanto, é de suma relevância registrar que, a par do indiscutível caráter contratual do regime de previdência privada, a reger as relações jurídicas entre participantes e

entidade, sobressai, de modo relevante, ante a fundamentalidade do direito social à previdência, o seu caráter institucional, com o estabelecimento de normas cogentes e ativa atuação estatal na disciplina, coordenação e supervisão de tais entidades, sobretudo no que diz respeito às operações financeiras por estas praticadas, a fim de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios previdenciários.

5.2 Os investimentos realizados pela entidade de previdência privada, a partir das reservas aportadas nos fundos de pensão, a despeito de se encontrarem sujeitos aos riscos naturais do mercado financeiro, devem observar regramentos legais próprios e padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, a fim de garantir que os assistidos recebam o benefício previdenciário no tempo e modo voluntariamente contratado.

5.3 Veja-se, portanto, que o caráter ilícito das operações financeiras realizadas pelos ex-diretores executivos da entidade de previdência privada não decorre - tampouco se pode supor conhecido - a partir da simples constatação de que o correlato investimento revelou-se negativo, ou menos lucrativo do que o esperado.

Mostra-se, assim, de todo impróprio supor que a entidade, já por ocasião das operações financeiras que redundaram em prejuízo, teve integral ciência da lesão, sobretudo quanto ao seu caráter ilícito, a viabilizar o manejo de sua pretensão ressarcitória contra os gestores, como compreendeu o Tribunal de origem.

5.4 O procedimento administrativo instaurado pela Administração Pública (principalmente seu desfecho), a fim de apurar a ilicitude de uma operação financeira, em princípio regular, praticada pela entidade de previdência privada, não pode ser considerado um fato indiferente ao conhecimento da entidade privada sobre o caráter ilícito de tais investimentos, a viabilizar sua pretensão ressarcitória em juízo contra os então gestores, de modo sério e seguro (não temerário).

5.5 Refoge do sistema de responsabilidades (civil, penal e administrativo), ao qual se deve conferir interpretação harmônica, tornar prejudicada a ação de responsabilização civil contra os gestores pela prescrição, quando, em trâmite, a apuração do caráter ilícito, pela Administração Pública, das operações financeiras praticadas pela entidade de previdência privada, sujeita, por expressa determinação legal, à fiscalização estatal.

5.6 A independência entre as instâncias judicial e administrativa pressupõe, como anteriormente assentado, a inexistência de vinculação do Poder Judiciário com relação ao que for apurado administrativamente. Tampouco se olvida que, em regra, não há necessidade de se aguardar o exaurimento da instância administrativa para viabilizar o

ajuizamento da ação ressarcitória. É possível, entretanto, cogitar situação prática em que a decisão definitiva da Administração Pública, notadamente em se atentando para o seu papel central na regulação de certos segmentos, é determinante para imprimir, ao menos prima facie, o caráter ilícito de determinado ato, sem o qual o titular do direito potencialmente lesado não tem base segura para responsabilizar o causador do dano e, por isso, viabilizar sua pretensão em juízo.

5.7 Ressai claro, especialmente da causa de pedir vertida na inicial, que sem o reconhecimento, pela Administração Pública, do caráter ilícito das operações financeiras praticadas pelos ex-administradores, conferindo-se à parte lesada, no caso dos autos, ciência a esse respeito, a presente ação ressarcitória contra os administradores responsáveis pelo investimento afigurar-se-ia não apenas sem sustentação sólida, mas, possivelmente, nem sequer seria promovida.

6. Recurso especial da Entidade de previdência privada provido e prejudicado o recurso especial dos ex-gestores.

(REsp 1776017/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 13/04/2021).

RECURSO ESPECIAL Nº 1679866 / RS

Ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE APOSENTADORIA. CÁLCULO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. REGRA DE TRANSIÇÃO. ART. 3º LEI 9.876/1999.

Trata-se, na origem, de Ação de Revisão de Aposentadoria que tem por objetivo afastar a regra do art. 3º da Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, que estabelece como critério de cálculo para a definição da renda mensal inicial do benefício a utilização no período básico de cálculo de 80% (oitenta por cento) dos maiores salários de contribuição do segurado, posteriores a julho de 1994. Pretende a parte recorrida, em síntese, **incluir no cálculo do seu benefício previdenciário todos os salários de contribuição da sua vida laboral**, afastando-se da regra legal que somente permite para fins de cálculo da prestação previdenciária os posteriores a julho de 1994.

A Lei 9.876/1999 criou uma regra de transição para aqueles que, na época da sua edição, já estavam filiados ao RGPS, estabelecendo como período básico de cálculo para apurar o valor do benefício os salários de contribuição posteriores a julho de 1994, limite

temporal este não aplicável aos segurados que vieram a se filiar após a edição da referida lei.

A utilização para o **cálculo do benefício previdenciário apenas dos salários de contribuição posteriores a julho de 1994** teve como premissa histórica o início do processo de estabilização da moeda nacional, após o advento do Plano Real. Antes de 1994, o país sofria com um quadro inflacionário que resultava na perda do poder de compra dos salários, o que refletia na fixação do valor futuro das prestações previdenciárias. Assim, mostra-se razoável e adequado o corte temporal realizado pelo legislador ao utilizar, para aqueles que já se encontravam filiados ao RGPS quando do advento da Lei 9.876/1999, apenas os salários de contribuição posteriores a julho de 1994. As regras de cálculo dos benefícios previdenciários **estão submetidas ao princípio da reserva legal**, evitando tratamentos jurídicos díspares entre pessoas que se encontrem em mesma situação jurídica.

O respeito ao princípio da legalidade em matéria de cálculos previdenciários, além de conferir segurança jurídica com a fixação de regra geral e abstrata aplicável a todos os segurados, torna possível que o **Estado delimite adequadamente o volume de recursos necessário para a satisfação do direito à Previdência Social**.

A ampliação do período básico de cálculo para considerar toda a vida laborativa do segurado, ao contrário dos 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição a partir de julho de 1994, poderá resultar, a depender do caso, em regra menos favorável ao segurado, considerando a possibilidade de serem os salários mais antigos inferiores àqueles mais recentes, o que é bastante comum, resultando na média aritmética apurada um valor mensal do benefício mais reduzido.

No campo previdenciário, **não existe direito adquirido a regime jurídico**, razão pela qual pode o **legislador alterar os requisitos de elegibilidade dos benefícios para aqueles segurados que ainda não atendem integralmente tais condições para a concessão dos benefícios**. A propósito: AgRg no REsp 1.116.644/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 7/12/2009;

AgRg no Ag 1.137.665/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 3/9/2009, DJe 13/10/2009.

O Superior Tribunal de Justiça já apreciou anteriormente as regras estabelecidas pela Lei 9.876/1999, que alterou a Lei 8.213/1991 e definiu novos critérios de cálculo dos benefícios previdenciários (REsp 1.644.505/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin,

Segunda Turma, julgado em 4/5/2017, DJe 19/6/2017; REsp 1.655.712/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017;

AgRg no AREsp 641.099/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 3/3/2015, DJe 9/3/2015; AgRg no AREsp 609.297/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26/6/2015;

REsp 929.032/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/04/2009, DJe 27/4/2009; REsp 1.114.345/RS, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/12/2012).

Recurso Especial provido.

(REsp 1679866/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 25/05/2018).

REsp 1240691 / RS

RECURSO ESPECIAL

2011/0044122-7

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DISCIPLINA JURÍDICA E CONTÁBIL DOS VALORES DEVIDOS PELO BANRISUL À ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA POR ELE MANTIDA. REPERCUSSÃO NA **APURAÇÃO DO LUCRO REAL** E DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. LEI 9.249/1995. HIPÓTESE EM QUE O **ÔNUS FINANCEIRO** (PAGAMENTO DA DÍVIDA) FOI **SUPPORTADO POR TERCEIRO** (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL), MEDIANTE **UTILIZAÇÃO DE RECURSOS FORNECIDOS PELA UNIÃO**, NO ÂMBITO DO PROER. ORIGEM DA DEMANDA 1. O Banco do Estado do Rio Grande do Sul - **Banrisul** (recorrido) ajuizou **Ação Anulatória de Débito Fiscal** cumulada com **Declaratória de Inexistência de Relação Tributária**, na qual discutiu o tratamento tributário e contábil aplicável aos **valores por ele devidos à Fundação Banrisul S/A**.

2. A controvérsia tem origem remota no disposto no art. 13, V, da Lei 9.249/1995, que prescreve que, **na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL**, é admissível a dedução das contribuições destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica. 3. Esclarece o recorrido que, com **a institucionalização da previdência complementar nos moldes da Lei 6.435/1977**, passou a ser **legalmente**

obrigado a aportar recursos para a Fundação Banrisul de previdência privada, de modo a financiar as reservas necessárias ao pagamento de benefícios dessa natureza.

Acrescenta que **optou pelo financiamento dessas reservas**, pelo prazo de trinta e nove (39) anos, o que **gerou déficit atuarial de R\$525.389.262,00** (quinhentos e vinte e cinco milhões, trezentos e oitenta e nove mil, duzentos e sessenta e dois reais) **na aludida Fundação**, saldo devedor esse reconhecido nos balanços patrimoniais de ambas as instituições, em 31.12.1997.

A PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO 4. A instituição financeira (Banrisul S/A) recorrida **não possuía condições para honrar o débito acumulado**. A solução encontrada passou pelo "Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional" (**PROER**), mediante o qual **a União liberou R\$500.000.000,00** (quinhentos milhões de reais) **ao Estado** do Rio Grande do Sul, ente federativo que **assumiu contratualmente com o Banrisul o dever de liquidar o passivo deste último para com a respectiva Fundação de previdência complementar**. O saldo remanescente (a diferença para os R\$525.389.262,00) seria quitado pelo próprio Banrisul.

5. Publicou-se a Lei Estadual 10.959/1997, na qual o Estado do Rio Grande do Sul comprometeu-se a assumir a dívida do Banrisul (acima referida) para com a respectiva Fundação, até o montante de R\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais). Finalmente, em março de **1998, foi celebrado o contrato de assunção de dívida, firmado entre a unidade federativa e a instituição financeira** aqui mencionadas.

6. Em síntese, **a União liberou a quantia de R\$500.000.000,00** (quinhentos milhões de reais) **para que o Estado do Rio Grande do Sul promovesse o pagamento dos débitos do Banrisul**.

Essa instituição financeira, que teve astronômico débito próprio quitado pelo ente estatal com recursos da União, quer se aproveitar dessa despesa - repita-se, **suportada pelo Estado do Rio Grande do Sul com recursos liberados pela União** - para diminuir a base de cálculo de seus débitos tributários (IRPJ e CSLL, devidos pelo Banrisul) com a União.

O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO 7. A Corte local não examinou o tema relacionado à possibilidade de o Banrisul aproveitar-se da quantia paga pelo Estado do Rio Grande do Sul (com recursos liberados, relembre-se, pela União) para reduzir a sua margem do lucro real e, por consequência, o IRPJ e a CSLL devidas pelo banco (Banrisul) à União (Fazenda Nacional). Tampouco analisou a questão sucessiva, isto é, a impossibilidade de o Banrisul deduzir do lucro real, de uma só vez, o valor integral do

passivo que este possuía para com a Fundação de previdência complementar, na medida em que o art. 301 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1994) exigiria que somente o pagamento (que no caso concreto foi diferido em favor do Estado do Rio Grande do Sul para ser realizado ao longo de 360 prestações mensais e consecutivas) daria direito à dedução proporcional ao longo do tempo necessário para a integral quitação (ou seja, assim como a dívida seria paga em 30 anos, a dedução teria de ser feita nessa mesma proporção).

8. O Tribunal de origem consignou que a Procuradoria da Fazenda Nacional, ao apresentar contestação discutindo esse tema, extrapolou os limites da lide, pois esta consistiria apenas na discussão da incidência do limite dedutível fixado no art. 11, § 2º, da Lei 9.532/1997 (20% da folha de salários e da remuneração dos dirigentes vinculados ao plano de previdência complementar), já que no contencioso administrativo teria havido concordância do Fisco com a possibilidade de o Banrisul aproveitar, como despesa sua, o pagamento feito pelo Estado do Rio Grande do Sul (com os recursos liberados pela União). 9. Merece transcrição o seguinte excerto lançado na ementa do acórdão recorrido: "2. A Fazenda Nacional desbordou dos limites fixados administrativamente, já que se insurge contra a dedução sem o correspondente reembolso, não questionada na esfera administrativa, em que se buscava apenas o respeito ao limite de 20% nos termos da Lei 9.532/97. Assim, se o Fisco aceitou a dedução do valor, desde que limitado, não pode agora, em juízo, pretender que nada podia ser deduzido por não ter havido desembolso pelo autor. Tal entendimento decorre do **princípio da preclusão dos efeitos internos do ato administrativo ou 'coisa julgada administrativa'**: se o Fisco aceitou a dedução administrativamente, em todas as suas instâncias, tendo atuado o administrado pelo excesso, tão somente, não pode vir agora a juízo, quando provocado pelo administrado para discutir a autuação pelo excesso, pretender que nada poderia ter sido deduzido. 3. A controvérsia **limita-se a saber se podia o Banrisul, no ano-calendário de 1998, excluir o total do déficit atuarial para com a Fundação Banrisul, ou se tinha que respeitar o limite de 20% da Lei 9.532/97, sem direito a desconto nos exercícios posteriores, como atuado pelo Fisco**".

10. Com base nesta premissa, o acórdão proferido no e. Tribunal Regional Federal da Quarta Região se limitou a interpretar o disposto no art. 11, § 2º, da Lei 9.532/1997, julgando procedente o pedido deduzido nos autos para anular a autuação fiscal, pelos seguintes fundamentos: a) seria inaplicável (o referido dispositivo legal) em relação ao valor das despesas com previdência privada apuradas até 31/12/1997, diante do princípio

da irretroatividade das leis (há expressa menção, no acórdão recorrido, ao art. 150, III, "a", da CF/1988 - fl. 1751, e-STJ); e b) a norma em tela versa sobre contribuições para a previdência privada ou fundo de aposentadoria devidas a partir de 1998, enquanto o caso concreto diz respeito ao passivo do Banrisul, acumulado ao longo das décadas de 70 a 90.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL 11. A Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração (fls. 1763-1780, e-STJ), longamente arrazoados (aproximadamente vinte páginas), para apontar a necessidade de complementação do julgado, mediante a superação, pelo órgão fracionário, da premissa equivocada que teria amparado o julgamento. 12. O ente fazendário consignou que a premissa adotada (isto é, a de que o Fisco reconheceu a possibilidade da dedução pelo Banrisul das despesas pagas pelo Estado do Rio Grande do Sul, acarretando a "coisa julgada administrativa") é equivocada, "proporcionando uma contradição no julgado, porquanto não houve, pela Administração Tributária, qualquer reconhecimento de que o Contribuinte poderia contabilizar despesas que não foram por ele pagas" (fl. fl. 1765, e-STJ). A Fazenda Nacional citou trechos da autuação e da sentença proferida no juízo de primeiro grau que demonstrariam que a premissa adotada pelo Tribunal a quo estava equivocada, e opôs os aclaratórios para que o colegiado se pronunciasse a seu respeito.

13. Além do questionamento quanto à premissa equivocada, apontou-se, ainda, **erro material**, pois diferente do que entendeu a Corte local, a autuação fiscal também teve por fundamento a aplicação do art. 301 do RIR/1994, que não teria sido valorado pelo órgão julgador com base no entendimento de que a lide tem por limite a discussão apenas do art. 11, §2º, da Lei 9.532/1997. 14. A recorrente afirma que a **premissa equivocada e o erro material resultaram em julgamento viciado por contradição**, pois "foram transcritas as decisões administrativas que expressamente adotam o regime de caixa para as deduções de despesas, o que exige o efetivo pagamento, mas, contraditoriamente, conclui que a Administração Tributária dispensou o efetivo pagamento para aceitar as deduções, o que jamais ocorreu".

15. Por último, aponta-se **omissão quanto à possibilidade de o Banrisul deduzir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL as despesas que não foram por ele pagas, mas sim pelo Estado** do Rio Grande do Sul, tema que **deve ser enfrentado após o reconhecimento**, pela Corte local, da premissa equivocada e do erro material acima apontados.

16. O acórdão proferido pelo Tribunal de origem se limitou a, genericamente, "acolher em parte os embargos de declaração, para fins de prequestionamento e para juntada das notas taquigráficas" (fl. 1786, e-STJ).

CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL SÚMULA 126/STJ 17. O Bannisul defende a necessidade de aplicação da Súmula 126/STJ, que prescreve:

"É inadmissível o Recurso Especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, **para mantê-lo e a parte vencida não manifesta Recurso Extraordinário**".

18. Conforme se verifica, a incidência do óbice sumular acima pressupõe que o fundamento constitucional adotado na decisão judicial detenha autonomia absoluta para, "por si só", manter integralmente o acórdão impugnado.

19. **Não é essa a realidade dos autos**, pois, em primeiro lugar, a análise da tese de violação do art. 535 do CPC/1973 requer a **exegese de questões ligadas exclusivamente à interpretação da legislação federal**, cujo eventual acolhimento - além de não demandar interpretação de normas constitucionais - pode acarretar a superação de um dos fundamentos adotados no decisum hostilizado e, conseqüentemente, ensejar a devolução dos autos para que a Corte local prossiga no exame dos demais fundamentos abordados nos recursos a ela dirigidos.

20. Em outras palavras, caso acolhida a tese de omissão do Tribunal a quo relativamente à assertiva de que o acórdão esteja amparado em premissa equivocada e em erro material, haverá sim necessidade de devolução para que o julgamento prossiga em relação à questão preliminar antecedente: se, antes de **decidir sobre a limitação da dedução** (estabelecida no art. 11, § 2º, da Lei 9.532/1997 - **único tema apreciado na Corte local**), existe o próprio **direito à dedução das despesas** que foram **suportadas por terceiro (Estado do Rio Grande do Sul)**. 21. Em resumo, como no caso acima pontuado, a discussão a respeito da violação do art. 535 do CPC/1973 não impõe exegese de questões constitucionais, e, por outro lado, esse fundamento do apelo nobre (ou seja, acórdão viciado por premissa equivocada e erro material) possui autonomia para, caso acolhido, ensejar a **devolução dos autos para julgamento de questão antecedente ao próprio debate constitucional** (= afastamento do art. 11, § 2º, da Lei 9.532/1997 em razão do art. 150, III, da CF/1988), não há como fazer incidir, nesse aspecto, tal óbice de natureza processual.

CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL SÚMULAS 5 E 7 DO STJ 22. Além da Súmula 126/STJ, o Banrisul afirma que não se deve conhecer do apelo fazendário em razão da incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ.

23. É imprescindível diferenciar o enfoque dado na argumentação apresentada nas instâncias de origem e no STJ.

24. É evidente que, enquanto a demanda tramitou no primeiro e segundo graus de jurisdição, as partes se reportaram aos fatos e à prova documental para influir no convencimento do julgador. O equívoco seria trazer o mesmo tipo de debate para o STJ.

25. Sucede que, no Recurso Especial, a **Fazenda Nacional** discute os seguintes pontos: a) existência de omissão no julgado; b) impossibilidade de o Banrisul deduzir, na base de cálculo do IR e da CSLL, as despesas que não foram por ele suportadas (mas sim pelo Estado do Rio Grande do Sul, com recursos liberados, na verdade, pela União); e c) alternativamente, isto é, caso reconhecido o direito à dedução em favor do Banrisul, se este pode ser exercido integralmente, de uma só vez, ou se deve respeitar a proporcionalidade do pagamento feito por terceiro (a quitação por terceiro está se dando de forma parcelada, ao longo de 360 meses).

26. Antecipo, desde já, que, por entender **configurada a violação do art. 535** do CPC/1973, meu voto **não examinará as questões de Direito Tributário** debatidas no apelo (até porque, em sua maioria, não foram prequestionadas em razão da existência, **muito bem demonstrada pelo ente público**, da **premissa equivocada** no acórdão hostilizado). Isso, por si só, já evidencia que, no ponto aqui debatido, não houve necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, afastando os enunciados sumulares invocados pelo Banrisul.

27. De qualquer modo, a pretensão recursal possui **objeto estritamente jurídico**, não demandando incursão no acervo fático-probatório. Merece destaque, ademais, a circunstância de que o voto condutor do acórdão hostilizado transcreve excertos da **legislação** e dos **contratos de financiamento e de assunção de dívida**, de modo que a qualificação jurídica a eles dada pelo órgão julgador é que está sendo submetida ao crivo do STJ.

28. Rejeição, pelos fundamentos acima expostos, da incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ. **VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. CONFIGURAÇÃO 28. Está equivocado o Banrisul quando afirma que a omissão discutida pela Fazenda Nacional em seus Embargos de Declaração diz respeito ao reflexo do processo administrativo no judicial ("coisa julgada administrativa").**

29. Pelo contrário, em petição que contém quase vinte (20) páginas, a Fazenda Nacional opôs aclaratórios justamente para questionar a premissa adotada pelo Tribunal de origem, isto é, de que há tema cuja discussão judicial é obstada pela configuração da "coisa julgada administrativa". O ente público não questionou nos Embargos de Declaração se o reconhecimento administrativo de uma dada questão inviabiliza sua rediscussão no processo judicial, mas **sim se realmente está configurado esse suposto reconhecimento administrativo** - aqui residindo, **em tese, a alegada "premissa equivocada"**.

30. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de admitir a utilização dos Embargos de Declaração para demandar pronunciamento do órgão julgador quanto à utilização de premissa equivocada.

Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 1.576.421/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 02/05/2016; EDcl no AgRg no REsp 1.527.430/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 21/10/2015; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.051.059/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 03/02/2014.

31. Transcrevo o seguinte excerto das razões lançadas no Recurso Especial, com a **finalidade de demonstrar que a autuação fiscal considerou inadmissível a utilização da quantia paga pelo Estado do Rio Grande do Sul como despesa dedutível do Banrisul**, e, portanto, que a premissa adotada no acórdão local estaria equivocada (fls. 1800-1803, e-STJ, grifos no original): "Interposto apelação pelo Contribuinte, o **TRF4** surpreendeu a Fazenda Nacional com um argumento jamais veiculado nos autos, reconhecendo, **de ofício, a preclusão administrativa**, ou seja, que a autoridade administrativa teria admitido o direito de o BANRISUL promover a dedução fiscal no LALUR de valores que não foram por ele pagos. (...) Ocorre que, o acórdão prolatado, com fundamentos sobre os quais a Fazenda Nacional não foi previamente ouvida, incorre em relevante equívoco, porquanto não houve, pela Administração Tributária, qualquer reconhecimento de que o Contribuinte poderia consignar exclusões no LALUR de valores que não foram por ele pagos, justamente por afrontar a lógica do regime de caixa, previsto no art. 301 do RIR/94. (...) o Fisco Federal entendeu que o Contribuinte só poderia contabilizar no LALUR aqueles gastos previstos em lei (que tivessem sido consignados na conta de resultado) e, ainda, que não ultrapassasse o limite da Lei 9532/97.

Foi dito expressamente que não havia previsão legal para que valores que não passaram pela conta de resultado fossem excluídos do lucro, justamente por vigor o regime de caixa, ou seja, sem o efetivo pagamento da despesa, impossível a sua exclusão do lucro. (...) Ou seja, fica claro que, na esfera administrativa, foi

reconhecida a regularidade da autuação por dois fundamentos: a) aplicação do regime de caixa, sendo necessária a realização do gasto para se computar como despesa e; b) limitação de 20%. Reparem, Doutos Julgadores, que, em **nenhum momento, a Autoridade Administrativa admitiu ser possível que o Contribuinte pudesse contabilizar como despesa e deduzir do seu lucro valores cujo pagamento o mesmo não efetuou**".

32. O órgão colegiado não enfrentou o questionamento apresentado pela Fazenda Nacional, mantendo o conteúdo do acórdão, que, note-se bem, transcreveu apenas os trechos da autuação fiscal e da tramitação do processo no âmbito administrativo que demonstrariam que o Fisco não se insurgiu contra a equiparação do pagamento feito pelo Estado do Rio Grande do Sul às despesas do Bannisul, para fins de dedução do IRPJ e da CSLL. **Não houve valoração dos excertos transcritos pela Fazenda Nacional** (referentes tanto à autuação fiscal como à sentença do juízo de primeiro grau) que demonstrariam que a premissa do órgão fracionário do TRF4 seria equivocada.

GLOSA INTEGRAL DOS VALORES DEDUZIDOS PELO BANRISUL 33. Ora, conforme dito, até mesmo pela inadequação dos aclaratórios para rediscussão do mérito, o objetivo dos aclaratórios da Fazenda Nacional era fazer com que a Corte local complementasse o acórdão, mediante transcrição e valoração de excertos da autuação que demonstrariam que a glosa foi realizada em relação à utilização integral dos R\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), o que evidenciaria que não houve reconhecimento fiscal quanto a essa possibilidade.

34. É legítima a preocupação fazendária, tendo em vista que, como se sabe, o Recurso Especial não constitui via adequada para análise de fatos ou provas existentes nos autos, e sim apenas da valoração (qualificação jurídica) que a Corte local faz em relação ao acervo fático-probatório.

35. Dito de outro modo, **sem que o Tribunal de origem se pronuncie a respeito do tema suscitado nos aclaratórios** (premissa equivocada quanto à existência da coisa julgada administrativa contrária ao Fisco), **não será possível examinar o mérito da pretensão recursal veiculada pela Fazenda Pública**.

36. Registro que **é paradoxal o Tribunal a quo afirmar que o Fisco reconheceu administrativamente a possibilidade de dedução do pagamento feito pelo Estado do Rio Grande do Sul e, simultaneamente, anular a autuação fiscal que efetuou a glosa integral da respectiva quantia suportada pelo Estado do Rio Grande do Sul** (isto é, os quinhentos milhões de reais).

37. Ao que tudo indica, há possibilidade concreta de **a premissa equivocada ter ocorrido porque**, conforme já mencionado, **o passivo do Banrisul foi suportado quase integralmente pelo Estado** do Rio Grande do Sul (R\$500.000.000,00), mas uma pequena fração (aproximadamente R\$25.000.000,00) **foi paga efetivamente pelo Banrisul** (em relação a este, evidentemente não se discute a existência do direito à dedução). SEGUNDO FUNDAMENTO PARA ACOLHIMENTO DA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973: A QUESTÃO DO REGIME DE CAIXA E DA DEDUÇÃO PROPORCIONAL CONFORME O MONTANTE E O TEMPO DO PAGAMENTO PARCELADO 38. Note-se que, ainda que fosse possível afastar a violação do art. 535 do CPC/1973 pelo fundamento da "premissa equivocada" e do "erro material", **permanecem pendentes de solução, impossibilitando o julgamento direto no STJ sob pena de supressão de instância**, dois outros relevantíssimos pontos indicados pela Fazenda Nacional: a) se é lícito o sujeito passivo da obrigação tributária deduzir do lucro real, no regime de caixa, as despesas que, ao final, não foram suportadas por ele, mas sim por terceiro (Estado do Rio Grande do Sul); e b) se a dedução da base de cálculo do IPRJ e da CSLL pode ser integral, em uma única vez, ou se deve respeitar a proporcionalidade, tendo em vista que **o Estado do Rio Grande do Sul levará trinta (30) anos para quitar as diferenças devidas pelo Banrisul à sua entidade de previdência complementar** (ou seja, **o Banrisul utilizaria, à vista, os quinhentos milhões de reais para reduzir o IRPJ e a CSLL devidos em 1997, mas a despesa com esses mesmos quinhentos milhões de reais para com a previdência privada somente seria quitada, por prestações mensais e consecutivas, ao final de trinta anos**). IMPUGNAÇÃO DO RECORRIDO À TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 39. Afirma o recorrido que a tese de omissão deve ser rejeitada pelos seguintes motivos: a) o tema da configuração da coisa julgada administrativa foi expressamente abordado no acórdão recorrido, e, ademais, a conclusão a que chegou o Tribunal a quo tomou por base a interpretação da prova documental, obstada no STJ conforme o enunciado da Súmula 7/STJ; b) o vício do art. 535 do CPC/1973 somente se caracteriza quando o tema a ser enfrentado puder modificar o resultado do julgamento, o que **inexiste** no caso concreto porque a **Corte local considerou irrelevante o fato de o Estado do Rio Grande do Sul ter feito o pagamento das despesas do Banrisul**; e c) as normas do RIR/1994 não se enquadram no conceito de lei federal. PRIMEIRO FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO À TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 40. Não procedem as objeções do recorrido. A primeira porque, conforme já explicado, o vício não está relacionado à ocorrência da coisa julgada,

mas sim à ausência de valoração de excertos do Auto de Infração e da sentença do juízo de primeiro grau que demonstrariam que a glosa de 100% do valor pago pelo Estado do Rio Grande do Sul, por si só, **evidenciaria que é equivocada a premissa de que houve reconhecimento fiscal da dedutibilidade das despesas suportadas pelo terceiro** - cabe aqui observar que, realmente, o Tribunal de origem deu **máximo empenho para justificar o acolhimento da tese proposta pelo recorrido, sem dispensar tratamento isonômico à contra-argumentação fazendária**. SEGUNDO FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO À TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 41. Quanto ao outro fundamento apresentado na impugnação do Banrisul, relacionado à suposta inexistência de omissão, impõe-se registrar que, ao contrário do que ele afirma, basta que o tema suscitado tenha, hipoteticamente, o poder de influir no resultado do julgamento para que se tenha por configurado o referido vício. Se, conforme pretende o Banrisul, só coubessem Embargos de Declaração quando o tema pudesse modificar em concreto o resultado, todos **os aclaratórios somente seriam cabíveis e providos com a concessão de efeitos infringentes** (como se sabe, muitas vezes são acolhidos os Embargos de Declaração para fins de integração do julgado, sem modificação no resultado). 42. Não bastasse isso, o fato de o **Tribunal de origem ter considerado irrelevante o ponto suscitado pela Fazenda Nacional**, evidentemente, **não vincula o STJ, porque conferir tamanho poder à Corte local significaria usurpar do STJ a competência para decidir, em instância final, a análise da tese de violação do art. 535 do CPC/1973**. DECLARAÇÃO DA CORTE LOCAL, EM OBITER DICTUM, DE QUE O CONTRATO ENTRE O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E O BANRISUL FOI ONEROSO 43. O entendimento do Tribunal de origem - de que **a abertura da participação acionária ao Estado do Rio Grande do Sul, mediante aumento do capital social do Banrisul, como contraprestação devida em razão da assunção, pelo ente estatal, do passivo do banco para com a entidade de previdência complementar - representou pronunciamento em obiter dictum, ou plus desnecessário**, uma vez que, reitere-se, o acórdão insistiu em deixar claro que a lide seria restrita à discussão quanto à aplicabilidade do art. 11 da Lei 9.532/1997. 44. Lateralmente, também em obiter dictum, registro aqui que não vejo essa contraprestação como um ônus equiparável à despesa prevista no art. 11, § 2º, da Lei 9.532/1997; pelo contrário, com a emissão de novas ações, de propriedade do Estado do Rio Grande do Sul, **o Banrisul somente experimentou o saneamento de suas contas e o seu fortalecimento econômico, justamente o objetivo principal do PROER**.

45. Por último, essa **singela e específica manifestação do órgão colegiado** - repito, de novo, em obter dictum - **não ostentou análise jurídica**, ao menos para fins de prequestionamento, uma vez que em momento algum contextualizou o tema à luz da disciplina jurídica estabelecida nos arts. 195, 196 e 301 do RIR/1994, a despeito do reclamo da Fazenda Nacional, nos seus aclaratórios. TERCEIRO FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO À TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 46. A respeito da assertiva de que as **normas do Regulamento de Imposto de Renda (RIR/1994)**, aprovadas pelo Decreto 1.041/1994, **não se enquadram no conceito de lei federal, equivoca-se o Banrisul.**

"A jurisprudência assentada no STJ considera que, para efeito de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III), compreendem-se no **conceito de lei federal os atos normativos** (= de caráter geral e abstrato), produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (Emb.Decl. no Resp 663.562, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 07.11.05)" (REsp 627.977/AL, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 07.12.2006 p. 273). CONSEQUÊNCIAS DO ACOLHIMENTO DA TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 47. Anoto que os autos retornarão à origem para julgamento das questões antecedentes, isto é: a) **possibilidade de o Banrisul deduzir da base de cálculo do IR e da CSLL, como suas, as despesas que na realidade foram suportadas pelo Estado do Rio Grande do Sul, com recursos fornecidos pela União no âmbito do PROER;** e b) **sucessivamente, a existência de autorização para o Banrisul deduzir do lucro real, imediatamente e de uma só vez, o valor total das despesas que o Estado do Rio Grande do Sul vai pagar de forma parcelada (360 prestações mensais e consecutivas), ao longo de trinta anos.**

48. Em relação ao tema subsequente - a possibilidade de aplicação dos limites impostos pela Lei 9.532/1997 - , **assiste razão** ao Banrisul, isto é, como o acórdão atacado se pronunciou com base em fundamento legal e constitucional, a ausência de interposição de Recurso Extraordinário pelo ente fazendário atrai, apenas neste específico ponto (tese de violação do art. 11 da Lei 9.532/1997), a incidência da Súmula 126/STJ.

CONCLUSÃO 48. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para reconhecer a violação do art. 535 do CPC/1973. **Determinação de devolução dos autos ao e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região**

para fins de **novo julgamento dos Embargos** de Declaração, nos termos acima explicitados.

(REsp 1240691/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 04/08/2017).

RECURSO ESPECIAL Nº 1586142 / SP

Ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRAZO PARA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA DOS SEGURADOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DE ATÉ 15 DIAS. RAZOABILIDADE. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM O SUS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. AMPLA DIVULGAÇÃO DO PRAZO NAS DEPENDÊNCIAS POR INFORMES LEGÍVEIS E VISÍVEIS E POR DISPOSITIVOS DE INFORMAÇÃO FACILITADORES DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. DIREITO À INFORMAÇÃO.

1. Na origem, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra o INSS para que, em síntese, a autarquia fosse condenada à realização da perícia médica dos segurados no prazo máximo de 15 (quinze) dias relativamente à Agência da Previdência Social de São Bernardo do Campo, a qual está demorando, em média, 5 (cinco) meses para o atendimento pericial.

2. O STF tem decidido que, **ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social** - principalmente nos casos que visem a resguardar a supremacia da dignidade humana -, **sem** que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. Precedentes.

3. Diante da ausência de previsão legal, coaduna-se com a razoabilidade e a eficiência a fixação do prazo de até 15 (quinze) dias para que a agência realize a perícia médica dos segurados por ela atendidos. O parâmetro baseia-se na Lei 8.213/1991, a qual estabelece o prazo de 15 (quinze) dias para início do recebimento de benefícios previdenciários de aposentadoria por invalidez (art. 43) e auxílio-doença (art. 60), bem como o prazo de 15 (quinze) dias para a empresa que dispôr de serviço médico, próprio ou conveniado, realizar a perícia do empregado para fins de abono de falta (art. 60, § 4º).

4. O Decreto 8.691/2016 veio a alterar o Regulamento da Previdência Social - RPS, para prever a possibilidade de o INSS celebrar convênio com órgãos e entidades públicas

integrantes do SUS para a realização de perícia médica, além de outras medidas tendentes a agilizar os trabalhos periciais.

5. Em razão do **princípio da publicidade**, a Administração deve dar a mais ampla divulgação possível de seus atos aos administrados, sendo o sigilo admitido em poucas situações. Ademais, o gênero direito à informação corresponde a uma garantia fundamental da pessoa humana, sendo assegurado "a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (art.

5º, XIV, da Constituição da República).

6. A Agência da Previdência Social deverá dar **publicidade e informar que a perícia médica será realizada em até 15 (quinze) dias**, mediante informes com dizeres precisos, a serem fixados em suas dependências, em locais visíveis e com letras de tamanho legível, bem como por dispositivos facilitadores da informação às pessoas com deficiência, a exemplo dos deficientes visuais, nos termos da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015).

Recurso especial do INSS improvido.

(REsp 1586142/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016).

Observação: grifo nosso.

ANEXO II - AMOSTRA STF E STJ

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) 66 Acórdãos

1. ASSISTÊNCIA SOCIAL**RE 567985**

Tipo de julgado: Acórdão

Repercussão Geral – Mérito (Tema 27)

Órgão julgador: Tribunal Pleno**Relator(a):** Min. MARCO AURÉLIO**Redator(a) do acórdão:** Min. GILMAR MENDES**Julgamento:** 18/04/2013**Publicação:** 03/10/2013

Ementa do julgado:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de

inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 567985, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013 RTJ VOL-00236-01 PP-00113).

2.

ASSISTÊNCIA SOCIAL

RE 587970

Tipo de julgado: Acórdão

Repercussão Geral – Mérito (Tema 173)

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 20/04/2017

Publicação: 22/09/2017

Ementa do julgado:

ASSISTÊNCIA SOCIAL – ESTRANGEIROS RESIDENTES NO PAÍS – ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE. A assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais.

(RE 587970, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-215 DIVULG 21-09-2017 PUBLIC 22-09-2017).

1. PREVIDÊNCIA SOCIAL

RE 1171152 RG

Tipo de julgado: Acórdão

Repercussão Geral – Admissibilidade (Tema 1066)

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 03/10/2019

Publicação: 10/10/2019

Ementa do julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE. PRAZO DE REALIZAÇÃO DAS PERÍCIAS PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE REALIZAÇÃO EM ATÉ 45 DIAS, SOB PENA DA IMPLEMENTAÇÃO AUTOMÁTICA DA PRESTAÇÃO REQUERIDA PELO SEGURADO. LIMITES DA INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário (i) estabelecer prazo para o

Instituto Nacional do Seguro Social realizar perícia médica nos segurados da Previdência Social e (ii) determinar a implantação do benefício previdenciário postulado, caso o exame não ocorra no prazo. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.

(RE 1171152 RG, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 09-10-2019 PUBLIC 10-10-2019).

1. SAÚDE

ARE 1267067 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 23/11/2020

Publicação: 30/11/2020

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 1º.08.2020. INSUFICIÊNCIA RENAL CRÔNICA. FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR NÃO INCLUÍDO NA LISTA DO SUS. COMPROVADA NECESSIDADE. SUPOSTA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279. ART. 196 DA CF. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AFRONTA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. ALTO CUSTO DO MEDICAMENTO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO PARA FINS DE APLICAÇÃO DO TEMA 6 DA REPERCUSSÃO GERAL. 1. O acórdão recorrido, na hipótese, não destoia da jurisprudência desta Corte, quanto à inocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes, eis que o julgamento, pelo Poder Judiciário, da legalidade dos atos dos demais poderes, não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes, especialmente em se tratando de políticas públicas nas questões envolvendo o direito constitucional à saúde. 2. Eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo a quo, no que tange à suposta ofensa ao postulado da isonomia e à necessidade ou não do fornecimento do alimento especial pleiteado, demandaria o reexame de fatos e provas, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida na Súmula 279 do STF. 3. A questão relativa ao alto custo do medicamento não foi objeto de discussão no acórdão recorrido para fins de aplicação do Tema 6 da repercussão geral, cujo paradigma é o RE 566.471-RG, de relatoria do Min. Marco Aurélio. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Incabível a aplicação do disposto no art. 85, § 11, do CPC, em virtude da ausência de fixação de honorários pelo Tribunal de origem.

(ARE 1267067 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-282 DIVULG 27-11-2020 PUBLIC 30-11-2020).

PENAL

RE 592581 Repercussão Geral – Mérito (Tema 220)

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 13/08/2015

Publicação: 01/02/2016

Ementa do julgado:

Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.

(RE 592581, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

=====2.

SAÚDE

ARE 1269451 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 15/09/2021

Publicação: 23/09/2021

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRAS DE INFRAESTRUTURA DE MOBILIDADE URBANA. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. SÚMULA 280. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo a quo, no que se refere à determinação de realização de obras de infraestrutura de mobilidade urbana, demandaria o exame da legislação infraconstitucional local (Lei Municipal 2.022/1959, Lei do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental de Porto Alegre e Lei Estadual 12.371/2005) o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, em face da vedação contida na Súmula 280 do STF. 2. Inexistência, no caso, de violação ao princípio da reserva do possível, visto que não cabe sua invocação quando o Estado se omite na promoção de direitos constitucionalmente garantidos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Inaplicável a majoração de honorários, por se tratar de ação civil pública na origem.

(ARE 1269451 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 15/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 22-09-2021 PUBLIC 23-09-2021).

1. DTO PÚBLICO

ARE 1129152 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 07/12/2018

Publicação: 19/12/2018

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – PAGAMENTO FRACIONADO DA REMUNERAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ART. 35 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – “RESERVA DO POSSÍVEL” – CONSIDERAÇÕES – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(ARE 1129152 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-272 DIVULG 18-12-2018 PUBLIC 19-12-2018).

1. EDUCAÇÃO - INDÍGENA

RE 1219482 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 03/10/2020

Publicação: 08/10/2020

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA REALIZAÇÃO DE OBRAS EM ESCOLA DE COMUNIDADE INDÍGENA – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – **VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL – INOCORRÊNCIA** – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – **ALEGADA INDISPONIBILIDADE FINANCEIRA DO ESTADO** – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 279/STF – “RESERVA DO POSSÍVEL” – CONSIDERAÇÕES – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC,

ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(RE 1219482 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 07-10-2020 PUBLIC 08-10-2020).

2. DTO PÚBLICO

ARE 1171192 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 20/12/2019

Publicação: 03/02/2020

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – SERVIDORES ESTADUAIS – PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO A TEMPO E MODO – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – **VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL** – INOCORRÊNCIA – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – ALEGADA INDISPONIBILIDADE FINANCEIRA DO ESTADO – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 279/STF – “RESERVA DO POSSÍVEL” – CONSIDERAÇÕES – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(ARE 1171192 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020).

1. DTO ADMINISTRATIVO - questão processual

ARE 1196369 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 23/08/2019

Publicação: 03/09/2019

Ementa do julgado:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Ação Civil Pública. Políticas públicas. Omissão estatal. Ofensa aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível não verificada. 4. Necessidade de reexame do acervo fático-probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Sem majoração da verba honorária.

(ARE 1196369 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 02-09-2019 PUBLIC 03-09-2019).

3. DTO PÚBLICO

ARE 1348154 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 28/03/2022

Publicação: 08/04/2022

Ementa do julgado:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Ação Civil Pública. Políticas públicas. Omissão estatal. Inexistência. **Ofensa aos princípios** da separação dos poderes e **da reserva do possível não verificada**. 3. Necessidade de reexame do acervo fático-probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 1348154 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 07-04-2022 PUBLIC 08-04-2022).

1. EDUCAÇÃO especial

ARE 875333 ED

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 28/04/2015

Publicação: 13/05/2015

Ementa do julgado:

Embargos de declaração em recurso extraordinário com agravo. 2. Conversão em agravo regimental. Princípio da fungibilidade. 3. Fornecimento de educação especial. 4. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 279. 5. Alegação de ofensa ao art. 93, inc. IX, da Constituição Federal: AI-QO-RG 791.292. 6. Teoria da reserva do possível e separação dos poderes. Inaplicabilidade. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 875333 ED, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 12-05-2015 PUBLIC 13-05-2015).

2. DTO ADMINISTRATIVO

ARE 1162878 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 24/08/2020

Publicação: 01/09/2020

Ementa do julgado:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Encostas. Perigo de desabamento. Laudo da GEO/RIO. Não violação ao princípio da separação dos poderes. Reserva do possível. Impossibilidade. 4. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula 279 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento e, tendo em vista a ausência de fixação de honorários pela origem, deixo de aplicar o disposto no § 11 do art. 85 do NCPC.

(ARE 1162878 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 31-08-2020 PUBLIC 01-09-2020).

1. EDUCAÇÃO -especial

ARE 860979 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 14/04/2015

Publicação: 06/05/2015

Ementa do julgado:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 860979 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 05-05-2015 PUBLIC 06-05-2015)

4. DTO PÚBLICO

ARE 855762 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 19/05/2015

Publicação: 01/06/2015

Ementa do julgado:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Direito à moradia e aluguel social. Chuvas. Residência interditada pela Defesa Civil. 3. Termo de compromisso. **Solidariedade dos entes federativos**, podendo a obrigação ser demandada de qualquer deles. Súmula 287. 4. Princípio da legalidade. Lei municipal nº 2.425/2007. Súmula 636. 5. **Teoria da reserva do possível e separação dos poderes**. Inaplicabilidade. Injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao estado. Cumprimento de políticas

públicas previamente estabelecidas pelo Poder Executivo. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 855762 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 29-05-2015 PUBLIC 01-06-2015).

2. PENAL

RE 1026698 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 30/06/2017

Publicação: 09/08/2017

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE IMPÕE AOS ESTADOS O DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS PRESOS – REALIZAÇÃO DE **OBRAS EM ESTABELECIMENTOS PENAIS** – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – **VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS** DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA **RESERVA DO POSSÍVEL** – INOCORRÊNCIA – REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECEU NO JULGAMENTO DO RE 592.581/RS – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(RE 1026698 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 08-08-2017 PUBLIC 09-08-2017).

3.

SAÚDE - políticas públicas

RE 1165054 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 31/05/2019

Publicação: 27/06/2019

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA ELABORAÇÃO DE PLANO MUNICIPAL DE CONTROLE DA **TUBERCULOSE** – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE IMPÕE AO PODER PÚBLICO O DEVER DE OBSERVÂNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196 E SEQUINTE) – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – **VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS** DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA **RESERVA DO POSSÍVEL** – INOCORRÊNCIA – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO

DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(RE 1165054 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 31/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 26-06-2019 PUBLIC 27-06-2019).

=====4.

SAÚDE

ARE 1250997 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 29/06/2020

Publicação: 08/07/2020

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 12.03.2020. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO PARA GLAUCOMA. IMPLANTE DE TUBO DE DRENAGEM DO TIPO EXPRESS. ART. 196 DA CF. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AFRONTA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. SUPOSTA OFENSA AO POSTULADO DA ISONOMIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. ALTO CUSTO DOS MEDICAMENTOS. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO PARA FINS DE APLICAÇÃO DO TEMA 6 DA REPERCUSSÃO GERAL. 1. O acórdão recorrido, na hipótese, não destoia da jurisprudência desta Corte, quanto à incoerência de violação ao princípio da separação dos poderes, eis que o julgamento, pelo Poder Judiciário, da legalidade dos atos dos demais poderes, não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes, especialmente em se tratando de políticas públicas nas questões envolvendo o direito constitucional à saúde. 2. No que tange à suposta ofensa ao postulado da isonomia, eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo a quo demandaria o reexame de fatos e provas, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida na Súmula 279 do STF. 3. A questão envolvendo o alto custo dos medicamentos não foi objeto de discussão no acórdão recorrido para fins de aplicação do Tema 6 da repercussão geral, cujo paradigma é o RE 566.471-RG, de relatoria do Min. Marco Aurélio. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Incabível a aplicação do disposto no art. 85, § 11, do CPC, em virtude da ausência de fixação de honorários pelo Tribunal de origem.

(ARE 1250997 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-172 DIVULG 07-07-2020 PUBLIC 08-07-2020).

=====5 . DTO PÚBLICO

ARE 1189014 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 27/09/2019

Publicação: 09/10/2019

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA REFORMA EM PRÉDIO DO DEPARTAMENTO REGIONAL DE SAÚDE – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE IMPÕE AO PODER PÚBLICO O DEVER DE OBSERVÂNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSIBILIDADE ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (CF, ART. 227, § 2º) – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL – INOCORRÊNCIA – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(ARE 1189014 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 08-10-2019 PUBLIC 09-10-2019).

6. DTO PÚBLICO

ARE 1197779 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 25/10/2019

Publicação: 19/11/2019

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DESIGNAÇÃO DE DELEGADO E SERVIDORES EM DELEGACIA DE POLÍCIA – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE IMPÕE AO PODER PÚBLICO O DEVER DE OBSERVÂNCIA DO DEVER CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA PÚBLICA (CF, ART. 144 E SEQUENTES) – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL – INOCORRÊNCIA – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(ARE 1197779 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-11-2019 PUBLIC 19-11-2019).

5. SAÚDE - criança e adolescente

ARE 745745 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 02/12/2014

Publicação: 19/12/2014

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – 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 – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – 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) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 745745 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014).

7. DTO PÚBLICO

ARE 1096445 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 30/11/2018

Publicação: 06/12/2018

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REITERAÇÃO DA TESE DO RECURSO INADMITIDO. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. TEMA 220. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - A discussão referente à implementação de medidas necessárias ao funcionamento da segurança pública está abrangida pelo Tema 220 da repercussão geral (RE 592.581-RG). III - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa (art. 1.021, § 4º, do CPC).

(ARE 1096445 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 30/11/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 05-12-2018 PUBLIC 06-12-2018).

=====8.

PENITENCIÁRIO

HC 172136

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 10/10/2020

Publicação: 01/12/2020

Ementa do julgado:

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” COLETIVO – O CASO EM JULGAMENTO – A QUESTÃO DO “HABEAS CORPUS” COLETIVO COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: EXPRESSÃO VISÍVEL (E LAMENTÁVEL) DE UM ANÔMALO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS (INTEGRADOS, NO CASO, POR PESSOAS QUE COMPÕEM O UNIVERSO PENITENCIÁRIO) E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, INCLUSIVE EM MATÉRIA PENITENCIÁRIA, E A RESERVA DO POSSÍVEL – ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”: UM DILEMA QUE SE RESOLVE PELA PREPONDERÂNCIA DO “MÍNIMO EXISTENCIAL” – O DIREITO À SAÍDA DA CELA POR 02 (DUAS) HORAS DIÁRIAS PARA BANHO DE SOL COMO PRERROGATIVA INAFASTÁVEL DE TODOS AQUELES QUE COMPÕEM O UNIVERSO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO, MESMO EM FAVOR DAQUELES SUJEITOS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (LEP, ART. 52, IV) – CONCLUSÃO: “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO E ESTENDIDO PARA TODO O PAÍS. – A jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de possibilitar a impetração de “habeas corpus” coletivo, notadamente nos casos em que se busca a tutela jurisdicional coletiva de direitos individuais homogêneos, sendo irrelevante, para esse efeito, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito. Precedentes. – Há, lamentavelmente, no Brasil, no plano do sistema penitenciário nacional, um claro, indistigável e anômalo “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado, que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal, que vulnera a essencial dignidade dos sentenciados e dos custodiados em geral, que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República e que desrespeita as convenções internacionais de direitos humanos (como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Americana de Direitos Humanos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – “Regras de Nelson Mandela” –, entre outros relevantes documentos internacionais). – O Estado brasileiro, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria

inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado (ou do preso provisório) a meios cruéis, lesivos ou moralmente degradantes (CF, art. 5º, incisos XLVII, “e”, e XLIX), fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). – Constitui verdadeiro paradoxo reconhecer-se, de um lado, o “direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol” (LEP, art. 52, IV), em favor de quem se acha submetido, por razões de “subversão da ordem ou disciplina internas” no âmbito penitenciário, ao rigorosíssimo regime disciplinar diferenciado (RDD) instituído pela Lei nº 10.792/2003, e negar, de outro, o exercício de igual prerrogativa de ordem jurídica a quem se acha recolhido a pavilhões destinados à execução de medidas disciplinares ordinárias (“Pavilhão Disciplinar”) e à proteção de detentos ameaçados (“Pavilhão de Seguro”), tal como ora denunciado, com apoio em consistentes alegações, pela douta Defensoria Pública do Estado de São Paulo. – A cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras “escolhas trágicas”, em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do “mínimo existencial”, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do “mínimo existencial”, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador.

(HC 172136, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-283 DIVULG 30-11-2020 PUBLIC 01-12-2020).

6. SAÚDE

RE 642536 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 05/02/2013

Publicação: 27/02/2013

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. **PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 642536 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013).

2. EDUCAÇÃO

RE 1101106 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 22/06/2018

Publicação: 09/08/2018

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – 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 – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(RE 1101106 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 08-08-2018 PUBLIC 09-08-2018).

1. ECA - MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

RE 1139140 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 12/04/2019

Publicação: 02/05/2019

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DE DIREITOS RELATIVOS À INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE IMPÕE AOS ESTADOS O DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CF, ART. 227, “CAPUT”, E § 3º, V) – TRANSFERÊNCIA DE MENORES INFRACTORES, DE UNIDADE POLICIAL PARA ESTABELECIMENTO APROPRIADO AO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO OU SEMILIBERDADE – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – VIOLAÇÃO AOS **PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL** –

INOCORRÊNCIA – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PRECEDENTE (PLENO) – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º DO CPC – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (RE 1139140 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 30-04-2019 PUBLIC 02-05-2019).

2. ECA

ARE 926069 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 12/03/2019

Publicação: 02/04/2019

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DE DIREITOS RELATIVOS À INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE IMPÕE AOS ESTADOS O DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CF, ART. 227, “CAPUT”, E § 3º, V) – TRANSFERÊNCIA DE MENORES INFRATORES, DE UNIDADE POLICIAL PARA ESTABELECIMENTO APROPRIADO AO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO OU SEMILIBERDADE – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – **VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL – INOCORRÊNCIA** – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, POR TRATAR-SE, AUSENTE SITUAÇÃO DE COMPROVADA MÁ-FÉ, DE PROCESSO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI Nº 7.347/85, ART. 18) – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(ARE 926069 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/03/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 01-04-2019 PUBLIC 02-04-2019).

3. EDUCAÇÃO infantil

RE 1076911 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 16/03/2018

Publicação: 11/04/2018

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – 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 – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PRECEDENTE (PLENO) – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º DO CPC – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (RE 1076911 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 10-04-2018 PUBLIC 11-04-2018).

7.

SAÚDE

RE 581352 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 29/10/2013

Publicação: 22/11/2013

Ementa do julgado:

E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – **A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL:** RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – 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 ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS

PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: 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) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(RE 581352 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013).

RESPONSABILIDADE CIVIL - penitenciário

RE 580252

Tipo de julgado: Acórdão

Repercussão Geral – Mérito (Tema 365)

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI

Redator(a) do acórdão: Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 16/02/2017

Publicação: 11/09/2017

Ementa do julgado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido onexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como,

se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação.

(RE 580252, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017).

8. SAÚDE

ARE 1272488 AgR-terceiro

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 19/04/2021

Publicação: 27/04/2021

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ATENDIMENTO DOMICILIAR – HOME CARE. PACIENTE COM QUADRO NEUROLÓGICO DEGENERATIVO E PROGRESSIVO. COMPROVADA NECESSIDADE. SUPOSTA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS E DE LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULAS 279 E 280 DO STF. ART. 196 DA CF. DIREITO À

SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. **RESERVA DO POSSÍVEL**. AFRONTA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. ALTO CUSTO DO MEDICAMENTO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO PARA FINS DE APLICAÇÃO DO TEMA 6 DA REPERCUSSÃO GERAL. 1. O acórdão recorrido, na hipótese, não destoa da jurisprudência desta Corte, quanto à inocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes, eis que o julgamento, pelo Poder Judiciário, da legalidade dos atos dos demais poderes, não representa ofensa ao referido postulado da separação dos poderes, especialmente em se tratando de políticas públicas nas questões envolvendo o direito constitucional à saúde. 2. Eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo a quo, no que tange à suposta ofensa ao postulado da isonomia e à necessidade ou não do tratamento médico home care demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos e a análise da legislação local aplicável à espécie (Lei Complementar Estadual 30/2001), o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida nas Súmulas 279 e 280 do STF. 3. A questão relativa ao alto custo do medicamento não foi objeto de discussão no acórdão recorrido para fins de aplicação do Tema 6 da repercussão geral, cujo paradigma é o RE 566.471-RG, de relatoria do Min. Marco Aurélio. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Mantida a decisão agravada quanto aos honorários advocatícios, eis que majorados nos limites do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC.

(ARE 1272488 AgR-terceiro, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 19/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 26-04-2021 PUBLIC 27-04-2021).

=====2.
RESPONSABILIDADE CIVIL - penitenciário - superlotação
ARE 855476 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 16/02/2016

Publicação: 25/04/2016

Ementa do julgado:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Alegação de ausência de impugnação dos fundamentos da decisão de inadmissão do RE na origem. Não ocorrência. Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária. Repercussão geral do tema reconhecida. Mantida a decisão em que se determinou o retorno dos autos à origem. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal, no exame do RE nº 580.252/MS-RG, Relator o Ministro Teori Zavascki, reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao dever, ou não, do Estado de indenizar o preso por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível). 2. Manutenção da decisão mediante a qual, com base no art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, se determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem para a observância do disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil. 3. Agravo regimental não provido.

(ARE 855476 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 22-04-2016 PUBLIC 25-04-2016).

=====1.
1. PENITENCIÁRIO - obras

RE 1293740 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 17/02/2021

Publicação: 23/02/2021

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. TEMA 220 DA REPERCUSSÃO GERAL. REAPRECIACÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. 1. A decisão recorrida encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta CORTE, firmada no julgamento do RE 592.581-RG Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Tema 220), no sentido de que: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.” 2. A argumentação do recurso extraordinário traz versão dos fatos diversa da exposta no acórdão, de modo que seu acolhimento passa necessariamente pela revisão das provas. Incide, portanto, o óbice da Súmula 279 desta Corte (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário) 3. Agravo Interno a que se nega provimento.

(RE 1293740 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 22-02-2021 PUBLIC 23-02-2021).

1. FINANCEIRO - competência legislativa

ADI 6129 MC

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 11/09/2019

Publicação: 25/03/2020

Ementa do julgado:

Ementa: AÇÃO DIRETA. CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. EMENDAS 54 E 55/2017 À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS. INSTITUIÇÃO DE REGIME FINANCEIRO. CONCEITO DE DESPESA DE PESSOAL E LIMITAÇÃO DE GASTOS. DESVINCULAÇÃO DE GASTOS COM SAÚDE E EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE REGRAS DE DIREITO FINANCEIRO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA. 1. As Emendas 54 e 55/2017 à Constituição do Estado de Goiás instituíram novo regime fiscal, com novos contornos para o conceito de despesa de pessoal e para as regras de vinculação de gastos em ações e serviços de saúde e educação. 2. Embora os Estados possuam competência concorrente para legislar sobre direito financeiro (art. 24, I, da CF), estão os mesmos obrigados a exercê-la de forma compatível com o próprio texto

constitucional e com a legislação nacional editada pela União a título de legislar sobre normas gerais de Direito Financeiro (art. 24, inciso I e § 1º, c/c art. 163, I, e 169, caput, da CF), em especial a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101/2001, limitação que também alcança o exercício da autonomia e poder de auto organização do ente político (art. 25 da CF). 3. O art. 113, § 8º, da Constituição goiana, com a redação dada pela EC 55/2017, ao determinar a exclusão do limite de despesa de pessoal das despesas com proventos de pensão e dos valores referentes ao Imposto de Renda devido por seus servidores, contraria diretamente o art. 18 da LRF, pelo que incorre em inconstitucionalidade formal. 4. O art. 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado de Goiás, com a redação conferida pela EC 54/2017, contraria o art. 198, § 2º, e o art. 212, ambos da CF, pois flexibiliza os limites mínimos de gastos com saúde e educação. 5. Medida Cautelar concedida integralmente, para suspender a eficácia das Emendas 54 e 55/2017 à Constituição do Estado de Goiás.

(ADI 6129 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-284 DIVULG 18-12-2019 PUBLIC 19-12-2019 REPUBLICAÇÃO: DJe-071 DIVULG 24-03-2020 PUBLIC 25-03-2020).

=====3.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - Segurança pública

STA 223 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente)

Redator(a) do acórdão: Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 14/04/2008

Publicação: 09/04/2014

Ementa do julgado:

E M E N T A: VÍTIMA DE ASSALTO OCORRIDO EM REGIÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO AO QUAL SE ATRIBUI OMISSÃO NO DESEMPENHO DA OBRIGAÇÃO DE OFERECER À POPULAÇÃO LOCAL NÍVEIS EFICIENTES E ADEQUADOS DE SEGURANÇA PÚBLICA - PRÁTICA CRIMINOSA QUE CAUSOU TETRAPLEGIA À VÍTIMA E QUE LHE IMPÔS, PARA SOBREVIVER, DEPENDÊNCIA ABSOLUTA EM RELAÇÃO A SISTEMA DE VENTILAÇÃO PULMONAR ARTIFICIAL - NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MARCAPASSO DIAFRAGMÁTICO INTRAMUSCULAR (MARCAPASSO FRÊNICO) - RECUSA DO ESTADO DE PERNAMBUCO EM VIABILIZAR A CIRURGIA DE IMPLANTE DE REFERIDO MARCAPASSO, A DESPEITO DE HAVER SUPOSTAMENTE FALHADO EM SEU DEVER CONSTITUCIONAL DE PROMOVER AÇÕES EFICAZES E ADEQUADAS DE SEGURANÇA PÚBLICA EM FAVOR DA POPULAÇÃO LOCAL (CF, art. 144, “caput”) - DISCUSSÃO EM TORNO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, art. 37, § 6º) - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - DOCTRINA - PRECEDENTES - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA EM FAVOR DA VÍTIMA, NA CAUSA PRINCIPAL, PELO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DO PROCESSO - SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DESSA DECISÃO POR ATO DA PRESIDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MEDIDA DE CONTRACAUTELA QUE NÃO SE JUSTIFICAVA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE SEUS PRESSUPOSTOS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER ESTATAL DE

ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL (CF, arts. 196 e 197) - OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS DA FEDERAÇÃO - CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO DE PERNAMBUCO - DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) - COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) - A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - 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 - A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) - CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) - A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO - 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) - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220) - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.

(STA 223 AgR, Relator(a): ELLEN GRACIE (Presidente), Relator(a) p/ Acórdão: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008, DJe-070 DIVULG 08-04-2014 PUBLIC 09-04-2014 EMENT VOL-02726-01 PP-00001 RTJ VOL-00229-01 PP-00056).

SAÚDE

ARE 727864 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 04/11/2014

Publicação: 13/11/2014

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – 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 – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – 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) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES. 3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II). DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS

POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHE CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA “AD CAUSAM” NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(ARE 727864 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014).

=====2.

PENITENCIÁRIO

ARE 1322627 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 30/08/2021

Publicação: 20/09/2021

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRANSFERÊNCIA DE PRESOS CONDENADOS DEFINITIVAMENTE. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. TEMA 220 DA REPERCUSSÃO GERAL. 1. O acórdão recorrido manteve a sentença de procedência do pedido, a qual determinou ao Estado do Paraná que: (a) promova a transferência dos presos condenados definitivamente do setor de carceragem da 2ª SDP de Laranjeiras do Sul para unidades prisionais mais adequadas; e (b) abstenha-se de custodiar novos presos definitivos no setor de carceragem da 2ª SDP de Laranjeiras do Sul. 2. A decisão recorrida encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta CORTE, firmada no julgamento do RE 592.581-RG Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Tema 220), no sentido de que: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.” 3. Agravo Interno a que se nega provimento.

(ARE 1322627 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 30/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 17-09-2021 PUBLIC 20-09-2021).

=====1

0. SAÚDE

ADPF 756 TPI-Ref

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 22/03/2021

Publicação: 30/03/2021

Ementa do julgado:

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONCESSÃO MONOCRÁTICA. PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES E PERIGO DE DANO PELA DEMORA CONFIGURADO. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19. SERÍSSIMA CRISE SANITÁRIA INSTALADA EM MANAUS. FALTA DE OXIGÊNIO E OUTROS INSUMOS MÉDICO-HOSPITALARES. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE DE PLANO COMPREENSIVO E DETALHADO. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO. I - Plausibilidade das alegações dos requerentes quanto à caótica situação sanitária instalada no sistema de saúde de Manaus, capital do Estado de Amazonas, que está a exigir uma pronta, enérgica e eficaz intervenção por parte das autoridades sanitárias dos três níveis político-administrativos da Federação, particularmente da União. II - Em situações como esta sob análise, marcada por incertezas quanto às medidas mais apropriadas para o enfrentamento da pandemia, incumbe ao Supremo Tribunal Federal exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência às ações e omissões de outros Poderes da República de maneira a garantir a integral observância dos ditames constitucionais, na espécie, daqueles dizem respeito à proteção da vida e da saúde. III – Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para determinar ao Governo Federal que: (i) promova, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências; (ii) apresente a esta Suprema Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros; e (iii) atualize o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional.

(ADPF 756 TPI-Ref, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 29-03-2021 PUBLIC 30-03-2021).

=====4.

EDUCAÇÃO infantil

ARE 639337 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 23/08/2011

Publicação: 15/09/2011

Ementa do julgado:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS

DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento

negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - 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. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também,

se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. (ARE 639337 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

=====9.

DTO PÚBLICO

RE 1060961 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 29/04/2019

Publicação: 07/05/2019

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. ENSINO ESPECIAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. DESPROVIMENTO. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais. 2. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, quanto às necessidades especiais dos autores e à fixação da proporção numérica de professor/aluno por sala de aula, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 279 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista nos arts. 81, § 2º e 1.021, § 4º, do CPC.

(RE 1060961 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 06-05-2019 PUBLIC 07-05-2019).

=====5.

EDUCAÇÃO infantil

RE 410715 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 22/11/2005

Publicação: 03/02/2006

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) -

COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

(RE 410715 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290).

===== 1

0. DTO PÚBLICO

RE 1214757 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 14/06/2021

Publicação: 25/06/2021

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DIREITO CONSTITUCIONAL À SEGURANÇA. TEMA 220 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 592.581-RG. APLICABILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE. APELO EXTREMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PROVIDO. NÃO INCIDÊNCIA, NA HIPÓTESE, DOS ÓBICES DAS SÚMULAS 280 E 283 DO STF. SENTENÇA RESTABELECIDO. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO ULTRA PETITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O recurso extraordinário interposto pelo ora Agravado, o qual foi provido, preencheu todos os pressupostos de admissibilidade. Não incidem, na hipótese, os óbices processuais apontados pelo ora Recorrente, referentes à incidência das Súmulas 280 e 283 do STF. 2. Demonstrada a excepcionalidade da situação, bem como a omissão do ente público, pode o Poder Judiciário, em tema de direitos fundamentais de caráter social, determinar a implantação de políticas públicas, imprescindíveis ao funcionamento da segurança pública, sem que isso ofenda o princípio da separação dos poderes, discussão que se inclui no Tema 220 da sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o RE 592.581-RG. Precedentes. 3. Restabelecida a sentença em sede de recurso extraordinário. Ausência de julgamento ultra petita. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Inaplicável a norma do art. 85, § 11, do CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública. (RE 1214757 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 14/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2021 PUBLIC 25-06-2021).

 11

. SAÚDE

ARE 1227381 AgR-segundo

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 15/05/2020

Publicação: 22/05/2020

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 12.03.2020. INTERNAÇÃO. HOME CARE. ART. 196 DA CF. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AFRONTA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. ALEGADA VIOLAÇÃO AO POSTULADO DA LEGALIDADE. SÚMULA 636. OFENSA REFLEXA. SUPOSTA OFENSA AO POSTULADO DA ISONOMIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. ALTO CUSTO DOS MEDICAMENTOS. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO PARA FINS DE APLICAÇÃO DO TEMA 6 DA REPERCUSSÃO GERAL. 1. O acórdão recorrido, na hipótese, não destoia da jurisprudência desta Corte, quanto à inoportunidade de violação ao princípio da separação dos poderes, eis que o julgamento, pelo Poder Judiciário, da legalidade dos atos dos demais poderes, não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes, especialmente em se tratando de políticas públicas nas questões envolvendo o direito constitucional à saúde. 2. Ademais, na espécie, ressalta-se que a violação do princípio da legalidade demanda necessariamente a análise de normas infraconstitucionais (Portaria 963/2013 e ECA). Aplicável, portanto, in casu, a Súmula 636 do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.” 3. No que tange à suposta ofensa ao postulado da isonomia, para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, seria necessário o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279 do STF. 4. A questão envolvendo o alto custo dos medicamentos não foi objeto de discussão no acórdão recorrido para

fins de aplicação do Tema 6 da repercussão geral, cujo paradigma é o RE 566.471-RG, de relatoria do Min. Marco Aurélio. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Mantida a decisão agravada quanto aos honorários advocatícios, eis que já majorados nos limites do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC.

(ARE 1227381 AgR-segundo, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 15/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 21-05-2020 PUBLIC 22-05-2020).

=====1.

DEFENSORIA PÚBLICA

RE 763667 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 22/10/2013

Publicação: 13/12/2013

Ementa do julgado:

E M E N T A: DEFENSORIA PÚBLICA – DIREITO DAS PESSOAS NECESSITADAS AO ATENDIMENTO INTEGRAL, NA COMARCA EM QUE RESIDEM, PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PRERROGATIVA FUNDAMENTAL COMPROMETIDA POR RAZÕES ADMINISTRATIVAS QUE IMPÕEM, ÀS PESSOAS CARENTES, NO CASO, A NECESSIDADE DE CUSTOSO DESLOCAMENTO PARA COMARCA PRÓXIMA ONDE A DEFENSORIA PÚBLICA SE ACHA MAIS BEM ESTRUTURADA – ÔNUS FINANCEIRO, RESULTANTE DESSE DESLOCAMENTO, QUE NÃO PODE, NEM DEVE, SER SUPORTADO PELA POPULAÇÃO DESASSISTIDA – IMPRESCINDIBILIDADE DE O ESTADO PROVER A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL COM MELHOR ESTRUTURA ADMINISTRATIVA – MEDIDA QUE SE IMPÕE PARA CONFERIR EFETIVIDADE À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INSCRITA NO ART. 5º, INCISO LXXIV, DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – 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 ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: 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) – DOUTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(RE 763667 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013).

=====12

. SAÚDE

RE 368564

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. MENEZES DIREITO

Redator(a) do acórdão: Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 13/04/2011

Publicação: 10/08/2011

Ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. SAÚDE – TRATAMENTO – DEVER DO ESTADO. Consoante disposto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis.

(RE 368564, Relator(a): MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/04/2011, DJe-153 DIVULG 09-08-2011 PUBLIC 10-08-2011 EMENT VOL-02563-01 PP-00064 RSJADV set., 2011, p. 51-68).

=====6.

EDUCAÇÃO INFANTIL - alimentação infantil

ARE 1289323 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 04/10/2021

Publicação: 13/10/2021

Ementa do julgado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR – PNAE. ARTS. 2º E 167, I, DA CF. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. IMPROCEDÊNCIA. LIMITAÇÕES DE ORDEM ORÇAMENTÁRIA E

FINANCEIRA. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1. Para se concluir, como pretende a parte Recorrente, pela ocorrência de limitações de ordem orçamentária e financeira, em relação às medidas determinadas pelo Tribunal a quo, necessário seria o reexame de legislação infraconstitucional (Lei orçamentária anual - LOA), providência inviável na via do recurso extraordinário. 2. O acórdão recorrido decidiu a causa em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o Poder Judiciário pode, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da política pública voltada à alimentação escolar, sem que isso configure violação ao princípio da separação de poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública.

(ARE 1289323 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 11-10-2021 PUBLIC 13-10-2021).

=====13

. SAÚDE

RE 581488

Tipo de julgado: Acórdão

Repercussão Geral – Mérito (Tema 579)

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 03/12/2015

Publicação: 08/04/2016

Ementa do julgado:

EMENTA Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Acesso de paciente à internação pelo sistema único de saúde (SUS) com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. Inconstitucionalidade. Validade de portaria que exige triagem prévia para a internação pelo sistema público de saúde. Alcance da norma do art. 196 da Constituição Federal. Recurso extraordinário a que se nega provimento. 1. É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. 2. O procedimento da “diferença de classes”, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da Constituição Federal. 3. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 581488, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016).

INTERVENÇÃO FEDERAL
IF 470**Tipo de julgado:** Acórdão**Órgão julgador:** Tribunal Pleno**Relator(a):** Min. MARCO AURÉLIO**Redator(a) do acórdão:** Min. GILMAR MENDES**Julgamento:** 26/02/2003**Publicação:** 20/06/2003**Ementa do julgado:**

EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido.

(IF 470, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/2003, DJ 20-06-2003 PP-00065 EMENT VOL-02115-01 PP-00007).

PENITENCIÁRIO
ADPF 347 MC**Tipo de julgado:** Acórdão**Órgão julgador:** Tribunal Pleno**Relator(a):** Min. MARCO AURÉLIO**Julgamento:** 09/09/2015**Publicação:** 19/02/2016**Ementa do julgado:**

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos

Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

(ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

=====1.

ESTATUTO DO IDOSO

ADI 3768

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 19/09/2007

Publicação: 26/10/2007

Ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 3768, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-04 PP-00597 RTJ VOL-00202-03 PP-01096).

=====11

. DTO PÚBLICO

RE 796347 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 24/03/2015

Publicação: 14/05/2015

Ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(RE 796347 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 13-05-2015 PUBLIC 14-05-2015).

=====1.

DIREITO DE GREVE - SERVIDORES PÚBLICOS - DISSÍDIO COLETIVO

Rcl 6568

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 21/05/2009

Publicação: 25/09/2009

Ementa do julgado:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS CIVIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. SERVIÇOS OU ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR O DISSÍDIO. ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO DE GREVE. ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEI N. 7.783/89. INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO NÃO ABSOLUTO. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE EM RAZÃO DA ÍNDOLE DE DETERMINADAS ATIVIDADES PÚBLICAS. AMPLITUDE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 712. ART. 142, § 3º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO ÀS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI n. 712, afirmou entendimento no sentido de que a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, é ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis, mas ao Poder Judiciário dar concreção ao artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, suprimindo omissões do Poder Legislativo. 2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça -- - aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil. 3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é despreendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça --- onde as carreiras de Estado, cujos

membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV]. 4. No julgamento da ADI 3.395, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação conforme ao artigo 114, inciso I, da Constituição do Brasil, na redação a ele conferida pela EC 45/04, afastou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e entes da Administração à qual estão vinculados. Pedido julgado procedente.

(Rcl 6568, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-02 PP-00736).

=====A

NISTIA - INDENIZAÇÃO

RE 553710

Tipo de julgado: Acórdão

Repercussão Geral – Mérito (Tema 394)

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 23/11/2016

Publicação: 31/08/2017

Ementa do julgado:

EMENTA Direito Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Anistiado político. Pagamento retroativo de prestação mensal concedida. Norma que torna vinculante requisição ou decisão administrativa de órgão competente que determina o pagamento pela União. Dívida da Fazenda Pública que não foi reconhecida por decisão do Poder Judiciário. Afastamento do regime do art. 100 da Constituição Federal. Obrigação de fazer que está sendo descumprida. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Tese fixada. 1. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 167, II, e 169, § 1º, I e II, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de se determinar o pagamento imediato, em sede de mandado de segurança, de valores retroativos devidos a título de reparação econômica a anistiados políticos, assim declarados com base em portaria expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, com fundamento no art. 8º, caput, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e na lei. 2. Declarado anistiado político por portaria do Ministro de Estado da Justiça, a falta de cumprimento da determinação de providências por parte da União, por intermédio do Ministério competente, no prazo previsto no parágrafo único do art. 18 da Lei nº 10.599/2002 caracteriza omissão ilegal e violação de direito líquido e certo. 3. O art. 12, § 4º, da Lei nº 10.559/2002 tornou vinculante a decisão administrativa ao estabelecer que “as requisições e decisões proferidas pelo Ministro de Estado da Justiça nos processos de anistia política serão obrigatoriamente cumpridas no prazo de sessenta dias, por todos os órgãos da Administração Pública e quaisquer outras entidades a que estejam dirigidas”. A ressalva inserida na última parte desse parágrafo não serve para tornar sem eficácia a primeira parte do enunciado normativo. A obrigação existe, inclusive houve na espécie a inclusão no orçamento das despesas decorrentes da decisão administrativa vinculante. 4. Não há que se aplicar o regime jurídico do art. 100 da Constituição Federal se a Administração Pública reconhece, administrativamente, que o anistiado possui direito ao valor decorrente da concessão da anistia. A dívida da Fazenda Pública não foi reconhecida por meio de uma decisão do Poder

Judiciário. A discussão cinge-se, na verdade, ao momento do pagamento. O direito líquido e certo do impetrante já foi reconhecido pela portaria específica que declarou sua condição de anistiado, sendo, então, fixado valor que lhe era devido, de cunho indenizatório. O que se tem, na espécie, é uma obrigação de fazer por parte da União que está sendo descumprida. Fundamentos na doutrina e nos julgados da Suprema Corte. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. 6. **Fixada a seguinte tese de repercussão geral**, dividida em três pontos: i) Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, caput e parágrafo único, da Lei nº 10.599/02, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo. ii) Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de 60 dias. iii) Na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte.

(RE 553710, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 30-08-2017 PUBLIC 31-08-2017).

4. SAÚDE

SL 47 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente)

Julgamento: 17/03/2010

Publicação: 30/04/2010

Ementa do julgado:

EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

(SL 47 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001).

5. SAÚDE - medicamentos -responsabilidade solidária entes da federação

Tipo de julgado: Acórdão

STA 175 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente)

Julgamento: 17/03/2010

Publicação: 30/04/2010

Ementa do julgado:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STA 175 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070).

=====7.

EDUCAÇÃO - piso nacional - 1/3 tempo atividades extraclasse

ADI 4167

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 27/04/2011

Publicação: 24/08/2011

Ementa do julgado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, CAPUT, II E III E 8º, TODOS DA LEI 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO. 1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008). 2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador. 3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008.

(ADI 4167, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, DJe-162 DIVULG 23-08-2011 PUBLIC 24-08-2011 EMENT VOL-02572-01 PP-00035 RTJ VOL-00220-01 PP-00158 RJTJRS v. 46, n. 282, 2011, p. 29-83).

8.

SAÚDE- medicamentos -
STP 101 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente)

Julgamento: 03/10/2019

Publicação: 13/12/2019

Ementa do julgado:

EMENTA Agravo em suspensão de tutela provisória. Ordem judicial, em ação civil pública, que determinou à União a elaboração de novo protocolo clínico que contemplasse medicamento não incorporado pelo SUS. Elaboração de novo protocolo clínico pelo Ministério da Saúde. Impasse na incorporação do medicamento. Parecer da CONITEC pela ausência de evidência científica da efetividade do medicamento e pela existência de fortes vieses nos estudos clínicos sobre sua utilização. Alto custo da incorporação. Suspensão concedida. Agravo regimental não provido. 1. Consoante precedente do Supremo Tribunal Federal nos autos da STA nº 175, há que ser considerada a motivação para a não promoção de determinada ação de saúde pelo SUS, pois há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender inexistirem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. 2. No caso, quando da elaboração do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Diabetes Mellitus Tipo 1 (Portaria Conjunta nº 08, de 15 de março de 2018), houve expressa recomendação da CONITEC de não utilização das insulinas análogas de longa duração no SUS, com base na constatação de que não haveria evidência qualificada de segurança ou efetividade que justificasse a recomendação da medicação mesmo em subgrupos específicos de pacientes com DM1. Indicação de que há vieses nos estudos clínicos de utilização das insulinas análogas de longa duração. 3. Impasse que evidencia o risco de grave lesão à ordem sanitária, máxime quando observado que as decisões judiciais de origem atribuíram ao Ministério da Saúde a adoção dos critérios por meio dos quais se faria o atendimento aos pacientes portadores do diabetes melito tipo 1; e é esse mesmo órgão que não tem encontrado as evidências científicas para adoção dos medicamentos determinados na ação judicial. 4. A pretendida incorporação ensejaria, ainda, gasto incremental em relação à insulina humana NPH, entre R\$ 1,1 bilhões (glargina Basaglar®) e R\$ 3,7 bilhões (degludeca), a indicar risco à ordem econômica. 5. Houve demonstração, por outro lado, de que a CONITEC está buscando a solução do impasse científico, tendo requerido às secretarias estaduais de saúde já fornecedoras da medicação informações quanto às evidências relativas ao fornecimento das insulinas análogas de longa duração no controle do evento hipoglicemia em pacientes portadores de diabetes melito tipo 1. 6. A decisão agravada assegurou a possibilidade de adoção pelo juízo de origem de medidas cautelares para a superação do impasse. 7. Agravo regimental não provido.

(STP 101 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-277 DIVULG 12-12-2019 PUBLIC 13-12-2019).

2.

DEFENSORIA PÚBLICA - criação

AI 598212 ED

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Segunda Turma

Julgamento: 25/03/2014

Publicação: 24/04/2014

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Ementa do julgado:

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – **O RECONHECIMENTO**, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “**DIREITO A TER DIREITOS**” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS **DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS** (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – 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 ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: 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) – DOCTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – “THEMA DECIDENDUM” QUE SE RESTRINGE AO PLEITO DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na “criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana” – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE. - Assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. - O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. - É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado

à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um “facere” (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare” resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina. - É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Precedentes. Doutrina. - A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional – porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) – autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 – RTJ 164/158-161 – RTJ 174/687 – RTJ 183/818-819 – RTJ 185/794-796, v.g.. Doutrina. (AI 598212 ED, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014 RTJ VOL-00235-01 PP-00195).

=====2.

Intervenção Federal

IF 1262

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO (Presidente)

Redator(a) do acórdão: Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 26/02/2003

Publicação: 06/02/2004

Ementa do julgado:

INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro

de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido.

(IF 1262, Relator(a): MARCO AURÉLIO (Presidente), Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/2003, DJ 06-02-2004 PP-00055 EMENT VOL-02138-02 PP-00219).

=====1.

ELEITORAL -valoração de contas no TSE de candidato

AI 747402 AgR

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 27/05/2014

Publicação: 19/08/2014

Ementa do julgado:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Alegada existência de discussão de matéria constitucional, a permitir o conhecimento do recurso. Decisão atacada que apreciou adequadamente as questões em debate nestes autos. Eventuais ofensas que se referem, de fato, ao plano infraconstitucional. Precedentes. 1. Discussão acerca da valoração do julgamento efetuado pelo Tribunal Superior Eleitoral a respeito de rejeição de contas de candidato, porque dependente da análise de normas infraconstitucionais, configura ofensa meramente reflexa à Constituição Federal. 2. Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. 3. Agravo regimental não provido.

(AI 747402 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 18-08-2014 PUBLIC 19-08-2014).

=====1.

PROCESSO LEGISLATIVO - criação de município - omissão constitucional

ADI 3316

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 09/05/2007

Publicação: 29/06/2007

Ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1.998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA.

SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.

1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Santo Antônio do Leste importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção -- - apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1.998, do Estado do Mato Grosso.

(ADI 3316, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00021 EMENT VOL-02282-03 PP-00538 RCJ v. 21, n. 135, 2007, p. 101-102).

=====1

6. SAÚDE - medicamentos - sem registro ANVISA

RE 657718

Tipo de julgado: Acórdão

Repercussão Geral – Mérito (Tema 500)

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Redator(a) do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 22/05/2019

Publicação: 09/11/2020

Ementa do julgado:

Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

(RE 657718, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020).

=====2.

Processo legislativo - criação de município

ADI 3689

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 10/05/2007

Publicação: 29/06/2007

Ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.066, DO ESTADO DO PARÁ, QUE ALTERANDO DIVISAS, DESMEMBROU FAIXA DE TERRA DO MUNICÍPIO DE ÁGUA AZUL DO NORTE E INTEGROU-A AO MUNICÍPIO DE OURILÂNDIA DO NORTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.

1. A fração do Município de Água Azul do Norte foi integrada ao Município de Ourilândia do Norte apenas formalmente pela Lei estadual n. 6.066, vez que materialmente já era esse o município ao qual provia as necessidades essenciais da população residente na gleba desmembrada. Essa fração territorial fora já efetivamente agregada, assumindo existência de fato como parte do ente federativo --- Município de Ourilândia do Norte. Há mais de nove anos. 2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Ourilândia do Norte, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua conseqüente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A integração da gleba objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 6.066, de 14 de agosto de 1.997, do Estado do Pará.

(ADI 3689, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00635).

=====3.
 PROCESSO LEGISLATIVO - criação de município

ADI 2240

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 09/05/2007

Publicação: 03/08/2007

Ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção -- - apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a

decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia. (ADI 2240, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279).

=====4.
PROCESSO LEGISLATIVO - criação de município

ADI 3489

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 09/05/2007

Publicação: 03/08/2007

Ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.294, DE 22 DE JUNHO DE 2.002, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE ANEXO A LOCALIDADE DE VILA ARLETE, DESMEMBRADA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS NOVOS, AO MUNICÍPIO DE MONTE CARLO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.

1. A localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos, foi efetivamente integrada ao Município de Monte Carlo. 2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Monte Carlo, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua conseqüente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. O desmembramento e integração da localidade de Vila Arlete objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-

se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 12.294, de 22 de junho de 2002, do Estado de Santa Catarina.

(ADI 3489, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-03 PP-00425).

=====1

7. SAÚDE E MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO - substância tóxica..

ADI 4066

Tipo de julgado: Acórdão

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 24/08/2017

Publicação: 07/03/2018

Ementa do julgado:

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.055/1995. EXTRAÇÃO, INDUSTRIALIZAÇÃO, UTILIZAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E TRANSPORTE DO ASBESTO/AMIANTO E DOS PRODUTOS QUE O CONTENHAM. AMIANTO CRISOTILA. LESIVIDADE À SAÚDE HUMANA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE NÍVEIS SEGUROS DE EXPOSIÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO – ANPT. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ANAMATRA. ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REPRESENTATIVIDADE NACIONAL. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. MÉRITO. AMIANTO. VARIEDADE CRISOTILA (ASBESTO BRANCO). FIBRA MINERAL. CONSENSO MÉDICO ATUAL NO SENTIDO DE QUE A EXPOSIÇÃO AO AMIANTO TEM, COMO EFEITO DIRETO, A CONTRAÇÃO DE DIVERSAS E GRAVES MORBIDADES. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. RECONHECIMENTO OFICIAL. PORTARIA Nº 1.339/1999 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. RISCO CARCINOGÊNICO DO ASBESTO CRISOTILA. INEXISTÊNCIA DE NÍVEIS SEGUROS DE EXPOSIÇÃO. LIMITES DA COGNIÇÃO JURISDICIONAL. QUESTÃO JURÍDICO-NORMATIVA E QUESTÕES DE FATO. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA. ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. FONTE POSITIVA DA AUTORIZAÇÃO PARA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO

ASBESTO CRISOTILA. LEI Nº 9.976/2000. LEGISLAÇÃO FEDERAL ESPECÍFICA E POSTERIOR. INDÚSTRIA DE CLORO. USO RESIDUAL. TRANSIÇÃO TECNOLÓGICA. SITUAÇÃO ESPECÍFICA NÃO ALCANÇADA PELA PRESENTE IMPUGNAÇÃO. TOLERÂNCIA AO USO DO AMIANTO CRISOTILA NO ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. EQUACIONAMENTO. LIVRE INICIATIVA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VALOR SOCIAL DO TRABALHO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, PROGRESSO SOCIAL E BEM-ESTAR COLETIVO. LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. COMPATIBILIZAÇÃO. ARTS. 1º, IV, 170, CAPUT, 196 E 225, CAPUT E § 1º, V, DA CF. AUDIÊNCIA PÚBLICA (ADI 3.937/SP) E AMICI CURIAE. CONTRIBUIÇÕES AO DEBATE. JURISPRUDÊNCIA DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO COMÉRCIO – OMC. PROIBIÇÃO À IMPORTAÇÃO DE ASBESTO. MEDIDA JUSTIFICADA. ART. XX DO ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS E COMÉRCIO – GATT. PROTEÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE HUMANA. CONVENÇÕES NºS 139 E 162 DA OIT. CONVENÇÃO DE BASILEIA SOBRE O CONTROLE DE MOVIMENTOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE RESÍDUOS PERIGOSOS E SEU DEPÓSITO. REGIMES PROTETIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SUPRALEGALIDADE. COMPROMISSOS INTERNACIONAIS. INOBSERVÂNCIA. ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. PROTEÇÃO INSUFICIENTE. ARTS. 6º, 7º, XXII, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. QUÓRUM CONSTITUÍDO POR NOVE MINISTROS, CONSIDERADOS OS IMPEDIMENTOS. CINCO VOTOS PELA PROCEDÊNCIA E QUATRO VOTOS PELA IMPROCEDÊNCIA. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 23 DA LEI Nº 9.868/1999. NÃO ATINGIDO O QUÓRUM PARA PRONÚNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. 1. Evidenciada a representatividade nacional das entidades de classe autoras, nos moldes do art. 103, IX, da Constituição da República e do art. 2º, IX, da Lei nº 9.868/1999. Atendido o requisito da pertinência temática, presente a correlação entre a norma impugnada e as finalidades institucionais das associações autoras. Discussão envolvendo matéria ínsita ao campo de atuação institucional tanto da magistratura do trabalho quanto dos membros do Ministério Público do Trabalho, a saber, a alegada existência de consenso médico-científico no tocante ao efeito prejudicial da exploração do amianto crisotila para a saúde dos trabalhadores da indústria e da mineração, questão de saúde, higiene e segurança do trabalho. Precedente: ADI 5458 (Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 02.8.2017). Preliminar de ilegitimidade ativa ad causam rejeitada. 2. O consenso médico atual identifica, para além de qualquer dúvida razoável, a contração de diversas doenças graves como efeito direto da exposição ao amianto. A Portaria nº 1.339/1999 do Ministério da Saúde imprime reconhecimento oficial à relação de causalidade entre a exposição ao asbesto ou amianto, inclusive da variedade crisotila, e as seguintes doenças: neoplasia maligna do estômago, neoplasia maligna da laringe, neoplasia maligna dos brônquios e do pulmão, mesotelioma da pleura, mesotelioma do peritônio, mesotelioma do pericárdio, placas epicárdicas ou pericárdicas, asbestose, derrame pleural e placas pleurais. 3. Posição oficial da Organização Mundial da Saúde – OMS no sentido de que: (a) todos os tipos de amianto causam câncer no ser humano, não tendo sido identificado limite algum para o risco carcinogênico do crisotila; (b) o aumento do risco de desenvolvimento de câncer tem sido observado mesmo em populações submetidas a níveis muito baixos de exposição; (c) o meio mais eficiente de eliminar as doenças relacionadas ao mineral é eliminar o uso de todos os tipos de asbesto. 4. Risco significativo de exposição presente não apenas na cadeia produtiva do amianto, mas também para familiares que vivem com trabalhadores desse setor, para a população nas proximidades de minas e indústrias de amianto, para a população consumidora de produtos finais contendo amianto na

composição e para pessoas expostas a rejeitos ou descartes de materiais contendo amianto. Quadro justificador da adoção de instrumentos normativos, nos planos doméstico e internacional, voltados ao controle e eliminação progressiva do uso do amianto. 5. Limites da cognição jurisdicional. Residem fora da alçada do Supremo Tribunal Federal os juízos de natureza técnico-científica sobre questões de fato, acessíveis pela investigação técnica e científica, como a nocividade ou o nível de nocividade da exposição ao amianto crisotila e a viabilidade da sua exploração econômica segura. A tarefa da Corte – de caráter normativo – há de se fazer inescapavelmente embasada nas conclusões da comunidade científica – de natureza descritiva. Questão jurídica a decidir: se, em face do que afirma o consenso médico e científico atual, a exploração do amianto crisotila, na forma como autorizada pela Lei nº 9.055/1995, é compatível com a escolha política, efetuada pelo Poder Constituinte, de assegurar, a todos os brasileiros, os direitos à saúde e à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Precedente: ADPF 101 (Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 24.6.2009). 6. Análise da jurisprudência: ADI 2.396/MS, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 01.8.2003; ADI 2.656/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 01.8.2003; ADI 3.937-MC/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 10.10.2008. Art. 2º da Lei nº 9.055/1995 como fonte positiva da autorização para a extração, a industrialização, a comercialização e a utilização do asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco). 7. O uso residual e transitório do amianto crisotila na indústria química para a obtenção de cloro pelo processo de eletrólise com diafragma de amianto é disciplinado em legislação específica e posterior à Lei nº 9.055/1995 (Lei nº 9.976/2000), não objeto da presente impugnação. 8. Legitimidade constitucional da tolerância ao uso do amianto crisotila, como estampada no preceito impugnado, equacionada à luz da livre iniciativa, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do direito à saúde e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. A Constituição autoriza a imposição de limites aos direitos fundamentais quando necessários à conformação com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. O direito fundamental à liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da CF) há de ser compatibilizado com a proteção da saúde e a preservação do meio ambiente. Precedente: AC 1.657, Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, DJe 30.8.2007. Dever estatal de agir positivamente quanto à regulação da utilização, na indústria, de matérias-primas comprovadamente nocivas à saúde humana. A cláusula constitucional da proteção à saúde constrange e ampara o legislador – Federal, Estadual, Distrital e Municipal – ao excluir previamente certos arranjos normativos, com ela incompatíveis, do leque de escolhas políticas possíveis, ao mesmo tempo em que cria uma esfera de legitimação para intervenções político-normativas que, democraticamente legitimadas, traduzem inferências autorizadas pelo preceito constitucional. 9. O art. 225, § 1º, V, da CF (a) legitima medidas de controle da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportam risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, sempre que necessárias, adequadas e suficientes para assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; (b) deslegitima, por insuficientes, medidas incapazes de aliviar satisfatoriamente o risco gerado para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente; e (c) ampara eventual vedação, banimento ou proibição dirigida a técnicas, métodos e substâncias, quando nenhuma outra medida de controle se mostrar efetiva. 10. Contribuições ao debate trazidas em audiência pública (ADI 3.937/SP) e por amici curiae. Estado da arte da pesquisa médico-científica. Dados e subsídios técnicos a referendar, no seu conjunto, a conclusão de que, no estágio atual, o conhecimento científico acumulado permite afirmar, para além da dúvida razoável, a nocividade do amianto crisotila à saúde humana e ao meio ambiente. Consenso técnico e científico hoje estabelecido, no tocante às premissas fáticas de que (i) todos os tipos de amianto provocam

câncer, não tendo sido identificado nenhum limite para o risco carcinogênico do crisotila, e (ii) a sua substituição, para os usos regulados pela Lei nº 9.055/1995, se mostra absolutamente viável sob o aspecto econômico. 11. Convenção nº 139 da OIT, sobre a Prevenção e o Controle de Riscos Profissionais causados pelas Substâncias ou Agentes Cancerígenos. Convenção nº 162 da OIT, sobre o uso do asbesto. Resolução da OIT sobre o Asbesto (2006). Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Status de supralegalidade dos regimes protetivos de direitos fundamentais. Inobservância das obrigações, assumidas no plano internacional, de (i) promover a redução dos níveis de exposição de forma consistente e progressiva, (ii) substituir, sempre que possível, o uso do amianto crisotila por materiais menos perigosos e (iii) reduzir a geração de resíduos perigosos ao mínimo possível. 12. A jurisprudência do Órgão de Apelação da Organização Internacional do Comércio – OMC é no sentido de que a proibição à importação de asbesto e de produtos que o contenham, em legislação doméstica, é consistente com acordos celebrados no âmbito da OMC, não configura discriminação arbitrária nem injustificada, tampouco restrição disfarçada ao comércio internacional, e tem amparo no Artigo XX do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT, que autoriza medidas restritivas ao comércio que sejam necessárias para proteger a vida ou a saúde humana, no Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e no Acordo Sobre Barreiras Técnicas ao Comércio. 13. À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. Juízo de procedência da ação no voto da Relatora. 14. Quórum de julgamento constituído por nove Ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência da ação direta, a fim de declarar a inconstitucionalidade, por proteção deficiente, da tolerância ao uso do amianto crisotila, da forma como encartada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, em face dos arts. 7º, XXII, 196 e 225 da Constituição da República. Quatro votos pela improcedência. Não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei nº 9.868/1999), maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República), para proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, a destituir de eficácia vinculante o julgado. 15. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, não atingido o quórum exigido pelo art. 97 da Constituição da República para a pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995.

(ADI 4066, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018).

=====SUPERIOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) 49 Acórdãos

=====

1. PREVIDENCIÁRIO (Ñ ANÁLISE)

AREsp 1932893 / MS

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

2021/0227809-8

RELATOR(A)

Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)

ÓRGÃO JULGADOR

T2 - SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

16/11/2021

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 16/12/2021

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 11, 489 E 1.022 DO CPC/2015 NÃO CARACTERIZADA. AUXÍLIO-DOENÇA. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO. ART. 60, § 8º, DA LEI 8.213/1991. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA A CARGO DO INSS. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DE DIREITO INFRACONSTITUCIONAL.

1. Não se configurou a ofensa aos arts. 11, 489 e 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, "o art. 60, § 8º, da Lei 8.213/1991, é claro ao consignar que o prazo final para pagamento do auxílio-doença deverá ser fixado sempre que possível, o que implica reconhecer que haverá casos em que tal data não poderá ser fixada, não havendo que se falar, assim, na obrigatoriedade legal de fixação do termo final da prestação concedida na via judicial" (AgInt no AREsp 1.539.870/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 1º/10/2020).

3. Outrossim, "a cessação automática prevista no § 9º, do artigo 60, da Lei 8.213/91 somente se dá quando houver omissão na decisão que concede o benefício" (AgInt no AREsp 1.767.832/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/3/2021).

4. Na hipótese, não houve omissão na decisão judicial. O Tribunal de origem não estabeleceu prazo final em virtude das particularidades da situação analisada, consignando expressamente a manutenção do benefício até que o INSS verifique, por meio de perícia médica, a manutenção ou não da capacidade laboral da requerente.

5. Desse modo, verifica-se que o acórdão impugnado encontra-se em consonância com a orientação do STJ, razão pela qual não merece reforma.

6. Por fim, esclareço que inexistente violação à cláusula de reserva de plenário, pois, conforme demonstra o Tribunal de origem, não houve declaração de inconstitucionalidade dos artigos invocados, mas tão somente a interpretação sistemática dos dispositivos legais aplicáveis ao caso concreto, com base na jurisprudência do STJ, não havendo, assim, ofensa aos arts. 948 e 949 do CPC/2015.

7. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Especial.

(AREsp 1932893/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 16/12/2021).

1. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

REsp 1776017 / RJ

RECURSO ESPECIAL

2018/0224488-1

RELATOR(A)

Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150)

ÓRGÃO JULGADOR

T3 - TERCEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

06/04/2021

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 13/04/2021

Ementa do julgado:

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA **EX-GESTORES DE FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA**, EM RAZÃO DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS CONSIDERADAS ILÍCITAS (EM PROCESSO ADMINISTRATIVO). **CONTROVÉRSIA ACERCA DO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL**. NECESSIDADE DE SE AFERIR O MOMENTO EM QUE O TITULAR DO DIREITO LESADO TEM INEQUÍVOCA CIÊNCIA DA VIOLAÇÃO E DE TODA A SUA EXTENSÃO, NO QUE SE INSERE O CONHECIMENTO A RESPEITO DO CARÁTER ILÍCITO, INEXISTINDO CONDIÇÃO ALGUMA QUE O OBSTE DE PROMOVER A PRETENSÃO REPARATÓRIA EM JUÍZO. CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO INTENTADO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, NO CASO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. RECURSO ESPECIAL DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DOS EX-GESTORES PREJUDICADO.

1. O surgimento da pretensão ressarcitória não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da violação e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, condição alguma que o impeça de exercer o correlato direito de ação (pretensão). O instituto da prescrição tem por escopo conferir segurança jurídica e estabilidade às relações sociais, apenando, por via transversa, o titular do direito que, por sua exclusiva incúria, deixa de promover oportuna e tempestivamente sua pretensão em juízo.

2. Não se concebe, nessa medida, que o titular do direito subjetivo violado tenha contra si o início, bem como o transcurso do lapso prescricional, em circunstâncias nas quais não detém nenhuma possibilidade de exercitar sua pretensão, justamente por não se evidenciar, nessa hipótese, nenhum comportamento negligente de sua parte.

3. No específico caso dos autos, a questão que se coloca é saber se, durante a administração dos diretores executivos responsáveis pelas operações financeiras causadoras do prejuízo em questão, período no qual se deu justamente a instauração do procedimento administrativo no âmbito do Ministério da Previdência Social para apurar a irregularidade/ilicitude de tais investimentos, seria possível à entidade de previdência privada, em contrariedade aos interesses de seus próprios dirigentes com poder de gestão, e, antes mesmo do desfecho do processo administrativo, conhecer o caráter ilícito do correlato investimento, para então, postular em juízo a responsabilidade dos administradores.

4 Ainda que se reconheça, tal como ponderado pelo Tribunal de origem, que a negociação dos recursos financeiros no **mercado de capitais** em exame não se dá de modo sigiloso, havendo, inclusive, Conselhos Deliberativos e Fiscal independentes, com a função de supervisionar, internamente, a regularidade de tais operações, refoge da realidade dos fatos supor que os então administradores, com poderes de gestão, intentariam, em nome da entidade, uma ação ressarcitória contra si, pelos prejuízos por eles supostamente causados.

4.1 Tomando-se, em tese, como termo inicial, a posse da nova diretoria (4/1/2007) - momento em que não mais haveria óbice, no âmbito interno da entidade de previdência privada, para o exercício da pretensão - o protesto efetuado em 7/1/2010 (primeiro dia útil após o recesso forense), na linha da jurisprudência do STJ, teria o condão de interromper o prazo prescricional trienal, a ensejar a conclusão de que o ajuizamento da ação, em 5/8/2012, deu-se dentro do prazo que recomeçou a contar do protesto. A insurgência recursal, por tal constatação, já mereceria provimento.

5. Superada esta inviabilidade prática, que se deu no âmbito interno da pessoa jurídica, tem-se, ainda assim, que, no específico caso dos autos, a entidade de previdência privada somente obteve condições de conhecer integralmente o caráter ilícito das operações financeiras feitas pelos seus ex-diretores executivos, a viabilizar sua pretensão ressarcitória em juízo, a partir da decisão definitiva no âmbito do processo administrativo.

5.1 Para tanto, é de suma relevância registrar que, a par do indiscutível caráter contratual do regime de previdência privada, a reger as relações jurídicas entre participantes e entidade, sobressai, de modo relevante, ante a fundamentalidade do direito social à previdência, o seu caráter institucional, com o estabelecimento de normas cogentes e ativa atuação estatal na disciplina, coordenação e supervisão de tais entidades, sobretudo no que diz respeito às operações financeiras por estas praticadas, a fim de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios previdenciários.

5.2 Os investimentos realizados pela entidade de previdência privada, a partir das reservas aportadas nos fundos de pensão, a despeito de se encontrarem sujeitos aos riscos naturais do mercado financeiro, devem observar regramentos legais próprios e padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, a fim de garantir que os assistidos recebam o benefício previdenciário no tempo e modo voluntariamente contratado.

5.3 Veja-se, portanto, que o caráter ilícito das operações financeiras realizadas pelos ex-diretores executivos da entidade de previdência privada não decorre - tampouco se pode supor conhecido - a partir da simples constatação de que o correlato investimento revelou-se negativo, ou menos lucrativo do que o esperado.

Mostra-se, assim, de todo impróprio supor que a entidade, já por ocasião das operações financeiras que redundaram em prejuízo, teve integral ciência da lesão, sobretudo quanto ao seu caráter ilícito, a viabilizar o manejo de sua pretensão ressarcitória contra os gestores, como compreendeu o Tribunal de origem.

5.4 O procedimento administrativo instaurado pela Administração Pública (principalmente seu desfecho), a fim de apurar a ilicitude de uma operação financeira, em princípio regular, praticada pela entidade de previdência privada, não pode ser considerado um fato indiferente ao conhecimento da entidade privada sobre o caráter ilícito de tais investimentos, a viabilizar sua pretensão ressarcitória em juízo contra os então gestores, de modo sério e seguro (não temerário).

5.5 Refoge do sistema de responsabilidades (civil, penal e administrativo), ao qual se deve conferir interpretação harmônica, tornar prejudicada a ação de responsabilização civil contra os gestores pela prescrição, quando, em trâmite, a apuração do caráter ilícito, pela Administração Pública, das operações financeiras praticadas pela entidade de previdência privada, sujeita, por expressa determinação legal, à fiscalização estatal.

5.6 A independência entre as instâncias judicial e administrativa pressupõe, como anteriormente assentado, a inexistência de vinculação do Poder Judiciário com relação ao que for apurado administrativamente. Tampouco se olvida que, em regra, não há necessidade de se aguardar o esgotamento da instância administrativa para viabilizar o ajuizamento da ação ressarcitória. É possível, entretanto, cogitar situação prática em que a decisão definitiva da Administração Pública, notadamente em se atentando para o seu papel central na regulação de certos segmentos, é determinante para imprimir, ao menos *prima facie*, o caráter ilícito de determinado ato, sem o

qual o titular do direito potencialmente lesado não tem base segura para responsabilizar o causador do dano e, por isso, viabilizar sua pretensão em juízo.

5.7 Ressai claro, especialmente da causa de pedir vertida na inicial, que sem o reconhecimento, pela Administração Pública, do caráter ilícito das operações financeiras praticadas pelos ex-administradores, conferindo-se à parte lesada, no caso dos autos, ciência a esse respeito, a presente ação ressarcitória contra os administradores responsáveis pelo investimento afigurar-se-ia não apenas sem sustentação sólida, mas, possivelmente, nem sequer seria promovida.

6. Recurso especial da Entidade de previdência privada provido e prejudicado o recurso especial dos ex-gestores.

(REsp 1776017/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 13/04/2021).

=====2.

PREVIDENCIÁRIO (Ñ ANÁLISE)

REsp 1381734 / RN

RECURSO ESPECIAL

2013/0151218-2 de tema: Tema Repetitivo 979

RELATOR(A)

Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142)

ÓRGÃO JULGADOR

S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

DATA DO JULGAMENTO

10/03/2021

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 23/04/2021

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 979. ARTIGO 1.036 DO CPC/2015. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 884 E 885 DO CÓDIGO CIVIL/2002. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. ART. 115, II, DA LEI N. 8.213/1991. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE **INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA E MÁ APLICAÇÃO DA LEI. NÃO DEVOLUÇÃO. ERRO MATERIAL DA ADMINISTRAÇÃO.** POSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO SOMENTE NA HIPÓTESE DE ERRO EM QUE OS ELEMENTOS DO CASO CONCRETO NÃO PERMITAM CONCLUIR PELA INEQUÍVOCA PRESENÇA DA BOA-FÉ OBJETIVA.

1. Da admissão do recurso especial: Não se conhece do recurso especial quanto à alegada ofensa aos artigos 884 e 885 do Código Civil, pois não foram prequestionados. Aplica-se à hipótese o disposto no enunciado da Súmula 211 do STJ. O apelo especial que trata do dissídio também não comporta conhecimento, pois não indicou as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os precedentes colacionados e também por ausência de cotejo analítico e similitude entre as hipóteses apresentadas. Contudo, merece conhecimento o recurso quanto à suposta ofensa ao art. 115, II, da lei n. 8.213/1991.

2. Da limitação da tese proposta: A afetação do recurso em abstrato diz respeito à seguinte tese: Devolução ou não de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração da Previdência Social.

3. Irrepetibilidade de valores pagos pelo INSS em razão da errônea interpretação e/ou má aplicação da lei: O beneficiário não pode ser penalizado pela interpretação errônea ou má aplicação da lei previdenciária ao receber valor além do devido. Diz-se desse modo porque

também é dever-poder da Administração bem interpretar a legislação que deve por ela ser aplicada no pagamento dos benefícios. Dentro dessa perspectiva, esta Corte Superior evoluiu a sua jurisprudência passando a adotar o entendimento no sentido de que, para a não devolução dos valores recebidos indevidamente pelo beneficiário da Previdência Social, é imprescindível que, além do caráter alimentar da verba e do **princípio da irrepetibilidade do benefício**, a presença da boa-fé objetiva daquele que recebe parcelas tidas por indevidas pela administração. Essas situações não refletem qualquer condição para que o cidadão comum compreenda de forma inequívoca que recebeu a maior o que não lhe era devido.

4. Repetição de valores pagos pelo INSS em razão de erro material da Administração previdenciária: No erro material, é necessário que se averigue em cada caso se os elementos objetivos levam à conclusão de que houve boa-fé do segurado no recebimento da verba. Vale dizer que em situações em que o homem médio consegue constatar a existência de erro, necessário se faz a devolução dos valores ao erário.

5. Do limite mensal para desconto a ser efetuado no benefício: O artigo 154, § 3º, do Decreto n. 3.048/1999 autoriza a Administração Previdenciária a proceder o desconto daquilo que pagou indevidamente; todavia, a dedução no benefício só deverá ocorrer quando se estiver diante de erro da administração. Nesse caso, caberá à Administração Previdenciária, ao instaurar o devido processo administrativo, observar as peculiaridades de cada caso concreto, com desconto no benefício no percentual de até 30% (trinta por cento).

6. Tese a ser submetida ao Colegiado: Com relação aos pagamentos indevidos aos segurados decorrentes de erro administrativo (material ou operacional), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, são repetíveis os valores, sendo legítimo o seu desconto no percentual de até 30% (trinta por cento) do valor do benefício mensal, ressalvada a hipótese em que o segurado, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido.

7. **Modulação dos efeitos:** Tem-se de rigor a modulação dos efeitos definidos neste representativo da controvérsia, em respeito à segurança jurídica e considerando o inafastável interesse social que permeia a questão sub examine, e a repercussão do tema que se amolda a centenas de processos sobrestados no Judiciário. Desse modo somente deve **atingir os processos que tenham sido distribuídos, na primeira instância, a partir da publicação deste acórdão.**

8. No caso concreto: Há previsão expressa quanto ao momento em que deverá ocorrer a cessação do benefício, não havendo margem para ilações quanto à impossibilidade de se estender o benefício para além da maioria da beneficiária. Tratou-se, em verdade, de simples erro da administração na continuidade do pagamento da pensão, o que resulta na exigibilidade de tais valores, sob forma de ressarcimento ao erário, com descontos nos benefícios, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do patrimônio público e em razão da vedação ao princípio do enriquecimento sem causa.

Entretanto, em razão da modulação dos efeitos aqui definidos, deixa-se de efetuar o descontos dos valores recebidos indevidamente pelo segurado.

9. Dispositivo: Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

Acórdão sujeito ao regime previsto no artigo 1.036 e seguintes do CPC/2015.

(REsp 1381734/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2021, DJe 23/04/2021).

=====2.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - TRIBUTÁRIO

AgInt nos EDcl no REsp 1825068 / RS

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL

2019/0197882-8

RELATOR(A)

Ministro GURGEL DE FARIA (1160)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

08/03/2021

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 17/03/2021

Ementa do julgado:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ART. 12-A DA LEI N. 7.713/1988, COM A REDAÇÃO DA LEI N. 12.350/2010. INAPLICABILIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado Administrativo n. 3).

2. A regra de tributação do Imposto de Renda sobre rendimentos recebidos acumuladamente de que trata o art. 12-A da Lei n. 7.713/1988, com a redação dada pela Lei n. 12.350/2010, não se aplica aos valores recebidos a título de aposentadoria complementar.

3. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, "mesmo antes da edição da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil n. 1.127/2011, os rendimentos pagos acumuladamente por entidade de previdência complementar não estariam sujeitos à incidência do art. 12-A da Lei n. 7.713/1988, com redação dada pela Lei n. 12.350/2010. Logo, a referida instrução normativa não extrapolou a lei somente regulamentou-a" (AgInt no REsp 1.615.102/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017).

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1825068/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/03/2021, DJe 17/03/2021).

-----3.

PREVIDENCIÁRIO (Ñ ALÁLISE)

REsp 1554596 / SC

RECURSO ESPECIAL

2015/0089796-6

RELATOR(A)

Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133)

ÓRGÃO JULGADOR

S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

DATA DO JULGAMENTO

11/12/2019

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 17/12/2019

Ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO. SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS. APLICAÇÃO DA REGRA DEFINITIVA PREVISTA NO ART. 29, I E II DA LEI 8.213/1991, NA APURAÇÃO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO, QUANDO MAIS FAVORÁVEL DO QUE A REGRA DE TRANSIÇÃO CONTIDA NO ART. 3o. DA LEI

9.876/1999, AOS SEGURADOS QUE INGRESSARAM NO SISTEMA ANTES DE 26.11.1999 (DATA DE EDIÇÃO DA DA LEI 9.876/1999). CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO MELHOR BENEFÍCIO. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DO SEGURADO PROVIDO.

1. A Lei 9.876/1999 implementou nova regra de cálculo, ampliando gradualmente a base de cálculo dos benefícios que passou a corresponder aos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo do Segurado.

2. A nova legislação trouxe, também, uma regra de transição, em seu art. 3o., estabelecendo que no **cálculo do salário de benefício** dos Segurados filiados à Previdência Social **até o dia anterior à data de publicação desta lei**, o período básico de cálculo **só abarcaria as contribuições vertidas a partir de julho de 1994**.

3. A norma transitória deve ser vista em seu caráter protetivo. O propósito do artigo 3o. da Lei 9.876/1999 e seus parágrafos foi estabelecer **regras de transição** que garantissem que os Segurados não fossem atingidos de forma abrupta por normas mais rígidas de cálculo dos benefícios.

4. Nesse passo, **não se pode admitir** que tendo o Segurado vertido melhores contribuições antes de julho de 1994, **tais pagamentos sejam simplesmente descartados no momento da concessão de seu benefício**, sem analisar **as consequências da medida na apuração do valor do benefício**, sob pena de infringência ao princípio da contrapartida.

5. É certo que o sistema de Previdência Social é regido pelo princípio contributivo, decorrendo de **tal princípio** a necessidade de haver, necessariamente, uma **relação entre custeio e benefício**, não se afigurando razoável que o Segurado verta contribuições e não possa se utilizar delas no cálculo de seu benefício.

6. A concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela **regra da prevalência da condição mais vantajosa ou benéfica ao Segurado**, nos termos da orientação do STF e do STJ. Assim, é direito do Segurado o recebimento de **prestação previdenciária mais vantajosa** dentre aquelas **cujos requisitos cumpre**, assegurando, conseqüentemente, a **prevalência do critério de cálculo que lhe proporcione a maior renda mensal possível**, a partir do histórico de suas contribuições.

7. Desse modo, impõe-se reconhecer a **possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991**, na apuração do salário de benefício, quando se **revelar mais favorável** do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, **respeitados os prazos prescricionais e decadenciais**.

Afinal, por uma questão de **racionalidade do sistema normativo**, a regra de transição não pode ser mais gravosa do que a regra definitiva.

8. Com base nessas considerações, sugere-se a fixação da seguinte **tese**: Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que **ingressaram** no Regime Geral da Previdência Social **até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999**.

9. Recurso Especial do Segurado provido.

(REsp 1554596/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019).

=====4.

PREVIDENCIÁRIO (Ñ ANÁLISE)

REsp 1596203 / PR

RECURSO ESPECIAL

2016/0092783-9

RELATOR(A)

Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133)

ÓRGÃO JULGADOR

S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

DATA DO JULGAMENTO

11/12/2019

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 17/12/2019

Ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL AFETADO COMO REPETITIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO. **SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS**. APLICAÇÃO DA REGRA DEFINITIVA PREVISTA NO ART. 29, I E II DA LEI 8.213/1991, NA **APURAÇÃO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO**, QUANDO MAIS **FAVORÁVEL** DO QUE A REGRA DE TRANSIÇÃO CONTIDA NO ART. 3o. DA LEI 9.876/1999, AOS SEGURADOS QUE INGRESSARAM NO SISTEMA ANTES DE 26.11.1999 (DATA DE EDIÇÃO DA DA LEI 9.876/1999). **CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO MELHOR BENEFÍCIO**. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DO SEGURADO PROVIDO.

1. A Lei 9.876/1999 adotou nova regra de cálculo dos benefícios previdenciário, ampliando gradualmente a sua base de cálculo dos benefícios que passou a corresponder aos maiores salários de contribuição relativos a 80% de todo o período contributivo do Segurado, substituindo a antiga regra que determinava o valor do benefício a partir da média aritmética simples dos 36 últimos salários de contribuição dos meses anteriores ao do afastamento do Segurado da atividade ou da data da entrada do requerimento administrativo.
2. A nova lei trouxe, também, uma regra de transição, em seu art. 3o., estabelecendo que no cálculo do salário de benefício dos Segurados filiados à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação da Lei 9.876/1999, o período básico de cálculo só abarcaria as contribuições vertidas a partir de julho de 1994 (estabilização econômica do Plano Real).
3. A regra transitória deve ser vista em seu caráter protetivo, como é típico do Direito Previdenciário. O propósito do art. 3o. da Lei 9.876/1999 e seus parágrafos foi estabelecer regras de transição que garantissem que os Segurados não fossem atingidos de forma abrupta por regras mais rígidas de cálculo dos benefícios.
4. Nesse passo, não se harmoniza com o Direito Previdenciário admitir que tendo o Segurado recolhido melhores contribuições antes de julho de 1994, tais pagamentos sejam simplesmente descartados no momento da concessão de seu benefício, sem analisar as consequências da medida na apuração do seu valor (do benefício), sob pena de infringência ao princípio da contrapartida.
5. É certo que o sistema de Previdência Social é regido pelo princípio contributivo, decorrendo de tal princípio a consequência de haver, necessariamente, uma relação entre custeio e benefício, não se afigurando razoável que o Segurado realize contribuições e não possa se utilizar delas no cálculo de seu benefício.
6. A concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais vantajosa ou mais benéfica ao Segurado, nos termos da orientação do STF e do STJ. Assim, é direito do Segurado o recebimento de prestação previdenciária mais vantajosa dentre aquelas cujos requisitos cumpre, assegurando, conseqüentemente, a prevalência do critério de cálculo que lhe proporcione a maior renda mensal possível, a partir do histórico de suas contribuições.
7. Desse modo, impõe-se reconhecer a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando se revelar mais

favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, respeitados os prazos prescricionais e decadenciais.

Afinal, por uma questão de racionalidade do sistema normativo, a regra de transição não pode ser mais gravosa do que a regra definitiva.

8. Com base nessas considerações, sugere-se a fixação da seguinte tese: Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.

9. Recurso Especial do Segurado provido.

(REsp 1596203/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019).

=====3.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (Ñ ANÁLISE)

AR 5623 / RJ

AÇÃO RESCISÓRIA

2015/0117220-4

RELATOR(A)

Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150)

ÓRGÃO JULGADOR

S2 - SEGUNDA SEÇÃO

DATA DO JULGAMENTO

27/11/2019

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 29/11/2019

Ementa do julgado:

AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE RESCISÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELA QUARTA TURMA DO STJ QUE RECONHECEU A FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA A COBRANÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE SOBRE O RESGATE DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSITIVOS LEGAIS. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1. O acórdão rescindendo, como não poderia deixar de ser, aplicou corretamente o entendimento pacífico da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, firmado sob o rito dos recursos repetitivos, de que a "prescrição quinquenal prevista na Súmula do STJ/291 **incide não apenas na cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria, mas, também, por aplicação analógica, na pretensão a diferenças de correção monetária incidente sobre restituição da reserva de poupança, cujo termo inicial é a data em que houver a devolução a menor das contribuições pessoais recolhidas pelo associado ao plano previdenciário**" (REsp 1.111.973/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 09/09/2009, DJe 06/11/2009). 1.1 **O Código Civil de 2002 não reduziu ou modificou o prazo prescricional da pretensão de cobrança de correção monetária incidente sobre o resgate da reserva de poupança de plano de previdência complementar, regulado por lei especial, inclusive, sob a vigência do Código Civil de 1916, não havendo se falar, por tal razão, na aplicação da regra de transição estampada no art. 2.028 do Código Civil.** Mostra-se irretorquível, assim, a conclusão de que, uma vez resgatadas as reservas de poupança para plano de previdência complementar alegadamente a menor em 30/7/1999, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos

previsto na legislação específica já havia transcorrido integralmente quando do ajuizamento da ação de cobrança (29/3/2005).

2. Enquanto pendente de julgamento o recurso, a provisoriedade do julgado é ínsita à execução, ainda que ela se processe, naquilo que for cabível, na mesma forma da definitiva, conforme dispõe o art. 475-O do Código de Processo Civil de 1973, então vigente. Logo, o fato de o executado promover o depósito de determinado valor, em cumprimento (provisório) do julgado, sem opor-se ao seu levantamento, já que a execução provisória se processa sob a responsabilidade do exequente, **não conduz à conclusão de que houve, de sua parte, assentimento com o julgado condenatório**, e, muito menos, **perda de objeto do recurso contraposto**, que teve por **propósito, justamente a reversão da decisão**.

3. O **silêncio** da parte recorrente, por óbvio, **não pode ser interpretado como concordância** com o inusitado pedido de desistência de seu recurso, formulado pela parte adversa. Isso porque o **pedido de desistência de recurso interposto, tecnicamente, somente pode ser efetuado pela parte recorrente** e, como tal, **independe da anuência da parte recorrida**. A requerida interpôs seu recurso e, **em momento algum, manifestou a intenção de que não fosse julgado, não se afigurando possível impor-lhe os efeitos da preempção**, estabelecidos no art. 267, II e III, do CPC/1973, seja por abandono da causa, seja por negligência. O singular **pedido de desistência, na verdade, teve como mote suposta perda de objeto**, o que foi correta e peremptoriamente afastado pelo acórdão rescindendo 4. Ação rescisória improcedente.

(AR 5.623/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 29/11/2019).

=====4.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (Ñ ANÁLISE)

AgInt nos EDcl no REsp 1710724 / CE

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL
2017/0265389-4

RELATOR(A)

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

ÓRGÃO JULGADOR

T4 - QUARTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

16/05/2019

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 22/05/2019

Ementa do julgado:

AGRAVO INTERNO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. REGIME ESTATUTÁRIO GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E CONTRATUAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AUTONOMIA PROCLAMADA PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALTERAÇÃO REGULAMENTAR, ATINGINDO TODOS OS PARTICIPANTES QUE NÃO SÃO ELEGÍVEIS AO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE QUE DECORRE DA PRÓPRIA LEI DE REGÊNCIA. ALTERAÇÃO REGULAMENTAR PARA PREVER IDADE MÍNIMA PARA ELEGIBILIDADE AO BENEFÍCIO OU INCIDÊNCIA DE FATOR REDUTOR À RENDA MENSAL INICIAL DO PARTICIPANTE. RAZOABILIDADE. 1. O Decreto n. 81.240/1978 é irrelevante para a solução da presente controvérsia, pois embora a **regra infralegal cogente atinente ao limitador etário aplique-se, necessariamente, aos participantes que aderiram ao plano após a entrada em vigor do Decreto** (o que se deu em 24.1.1978), ainda que inexistente correspondente previsão no regulamento da entidade de

previdência privada, evidentemente, o Decreto não afasta a possibilidade, conferida pela própria lei, de ser efetuada a alteração regulamentar. Precedente. 2. Seja sob a égide da Lei nº 6.435/1977 (arts. 34, § 1º, e 42, IV) ou da Lei Complementar nº 108/2001 (arts. 4º e 6º) e da Lei Complementar nº 109/2001 (arts. 17 a 22), por **expressa previsão legal [e lógica própria do regime de capitalização]**, sempre foi permitido à entidade fechada de previdência privada alterar os regulamentos dos planos de custeio e de benefícios como forma de manter o equilíbrio atuarial das reservas e cumprir os compromissos assumidos diante das novas realidades econômicas e de mercado que vão surgindo ao longo do tempo. Por isso é que periodicamente há adaptações e revisões dos planos de benefícios a conceder, incidindo as modificações a todos os participantes do fundo de pensão após a devida aprovação pelo Órgão público fiscalizador (REsp 1443304/SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/5/2015, DJe 2/6/2015).

3. Conforme decidido em precedente deste Colegiado, REsp 1.015.336/SP, como constitui pilar do regime de previdência complementar **o custeio dos planos por meio do regime de capitalização, é possível e razoável a estipulação, no regulamento do plano de benefícios, de idade mínima para que o participante possa fazer jus ao benefício ou a incidência de fator redutor à renda mensal inicial** [concreção da isonomia material], em caso de **aposentadoria especial com idade inferior a 53 anos de idade, ou com 55 anos, para as demais aposentadorias, tendo em vista que a aposentadoria nessas condições resulta, em regra, em maior período de recebimento do benefício** (montante total), se comparado àqueles participantes que se aposentam com maior idade.

4. Com efeito, consoante **tese recentemente sufragada pela Segunda Seção**, em sede de recurso repetitivo, "o regulamento aplicável ao participante de plano fechado de previdência privada para fins de cálculo da renda mensal inicial do benefício complementar é aquele **vigente no momento da implementação das condições de elegibilidade**, haja vista a **natureza civil e estatutária**, e não o da data da adesão, assegurado o direito acumulado. Esse entendimento **se aplica a quaisquer das modalidades de planos de benefícios**, como os Planos de Benefício Definido (BD), os Planos de Contribuição Definida (CD) e os Planos de Contribuição Variável (CV)" (REsp 1435837/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/02/2019, DJe 07/05/2019).

5. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDel no REsp 1710724/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 22/05/2019).

5. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (Ñ ANÁLISE)

EAREsp 280389 / RS

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

2013/0012030-0

RELATOR(A)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147)

ÓRGÃO JULGADOR

S2 - SEGUNDA SEÇÃO

DATA DO JULGAMENTO

26/09/2018

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 19/10/2018

Ementa do julgado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. **PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA. BENEFÍCIO COMPLEMENTAR. REVISÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI Nº 6.435/1977. ÍNDICES OFICIAIS. TAXA REFERENCIAL. ADOÇÃO. INDEXADOR INIDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO. NECESSIDADE. NORMA COGENTE. ÍNDICE GERAL DE PREÇOS DE AMPLA PUBLICIDADE. 1. A questão controvertida na presente via recursal consiste em definir se é possível a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária de benefício previdenciário complementar suportado por entidade aberta de previdência privada, sobretudo a partir de setembro de 1996.**

2. O assistido possui direito adquirido ao benefício previdenciário complementar em si mesmo e à efetiva atualização monetária de seu valor, mas não a determinado índice de correção monetária. A substituição de um indexador por outro é possível desde que idôneo para medir a inflação, recompondo a obrigação contratada. Não pode incidir, dessa forma, índice aleatório, que privilegie, por um lado, a entidade de previdência privada ou, por outro, o participante.

3. A Taxa Referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui fator que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. **Inidoneidade da aplicação da remuneração da caderneta de poupança (a TR) para mensurar o fenômeno inflacionário.**

Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

4. O Superior Tribunal de Justiça entende que a **TR, desde que pactuada, é indexador válido para contratos posteriores à Lei nº 8.177/1991 (Súmula nº 295/STJ).** Todavia, nos precedentes que deram origem ao enunciado sumular, verifica-se que a TR não era utilizada isoladamente, mas em conjunto com juros bancários ou remuneratórios (a exemplo da caderneta de poupança, dos contratos imobiliários e das cédulas de crédito).

5. **A correção dos benefícios periódicos da complementação de aposentadoria unicamente pela TR acarreta substanciais prejuízos ao assistido, visto que há, com a corrosão da moeda, perda gradual do poder aquisitivo, a gerar desequilíbrio contratual.** Precedentes do STJ.

6. Com a vedação legal da utilização do salário mínimo como fator de correção monetária para os benefícios da previdência privada (Leis nºs 6.205/1975 e 6.423/1977) e o advento da Lei nº 6.435/1977 (art.

22), **devem ser aplicados os índices de atualização estipulados, ao longo dos anos, pelos órgãos do Sistema Nacional de Seguros Privados, sobretudo para os contratos de previdência privada aberta:**

na ordem, ORTN, OTN, IPC, BTN, TR e Índice Geral de Preços de Ampla Publicidade. 7. Órgãos governamentais já reconheceram a TR como fator inadequado de correção monetária nos contratos de previdência privada, editando o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) a Resolução nº 7/1996 (atualmente, Resolução nº 103/2004) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), a Circular nº 11/1996 (hoje, Circular nº 255/2004), a fim de orientar a repactuação dos contratos para substituí-la por um índice geral de preços de ampla publicidade.

8. Após o reconhecimento da inidoneidade da TR para corrigir os benefícios previdenciários, ou seja, **a partir da vigência da Circular/SUSEP nº 11/1996, deve ser adotado um Índice Geral de Preços de Ampla Publicidade (INPC/IBGE, IPCA/IBGE, IGPM/FGV, IGP-DI/FGV, IPC/FGV ou IPC/FIPE).** Na falta de repactuação, deve incidir o IPCA (art. 1º, parágrafo único, do Anexo I da Circular/SUSEP nº 255/2004).

9. **A eventual ausência de fonte de custeio para suportar o pagamento das diferenças de correção monetária não tem força para afastar o direito do assistido, pois a entidade de previdência privada tem a responsabilidade de prever a formação, a contribuição e os**

devidos descontos de seus beneficiários, de forma que a própria legislação previu mecanismos para que o ente previdenciário supere possíveis déficits e recomponha a reserva garantidora. Precedentes.

10. Embargos de divergência conhecidos e providos.

(EAREsp 280.389/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/09/2018, DJe 19/10/2018).

=====6.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (Ñ ANÁLISE)

REsp 1691075 / RS

RECURSO ESPECIAL

2017/0197429-5

RELATOR(A)

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

RELATOR(A) P/ ACÓRDÃO

Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (1145)

ÓRGÃO JULGADOR

T4 - QUARTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

19/06/2018

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 13/08/2018

RSTJ vol. 252 p. 958

Ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RENDA MENSAL INICIAL. REVISÃO DO CÁLCULO. IRSM. FEVEREIRO DE 1994 (39,67%). APLICAÇÃO. FONTE DE CUSTEIO FORMAÇÃO. PLANO DE CUSTEIO. DISTINÇÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Tratando-se de pedido de **revisão do benefício inicial de complementação de aposentadoria**, mediante a correção dos salários de contribuição utilizados para o cálculo do salário real de benefício, a **prescrição não atinge o fundo de direito**, mas **apenas as prestações vencidas há mais de cinco anos do ajuizamento da ação**. 2. Hipótese em que não se cogita de falta de prévio custeio pelo participante, sendo **incontroverso que a contribuição incidu sobre todo o salário de contribuição**, nas épocas próprias. **Discute-se o critério de correção do próprio custeio para a finalidade de cálculo do salário real de benefício**.

3. Concedido o benefício de complementação de aposentadoria após 1º de março de 1994, e havendo previsão no plano de benefícios de utilização do mesmo índice de reajuste adotado pelo INSS, é devida a revisão do salário de contribuição com a aplicação do índice de 39, 67%, correspondente do IRSM de fevereiro de 1994, na hipótese de o salário de contribuição desse mês de competência ter sido considerado no cálculo do salário real de benefício.

4. Recurso especial ao qual se nega provimento.

(REsp 1691075/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 13/08/2018).

=====4.

PREVIDÊNCIA SOCIAL

REsp 1679866 / RS

RECURSO ESPECIAL

2017/0145734-5

RELATOR(A)

Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)

ÓRGÃO JULGADOR

T2 - SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

05/04/2018

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 25/05/2018

Ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE APOSENTADORIA. CÁLCULO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. REGRA DE TRANSIÇÃO. ART. 3º LEI 9.876/1999.

Trata-se, na origem, de Ação de Revisão de Aposentadoria que tem por objetivo afastar a regra do art. 3º da Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, que estabelece como critério de cálculo para a definição da renda mensal inicial do benefício a utilização no período básico de cálculo de 80% (oitenta por cento) dos maiores salários de contribuição do segurado, posteriores a julho de 1994. Pretende a parte recorrida, em síntese, **incluir no cálculo do seu benefício previdenciário todos os salários de contribuição da sua vida laboral**, afastando-se da regra legal que somente permite para fins de cálculo da prestação previdenciária os posteriores a julho de 1994.

A Lei 9.876/1999 criou uma regra de transição para aqueles que, na época da sua edição, já estavam filiados ao RGPS, estabelecendo como período básico de cálculo para apurar o valor do benefício os salários de contribuição posteriores a julho de 1994, limite temporal este não aplicável aos segurados que vieram a se filiar após a edição da referida lei.

A utilização para o **cálculo do benefício previdenciário apenas dos salários de contribuição posteriores a julho de 1994 teve como premissa histórica o início do processo de estabilização da moeda nacional, após o advento do Plano Real. Antes de 1994, o país sofria com um quadro inflacionário que resultava na perda do poder de compra dos salários, o que refletia na fixação do valor futuro das prestações previdenciárias.** Assim, mostra-se razoável e adequado o corte temporal realizado pelo legislador ao utilizar, para aqueles que já se encontravam filiados ao RGPS quando do advento da Lei 9.876/1999, apenas os salários de contribuição posteriores a julho de 1994.

As regras de cálculo dos benefícios previdenciários **estão submetidas ao princípio da reserva legal**, evitando tratamentos jurídicos díspares entre pessoas que se encontrem em mesma situação jurídica.

O respeito ao princípio da legalidade em matéria de cálculos previdenciários, além de conferir segurança jurídica com a fixação de regra geral e abstrata aplicável a todos os segurados, torna possível que o **Estado delimite adequadamente o volume de recursos necessário para a satisfação do direito à Previdência Social.**

A ampliação do período básico de cálculo para considerar toda a vida laborativa do segurado, ao contrário dos 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição a partir de julho de 1994, poderá resultar, a depender do caso, em regra menos favorável ao segurado, considerando a possibilidade de serem os salários mais antigos inferiores àqueles mais recentes, o que é bastante comum, resultando na média aritmética apurada um valor mensal do benefício mais reduzido.

No campo previdenciário, **não existe direito adquirido a regime jurídico**, razão pela qual pode o legislador alterar os requisitos de elegibilidade dos benefícios para aqueles segurados que ainda não atendem integralmente tais condições para a concessão dos benefícios. A propósito: AgRg no REsp 1.116.644/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 7/12/2009;

AgRg no Ag 1.137.665/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 3/9/2009, DJe 13/10/2009.

O Superior Tribunal de Justiça já apreciou anteriormente as regras estabelecidas pela Lei 9.876/1999, que alterou a Lei 8.213/1991 e definiu novos critérios de cálculo dos benefícios previdenciários (REsp 1.644.505/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/5/2017, DJe 19/6/2017; REsp 1.655.712/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017;

AgRg no AREsp 641.099/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 3/3/2015, DJe 9/3/2015; AgRg no AREsp 609.297/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26/6/2015;

REsp 929.032/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/04/2009, DJe 27/4/2009; REsp 1.114.345/RS, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/12/2012).

Recurso Especial provido.

(REsp 1679866/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 25/05/2018).

=====7.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - FAMÍLIA - DIVÓRCIO (Ñ ANÁLISE)

REsp 1477937 / MG

RECURSO ESPECIAL

2014/0217855-7

RELATOR(A)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147)

ÓRGÃO JULGADOR

T3 - TERCEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

27/04/2017

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 20/06/2017

RSTJ vol. 247 p. 678

Ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. COMUNHÃO PARCIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. MODALIDADE FECHADA. CONTINGÊNCIAS FUTURAS. PARTILHA. ART. 1.659, VII, DO CC/2002. BENEFÍCIO EXCLUÍDO. MEAÇÃO DE DÍVIDA. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO.

1. Cinge-se a controvérsia a identificar se o **benefício de previdência privada fechada está incluído** dentro no rol das exceções do art. 1.659, VII, do CC/2002 e, portanto, **é verba excluída da partilha em virtude da dissolução** de união estável, que observa, em **regra, o regime da comunhão parcial dos bens**. 2. **A previdência privada possibilita a constituição de reservas para contingências futuras e incertas da vida por meio de entidades organizadas de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social**.

3. **As entidades fechadas de previdência complementar, sem fins lucrativos, disponibilizam os planos de benefícios de natureza previdenciária apenas aos empregados ou grupo de empresas aos quais estão atrelados e não se confundem com a relação laboral** (art. 458, § 2º, VI, da CLT).

4. O artigo 1.659, inciso VII, do CC/2002 **expressamente exclui da comunhão de bens as pensões**, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, como, por analogia, é o **caso da previdência complementar fechada**.

5. O **equilíbrio financeiro e atuarial é princípio nuclear da previdência complementar fechada**, motivo pelo qual permitir o resgate antecipado de renda capitalizada, o que em tese não é possível à luz das normas previdenciárias e estatutárias, em razão do regime de casamento, **representaria um novo parâmetro para a realização de cálculo já extremamente complexo e desequilibraria todo o sistema**, lesionando participantes e beneficiários, terceiros de boa-fé, que assinaram previamente o contrato de um fundo sem tal previsão.

6. Na partilha, **comunicam-se não apenas o patrimônio líquido**, mas **também as dívidas e os encargos existentes** até o momento da separação de fato.

7. Rever a premissa de falta de provas aptas a considerar que os empréstimos beneficiaram a família, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que atrai o óbice da Súmula nº 7 deste Superior Tribunal.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1477937/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 20/06/2017).

8.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - TRIBUTÁRIO

REsp 1240691 / RS

RECURSO ESPECIAL

2011/0044122-7

RELATOR(A)

Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)

ÓRGÃO JULGADOR

T2 - SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

20/04/2017

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 04/08/2017

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DISCIPLINA JURÍDICA E CONTÁBIL DOS VALORES DEVIDOS PELO BANRISUL À ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA POR ELE MANTIDA. REPERCUSSÃO NA **APURAÇÃO DO LUCRO REAL** E DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. LEI 9.249/1995. HIPÓTESE EM QUE O **ÔNUS FINANCEIRO** (PAGAMENTO DA DÍVIDA) FOI **SUPORTADO POR TERCEIRO** (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL), MEDIANTE **UTILIZAÇÃO DE RECURSOS FORNECIDOS PELA UNIÃO**, NO ÂMBITO DO PROER. ORIGEM DA DEMANDA 1. O Banco do Estado do Rio Grande do Sul - **Banrisul** (recorrido) ajuizou **Ação Anulatória de Débito Fiscal** cumulada com **Declaratória de Inexistência de Relação Tributária**, na qual discutiu o tratamento tributário e contábil aplicável aos **valores por ele devidos à Fundação Banrisul S/A**.

2. A controvérsia tem origem remota no disposto no art. 13, V, da Lei 9.249/1995, que prescreve que, **na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL**, é admissível a dedução das contribuições destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica. 3. Esclarece o recorrido que, com a **institucionalização da previdência complementar nos moldes da Lei 6.435/1977**, passou a ser **legalmente obrigado a aportar recursos para a Fundação Banrisul**

de previdência privada, de modo a financiar as reservas necessárias ao pagamento de benefícios dessa natureza.

Acrescenta que **optou pelo financiamento dessas reservas**, pelo prazo de trinta e nove (39) anos, o que **gerou déficit atuarial de R\$525.389.262,00** (quinhentos e vinte e cinco milhões, trezentos e oitenta e nove mil, duzentos e sessenta e dois reais) **na aludida Fundação**, saldo devedor esse reconhecido nos balanços patrimoniais de ambas as instituições, em 31.12.1997.

A PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO 4. A instituição financeira (Banrisul S/A) recorrida **não possuía condições para honrar o débito acumulado**. A **solução** encontrada passou pelo "Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional" (**PROER**), mediante o qual **a União liberou R\$500.000.000,00** (quinhentos milhões de reais) **ao Estado** do Rio Grande do Sul, ente federativo que **assumiu contratualmente com o Banrisul o dever de liquidar o passivo deste último para com a respectiva Fundação de previdência complementar**. O saldo remanescente (a diferença para os R\$525.389.262,00) seria quitado pelo próprio Banrisul.

5. Publicou-se a Lei Estadual 10.959/1997, na qual o Estado do Rio Grande do Sul comprometeu-se a assumir a dívida do Banrisul (acima referida) para com a respectiva Fundação, até o montante de R\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais). Finalmente, em março de **1998, foi celebrado o contrato de assunção de dívida, firmado entre a unidade federativa e a instituição financeira** aqui mencionadas. 6. Em síntese, a **União liberou a quantia de R\$500.000.000,00** (quinhentos milhões de reais) **para que o Estado do Rio Grande do Sul promovesse o pagamento dos débitos do Banrisul**.

Essa instituição financeira, que teve astronômico débito próprio quitado pelo ente estatal com recursos da União, quer se aproveitar dessa despesa - repita-se, **suportada pelo Estado do Rio Grande do Sul com recursos liberados pela União** - para diminuir a base de cálculo de seus débitos tributários (IRPJ e CSLL, devidos pelo Banrisul) com a União.

O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO 7. A Corte local não examinou o tema relacionado à possibilidade de o Banrisul aproveitar-se da quantia paga pelo Estado do Rio Grande do Sul (com recursos liberados, relembre-se, pela União) para reduzir a sua margem do lucro real e, por consequência, o IRPJ e a CSLL devidas pelo banco (Banrisul) à União (Fazenda Nacional). Tampouco analisou a questão sucessiva, isto é, a impossibilidade de o Banrisul deduzir do lucro real, de uma só vez, o valor integral do passivo que este possuía para com a Fundação de previdência complementar, na medida em que o art. 301 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1994) exigiria que somente o pagamento (que no caso concreto foi diferido em favor do Estado do Rio Grande do Sul para ser realizado ao longo de 360 prestações mensais e consecutivas) daria direito à dedução proporcional ao longo do tempo necessário para a integral quitação (ou seja, assim como a dívida seria paga em 30 anos, a dedução teria de ser feita nessa mesma proporção).

8. O Tribunal de origem consignou que a Procuradoria da Fazenda Nacional, ao apresentar contestação discutindo esse tema, extrapolou os limites da lide, pois esta consistiria apenas na discussão da incidência do limite dedutível fixado no art. 11, § 2º, da Lei 9.532/1997 (20% da folha de salários e da remuneração dos dirigentes vinculados ao plano de previdência complementar), já que no contencioso administrativo teria havido concordância do Fisco com a possibilidade de o Banrisul aproveitar, como despesa sua, o pagamento feito pelo Estado do Rio Grande do Sul (com os recursos liberados pela União). 9. Merece transcrição o seguinte excerto lançado na ementa do acórdão recorrido: "2. A Fazenda Nacional desbordou dos limites fixados administrativamente, já que se insurge contra a dedução sem o correspondente reembolso, não questionada na esfera administrativa, em que se buscava apenas o respeito ao limite de 20% nos termos da Lei 9.532/97. Assim, se o Fisco aceitou a dedução do valor, desde que limitado, não

pode agora, em juízo, pretender que nada podia ser deduzido por não ter havido desembolso pelo autor. Tal entendimento decorre do **princípio da preclusão dos efeitos internos do ato administrativo ou 'coisa julgada administrativa'**: se o Fisco aceitou a dedução administrativamente, em todas as suas instâncias, tendo autuado o administrado pelo excesso, tão somente, não pode vir agora a juízo, quando provocado pelo administrado para discutir a autuação pelo excesso, pretender que nada poderia ter sido deduzido. 3. A controvérsia **limita-se a saber se podia o Banrisul, no ano-calendário de 1998, excluir o total do déficit atuarial para com a Fundação Banrisul, ou se tinha que respeitar o limite de 20% da Lei 9.532/97, sem direito a desconto nos exercícios posteriores, como autuado pelo Fisco**".

10. Com base nesta premissa, o acórdão proferido no e. Tribunal Regional Federal da Quarta Região se limitou a interpretar o disposto no art. 11, § 2º, da Lei 9.532/1997, julgando procedente o pedido deduzido nos autos para anular a autuação fiscal, pelos seguintes fundamentos: a) seria inaplicável (o referido dispositivo legal) em relação ao valor das despesas com previdência privada apuradas até 31/12/1997, diante do princípio da irretroatividade das leis (há expressa menção, no acórdão recorrido, ao art. 150, III, "a", da CF/1988 - fl. 1751, e-STJ); e b) a norma em tela versa sobre contribuições para a previdência privada ou fundo de aposentadoria devidas a partir de 1998, enquanto o caso concreto diz respeito ao passivo do Banrisul, acumulado ao longo das décadas de 70 a 90.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL 11. A Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração (fls. 1763-1780, e-STJ), longamente arrazoados (aproximadamente vinte páginas), para apontar a necessidade de complementação do julgado, mediante a superação, pelo órgão fracionário, da premissa equivocada que teria amparado o julgamento. 12. O ente fazendário consignou que a premissa adotada (isto é, a de que o Fisco reconheceu a possibilidade da dedução pelo Banrisul das despesas pagas pelo Estado do Rio Grande do Sul, acarretando a "coisa julgada administrativa") é equivocada, "proporcionando uma contradição no julgado, porquanto não houve, pela Administração Tributária, qualquer reconhecimento de que o Contribuinte poderia contabilizar despesas que não foram por ele pagas" (fl. fl. 1765, e-STJ). A Fazenda Nacional citou trechos da autuação e da sentença proferida no juízo de primeiro grau que demonstrariam que a premissa adotada pelo Tribunal a quo estava equivocada, e opôs os aclaratórios para que o colegiado se pronunciasse a seu respeito.

13. Além do questionamento quanto à premissa equivocada, apontou-se, ainda, **erro material**, pois diferente do que entendeu a Corte local, a autuação fiscal também teve por fundamento a aplicação do art. 301 do RIR/1994, que não teria sido valorado pelo órgão julgador com base no entendimento de que a lide tem por limite a discussão apenas do art. 11, §2º, da Lei 9.532/1997.

14. A recorrente afirma que a **premissa equivocada e o erro material resultaram em julgamento viciado por contradição**, pois "foram transcritas as decisões administrativas que expressamente adotam o regime de caixa para as deduções de despesas, o que exige o efetivo pagamento, mas, contraditoriamente, conclui que a Administração Tributária dispensou o efetivo pagamento para aceitar as deduções, o que jamais ocorreu".

15. Por último, aponta-se **omissão quanto à possibilidade de o Banrisul deduzir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL as despesas que não foram por ele pagas, mas sim pelo Estado** do Rio Grande do Sul, tema que **deve ser enfrentado após o reconhecimento**, pela Corte local, da premissa equivocada e do erro material acima apontados.

16. O acórdão proferido pelo Tribunal de origem se limitou a, genericamente, "acolher em parte os embargos de declaração, para fins de prequestionamento e para juntada das notas taquigráficas" (fl. 1786, e-STJ).

CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL SÚMULA 126/STJ 17. O Banrisul defende a necessidade de aplicação da Súmula 126/STJ, que prescreve:

"É inadmissível o Recurso Especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, **para mantê-lo e a parte vencida não manifesta Recurso Extraordinário**".

18. Conforme se verifica, a incidência do óbice sumular acima pressupõe que o fundamento constitucional adotado na decisão judicial detenha autonomia absoluta para, "por si só", manter integralmente o acórdão impugnado.

19. **Não é essa a realidade dos autos**, pois, em primeiro lugar, a análise da tese de violação do art. 535 do CPC/1973 requer a **exegese de questões ligadas exclusivamente à interpretação da legislação federal**, cujo eventual acolhimento - além de não demandar interpretação de normas constitucionais - pode acarretar a superação de um dos fundamentos adotados no decisum hostilizado e, conseqüentemente, ensejar a devolução dos autos para que a Corte local prossiga no exame dos demais fundamentos abordados nos recursos a ela dirigidos.

20. Em outras palavras, caso acolhida a tese de omissão do Tribunal a quo relativamente à assertiva de que o acórdão esteja amparado em premissa equivocada e em erro material, haverá sim necessidade de devolução para que o julgamento prossiga em relação à questão preliminar antecedente: se, antes de **decidir sobre a limitação da dedução** (estabelecida no art. 11, § 2º, da Lei 9.532/1997 - **único tema apreciado na Corte local**), existe o próprio **direito à dedução das despesas** que foram **suportadas por terceiro (Estado do Rio Grande do Sul)**. 21. Em resumo, como no caso acima pontuado, a discussão a respeito da violação do art. 535 do CPC/1973 não impõe exegese de questões constitucionais, e, por outro lado, esse fundamento do apelo nobre (ou seja, acórdão viciado por premissa equivocada e erro material) possui autonomia para, caso acolhido, ensejar a **devolução dos autos para julgamento de questão antecedente ao próprio debate constitucional** (= afastamento do art. 11, § 2º, da Lei 9.532/1997 em razão do art. 150, III, da CF/1988), não há como fazer incidir, nesse aspecto, tal óbice de natureza processual.

CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL SÚMULAS 5 E 7 DO STJ 22. Além da Súmula 126/STJ, o Bannisul afirma que não se deve conhecer do apelo fazendário em razão da incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ.

23. É imprescindível diferenciar o enfoque dado na argumentação apresentada nas instâncias de origem e no STJ.

24. É evidente que, enquanto a demanda tramitou no primeiro e segundo graus de jurisdição, as partes se reportaram aos fatos e à prova documental para influir no convencimento do julgador. O equívoco seria trazer o mesmo tipo de debate para o STJ. 25. Sucede que, no Recurso Especial, a **Fazenda Nacional** discute os seguintes pontos: a) existência de omissão no julgado; b) impossibilidade de o Bannisul deduzir, na base de cálculo do IR e da CSLL, as despesas que não foram por ele suportadas (mas sim pelo Estado do Rio Grande do Sul, com recursos liberados, na verdade, pela União); e c) alternativamente, isto é, caso reconhecido o direito à dedução em favor do Bannisul, se este pode ser exercido integralmente, de uma só vez, ou se deve respeitar a proporcionalidade do pagamento feito por terceiro (a quitação por terceiro está se dando de forma parcelada, ao longo de 360 meses).

26. Antecipo, desde já, que, por entender **configurada a violação do art. 535** do CPC/1973, meu voto **não examinará as questões de Direito Tributário** debatidas no apelo (até porque, em sua maioria, não foram prequestionadas em razão da existência, **muito bem demonstrada pelo ente público**, da **premissa equivocada** no acórdão hostilizado). Isso, por si só, já evidencia que, no ponto aqui debatido, não houve necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, afastando os enunciados sumulares invocados pelo Bannisul.

27. De qualquer modo, a pretensão recursal possui **objeto estritamente jurídico**, não demandando incursão no acervo fático-probatório. Merece destaque, ademais, a circunstância de que o voto condutor do acórdão hostilizado transcreve excertos da **legislação** e dos **contratos de**

financiamento e de assunção de dívida, de modo que a qualificação jurídica a eles dada pelo órgão julgador é que está sendo submetida ao crivo do STJ.

28. Rejeição, pelos fundamentos acima expostos, da incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ.

VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. CONFIGURAÇÃO 28. Está equivocado o Banrisul quando afirma que a omissão discutida pela Fazenda Nacional em seus Embargos de Declaração diz respeito ao reflexo do processo administrativo no judicial ("coisa julgada administrativa").

29. Pelo contrário, em petição que contém quase vinte (20) páginas, a Fazenda Nacional opôs aclaratórios justamente para questionar a premissa adotada pelo Tribunal de origem, isto é, de que há tema cuja discussão judicial é obstada pela configuração da "coisa julgada administrativa". O ente público não questionou nos Embargos de Declaração se o reconhecimento administrativo de uma dada questão inviabiliza sua rediscussão no processo judicial, mas **sim se realmente está configurado esse suposto reconhecimento administrativo** - aqui residindo, **em tese, a alegada "premissa equivocada"**.

30. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de admitir a utilização dos Embargos de Declaração para demandar pronunciamento do órgão julgador quanto à utilização de premissa equivocada.

Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 1.576.421/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 02/05/2016; EDcl no AgRg no REsp 1.527.430/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 21/10/2015; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.051.059/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 03/02/2014.

31. Transcrevo o seguinte excerto das razões lançadas no Recurso Especial, com a **finalidade de demonstrar que a autuação fiscal considerou inadmissível a utilização da quantia paga pelo Estado** do Rio Grande do Sul **como despesa dedutível do Banrisul**, e, portanto, que a premissa adotada no acórdão local estaria equivocada (fls. 1800-1803, e-STJ, grifos no original): "Interposto apelação pelo Contribuinte, o **TRF4** surpreendeu a Fazenda Nacional com um argumento jamais veiculado nos autos, reconhecendo, **de ofício, a preclusão administrativa**, ou seja, que a autoridade administrativa teria admitido o direito de o BANRISUL promover a dedução fiscal no LALUR de valores que não foram por ele pagos. (...) Ocorre que, o acórdão prolatado, com fundamentos sobre os quais a Fazenda Nacional não foi previamente ouvida, incorre em relevante equívoco, porquanto não houve, pela Administração Tributária, qualquer reconhecimento de que o Contribuinte poderia consignar exclusões no LALUR de valores que não foram por ele pagos, justamente por afrontar a lógica do regime de caixa, previsto no art. 301 do RIR/94. (...) o Fisco Federal entendeu que o Contribuinte só poderia contabilizar no LALUR aqueles gastos previstos em lei (que tivessem sido consignados na conta de resultado) e, ainda, que não ultrapassasse o limite da Lei 9532/97.

Foi dito expressamente que não havia previsão legal para que valores que não passaram pela conta de resultado fossem excluídos do lucro, justamente por viger o regime de caixa, ou seja, sem o efetivo pagamento da despesa, impossível a sua exclusão do lucro. (...) Ou seja, fica claro que, na esfera administrativa, foi reconhecida a regularidade da autuação por dois fundamentos: a) aplicação do regime de caixa, sendo necessária a realização do gasto para se computar como despesa e; b) limitação de 20%. Reparem, Doutos Julgadores, que, em **nenhum momento, a Autoridade Administrativa admitiu ser possível que o Contribuinte pudesse contabilizar como despesa e deduzir do seu lucro valores cujo pagamento o mesmo não efetuou**".

32. O órgão colegiado não enfrentou o questionamento apresentado pela Fazenda Nacional, mantendo o conteúdo do acórdão, que, note-se bem, transcreveu apenas os trechos da autuação fiscal e da tramitação do processo no âmbito administrativo que demonstrariam que o Fisco não

se insurgiu contra a equiparação do pagamento feito pelo Estado do Rio Grande do Sul às despesas do Banrisul, para fins de dedução do IRPJ e da CSLL. **Não houve valoração dos excertos transcritos pela Fazenda Nacional** (referentes tanto à autuação fiscal como à sentença do juízo de primeiro grau) que demonstrariam que a premissa do órgão fracionário do TRF4 seria equivocada.

GLOSA INTEGRAL DOS VALORES DEDUZIDOS PELO BANRISUL 33. Ora, conforme dito, até mesmo pela inadequação dos aclaratórios para rediscussão do mérito, o objetivo dos aclaratórios da Fazenda Nacional era fazer com que a Corte local complementasse o acórdão, mediante transcrição e valoração de excertos da autuação que demonstrariam que a glosa foi realizada em relação à utilização integral dos R\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), o que evidenciaria que não houve reconhecimento fiscal quanto a essa possibilidade.

34. É legítima a preocupação fazendária, tendo em vista que, como se sabe, o Recurso Especial não constitui via adequada para análise de fatos ou provas existentes nos autos, e sim apenas da valoração (qualificação jurídica) que a Corte local faz em relação ao acervo fático-probatório.

35. Dito de outro modo, **sem que o Tribunal de origem se pronuncie a respeito do tema suscitado nos aclaratórios** (premissa equivocada quanto à existência da coisa julgada administrativa contrária ao Fisco), **não será possível examinar o mérito da pretensão recursal veiculada pela Fazenda Pública.**

36. Registro que é **paradoxal o Tribunal a quo afirmar que o Fisco reconheceu administrativamente a possibilidade de dedução do pagamento feito pelo Estado do Rio Grande do Sul e, simultaneamente, anular a autuação fiscal que efetuou a glosa integral da respectiva quantia suportada pelo Estado do Rio Grande do Sul** (isto é, os quinhentos milhões de reais).

37. Ao que tudo indica, há possibilidade concreta de **a premissa equivocada ter ocorrido porque**, conforme já mencionado, **o passivo do Banrisul foi suportado quase integralmente pelo Estado do Rio Grande do Sul (R\$500.000.000,00)**, mas uma pequena fração (aproximadamente R\$25.000.000,00) **foi paga efetivamente pelo Banrisul** (em relação a este, evidentemente não se discute a existência do direito à dedução). SEGUNDO FUNDAMENTO PARA ACOLHIMENTO DA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973: A QUESTÃO DO REGIME DE CAIXA E DA DEDUÇÃO PROPORCIONAL CONFORME O MONTANTE E O TEMPO DO PAGAMENTO PARCELADO 38. Note-se que, ainda que fosse possível afastar a violação do art. 535 do CPC/1973 pelo fundamento da "premissa equivocada" e do "erro material", **permanecem pendentes de solução, impossibilitando o julgamento direto no STJ sob pena de supressão de instância**, dois outros relevantíssimos pontos indicados pela Fazenda Nacional: a) se é lícito o sujeito passivo da obrigação tributária deduzir do lucro real, no regime de caixa, as despesas que, ao final, não foram suportadas por ele, mas sim por terceiro (Estado do Rio Grande do Sul); e b) se a dedução da base de cálculo do IPRJ e da CSLL pode ser integral, em uma única vez, ou se deve respeitar a proporcionalidade, tendo em vista que **o Estado do Rio Grande do Sul levará trinta (30) anos para quitar as diferenças devidas pelo Banrisul à sua entidade de previdência complementar** (ou seja, **o Banrisul utilizaria, à vista, os quinhentos milhões de reais para reduzir o IRPJ e a CSLL devidos em 1997, mas a despesa com esses mesmos quinhentos milhões de reais para com a previdência privada somente seria quitada, por prestações mensais e consecutivas, ao final de trinta anos**). IMPUGNAÇÃO DO RECORRIDO À TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 39. Afirma o recorrido que a tese de omissão deve ser rejeitada pelos seguintes motivos: a) o tema da configuração da coisa julgada administrativa foi expressamente abordado no acórdão recorrido, e, ademais, a conclusão a que chegou o Tribunal a quo tomou por base a interpretação da prova documental, obstada no STJ conforme o enunciado da Súmula 7/STJ; b) o vício do art. 535 do CPC/1973

somente se caracteriza quando o tema a ser enfrentado puder modificar o resultado do julgamento, o que **inexiste** no caso concreto porque a **Corte local considerou irrelevante o fato de o Estado do Rio Grande do Sul ter feito o pagamento das despesas do Banrisul**; e c) as normas do RIR/1994 não se enquadram no conceito de lei federal. PRIMEIRO FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO À TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 40. Não procedem as objeções do recorrido. A primeira porque, conforme já explicado, o vício não está relacionado à ocorrência da coisa julgada, mas sim à ausência de valoração de excertos do Auto de Infração e da sentença do juízo de primeiro grau que demonstrariam que a glosa de 100% do valor pago pelo Estado do Rio Grande do Sul, por si só, **evidenciaria que é equivocada a premissa de que houve reconhecimento fiscal da dedutibilidade das despesas suportadas pelo terceiro** - cabe aqui observar que, realmente, o Tribunal de origem deu **máximo empenho para justificar o acolhimento da tese proposta pelo recorrido, sem dispensar tratamento isonômico à contra-argumentação fazendária**. SEGUNDO FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO À TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 41. Quanto ao outro fundamento apresentado na impugnação do Banrisul, relacionado à suposta inexistência de omissão, impõe-se registrar que, ao contrário do que ele afirma, basta que o tema suscitado tenha, hipoteticamente, o poder de influir no resultado do julgamento para que se tenha por configurado o referido vício. Se, conforme pretende o Banrisul, só coubessem Embargos de Declaração quando o tema pudesse modificar em concreto o resultado, todos **os aclaratórios somente seriam cabíveis e providos com a concessão de efeitos infringentes** (como se sabe, muitas vezes são acolhidos os Embargos de Declaração para fins de integração do julgado, sem modificação no resultado). 42. Não bastasse isso, o fato de o **Tribunal de origem ter considerado irrelevante o ponto suscitado pela Fazenda Nacional**, evidentemente, **não vincula o STJ, porque conferir tamanho poder à Corte local significaria usurpar do STJ a competência para decidir, em instância final, a análise da tese de violação do art. 535 do CPC/1973**. DECLARAÇÃO DA CORTE LOCAL, EM OBITER DICTUM, DE QUE O CONTRATO ENTRE O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E O BANRISUL FOI ONEROSO 43. O entendimento do Tribunal de origem - de que **a abertura da participação acionária ao Estado do Rio Grande do Sul, mediante aumento do capital social do Banrisul, como contraprestação devida em razão da assunção, pelo ente estatal, do passivo do banco para com a entidade de previdência complementar - representou pronunciamento em obiter dictum, ou plus desnecessário**, uma vez que, reiterese, o acórdão insistiu em deixar claro que a lide seria restrita à discussão quanto à aplicabilidade do art. 11 da Lei 9.532/1997. 44. Lateralmente, também em obiter dictum, registro aqui que não vejo essa contraprestação como um ônus equiparável à despesa prevista no art. 11, § 2º, da Lei 9.532/1997; pelo contrário, com a emissão de novas ações, de propriedade do Estado do Rio Grande do Sul, **o Banrisul somente experimentou o saneamento de suas contas e o seu fortalecimento econômico, justamente o objetivo principal do PROER**.

45. Por último, essa **singela e específica manifestação do órgão colegiado** - repito, de novo, em obiter dictum - **não ostentou análise jurídica**, ao menos para fins de prequestionamento, uma vez que em momento algum contextualizou o tema à luz da disciplina jurídica estabelecida nos arts. 195, 196 e 301 do RIR/1994, a despeito do reclamo da Fazenda Nacional, nos seus aclaratórios. TERCEIRO FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO À TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 46. A respeito da assertiva de que **as normas do Regulamento de Imposto de Renda (RIR/1994), aprovadas pelo Decreto 1.041/1994, não se enquadram no conceito de lei federal, equivoca-se o Banrisul**.

"A jurisprudência assentada no STJ considera que, para efeito de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III), compreendem-se no **conceito de lei federal os atos normativos** (= de caráter geral e abstrato), produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria

Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (Emb.Decl. no Resp 663.562, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 07.11.05)" (REsp 627.977/AL, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 07.12.2006 p. 273). CONSEQUÊNCIAS DO ACOLHIMENTO DA TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 47. Anoto que os autos retornarão à origem para julgamento das questões antecedentes, isto é: a) **possibilidade de o Banrisul deduzir da base de cálculo do IR e da CSLL, como suas, as despesas que na realidade foram suportadas pelo Estado do Rio Grande do Sul, com recursos fornecidos pela União no âmbito do PROER;** e b) sucessivamente, a **existência de autorização para o Banrisul deduzir do lucro real, imediatamente e de uma só vez, o valor total das despesas que o Estado do Rio Grande do Sul vai pagar de forma parcelada (360 prestações mensais e consecutivas), ao longo de trinta anos.** 48. Em relação ao tema subsequente - a possibilidade de aplicação dos limites impostos pela Lei 9.532/1997 - , **assiste razão** ao Banrisul, isto é, como o acórdão atacado se pronunciou com base em fundamento legal e constitucional, a ausência de interposição de Recurso Extraordinário pelo ente fazendário atrai, apenas neste específico ponto (tese de violação do art. 11 da Lei 9.532/1997), a incidência da Súmula 126/STJ.

CONCLUSÃO 48. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para reconhecer a violação do art. 535 do CPC/1973. **Determinação de devolução dos autos ao e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região para fins de novo julgamento dos Embargos de Declaração**, nos termos acima explicitados.

(REsp 1240691/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 04/08/2017).

=====8.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (Ñ ANÁLISADA)

REsp 1520435 / SC

RECURSO ESPECIAL

2015/0060894-2

RELATOR(A)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147)

ÓRGÃO JULGADOR

T3 - TERCEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

28/03/2017

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 04/04/2017

Ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTAMENTO. PATROCINADOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. APOSENTADORIA COMPLEMENTAR PROPORCIONAL. TEMPO DE SERVIÇO ADICIONAL. RECONHECIMENTO POSTERIOR. RENDA MENSAL INICIAL. REVISÃO. BENEFÍCIO INTEGRAL. AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO. REGIME DE CAPITALIZAÇÃO.

RESPONSABILIDADE DO PARTICIPANTE. 1. Ação ordinária na qual se discute se a **aposentadoria complementar proporcional** pode ser **revisada para o assistido receber o benefício integral, independentemente de fonte de custeio, já que foi reconhecido, tardiamente, tempo de serviço adicional.** 2. É possível o julgamento antecipado da lide quando

as instâncias ordinárias entenderem substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas suficientes para o seu convencimento (art. 130 do CPC/1973), sendo desnecessária a produção de perícia atuarial. 3. O patrocinador não possui legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que envolvam participante e entidade de previdência privada, ainda mais se a controvérsia se referir ao plano de benefícios, como a concessão e a revisão de aposentadoria suplementar. Isso porque **o patrocinador e o fundo de pensão são dotados de personalidades jurídicas próprias e patrimônios distintos, sendo o interesse daquele meramente econômico e não jurídico.**

4. **O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica mantida entre a entidade fechada de previdência privada e seus participantes**, porquanto **o patrimônio da entidade e os respectivos rendimentos reverterem-se integralmente na concessão e manutenção do pagamento de benefícios**, prevalecendo **o associativismo e o mutualismo**, o que afasta o intuito lucrativo. Desse modo, o fundo de pensão não se enquadra no conceito legal de fornecedor.

Inteligência da Súmula nº 563/STJ.

5. A Previdência Complementar **não visa a concessão de ganhos reais ao participante**, sobretudo **se isso comprometer o equilíbrio atuarial do fundo mútuo**. Logo, **na falta de fonte de custeio correspondente, não se revela possível haver a extensão de fórmulas típicas da previdência oficial na previdência privada.**

6. Nos termos dos arts. 37 e 38 do Regulamento do Plano de Benefícios nº 4 da ELOS, para a concessão da complementação de aposentadoria por tempo de serviço, há a necessidade, entre outros requisitos, de observância do período de vinculação com a Previdência Social, podendo a suplementação se dar de forma integral ou parcial. 7. Com o **posterior reconhecimento e a averbação de tempo de serviço adicional pelo INSS**, pode o assistido da ELOS **que recebe a suplementação de aposentadoria proporcional pedir a inclusão de tal período na previdência privada, pois admitido pelas normas do próprio plano de benefícios**. Todavia, **para receber a integralidade do benefício complementar, deve também cumprir o requisito da constituição da reserva garantidora**, conforme previsão do art. 28, § 5º, do regulamento da entidade.

8. Não pode a entidade fechada de previdência privada promover a majoração do valor da aposentadoria complementar, originada da divergência nas informações quanto ao tempo de serviço prestado pelo assistido, sem antes ele verter a "diferença de Reservas Matemáticas", sobretudo se o período a ser retificado se referir à atividade exercida como autônomo, isto é, **antes de haver o ingresso na empresa patrocinadora ou mesmo no fundo de pensão. Lógica do regime de capitalização e do plano de custeio. Preservação da saúde financeira do fundo de pensão, cujo prejuízo é suportado** por todos os participantes, assistidos e patrocinador.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1520435/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017).

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - RPGS (Ñ ANÁLISE)

REsp 1564070 / MG

RECURSO ESPECIAL

2015/0274265-9

RELATOR(A)

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

ÓRGÃO JULGADOR

S2 - SEGUNDA SEÇÃO

DATA DO JULGAMENTO

22/03/2017

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 18/04/2017

Ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA. PREVIDÊNCIA PRIVADA E REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. REGIMES JURÍDICOS DISTINTOS E AUTÔNOMOS. A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR TEM POR **PILAR O REGIME FINANCEIRO DE CAPITALIZAÇÃO, QUE PRESSUPÕE A FORMAÇÃO DE RESERVAS PARA ASSEGURAR O CUSTEIO DO BENEFÍCIO CONTRATADO.** EXEGESE DOS ARTS. 202, CAPUT, DA CF E 1º E 18 DA LEI COMPLEMENTAR N. 109/2001. **REAJUSTE DO BENEFÍCIO SUPLEMENTAR.** PREVISÃO REGULAMENTAR DE **PARIDADE COM OS ÍNDICES DA PREVIDÊNCIA OFICIAL.** EXTENSÃO DE AUMENTOS REAIS. INVIABILIDADE.

1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), é a seguinte: "Nos planos de benefícios de previdência complementar administrados por entidade fechada, a previsão regulamentar de **reajuste, com base nos mesmos índices adotados pelo Regime Geral de Previdência Social, não inclui** a parte correspondente **a aumentos reais**".

2. No caso concreto, recurso especial provido.

(REsp 1564070/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/03/2017, DJe 18/04/2017).

=====10

. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (Ñ ANÁLISE)

REsp 1433544 / SE

RECURSO ESPECIAL

2014/0022560-3

RELATOR(A)

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

ÓRGÃO JULGADOR

S2 - SEGUNDA SEÇÃO

DATA DO JULGAMENTO

09/11/2016

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 01/12/2016

Ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. CONTRATO DE TRABALHO E CONTRATO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. VÍNCULOS CONTRATUAIS AUTÔNOMOS E DISTINTOS, SUBMETIDOS A REGRAMENTO E PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS. PLANOS DE BENEFÍCIOS SUBMETIDOS À LEI COMPLEMENTAR N. 108/2001, INCLUSIVE OS JÁ OPERANTES POR OCASIÃO DO ADVENTO DA LEI. VEDAÇÃO, ESTABELECIDADA PELO ART. 3º, I, DA LEI COMPLEMENTAR N. 108/2001 À CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO QUE SEJA PROGRAMADA E CONTINUADA, SEM QUE TENHA HAVIDO

CESSAÇÃO DO VÍNCULO DO PARTICIPANTE COM O PATROCINADOR. REGRA COGENTE, DE EFICÁCIA IMEDIATA.

1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), é a seguinte: "Nos planos de benefícios de previdência privada patrocinados pelos entes federados - inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente -, para **se tornar elegível a um benefício de prestação** que seja programada e continuada, **é necessário que o participante previamente cesse o vínculo laboral com o patrocinador**, sobretudo a partir da vigência da Lei Complementar n. 108/2001, independentemente das disposições estatutárias e regulamentares".

2. No caso concreto, recurso especial provido.

(REsp 1433544/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/11/2016, DJe 01/12/2016).

=====5.

PREVIDÊNCIA SOCIAL - perícia - reserva do possível

REsp 1586142 / SP

RECURSO ESPECIAL

2016/0041534-0

RELATOR(A)

Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)

ÓRGÃO JULGADOR

T2 - SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

05/04/2016

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 18/04/2016

Ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRAZO PARA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA DOS SEGURADOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DE ATÉ 15 DIAS. RAZOABILIDADE. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM O SUS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. AMPLA DIVULGAÇÃO DO PRAZO NAS DEPENDÊNCIAS POR INFORMES LEGÍVEIS E VISÍVEIS E POR DISPOSITIVOS DE INFORMAÇÃO FACILITADORES DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. DIREITO À INFORMAÇÃO.

1. Na origem, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra o INSS para que, em síntese, a autarquia fosse condenada à realização da perícia médica dos segurados no prazo máximo de 15 (quinze) dias relativamente à Agência da Previdência Social de São Bernardo do Campo, a qual está demorando, em média, 5 (cinco) meses para o atendimento pericial.

2. O STF tem decidido que, **ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social** - principalmente nos casos que visem a resguardar a supremacia da dignidade humana -, **sem** que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. Precedentes.

3. Diante da ausência de previsão legal, coaduna-se com a razoabilidade e a eficiência a fixação do prazo de até 15 (quinze) dias para que a agência realize a perícia médica dos segurados por ela atendidos. O parâmetro baseia-se na Lei 8.213/1991, a qual estabelece o prazo de 15 (quinze) dias para início do recebimento de benefícios previdenciários de aposentadoria por invalidez (art. 43)

e auxílio-doença (art. 60), bem como o prazo de 15 (quinze) dias para a empresa que dispor de serviço médico, próprio ou conveniado, realizar a perícia do empregado para fins de abono de falta (art. 60, § 4º).

4. O Decreto 8.691/2016 veio a alterar o Regulamento da Previdência Social - RPS, para prever a possibilidade de o INSS celebrar convênio com órgãos e entidades públicas integrantes do SUS para a realização de perícia médica, além de outras medidas tendentes a agilizar os trabalhos periciais.

5. Em razão do **princípio da publicidade**, a Administração deve dar a mais ampla divulgação possível de seus atos aos administrados, sendo o sigilo admitido em poucas situações. Ademais, o gênero direito à informação corresponde a uma garantia fundamental da pessoa humana, sendo assegurado "a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (art.

5º, XIV, da Constituição da República).

6. A Agência da Previdência Social deverá dar **publicidade e informar que a perícia médica será realizada em até 15 (quinze) dias**, mediante informes com dizeres precisos, a serem fixados em suas dependências, em locais visíveis e com letras de tamanho legível, bem como por dispositivos facilitadores da informação às pessoas com deficiência, a exemplo dos deficientes visuais, nos termos da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015).
Recurso especial do INSS improvido.

(REsp 1586142/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016).

6.

PREVIDÊNCIA SOCIAL - incidência sobre adicional de 1/3 de férias (NÃO ANÁLISE)

AgRg no REsp 1455782 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2014/0121841-6

RELATOR(A)

Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

16/02/2016

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 26/02/2016

Ementa do julgado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL POR ESTA CORTE SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE O ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA: RESP. 1.230.957/RS, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 17.3.2014. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. Consoante jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a competência do STJ **restringe-se à interpretação e à uniformização do direito infraconstitucional** não sendo possível o exame de violação a dispositivos constitucionais, **ainda que para fins de prequestionamento**, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que **não incide contribuição previdenciária sobre o adicional de 1/3 de férias**, dada a sua natureza indenizatória, ainda que se trate de **empregado sujeito ao Regime Geral de Previdência Social-RGPS**.

REsp.

1.230.957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 17.3.2014, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC e Res 8/STJ.

3. Por fim, afigura-se inadequada a argumentação relacionada à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB) e do enunciado 10 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, pois não houve declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais suscitados, tampouco o afastamento destes, tão **somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável** à espécie.

4. Agravo Regimental da Fazenda Nacional desprovido.

(AgRg no REsp 1455782/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016).

=====7.
PREVIDÊNCIA SOCIAL - incidência adicional de férias gozadas/indenizadas - cargo do empregador (Ñ ANÁLISE)

AgRg no AREsp 702345 / RN

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

2015/0084407-9

RELATOR(A)

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141)

ÓRGÃO JULGADOR

T2 - SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

18/08/2015

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 27/08/2015

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. NÃO INCIDÊNCIA SOB TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Acerca da **não incidência de contribuição previdência sob o terço constitucional de férias**, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do **Recurso Especial Repetitivo 1.230.957/RS**, de minha relatoria, julgado em 26/2/2014, assentou o entendimento no que se refere ao **adicional de férias relativo às férias indenizadas**, no Regime Geral de Previdência a **a não incidência de contribuição previdenciária decorre de expressa previsão legal** (art. 28, § 9º, "d", da Lei 8.212/91 - redação dada pela Lei 9.528/97). Em relação ao **adicional de férias concernente às férias gozadas, tal importância possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária** (a cargo da empresa) 3. Vale destacar que quanto à alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário e ao enunciado 10 da Súmula vinculante do STF, não há falar, na hipótese, em declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais tidos por

violados, tampouco afastamento destes, mas tão somente em interpretação sistemática do direito infraconstitucional aplicável ao caso, com base na jurisprudência do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 702.345/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 27/08/2015).

=====8.

PREVIDÊNCIA SOCIAL - base de cálculo - auxílio doença e acidente - natureza salarial. (Ñ ANÁLISE)

AgRg no REsp 1474988 / SC

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2014/0206151-9

RELATOR(A)

Ministro SÉRGIO KUKINA (1155)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

06/08/2015

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 20/08/2015

Ementa do julgado:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. QUINZE PRIMEIROS DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. RESP 1.230.957/RS. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. OFENSA. INEXISTÊNCIA. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. PREQUESTIONAMENTO. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO A ENUNCIADO SUMULAR. DESCABIMENTO. SÚMULA 518/STJ.

1. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento do empregado, por motivo de doença e acidente, uma vez que não integram a base de cálculo da contribuição previdenciária, por não terem natureza salarial.

Entendimento firmado pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.230.957/RS, processado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil.

2. Não é cabível a alegação de violação à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) quando não houver declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais alegados como violados, tampouco afastamento desses, mas simplesmente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável à espécie, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

3. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar, na via especial, suposta violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Não é possível, em sede de recurso especial, a apreciação de suposta violação ao enunciado 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, em face do óbice da Súmula 518/STJ ("Para fins do art. 105, III, a, da Constituição Federal, não é cabível recurso especial fundado em alegada violação de enunciado de súmula." (CORTE ESPECIAL, julgado em 26/02/2015, DJe 02/03/2015).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1474988/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 20/08/2015).

9.

PREVIDÊNCIA SOCIAL - complementar - custeio - atuarial (Ñ ANÁLISE)

REsp 1510689 / MG

RECURSO ESPECIAL

2011/0216147-4

RELATOR(A)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147)

ÓRGÃO JULGADOR

T3 - TERCEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

10/03/2015

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 16/03/2015

Ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DE RENDA MENSAL INICIAL. REAJUSTE DE BENEFÍCIO SUPLEMENTAR. PARIDADE COM OS ÍNDICES DO INSS. EXTENSÃO DE AUMENTOS REAIS. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO. PREJUÍZO AO EQUILÍBRIO ATUARIAL DO FUNDO PREVIDENCIÁRIO.

1. Ação de cobrança de **diferenças de suplementação de aposentadoria**, em que a controvérsia consiste em saber **se a previsão normativa de reajuste das complementações de aposentadoria segundo os índices de reajustamento incidentes sobre os benefícios mantidos pelo INSS somente referem-se aos concernentes a perdas inflacionárias ou se abrangem também os relativos a aumentos reais**.
2. O **índice de correção total periodicamente aplicado pela Previdência Social** nos seus benefícios, sob determinação do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), nem sempre corresponde apenas à inflação apurada no período, **podendo haver outros componentes, como o ganho real**.
3. Deve-se **garantir a irredutibilidade do benefício suplementar contratado**, ou seja, o poder aquisitivo que possuía antes de ser desgastado pela inflação, não a concessão de ganhos reais ao participante, sobretudo se isso comprometer o equilíbrio atuarial do fundo de previdência privada. Logo, na **falta de fonte de custeio correspondente, não se revela possível haver a extensão dos aumentos reais concedidos pela previdência oficial ao benefício suplementar**.
4. O **objetivo do fundo de previdência complementar não é propiciar ganho real** ao trabalhador aposentado, mas manter o padrão de vida para o assistido semelhante ao que desfrutava em atividade, devendo, para tanto, gerir os numerários e as reservas consoante o plano de benefícios e os cálculos atuariais.
5. Se a entidade de previdência privada **aplicou** a seus assistidos o **reajuste correspondente à perda inflacionária nos termos da previsão normativa estatutária que atrelou o reajustamento aos índices aplicados pelo INSS** nos benefícios da previdência social, **não podem ser estendidos os aumentos reais, ante a ausência de previsão no plano contratado**.
6. Recurso especial não provido.

(REsp 1510689/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 16/03/2015).

10

. PRESIDÊNCIA SOCIAL - renúncia à aposentadoria - possível. (Ñ ANÁLISE)

AgRg no AREsp 570693 / CE

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

2014/0215560-0

RELATOR(A)

Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)

ÓRGÃO JULGADOR

T2 - SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

16/10/2014

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 28/10/2014

Ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INOVAÇÃO RECURSAL NO ÂMBITO DO AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. **DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.** MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO REPETITIVO (RESP 1.334.488/SC). ART. 97 DA CF. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO. CÔMPUTO DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO SUBSEQUENTES À APOSENTADORIA A QUE SE RENUNCIOU. POSSIBILIDADE DE INTEGRAÇÃO DO JULGADO. DEFERIMENTO PONTUAL.

1. As teses e questionamentos aventados nas razões recursais não foram abordados nas contrarrazões ao recurso especial, motivo pelo qual representa inovação apresentá-los para análise no âmbito do agravo regimental.

2. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.334.488/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação desta Corte no sentido da **possibilidade da renúncia à aposentadoria para que outra com renda mensal maior seja concedida**, levando-se em conta o período de labor exercido após a outorga da **inativação**, tendo em vista que **a natureza patrimonial do benefício previdenciário não obsta a renúncia a este, porquanto disponível o direito do segurado, não importando em devolução dos valores percebidos.**

3. Não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF), pois a questão tratada nos autos foi decidida e fundamentada à luz da legislação federal, sem necessidade do reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91, apenas foi **dada interpretação conforme a jurisprudência desta Corte.** A **violação** à cláusula de reserva de plenário só ocorre quando a decisão, embora sem explicitar, **afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidi-la com critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição**, o que não ocorreu no presente caso.

4. A apreciação de suposta violação de preceitos constitucionais **não é possível na via especial, nem à guisa de prequestionamento**, por ser matéria reservada pela Carta Magna ao Supremo Tribunal Federal.

5. **Desacolhido o pleito de sobrestamento** do recurso especial, pois **nem mesmo o reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte enseja esse efeito.**

6. **Deferida a integração** do julgado, nos termos do definido no Recurso Especial Repetitivo 1.334.488/SC, para que **na nova aposentadoria sejam computados os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou e não os posteriores ao ato de renúncia.**

Agravo regimental parcialmente provido para integração do julgado.

(AgRg no AREsp 570.693/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014).

11

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - incidir sobre adicional de férias gozadas - cargo do empregador. (Ñ ANÁLISE)

AgRg nos EREsp 1086491 / PR

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL

2011/0128343-9

RELATOR(A)

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141)

ÓRGÃO JULGADOR

S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

DATA DO JULGAMENTO

23/04/2014

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 30/04/2014

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.230.957/RS.

1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.230.957/RS (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.3.2014), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou orientação no sentido de que, "em relação ao **adicional de férias concernente às férias gozadas**, tal importância **possui natureza indenizatória/compensatória**, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual **sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa)**".

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 1086491/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/2014, DJe 30/04/2014).

12

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - renúncia à aposentadoria - dto patrimonial - direito à execução de valores (Ñ ANÁLISE)

AgRg no REsp 1387241 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2013/0155304-1

RELATOR(A)

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES (1151)

ÓRGÃO JULGADOR

T2 - SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

27/03/2014

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 08/04/2014

Ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL, PELO STF. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO RECURSO

ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 543-B DO CPC. APRECIÇÃO DE ALEGADA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE, NA VIA DE RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. RENÚNCIA À APOSENTADORIA, OBTIDA NA VIA JUDICIAL, PARA OBTENÇÃO DE NOVO BENEFÍCIO, MAIS VANTAJOSO, CONCEDIDO ADMINISTRATIVAMENTE, NO CURSO DA AÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ, AgRg no REsp 1.411.517/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/03/2014; STJ, AgRg no AgRg no AREsp 367.302/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/02/2014), o reconhecimento da **repercussão geral**, pelo Supremo Tribunal Federal, da matéria ora em apreciação, **não acarreta o sobrestamento do exame do presente Recurso Especial, sobrestamento que se aplica, no STJ, somente aos Recursos Extraordinários interpostos contra acórdãos do Superior Tribunal de Justiça**, em consonância com o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil.

II. A análise de suposta ofensa a dispositivos constitucionais compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Constituição da República, sendo defeso o seu exame, no âmbito do Recurso Especial, ainda que para fins de prequestionamento, conforme pacífica jurisprudência do STJ.

III. Consoante a jurisprudência do STJ, "considerando que não houve declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal suscitado, tampouco o afastamento deste, mas tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável à espécie, não há que se falar em violação à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal e muito menos à Súmula Vinculante n. 10 do STF" (STJ, AgRg no AREsp 347.337/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/11/2013).

IV. Na forma da pacífica jurisprudência do STJ, por se tratar de **direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria**, com o **propósito de obter benefício mais vantajoso**, no Regime Geral de Previdência Social ou em regime próprio de Previdência, mediante a **utilização de seu tempo de contribuição**, sendo certo, ainda, que **tal renúncia não implica em devolução de valores percebidos** (REsp 1.334.488/SC, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC).

V. **Reconhecido o direito de opção pelo benefício concedido administrativamente, no curso da ação judicial, mais vantajoso, e a desnecessidade de devolução dos valores recebidos na via judicial, afigura-se legítimo o direito de execução dos valores compreendidos entre a data de entrada do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, cujo direito foi reconhecido judicialmente, e a data de início do segundo benefício, de aposentadoria por invalidez, mais vantajoso, concedido na via administrativa.** Precedentes do STJ.

VI. "Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica a devolução dos valores percebidos. Nessa linha, sendo **possível a opção e desnecessária a devolução**, resta **legítimo, por extensão, o direito à execução dos valores entre a data de entrada do pedido de aposentadoria, cujo direito foi reconhecido judicialmente, e a data de início do segundo benefício, mais vantajoso, concedido na via**

administrativa" (STJ, AgRg no REsp 1.162.432/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 15/02/2013).

VII. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1387241/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 08/04/2014).

=====13

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - decisão liminar cassada - devolução de valores recebidos de boa fé (Ñ ANÁLISE)

AgRg no AREsp 463403 / PB

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

2014/0014305-9

RELATOR(A)

Ministro SÉRGIO KUKINA (1155)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

25/02/2014

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 06/03/2014

Ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO. REGIMENTAL. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO VIOLAÇÃO. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ POR BENEFICIÁRIO. ERRO DO INSS. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REPETITIVO COM TESE DIVERSA. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DIRETA AO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e ao enunciado 10 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal quando não haja declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais tidos por violados, tampouco afastamento desses, mas tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável ao caso, com base na jurisprudência desta Corte.

Precedentes.

2. São distintas as questões discutidas no recurso representativo da controvérsia apontado pelo INSS (REsp 1.401.560/MT) e a apresentada no presente feito, porquanto, neste **recurso, a tese central foi a necessidade de devolução de valores recebidos de boa-fé por beneficiário, em virtude de erro cometido pela administração**, enquanto no representativo a questão examinada foi outra, ou seja, a **possibilidade de desconto de valores pagos aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social- RGPS, em razão do cumprimento de decisão judicial precária posteriormente cassada**.

3. Não se mostra possível discutir em agravo regimental matéria que não foi decidida pelo Tribunal de origem, nem tampouco foi objeto das razões do recurso especial, por se tratar de inovação recursal.

4. Em que pese a irresignação do agravante, sua argumentação não ataca, como seria de rigor, os fundamentos específicos da decisão agravada, não observando, portanto, o **princípio da dialeticidade recursal**, o que torna, só por isso, inviável o presente agravo.

5. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no AREsp 463.403/PB, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 06/03/2014).

. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - indisponibilidade de fundo de prev. complementar - gestor da instituição de prev. complementar. (Ñ ANÁLISE)

EREsp 1121719 / SP

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL

2011/0241419-2

RELATOR(A)

Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

ÓRGÃO JULGADOR

S2 - SEGUNDA SEÇÃO

DATA DO JULGAMENTO

12/02/2014

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 04/04/2014

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SALDO EM FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. IMPENHORABILIDADE. INDISPONIBILIDADE DE BENS DETERMINADA À LUZ DO ART. 36 DA LEI 6.024/74. MEDIDA DESPROPORCIONAL.

1. O regime de previdência privada complementar é, nos termos do art. 1º da LC 109/2001, "**baseado na constituição de reservas que garantam o benefício**, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal", que, por sua vez, está **inserido na seção que dispõe sobre a Previdência Social**.
2. Embora não se negue que o PGBL **permite o "resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante"** (art. 14, III, da LC 109/2001), essa **faculdade concedida ao participante de fundo de previdência privada complementar não tem o condão de afastar, de forma inexorável, a natureza essencialmente previdenciária e, portanto, alimentar, do saldo existente**.
3. Por isso, **a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente**, de modo que, se as provas dos autos revelarem a **necessidade de utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar**, na forma do art. 649, IV, do CPC.
4. Ante as **peculiaridades da espécie (curto período em que o embargante esteve à frente da instituição financeira e sua ínfima participação no respectivo capital social)**, **não se mostra razoável impor ao embargante tão grave medida, de ter decretada a indisponibilidade de todos os seus bens, inclusive do saldo existente em fundo de previdência privada complementar - PGBL**.
5. Embargos de divergência conhecidos e providos.
(EREsp 1121719/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2014, DJe 04/04/2014).

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - renúncia à aposentadoria - desaposentação - Fator previdenciário . (Ñ ANÁLISE)

AgRg no REsp 1290964 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2011/0264524-7

RELATOR(A)

Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150)

ÓRGÃO JULGADOR

T5 - QUINTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

21/11/2013

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 28/11/2013

Ementa do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RENÚNCIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR. DESNECESSIDADE. BURLAR A INCIDÊNCIA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO. INOVAÇÃO RECURSAL.

1. A questão de que se cuida foi objeto de ampla discussão nesta Corte Superior, estando **hoje pacificada** a compreensão segundo a qual **a renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica a devolução dos valores percebidos**, pois, **enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos proventos**.

2. A tese trazida pelo agravante de ser o **pedido de desaposentação** uma forma artilosa de burlar a incidência do fator previdenciário, não foi tratada pelo Tribunal de origem, **tampouco foram apresentadas contrarrazões** ao recurso especial suscitando o referido tema, caracterizando-se clara **inovação recursal**, que não pode ser conhecida neste momento processual.

3. No que diz respeito aos honorários, **não há que se falar em prestações vencidas até a prolação da sentença**, porquanto a **base de cálculo**, no presente caso, será o valor atualizado da causa.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1290964/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 28/11/2013).

=====12

. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - revisão de benefício - perícia atuarial - CDC aplicado para anular. (Ñ ANÁLISE)

REsp 1412667 / RS

RECURSO ESPECIAL

2011/0313498-9

RELATOR(A)

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

ÓRGÃO JULGADOR

T4 - QUARTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

12/11/2013

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 03/02/2014

Ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDÊNCIA PRIVADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DEFERIMENTO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO, DE MODO DIVERSO DO PREVISTO NO REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS. **IMPREScindibilidade de produção de perícia atuarial**, por ser **dever legal do estado**, inclusive na função jurisdicional, **proteger**

OS INTERESSES DOS DEMAIS BENEFICIÁRIOS E PARTICIPANTES DO PLANO. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO RESCINDENDA QUE AFRONTA O ENTENDIMENTO PACIFICADO NO ÂMBITO DO STJ. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO DA SÚMULA N. 343/STF, POR NÃO SER SOLUÇÃO QUE ATENDE AO PROPÓSITO DE SEGURANÇA JURÍDICA. APLICAÇÃO DO CDC PARA ANULAR CLÁUSULA CONTRATUAL DE TRANSAÇÃO PACTUADA ANTES DA SUA VIGÊNCIA E SEM APURAÇÃO OBJETIVA DE VÍCIO. VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

1. **A principiologia** subjacente à Súmula n. 343/STF é consentânea com o propósito de **estabilização das relações sociais** e, mediante a acomodação da jurisprudência, rende homenagens diretas à **segurança jurídica**, a qual é progressivamente **corroída quando a coisa julgada é relativizada**.

2. "Nos termos do Enunciado 343 da Súmula do STF, não é cabível ação rescisória por violação de literal dispositivo de lei quando a matéria era controvertida nos Tribunais à época do julgamento. A jurisprudência, contudo, tanto do **STF como do STJ evoluiu** de modo a considerar que não se pode admitir que prevaleça um acórdão que adotou uma **interpretação inconstitucional (STF) ou contrária à Lei, conforme interpretada por seu guardião constitucional (STJ)**. Assim, nas hipóteses em que, após o julgamento, a jurisprudência, ainda que vacilante, tiver evoluído para sua pacificação, **a rescisória pode ser ajuizada**". (AR 3682/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 19/10/2011) 3. A observância à iterativa jurisprudência do STJ, a par de prestigiar o próprio sentido de federação, garante tratamento isonômico aos jurisdicionados e vai ao encontro da famosa **lição de Cândido Rangel Dinamarco**, para quem os tribunais superiores têm por **missão propiciar segurança jurídica, prevenindo a denominada "jurisprudência lotérica"**, que a par de ocasionar desprestígio ao Poder Judiciário e colocar em risco a autoridade de suas decisões, propicia insegurança social e ao setor produtivo, com inúmeros reflexos deletérios, inclusive o de ensejar que causas idênticas tenham soluções divergentes.

4. A constituição de **reservas no regime de previdência privada complementar** deve ser feita por meio de **cálculos matemáticos (atuariais)**, embasados em estudos de natureza atuarial, que **prevejam as despesas e garantam o respectivo custeio**. Dessarte, é bem de ver que a decisão rescindenda adota **premissa fático-jurídica equivocada**, assentando que, se **não houver o deferimento da revisão do benefício previdenciário de modo diverso do previsto no regulamento do plano**, haverá **enriquecimento sem causa para a própria entidade de previdência privada**, não obstante o fundo pertença à coletividade, sendo apenas gerido, sob **estrita supervisão e fiscalização estatal**, pela mencionada pessoa jurídica, com o **objetivo de constituir reservas** que possam, efetivamente, **assegurar os benefícios contratados num período de longo prazo**.

5. Os arts. 3º, I, da Lei n. 6.435/1977 e 3º, VI, da Lei Complementar n. 109/2001, que sustentam a ação rescisória, ostentam **normas de caráter público, que impõem ao Estado, inclusive na sua função jurisdicional, proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios - os verdadeiros detentores do fundo formado**.

6. O sistema de **capitalização e a solidariedade entre a coletividade integrante do plano de benefícios constituem pilar do regime de previdência privada**, por isso a eventual **inobservância ao equilíbrio atuarial, em contrariedade ao pactuado, colocará em risco o interesse de terceiros**. Assim, conforme remansosa jurisprudência, há muito consolidada, das duas Turmas que compõem a Segunda Seção, **para revisão de benefício pago por entidade de previdência privada**, segundo critérios diversos dos pactuados no contrato, **é imprescindível perícia para resguardar o equilíbrio financeiro e atuarial**.

7. No caso, **à luz da iterativa jurisprudência do STJ**, neste ponto, fica nítido ter havido cerceamento de defesa e violação ao ato jurídico perfeito, pois foi **indeferida a perícia atuarial** oportunamente requerida e **aplicado o Código de Defesa do Consumidor para reconhecer nulidade de cláusula contratual firmada antes mesmo da vigência do Diploma consumerista.**

8. Recurso especial provido.

(REsp 1412667/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 03/02/2014).

=====15

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - desaposentação - renúncia à aposentadoria - benefício , natureza patrimonial - direito disponível. (NÃO ANÁLISE)

AgRg no REsp 1406676 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2013/0328017-7

RELATOR(A)

Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)

ÓRGÃO JULGADOR

T2 - SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

15/10/2013

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 25/10/2013

Ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. **DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO REPETITIVO (RESP 1.334.488/SC). ART. 97 DA CF. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE.**

1. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.334.488/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, **submetido ao rito dos recursos repetitivos** reafirmou a orientação desta Corte no sentido da **possibilidade da renúncia à aposentadoria para que outra com renda mensal maior seja concedida**, levando-se em conta o período de labor exercido após a outorga da **inativação**, tendo em vista que **a natureza patrimonial do benefício previdenciário não obsta a renúncia** a este, porquanto **disponível o direito do segurado, não importando em devolução dos valores percebidos.**

2. **A nova aposentadoria**, a ser concedida **a contar do ajuizamento da ação**, há de **computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou.**

3. Não há falar em afronta ao artigo 97 da Constituição Federal, pois, nos termos em que foi editada a Súmula Vinculante 10 do STF, a violação à cláusula de reserva de plenário só ocorre quando a decisão, embora sem explicitar, afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.

A apreciação de suposta violação de preceitos constitucionais não é possível na via especial, nem à guisa de prequestionamento, porquanto matéria reservada, pela Carta Magna, ao Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1406676/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 25/10/2013).

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - apenas questão processual do REsp (Ñ ANÁLISE)

EDcl no AgRg no REsp 1286163 / PR

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2011/0243054-9

RELATOR(A)

Ministra LAURITA VAZ (1120)

ÓRGÃO JULGADOR

T5 - QUINTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

04/12/2012

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 11/12/2012

Ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DECIDIDA. DESCABIMENTO. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAR DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Não prevalece a alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário, inserta no art. 97 da Constituição da República, pois a decisão hostilizada não declarou, sequer implicitamente, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo.

2. É incabível o pleito de sobrestamento do feito até o julgamento de recurso submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, pois a norma inserta em tal dispositivo dirige-se aos feitos a serem processados no Tribunal de origem.

3. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, sendo certo que não se coadunam com a pretensão de revisão do conteúdo da decisão do recurso especial.

4. A via especial, destinada à **uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional**, não se presta à análise de possível violação a dispositivos da Constituição Federal, ainda que para fins de prequestionamento.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 1286163/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012).

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - decisão possível acumulação - Só questão processual

Embargos Decl. (Ñ ANÁLISE)

EDcl na AR 4309 / SP

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO RESCISÓRIA

2009/0153908-2

RELATOR(A)

Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (8300)

ÓRGÃO JULGADOR

S3 - TERCEIRA SEÇÃO

DATA DO JULGAMENTO

28/11/2012

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 06/12/2012

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V E IX, DO CPC. VÍCIO DE OBSCURIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. INSURGÊNCIA QUANTO AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESCABIMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

- O acórdão embargado, ao apreciar ação rescisória manejada para **desconstituir decisão que entendeu ser possível a cumulação de benefícios previdenciários**, demonstrou, de modo claro e fundamentado, as razões pelas quais **julgou improcedente o pedido** fundado no art. 485, V e IX, do CPC.

- Não procede, portanto, a alegação obscuridade, pois, para a configuração desse vício, a decisão impugnada deve apresentar-se ininteligível, dirimindo a controvérsia de modo incompreensível, o que não é o caso.

- Não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário uma vez que não houve, sequer implicitamente, declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei pelo acórdão embargado, que se restringiu à interpretação dos dispositivos infraconstitucionais pertinentes ao caso em apreço, com base na jurisprudência desta Corte.

- Os embargos declaratórios, ainda que opostos com o **fim de prequestionamento**, **apenas são admissíveis se a decisão impugnada ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição**, o que não ocorreu na espécie.

- Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl na AR 4.309/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 06/12/2012).

=====18

. PREVIDÊNCIA SOCIAL- renúncia à aposentadoria - só questão processual prequestionamento Repercussão geral. (Ñ ANÁLISE)

AgRg no REsp 1271891 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2011/0191142-4

RELATOR(A)

Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (8300)

ÓRGÃO JULGADOR

T5 - QUINTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

27/11/2012

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe **06/12/2012**

RIOBTP vol. 284 p. 158

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO, EM RAZÃO DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF OU ATÉ JULGAMENTO DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DESCABIMENTO. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. OFENSA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. ART. 103, CAPUT, DA LEI N. 8.213/1991. NÃO INCIDÊNCIA. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.
- Não prospera o pleito de sobrestamento do presente feito até o julgamento de recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC, uma vez que a **norma inserta nesse preceito legal dirige-se aos feitos a serem processados nos tribunais de segunda instância.**
- **É inviável**, na via do recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento, o exame de suposta violação a dispositivos da Constituição Federal, pois a competência desta Corte restringe-se à interpretação e uniformização do direito federal infraconstitucional.
- Não subsiste a alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário, uma vez que a decisão agravada dirimiu a controvérsia embasada na jurisprudência do STJ sobre a questão posta em exame, não tendo declarado a inconstitucionalidade de nenhum dispositivo de lei.
- **O prazo decadencial previsto** no artigo 103, caput, da Lei 8.213/1991, introduzido pela Medida Provisória nº 1.523-9/1997, convertida na Lei nº 9.528/1997, por se tratar de **instituto de direito material, só incidirá sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor.** Precedentes das Quinta e Sexta Turmas deste Tribunal.
- Conforme o entendimento firmado no âmbito da Terceira Seção desta Corte, **é possível a renúncia à aposentadoria para a obtenção de novo benefício, sendo desnecessária a devolução dos valores percebidos pelo segurado a título de proventos.**
- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1271891/RS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012).

=====13

. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - Contrato de adesão - custeio - fator redutor (Ñ ANÁLISE)

REsp 1015336 / SP

RECURSO ESPECIAL

2007/0298850-4

RELATOR(A)

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

ÓRGÃO JULGADOR

T4 - QUARTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

20/09/2012

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 08/10/2012

Ementa do julgado:

PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE PREVIDÊNCIA QUE, DESDE A **ADESÃO DO CONSUMIDOR PREVÊ A INCIDÊNCIA DE FATOR REDUTOR À RENDA MENSAL INICIAL DO PARTICIPANTE**, CASO SE APOSENTE COM IDADE INFERIOR A 53 ANOS DE IDADE, NO CASO DE APOSENTADORIA ESPECIAL, OU COM 55 ANOS, PARA AS DEMAIS APOSENTADORIAS. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE **APLICAÇÃO DE NORMA PRÓPRIA DA PREVIDÊNCIA OFICIAL À COMPLEMENTAR, EM DETRIMENTO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL**. DESCABIMENTO.

1. "Embora as regras aplicáveis ao sistema de previdência social oficial possam, eventualmente, servir como instrumento de auxílio à resolução de questões relativas à previdência privada complementar, na verdade são regimes jurídicos diversos, com regramentos específicos, tanto de nível constitucional, quanto infraconstitucional". (REsp 814.465/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 24/05/2011) 2. Enquanto a previdência social adota o regime de repartição simples, que funciona em sistema de caixa, no qual o que se arrecada é imediatamente gasto, sem que haja, por regra, um processo de acumulação de reservas, a previdência complementar adota o de capitalização, que pressupõe a acumulação de recursos para que possam, efetivamente, assegurar os benefícios contratados num período de longo prazo. Por isso, é descabida a invocação de norma própria do sistema de previdência oficial para afastar aquelas que regem o regime de previdência complementar.

3. Como constitui pilar do regime de previdência privada o custeio dos planos por meio do sistema de capitalização, é possível e razoável a estipulação, no contrato de adesão, de idade mínima para que o participante possa fazer jus ao benefício ou a incidência de fator redutor à renda mensal inicial, em caso de aposentadoria especial com idade inferior a 53 anos de idade, ou com 55 anos, para as demais aposentadorias, tendo em vista que a aposentadoria nessas condições resulta, em regra, em maior período de recebimento do benefício, se comparado àqueles participantes que se aposentam com maior idade.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1015336/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 08/10/2012).

=====19

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - apenas questão processual - embargos decl. (Ñ ANÁLISE)

EDcl no AgRg no REsp 1287670 / PR

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2011/0253260-5

RELATOR(A)

Ministro OG FERNANDES (1139)

ÓRGÃO JULGADOR

T6 - SEXTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

18/09/2012

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 04/10/2012

Ementa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. DIREITO DO SEGURADO. VALORES. DEVOLUÇÃO. DESNECESSIDADE. RECURSO REPETITIVO. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. NÃO APLICABILIDADE. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. VIA ESPECIAL. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. O reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal não acarreta, por si só, o sobrestamento dos recursos especiais em tramitação no Superior Tribunal de Justiça.

Precedentes.

2. Não há que se falar em adoção do procedimento previsto no art. 97 da Constituição Federal na hipótese em que **esta Corte Superior aplica entendimento jurisprudencial consolidado acerca do tema**, sem declarar a inconstitucionalidade do preceito legal invocado.

3. Afigura-se inviável a apreciação de ofensa a dispositivo constitucional, ainda que a título de prequestionamento, pois não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, o exame da referida questão, cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal.

4. **É possível, em sede de embargos de declaração, ventilar fato novo que possa influir no resultado da lide.** Precedentes.

5. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, **é incabível o sobrestamento dos processos que tratam de matéria idêntica à do recurso especial submetido ao rito** do art. 543-C do CPC, uma vez que a norma inserta no referido dispositivo legal dirige-se aos feitos a serem processados e julgados no Tribunal de origem.

6. A teor do art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

7. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp 1287670/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 04/10/2012).

=====20

. Previdência SOCIAL - apenas questão processual - sobrestamento (Ñ ANÁLISE)

AgRg no REsp 1308848 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2012/0042035-4

RELATOR(A)

Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

ÓRGÃO JULGADOR

T2 - SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

26/06/2012

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 06/03/2014

Ementa do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PLEITO DE SOBRESTAMENTO, EM RAZÃO DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. NÃO CABIMENTO. OFENSA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. Apreciação de dispositivos constitucionais. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APOSENTADORIA.

RENÚNCIA.

POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

AGRAVO IMPROVIDO.

(AgRg no REsp 1308848/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/03/2014).

=====21

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - parcelas vencidas, são prescritas - Basicamente matéria processual. (Ñ ANÁLISE)

EDcl no AgRg no REsp 1276626 / RS
 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
 2011/0213824-2

RELATOR(A)

Ministro GILSON DIPP (1111)

ÓRGÃO JULGADOR

T5 - QUINTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

12/06/2012

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 20/06/2012

Ementa do julgado:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. INFRAÇÃO À RESERVA DO PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. **APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA.** CABIMENTO. PARCELAS VENCIDAS. INCIDÊNCIA DA SUMULA 85/STJ. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA ESCLARECIMENTOS.

De acordo com o art. 535 do CPC, o conhecimento dos embargos declaratórios reclamam a comprovação da ocorrência de obscuridade, contradição ou omissão em algum ponto do julgado, estando esses aptos a comprometerem a verdade e os fatos postos nos autos, hipótese essa não constatada no vertente caso.

A via especial, destinada à uniformização do direito federal, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena, inclusive, de usurpação de competência da Suprema Corte.

III. **As parcelas vencidas em data anterior ao quinquênio que precede ao ajuizamento da ação estão fulminadas pela prescrição.** Incidência, à espécie, no enunciado sumular nº 85/STJ.

IV. **Embargos acolhidos, apenas para esclarecimentos, sem a atribuição de efeitos infringentes.**

(EDcl no AgRg no REsp 1276626/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012).

=====22

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - fungibilidade - prequestionamento - entendimento consolidado do STJ. (Ñ ANÁLISE)

AgRg no REsp 1250614 / PR
 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
 2011/0093868-3

RELATOR(A)

Ministro JORGE MUSSI (1138)

ÓRGÃO JULGADOR

T5 - QUINTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

27/03/2012

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 24/04/2012

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS COM MANIFESTO DESEJO DE OBTER A ALTERAÇÃO DO JULGADO. **PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL.**

1. Admitem-se como agravo regimental os embargos de declaração opostos em face de **decisão monocrática**, ante o caráter infringente que se pretende, em nome dos **princípios da economia processual e da fungibilidade**. Precedentes. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO.

1. **O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça.** Precedentes.

2. Inviável o exame, na via do recurso especial, de suposta violação a dispositivos da Constituição Federal, porquanto o prequestionamento de matéria essencialmente constitucional, por este Tribunal, importaria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Descabe falar em adoção do procedimento previsto no art. 97 da Constituição Federal nos casos em que **esta Corte decide aplicar entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema, sem declarar inconstitucionalidade do texto legal invocado.**

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1250614/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 24/04/2012).

=====23

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - renúncia à aposentadoria - efeitos ex nunc - não devolução - aposentadoria é direito patrimonial disponível. (JN ANÁLISE)

AgRg no REsp 1216953 / PE

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2010/0181695-5

RELATOR(A)

Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (8195)

ÓRGÃO JULGADOR

T6 - SEXTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

08/02/2011

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 14/03/2011

Ementa do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. **POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA.** DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE.

1. Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

2. **Esta Corte firmou compreensão de que a aposentadoria, direito patrimonial disponível, pode ser objeto de renúncia, revelando-se possível, nesses casos, a contagem do respectivo**

tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência.

3. O Superior Tribunal de Justiça **já decidiu que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos ex nunc e não envolve a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto aposentado, o segurado fez jus aos proventos.**

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1216953/PE, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 14/03/2011).

=====14

. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - direito de deduzir contribuições recolhidas. (Ñ ANÁLISE)

REsp 1037421 / SC

RECURSO ESPECIAL

2008/0049985-2

RELATOR(A)

Ministro LUIZ FUX (1122)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

07/12/2010

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 14/12/2010

Ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO (ARTIGO 522, DO CPC). DECISÃO INTERLOCUTÓRIA (PROFERIDA EM SEDE DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA) QUE DETERMINOU A **EXCLUSÃO DE PERCENTUAL DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA**. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL QUE JULGOU **PROCEDENTE A PRETENSÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO** E DETERMINOU QUE **O FISCO ABSTIVESSE-SE DO DESCONTO NA FONTE DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS RENDIMENTOS AUFERIDOS A TÍTULO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA PROPORCIONALMENTE ÀS CONTRIBUIÇÕES RECOLHIDAS SOB A ÉGIDE DA LEI 7.713/88**. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONSIGNOU QUE **A DECISÃO EXECUTADA NÃO ASSENTOU A ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE AS PARCELAS VINCENDAS**. ALEGAÇÃO DE OFENSA À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA.

1. **A coisa julgada é tutelada pelo ordenamento jurídico não só pelo impedimento à repropositura de ação idêntica após o trânsito em julgado da decisão, mas também por força da denominada eficácia preclusiva do julgado.**

2. O artigo 468, do CPC, dispõe que "a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas", pontificando doutrina clássica que:

".. o problema dos **limites objetivos da res iudicata** foi enfrentado alhures, em **termos peremptórios** enfáticos e até redundantes, talvez inspirados na preocupação de preexcluir quaisquer mal-entendidos.

Assim, é que o art. 468, reproduz , sem as deformações do art. 287, caput, **a fórmula carneltuttiana**: "A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem **força de lei** nos limites da lide e das questões decididas." (José Barbosa Moreira, in "Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil", Temas de Direito Processual, Saraiva, 1977, pág. 91) 3.

Deveras, a **coisa julgada atinge o pedido e a sua causa de pedir, sendo certo que sua eficácia preclusiva** (artigo 474, do CPC) impede que se infirme o resultado a que se chegou em processo anterior com decisão trânsita, ainda que a ação repetida seja outra, mas que, por via oblíqua, desrespeita o julgado anterior.

4. O dispositivo constante da decisão transitada em julgado (objeto de execução) foi no sentido de que:

"... julgo procedente o pedido e **condeno a União** a:

a) abster-se de efetuar o desconto na fonte do imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos pelo autor a título de complementação de aposentadoria, proporcionalmente às contribuições recolhidas por ele entre 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1995; e b) restituir as importâncias retidas indevidamente a título de imposto de renda no decênio que precede ao ajuizamento deste pedido, corrigidas monetariamente, a partir de cada retenção indevida, na forma que segue: de junho a dezembro de 1995 pela variação da Unidade Fiscal de Referência - UFIR; e, a partir de 1º de janeiro de 1996, pela taxa do sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC. Acresçam-se à importâncias apuradas juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou maior até o mês anterior ao da restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada, na forma do artigo 39, parágrafo 4º, da lei 9.250, de 26 de dezembro de 1995. (...)" 5. **A decisão interlocutória**, guerreada por agravo de instrumento, determinou **a expedição de ofício à Fundação Sistel de Seguridade Social para que deixasse de considerar 16,23% da base de cálculo do imposto de renda incidente sobre o benefício de previdência privada do autor**, pelos seguintes fundamentos:

"... para a elaboração do cálculo de liquidação, deve ser calculado o percentual correspondente às contribuições do embargado no período de vigência da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1998 (1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995), em relação à totalidade de suas contribuições. Outrossim, em razão desse percentual representar a parte tributada durante a vigência dessa Lei, a quantia correspondente na complementação de aposentadoria deve ser excluída da base de cálculo do imposto de renda.

Logo, a proporção da reserva de poupança feita pelo embargado no período de vigência da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988, deve ser considerada isenta enquanto o autor perceber o benefício de previdência privada."

6. O Tribunal de origem, por seu turno, **reformou a decisão interlocutória**, assentando que:

"... não é possível se concluir o alegado pelo agravado no decidido na sentença e confirmado por este Tribunal.

Em verdade, o que **existe é o direito à restituição das contribuições recolhidas no período de vigência da Lei 7.713/88** pelo participante (e somente por ele). Este montante **não corresponde ao crédito do contribuinte, mas sim à quantia que pode ser deduzida da base de cálculo do IR.**

Assim, o que **foi conferido à parte agravada é, simplesmente, o direito de afastar da incidência de imposto de renda uma riqueza já tributada**, qual seja, o valor correspondente às contribuições que recolheu no período entre 1989 e 1995. Enfatiza-se: a parte **agravada teve reconhecido o direito de deduzir as contribuições que recolheu ao fundo de previdência privada**, no período entre 1º/01/1989 até 31/12/1995, **da base de cálculo do IR incidente sobre as prestações do benefício de aposentadoria complementar.**

E, pelo que se infere dos autos, **o exeqüente optou pela restituição do imposto descontado indevidamente**, tanto que **procedeu à sua execução**, não havendo falar em isenção de imposto de renda sobre parcelas vincendas."

7. Destarte, o entendimento exarado pelo acórdão regional não implica em desrespeito à coisa julgada, uma vez que tão-somente **restaurou o comando sentencial** transitado em julgado, segundo o qual **a entidade de previdência privada não deveria proceder ao desconto na fonte do imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos pelo contribuinte, a título de complementação de aposentadoria, proporcionalmente às contribuições recolhidas sob a égide da Lei 7.713/88, a fim de evitar bitributação**, porquanto já descontado o tributo na fonte.

8. Recurso especial desprovido.

(REsp 1037421/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 14/12/2010).

=====23

. PREVIDÊNCIA SOCIAL - AUXÍLIO ACIDENTE - laudo pericial - (Ñ ANÁLISE)

REsp 1108298 / SC

RECURSO ESPECIAL

2008/0282377-1

RELATOR(A)

Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133)

ÓRGÃO JULGADOR

S3 - TERCEIRA SEÇÃO

DATA DO JULGAMENTO

12/05/2010

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe **06/08/2010**

Ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO 8/08 DO STJ. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. **AUXÍLIO-ACIDENTE FUNDAMENTADO NA PERDA DE AUDIÇÃO. REQUISITOS: (A) COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ATIVIDADE LABORATIVA E A LESÃO E (B) DA EFETIVA REDUÇÃO PARCIAL E PERMANENTE DA CAPACIDADE DO SEGURADO PARA O TRABALHO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PARECER MINISTERIAL PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL DO INSS PROVIDO, NO ENTANTO.**

1. Nos termos do art. 86, caput e § 4o. da Lei 8.213/91, para **a concessão de auxílio-acidente** fundamentado na perda de audição, como no caso, é necessário que a seqüela seja **ocasionada por acidente de trabalho** e que acarrete uma diminuição efetiva e permanente da capacidade para a atividade que o segurado habitualmente exercia.

2. O auxílio-acidente visa **indenizar e compensar** o segurado que não possui plena capacidade de trabalho em razão do acidente sofrido, não bastando, portanto, **apenas a comprovação de um dano à saúde do segurado**, quando o comprometimento da sua capacidade laborativa não se mostre configurado.

3. No presente caso, **não tendo o segurado preenchido o requisito relativo ao efetivo decréscimo de capacidade para o trabalho que exercia, merece prosperar a pretensão do INSS para que seja julgado improcedente o pedido de concessão de auxílio-acidente.**

4. Essa constatação não traduz reexame do material fático, mas sim valoração do conjunto probatório produzido nos autos, máxime **o laudo pericial que atesta a ausência de redução da capacidade laborativa do segurado**, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula 7 desta Corte.

5. Recurso Especial do INSS provido para julgar improcedente o pedido de concessão de auxílio-acidente, com os efeitos previstos no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008 (recursos repetitivos).

(REsp 1108298/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 06/08/2010).

=====1.

TRIBUTÁRIO (Ñ ANÁLISE)

AgRg no REsp 951233 / SP

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2007/0108023-9

RELATOR(A)

Ministro LUIZ FUX (1122)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

16/12/2008

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 19/02/2009

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. NE REFORMATIO IN PEJUS. JUROS DE MORA. TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO REGIONAL QUE DETERMINOU A APLICAÇÃO DA TAXA SELIC A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA.

1. O prazo prescricional das ações de compensação/repetição de indébito, do ponto de vista prático, deve ser contado da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005 (09.06.05), o prazo para se **pleitear a restituição é de cinco anos a contar da data do recolhimento indevido**; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao **prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da novel lei complementar**.

2. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644.736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

3. Deveras, a **norma inserta no artigo 3º**, da lei complementar em tela, indubitavelmente, **cria direito novo**, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada:

"Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na

doutrina. Há a corrente que **exige uma declaração expressa do próprio legislador** (ou do órgão de que **emana a norma interpretativa**), afirmando ter **a lei (ou a norma jurídica, que não se apresenta como lei) caráter interpretativo.** Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, **para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente"** (Traité de droit constitutionnel, 3a ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio **PAULO DE LACERDA** concede, entretanto, que seria **exagero exigir que a declaração seja inseri da no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei.**

Encarada a questão, do ponto de vista da **lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração.** (...)

... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando:

"trata-se unicamente de saber **se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade**" (System des heutigen römischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, **não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes,** não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que **a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação** (v., supra, a nota 55 ao n° 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de **tese forçada,** evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que **muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação.** Há quem, como GABBA (Teoria della retroattività delle leggi, 3a ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1o, 1845, págs.

131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariae, di Aubry e Rau, vol. 1o e único, 1900, pág.

675) e DEgni (L'interpretazione della legge, 2a ed., 1909, pág.

101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzido novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. **PAULO DE LACERDA** (loc. cit.) reconhece ao juiz **competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é.** LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, **a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito"** (Traité de droit constitutionnel, 3a ed., vol. 2o, 1928, págs. 274-275)."

(Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3a ed., págs. 294 a 296).

4. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da **lei anterior os prazos**, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

5. Por outro lado, ocorrido o **pagamento antecipado do tributo** após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

6. In casu, a **ação ordinária** foi ajuizada em 29.08.1996, com o objetivo de obter o **direito à compensação de valores indevidamente recolhidos a título de FINSOCIAL e PIS**, o que, nos termos dos artigos 168, I, e 150, § 4º, do CTN, revela inequívoca a inoccorrência da prescrição dos valores recolhidos indevidamente a partir de 29.08.1986, porquanto tributo sujeito a lançamento por homologação, cuja prescrição opera-se 5 (cinco) anos após expirado o prazo para aquela atividade.

7. A **compensação**, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

8. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

9. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determina que a **utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal** (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

10. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe:

"Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, **poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração**".

11. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

12. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a **desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis**, na esteira da **Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação**.

13. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se **possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca**

dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua **ulterior homologação**, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

14. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que **acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional**, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber:

"Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

15. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488.992/MG).

16. No caso em comento, a empresa ajuizou a demanda em 29.08.1996, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL com as contribuições vincendas de COFINS e CSSL, e dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS com o próprio PIS vincendo.

17. Destarte, à época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 8.383/91 que admitia a compensação apenas entre tributos e contribuições da mesma espécie, sem a exigência de prévia autorização da Secretaria da Receita Federal, sendo cediço, na Primeira Seção, que **o FINSOCIAL e a COFINS possuíam a mesma natureza jurídico-tributária, destinando-se, ambas, ao custeio da Previdência Social**. Assente ainda, à época, que **não eram compensáveis os indébitos do FINSOCIAL com os valores devidos a título de CSSL, de contribuição destinada ao PIS** (este só compensável com o próprio PIS), de contribuições previdenciárias e, a fortiori, de impostos (EREsp 78301/BA; e EREsp 89038/BA).

18. Nada obstante, a proibição da reformatio in pejus impede a reforma do julgado regional, segundo o qual:

"Compensação com parcelas de quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, a teor do que dispõe o art. 74 da Lei nº 9.430/96, com redação conferida pela Lei nº 10.637/2002. Inexistindo pedido expresso da autoria neste sentido, a apreciação fica restrita ao termos da exordial, autorizando-se, desta maneira, a compensação com parcelas vincendas do PIS somente com o próprio PIS."

19. Os juros de mora, conforme dispõe o artigo 161, parágrafo único do CTN, combinado com o artigo 167 do CTN, devem incidir em sede de compensação, seja ela de tributos lançados por homologação, por declaração ou diretamente, desde que a sentença tenha transitado em julgado (EREsp 72.479/SP, Primeira Seção, Relator Ministro José Delgado, DJ de 11.09.2006; AgRg nos EREsp 775.870/RS, Primeira Seção, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 28.08.2006; EREsp 548.343/PE, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 20.02.2006).

20. Outrossim, impende ressaltar que, a partir de 1º de janeiro de 1996, incidem os juros equivalentes à taxa SELIC, não podendo ser cumulados com qualquer outro índice, uma vez que a mencionada taxa decompõe-se em taxa de juros reais e taxa de inflação do período considerado. Mister ainda assentar que, se a decisão ainda não transitou em julgado, há a incidência, a título de juros moratórios, apenas da taxa SELIC.

21. No particular, o Tribunal de origem, em sede de demanda ainda não transitada em julgado, determinou a "aplicabilidade dos índices oficiais e, da Taxa SELIC a partir de 1º de janeiro de 1996, com exclusão de quaisquer outros índices de juros ou correção monetária".

22. Agravos regimentais de ambas as partes desprovidos.

(AgRg no REsp 951.233/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 19/02/2009).

=====1.

PENAL - fraude à licitação - dolo específico - INPI (Ñ ANÁLISE)

APn 214 / SP

AÇÃO PENAL

2002/0039645-6

RELATOR(A)

Ministro LUIZ FUX (1122)

REVISOR(A)

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123)

ÓRGÃO JULGADOR

CE - CORTE ESPECIAL

DATA DO JULGAMENTO

07/05/2008

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 01/07/2008

Ementa do julgado:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONSTRUÇÃO DO FORO TRABALHISTA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA CIDADE DE SÃO PAULO. CONTRATAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA INSTALAÇÃO DE PISO ELEVADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO (ART 304 DO CÓDIGO PENAL). DELITO PREVISTO NO ART. 319 DO CÓDIGO PENAL ATINGIDO PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PERSECUÇÃO PENAL VOLTADA PARA O ART. 89 E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.666/93. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO DOLO E ATUAÇÃO EM CONCURSO DE AGENTES. CONTRATAÇÃO LASTREADA EM PARECERES TÉCNICOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

1. Ação penal originária veiculando as condutas descritas nos arts.

29, 304 e 319 do Código Penal c/c arts. 84, § 2º; 89 e seu parágrafo único; 92; 99, § 1º da Lei de Licitações.

2. Preliminar de ausência de materialidade da infração afastada, porquanto, para aferição da adequação do tipo penal encartado no art. 89 da Lei 8.666/93, resta necessário aferir o exame do piso sugerido e suas características, que, à época dos fatos, garantiram a suposta exclusividade do produto, sendo desinfluyente para este mister a realização da perícia antes do recebimento da denúncia.

3. Deveras, a tipificação do ato reputado como delituoso, mercê da prova produzida nos autos, não é questão formal, mas, antes, tema que gravita em torno do mérito da ação penal, a ser apreciado quando do julgamento final.

4. Inépcia da peça preambular quanto delito de uso de documento falso verificada, na medida em que a denúncia não expôs como se sucedera o suposto fato criminoso e, portanto, não ofereceu substrato para a persecução penal, sem prejuízo de restarem ausentes os elementos objetivos e subjetivos do tipo. (Precedentes: HC 86.000 - PE, Relator Ministro GILMAR MENDES, Segunda

Turma, DJ de 02 de fevereiro de 2.007; RHC 83.662 - RJ, Relator Ministro EROS GRAU, Primeira Turma, DJ de 01.º de outubro de 2.004; RHC 58.781 - MA, Relator Ministro SOARES MUNOZ, Primeira Turma, DJ de 03 de novembro de 1.981).

É que o inciso I do art. 25 da Lei de Licitações, ao exigir que certificado seja expedido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes (grifamos), não veda que carta de exclusividade seja fornecida por órgão de registro de comércio com abrangência a nível nacional, ao revés, induz que esses órgãos é que são competentes para tanto.

Ademais, aduzir que a A certidão, que deveria ter sido passada por atestado fornecido por órgão de registro do comércio local em que se realizaria a licitação (arte 25, I, Lei 8.666/93) - portanto, São Paulo - foi emitida por associação sediada no Rio de Janeiro, (fls. 2.396), não se perfaz suficiente à tipificação do delito. Tanto mais que o inciso I do art. 25 da Lei de Licitações, ao exigir que certificado seja expedido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes (grifamos), não veda que carta de exclusividade seja fornecida por órgão de Registro de Comércio com abrangência a nível nacional, mas, ao revés, induz à conclusão de que esses órgãos é que são competentes para tanto.

Neste sentido, a doutrina assenta em lição clássica, verbis:

De todo o modo, o inc. I refere-se a "entidades equivalentes". Deve interpretar-se o dispositivo como indicando instituições dotadas de credibilidade e autonomia em relação ao mercado privado. A inviabilidade de competição pode ser evidenciada através de documentação emitida por instituição confiável e idônea, ainda que não integrante no Reguistro do Comércio e sem natureza sindical.

(JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 2002, 9.ª Ed., p. 276-277) Outrossim, não se revela razoável alegar que A Carta-Patente concedida à AMP Incorporated de Harrisburg - Pensilvânia - não tenha validade no Brasil. E esta declaração inidônea, contraria a nossa legislação (fl. 2.397), na medida em que o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual - INPI não ostenta a atribuição legal de certificar exclusividade.

Nada obstante, a concessão do pedido de registro formulado pela AMP do Brasil junto ao INPI garantiu à referida empresa o direito de fabricar e comercializar o piso conforme as descrições no pedido de privilégio, como anotado no laudo pericial à fls. 2.916.

5. Ad argumentantum tantum, o documento de exclusividade, no seu conteúdo, não é, de forma ideológica, falso. Infere-se que o documento em foco, expedido pela Câmara de Comércio e Indústria do Brasil, restou utilizado com o fim para o qual fora expedido; no sentido de atestar a exclusividade do piso elevado, no ditame do art. 25, I, da Lei de Licitações, já mencionado alhures. Subjaz, desta feita, **a improcedência da acusação no que pertine a utilização de documento de falso.**

A jurisprudência emanada por este STJ ruma para o mesmo norte;

senão, vejam-se os precedentes: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPROCEDÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO VERIFICADA DE PLANO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O trancamento da Ação Penal por meio do Habeas Corpus é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a **ausência de justa causa**, ou seja, quando se constatar a imputação de fato penalmente atípico, a inexistência de qualquer

elemento indiciário demonstrativo de autoria ou da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade, o que não se verifica na espécie.

2. O tipo do artigo 304 do CPB (**uso de documento falso**) deve ser entendido de forma abrangente, isto é, deve ser aplicado de modo a se incluir na sua moldura fática toda conduta que tenha por finalidade ou efeito provocar engodo ou iludir quem quer que tenha contacto com papel, seja particular ou seja público, que simule um documento oficial apto a produzir algum benefício em favor do seu usuário.

3. Parecer do MPF pelo improvido do recurso.

4. Recurso Ordinário improvido. (RHC 21.531 - SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJ de 24 de setembro de 2007) (Grifamos).

6. Consumação da prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito previsto no art. 319 do Código Penal, decretada pela Suprema Corte no julgamento do Habeas Corpus n.º 84606, impetrado em favor do magistrado denunciado.

7. O tipo previsto no artigo 89 e seu parágrafo único reclama **dolo específico**, inadmitindo culpa ou dolo eventual, uma vez que tem como destinatário o administrador e adjudicatários desonestos e não aos supostamente inábeis. É que a intenção de ignorar os pressupostos para a contratação direta ou simular a presença dos mesmos são elementos do tipo, consoante a jurisprudência da Corte.

Neste sentido, concluiu o colegiado que: AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93.

1. Ausentes elementos mínimos de prova capazes de configurar a presença do tipo do art. 89 da Lei nº 8.666/93, que requer o dolo, não há como dar início à ação penal.

2. Denúncia rejeitada (APn 281 - RR, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Corte Especial, DJ de 23 de maio de 2005) (Grifamos). PROCESSO PENAL. LICITAÇÃO. DISPENSA. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário.

2. Cabe realçar ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, ipso facto, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prisma do art. 89, **não haverá justa causa para ação penal**, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação. Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa, tem relevância para efeito de punição.

3. Denúncia rejeitada. (APn 375 - AP, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, Corte Especial, DJ de 24 de abril de 2006) (Grifamos).

Deveras, a doutrina não discrepa do referido entendimento; senão, vejamos:

É o dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de dispensar ou inexigir licitação ou deixar de observar as formalidades pertinentes, quando se cuidar de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Nas duas situações o agente há de ter consciência da ilicitude de seu comportamento. O dolo será eventual se o sujeito da infração, tendo dúvida quanto à ilegalidade de sua conduta, assume o risco de a cometer, dispensando ou inexigindo a licitação, consoante ensina Vicente Greco Filho (ob. cit., p. 13).

No caso do parágrafo único, ao dolo genérico **deve-se somar o específico**, pois o agente concorre para ilegalidade de dispensa ou da inexigibilidade com a **finalidade de contratar com o Poder Público** (DIOGENES, Gasparini, Crimes na Licitação, São Paulo: NDJ, 2004, 3ª Ed., p. 97-98).

Entende-se que o crime do parágrafo único **exige o dolo específico** (consistente no **fim de celebrar com o Poder Público**). No tocante ao crime do caput, não parece viável exigir apenas o dolo genérico. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse

suficiente para concretizar o crime, então teria de admitir-se a modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude da negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o direito e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. É imperioso, para caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além de mera contratação direta (JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 2002, 9.ª Ed., p. 579) (grifamos) É a vontade consciente e livre do agente público de dispensar ou de não exigir a licitação, ou a vontade de não cumprir o procedimento formal referente à dispensa ou à inexigibilidade, inteirado da ilicitude da omissão.

O dolo é sempre genérico e determinado.

Não foi prevista em lei a modalidade culposa. Assim, se o funcionário, por negligência, não vier a exigir a licitação, não ter praticado delito, mesmo fora das hipóteses previstas em lei.

Para o **extraneus** (estranho aos quadros do funcionalismo público, o dolo genérico é representado pela vontade consciente e livre de concorrer para dispensa, a inexistência ou a não-observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à não-exigibilidade. O benefício auferido pelo extraneus, decorrente da dispensa, ou da inexigência, não deverá estar obrigatoriamente na órbita de sua vontade. É uma decorrência fática da conduta, necessária ao aperfeiçoamento do tipo, mas que poderá não ser diretamente abrangida pelo elemento subjetivo. Trata-se, por assim dizer, de **uma espécie de dolo in re ipsa**.

Na hipótese do parágrafo único, ao **dolo genérico soma-se o específico**: concorrer para **ilegalidade, na celebração de contrato com Poder Público** (DA COSTA JR., Paulo José, Direito Penal das Licitações, São Paulo: Saraiva, 2004, 2.ª Ed., p. 20-21) (grifamos) Os crimes tipificados pela Lei 8.666 não admitem a modalidade culposa; portanto, de acordo com o dispositivo geral, são sempre dolosos. Vale dizer, o **tipo subjetivo desses crimes porta sempre o dolo**, a livre, consciente e incondicionada vontade de praticar a conduta descrita no tipo subjetivo. Mas, **além do dolo, o tipo subjetivo porta, também, intenção de intervir em uma pública licitação**; essa intenção foi remotamente considerada como **dolo específico**, hoje inexistente.

No desenvolvimento da argumentação do tema que nos foi proposto para esta ocasião, havemos de, agora, partir da consideração de crime, ação ou omissão do homem assim considerada em virtude de lei, conceito legal que se presta aos termos da **Lei federal das licitações e contratos da Administração Pública**. são, portanto, crimes os comportamentos humanos enquadráveis em uma das características tipificadoras consignadas nos arts. 89 a 98 da Lei 8.666/93, importando o **nexo causal** entre o agir e a sua conseqüência e a circunstância antijurídica. (in Revista Brasileira de Ciências Criminais, CARLOS ROBERTO M. PELLEGRINO, Editora Revista dos Tribunais, 42.º Volme, pág. 150) 8. In casu, o arcabouço probatório dos autos conspira no sentido de que o magistrado autorizou a contratação direta da empresa com lastro em (i) parecer confeccionado pelo jurista TOSHIO MUKAI, (ii) nas orientações expedidas pelo Departamento de Informática do TRT de São Paulo, (iii) parecer de autoria da Assessoria Jurídica do mesmo Tribunal e (iv) **contratos celebrados** entre a empresa citada no relatório e diversos órgãos públicos, dentre eles a Caixa Econômica Federal - CEF, o Ministério da Previdência e Assistência Social, Companhia Riograndense de Telecomunicações - CRT e Telecomunicações do Estado do Rio de Janeiro S/A - TELERJ, **todos por dispensa de licitação**, assim como calcado nas características singulares do produto utilizado, em comparação aos similares, e na exclusividade de fabricação do mesmo pela empresa mencionada na denúncia, com suas características **conforme a concessão do pedido de desenho industrial pelo INPI**.

9. **O delito** previsto no parágrafo único do art. 89 da Lei 8.666/93, imputados aos co-réus **pressupõe dolo**, não comprovado nos autos, bem como, sequer o mínimo resquício de proveito em benefício próprio advindo do contrato.

10. Sob este último aspecto, advirta-se que **o delito é de resultado**, reclamando **prejuízo ao erário**.

11. A prova pericial, cujo laudo encontra-se às fls. 2.917/2.940, conjurando o tipo subjetivo do tipo, permite concluir: (i) a utilização do piso elevado restou bastante reduzida, adotando-se o projeto original, porquanto, com a instalação do mesmo, o limite mínimo de altura, de 2,50 m de pé-direito, previsto no Código de Obras e Edificações da Cidade de São Paulo, não seria atingido; (ii) a indicação dos pisos foi restringida à área destinada ao Centro de Processamento de Dados, no segundo pavimento do prédio, e, nos demais andares, a um pequeno cômodo, assinalado como Sala TC; (iii) a concessão do pedido de desenho industrial, concedido pelo INPI, garante à empresa citada na denúncia a exclusividade do direito de fabricar o piso conforme as suas características, mas não proíbe outros fabricantes de serem detentores de outros modelos de piso elevado semelhantes, hábeis a desempenhar a mesma função; (iii) inexistência de pedido de depósito de desenho industrial relativo a outros pisos elevados; (iv) não havia no mercado de São Paulo material totalmente idêntico ao piso contratado, mercê de haver pisos com semelhança parcial, ou seja, com características diferentes daquela fornecida pela empresa referida na denúncia, mas com desempenho de funções idênticas.

12. Ausência de suporte probatório mínimo quanto ao liame de atuação entre o primeiro réu e os demais, a fim de caracterizar o concurso de pessoas e conseqüentemente a consumação do delito previsto no parágrafo único do art. 89 da Lei 8.666/93, porquanto o tipo penal em foco impõe que o agente tenha comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade.

13. **Inexistência de prejuízo ao erário**, eis que, tão logo expedida a recomendação pela não contratação direta da empresa, o **magistrado acusado determinou a suspensão do contrato** em 25 de março de 1.998, conforme os ofícios GP/TRT n.º 72/98 e 73/98, e posteriormente o seu sucessor na Presidência do TRT da Segunda Região, o Juiz Floriano Vaz da Silva, **ordenou a rescisão unilateral do contrato celebrado** com a empresa e a **anulação da nota de empenho** n.º 98NE00260 no dia 10 de maio de 1.999.

14. É cediço na Corte Especial deste sodalício que **é suficiente** para dissipar o tipo penal inerente à Lei de Licitações a retratação que se operou (Precedente: Apn 261 - PB, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Corte Especial, DJ de 05 de dezembro de 2.005).

15. A dúvida sobre se o agente atuou com dolo eventual ou culpa, restando o **delito punível tão somente a título de dolo específico**, na forma de jurisprudência da Corte e da doutrina do tema, impõem a **aplicação da máxima in dubio pro reo** posto decorrente dos **princípios da reserva legal** e da **presunção de inocência**.

Sob esse ângulo, a doutrina e a jurisprudência preconizam:

No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza ..., não bastando a alta probabilidade..., **sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio** (in RT. 619/267, sobre o escólio de CARRARA). CRIMINAL. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. ADMISSIBILIDADE. POSSÍVEL FRAUDE À LICITAÇÃO. DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NECESSÁRIO À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE. MATERIALIDADE COMPROVADA. ASPECTOS DE FUNDO, LEVANTADOS NAS RESPOSTAS, QUE NÃO PODEM SER EXAMINADOS. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADA. CLASSIFICAÇÃO QUE NÃO TEM ESPECIAL RELEV. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO, NA FORMA DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA

LIDE, INOCORRENTE. EVENTUAL DÚVIDA QUE BENEFICIA A ACUSAÇÃO, NESTA FASE PROCESSUAL. TEMAS A SEREM ESCLARECIDOS QUE NÃO ENSEJAM A PRONTA DECLARAÇÃO DE IMPROCEDÊNCIA. ?VISTO?. IMPROPRIEDADE DE UM JUÍZO PRÉVIO SOBRE SEU CONTEÚDO E VALIDADE. MOMENTO IMPRÓPRIO PARA O EXAME DA CULPABILIDADE OU EXCLUSÃO DE CRIMINALIDADE. SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA EVIDENCIADOS. AÇÃO PENAL PROPOSTA DEVIDO AO FORO ESPECIAL DE MEMBRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL E EX-GOVERNADOR. DENÚNCIA RECEBIDA. (...)

VIII. Na decisão final, a dúvida beneficia o réu e, nesta fase de recebimento da exordial, a dúvida beneficia a acusação. (...)

XV. Denúncia recebida. (APn 195 - RO, Relator Ministro GILSON DIPP, Corte Especial, DJ de 15 de setembro de 2003) (grifamos) 16. In casu, os autos permitem concluir que:

- a) o elemento subjetivo do tipo, o dolo, não se verificou, porquanto a contratação direta foi calcada em pareceres que a legitimaram;
- b) o laudo técnico concluiu que, à época dos fatos, não existia no Estado de São Paulo material com as mesmas características da solução alvitada;
- c) **não houve qualquer de prejuízo ao erário**, na medida em que a nota de empenho respectiva ao contrato acoimado de ilegal restou revogada, antes que qualquer desembolso fosse realizado em favor da empresa;
- d) As características singulares do piso restou atestada pelos concorrentes da empresa originalmente contratada;
- e) a denúncia não logrou provar a atuação do magistrado com os demais réus em concurso de pessoas, no afã de perpetrar o ilícito;
- f) ad argumentandum tantum, exurgindo dúvidas lindeiras entre a inépcia e a culpabilidade, impõe-se o afastamento da condenação, tese superada na jurisprudência da Corte, na lei, e na doutrina;
- g) a Corte Especial **é firme no sentido** de que I) o **dolo genérico não é suficiente** a levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações (Apn 261 - PB, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Corte Especial, DJ de 05 de dezembro de 2005); II) a **insuficiência da prova leva à absolvição** (APn 55 - BA, Relator para acórdão Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, DJ 25 de novembro de 1996); na **decisão final, a dúvida beneficia o réu** e, nesta fase de recebimento da exordial, a dúvida beneficia a acusação. (Apn 195-RO, Relator Ministro GILSON DIPP, Corte Especial, DJ de 15 de setembro de 2003).

17. Acusação improcedente, ou, ad eventum, atipicidade da conduta que conduz à improcedência a ação penal.

(APn 214/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/05/2008, DJe 01/07/2008).

=====2,
TRIBUTÁRIO - compensação - juros compensatórios repetição de indébito (Ñ ANÁLISE)

AgRg nos EDcl no REsp 895468 / SP

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL

2006/0219585-4

RELATOR(A)

Ministro LUIZ FUX (1122)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

18/03/2008

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 12/05/2008

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO/COMPENSAÇÃO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICES. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS COMPENSATÓRIOS. DESCABIMENTO.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe:

"Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

4. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

5. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

6. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

7. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação

tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

8. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

9. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 01/06/1994, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL.

10. Consectariamente, à época do ajuizamento da demanda, **vigia a Lei 8.383/91 que admitia a compensação apenas entre tributos e contribuições da mesma espécie**, sem a exigência de prévia autorização da Secretaria da Receita Federal, sendo cediço, na Primeira Seção, que **o FINSOCIAL e a COFINS possuíam a mesma natureza jurídico-tributária**, destinando-se, **ambas, ao custeio da Previdência Social**. Assente ainda, **à época, que não eram compensáveis os indêbitos do FINSOCIAL com os valores devidos a título de CSSL, de contribuição destinada ao PIS, de contribuições previdenciárias e, a fortiori, de impostos** (REsp 78301/BA; e REsp 89038/BA).

11. O Superior Tribunal de Justiça preconiza que, na compensação ou restituição de indêbito tributário, **os expurgos inflacionários devem ser aplicados**, utilizando-se: a) no mês de janeiro de 1989, o IPC no percentual de 42,72%; b) no mês de fevereiro de 1989, o IPC no percentual de 10,14%; c) no período de março de 1990 a fevereiro de 1991, o IPC; d) a partir de março de 1991, vigora o INPC, a ser adotado até dezembro de 1991; e e) a partir de janeiro de 1992, a UFIR, na forma preconizada pela Lei nº 8.383/91, até 31.12.1995, com o advento da Lei nº 9.250/95, época em que o índice foi substituído pela taxa SELIC, que compreende taxa de juros reais e taxa de inflação a ser considerada a partir de 1º de janeiro de 1996, **inacumulável com qualquer outro índice de correção monetária ou com juros de mora**. (Precedentes: ERES 478.359/SP, Corte Especial, DJ de 13.9.2004; REsp 548.711/PE, DJ de 25/04/2007; REsp 640.159/PE, DJ de 13.11.2006; REsp 879.747/SP, DJ de 1º.3.2007; REsp 608.556/PE, DJ de 06/02/2007).

12. Os indexadores adotados pela Primeira Seção do E. STJ em sede de ação de repetição de indêbito tributário, consoante tabela distribuída aos seus componentes, são os seguintes: a ORTN de 1964 a fevereiro de 1986; o IPC de março de 1986 a janeiro de 1991, o INPC de fevereiro de 1991 a dezembro de 1991; a UFIR de janeiro de 1992 a dezembro de 1995, na forma preconizada pela Lei nº 8.383/91, até 31.12.1995 ; a SELIC a partir de janeiro de 1996. Por sua vez, os expurgos inflacionários a serem aplicados são os seguintes:

fevereiro/1986 - 14,36%; junho/1987 - 26,06%, janeiro/1989 - 42,72%, fevereiro/1989 - 10,14%, março/1990 - 84,32%, abril/1990 - 44,80%, maio/1990 - 7,87%, junho/1990 - 12,92%, agosto/1990 - 12,03%, outubro/1990 - 14,20%, janeiro/1991 - 13,69%; fevereiro/1991 - 21, 87% e março/1991 - 13,90%.

13. **Os juros compensatórios não são devidos na repetição de indêbito e na compensação de tributos**. (Precedentes: REsp 698075 / PE, DJ de 02/08/2007; AgRg no REsp 709241 / PE , 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 15/03/2007).

14. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp 895.468/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 12/05/2008).

dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade.

Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por **equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais)**, adquirem **também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material**, ressaltando, todavia, que **nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais**. Além disso, percebe-se, desde já, que as **normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles**.

No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui **inequivocamente do disposto no art. 6º da CF**: 'São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia **referir-se mais uma vez a íntima vinculação** entre os direitos à saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e **o princípio da dignidade da pessoa humana**, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301/302).

Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, **deixa de ser mero repositório de promessas**, carta de intenções ou recomendações;

houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e **à coletividade, que se vêm amparados juridicamente a obter a sua efetividade**, a realização em concreto da prescrição constitucional. **O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88**:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se **polemizou**, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é **a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia tout court**, cabendo, **apenas, delimitar-se em que extensão**. Superou-se, assim, **entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária**.

Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como **conseqüência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos**, até mesmo quando em **pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial**. Consoante os **novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais**, atribuiu-se **ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade**, porquanto mesmo que se pretenda dar **máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma interpositio legislatoris**, o que não ocorre, vale afirmar, **na porção do direito que trata do mínimo existencial**.(...)

Merece lembrança, ainda, que a **atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição**, de sorte que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um **princípio operativo** em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e **embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas** (Thoma), é hoje sobretudo **invocado no âmbito dos direitos fundamentais** (no caso de **dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais**)." (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p.

1208). Incumbe ao administrador, pois, **empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais**. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o **preceito constitucional constitui lex imperfecta**, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a **disciplina constitucional foi além na delimitação dos elementos normativos**, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a **fundamentalidade do direito**.

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.

É que a **realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado**, de tal modo que, **comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir**, considerada a **limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política**.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida **manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação**, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

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. (...)

3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado.

Ademais, **o magistrado** não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.

4. In casu, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração - nulidade do processo decorrente da ausência de intimação da Advocacia Geral da União, para oferecer impugnação aos embargos infringentes, consoante

disposto nos arts. 35 e 36 da LC 73/93 e art. 6º da Lei 9.028/95, consoante se infere do voto-condutor exarado às fls. 537/542.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314).

3.

TRIBUTÁRIO - repetição do indébito - compensação de taxas e contribuições previdenciárias.

REsp 824359 / SP

RECURSO ESPECIAL

2006/0040913-0

RELATOR(A)

Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

04/05/2006

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJ 15/05/2006 p. 183

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO DO STJ, NA APRECIÇÃO DO ERESP 435.835/SC. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO CONSIGNADO NO VOTO DO ERESP 327.043/DF. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL. CSLL. TRIBUTOS DE DIFERENTES ESPÉCIES. LEI 8.383/91. IMPOSSIBILIDADE. ART. 161 DO CTN. JUROS. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES.

1. **"É inadmissível o recurso extraordinário**, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia" (Súmula 284/STF).

2. Não pode ser conhecido pela alínea a o recurso especial em que o dispositivo de lei indicado como violado possui comando dissociado das razões recursais a ele relacionadas.

3. **A falta de prequestionamento da questão federal impede o conhecimento do recurso especial** (Súmula 282/STF).

3. A ausência de indicação dos dispositivos em torno dos quais teria havido interpretação divergente por outros Tribunais não autoriza o conhecimento do recurso especial, quando interposto com base na alínea c do permissivo constitucional 4. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, sessão de 24.03.2004, consagrou o entendimento segundo o qual **o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento**, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador ?

sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. Adota-se o **entendimento firmado** pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo a quo do prazo ao universal princípio da actio nata (voto-vista proferido nos autos do ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003).

5. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar os arts. 150, § 1º, 160, I, do CTN, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a interpretação dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois **retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis**, justamente aquele tido como **correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal**. Portanto, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

6. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Todavia, no julgamento do ERESP 327.043/DF, a 1ª Seção entendeu que o dispositivo é aplicável às ações propostas a partir da data da sua vigência, com o que ficava dispensada a declaração de sua inconstitucionalidade. Ressalva, no particular, do ponto de vista pessoal do relator, no sentido de que cumpre ao órgão fracionário do STJ suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial, nos termos do art. 97 da CF.

7. **Admite-se a compensação dos indébitos recolhidos a título de FINSOCIAL, com os valores devidos referentes à COFINS, em razão de possuírem a mesma natureza jurídico-tributária e destinarem-se ambas ao custeio da Previdência Social, pelo que não há violação ao § 1º, do art. 66, da Lei n.º 8.383/91**, o que não ocorre com a CSLL.

Precedentes: EREsp 78301/BA, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 28.04.1997; EREsp 89.038/BA, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 30.06.1997.

8. Nos casos de **repetição de indébito tributário**, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a **correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação** (Súmula 162/STJ), **acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado** (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b) após a edição da Lei 9.250/95, aplica-se a **taxa SELIC desde o recolhimento indevido**, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real. Inexistente o trânsito em julgado, incabíveis os juros previstos no art. 161 do CTN.

9. Recurso especial das demandantes e da demandada parcialmente providos.

(REsp 824.359/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2006, DJ 15/05/2006, p. 183).

=====4.

TRIBUTÁRIO - seguro acidente de trabalho - tabela de risco

REsp 686638 / SP

RECURSO ESPECIAL

2004/0141061-2

RELATOR(A)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

05/04/2005

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJ 02/05/2005 p. 214

Ementa do julgado:

TRIBUTÁRIO. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO. FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA POR DECRETO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. TABELA DE RISCO. ENQUADRAMENTO. CNPJ (CGC) DISTINTOS. LEI Nº 8.212/91. DECRETOS NºS 356/91 E 83.081/79. PRECEDENTES.

1. A 1ª Seção do STJ firmou entendimento no sentido de ser possível se estabelecer, por **meio de Decreto, o grau de risco** (leve, médio ou grave), partindo-se da **atividade preponderante da empresa**, para efeito de **Seguro de Acidente do Trabalho (SAT)**, por inexistir afronta o princípio da legalidade (art. 97 do CTN);

2. O art. 3º, II, da Lei nº 7.787/89, dispunha que a contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, **destinada à Previdência Social**, incidente **sobre a folha de salários**, será de 2% **sobre o total das remunerações pagas ou creditadas**, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores?.

3. A Lei nº 8.212/91, em seu art. 22, II, **alterou o percentual da contribuição ao Seguro de Acidentes de Trabalho - SAT** - ao patamar de 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidente de trabalho seja considerado leve?, satisfazendo, assim, ao princípio da reserva legal (art. 97 do CTN).

4. **Não ocorreu**, com a edição da Lei nº 8.212/91, **criação de nova contribuição**. Também não há que se falar em contribuição estendida ou majorada já que a empresa autora enquadra-se nos casos de risco de acidente leve (alíquota de 1% - art. 22, II, da Lei nº 8.212/91).

5. A publicação do Decreto Regulamentador nº 356/91 a destempo é irrelevante, pois o contribuinte **não poderia eximir-se do pagamento do tributo**, o qual **já tinha a alíquota definida, nos termos do art. 22, II**, da Lei 8.212/91, podendo ser exigido naqueles termos desde então.

6. A **jurisprudência do extinto e egrégio Tribunal Federal de Recursos** pacificou o entendimento no sentido de que o grau de risco afeto às atividades desenvolvidas por funcionários de empresa, devem, necessariamente, se compatibilizar com as funções e os locais onde são desenvolvidas as atividades. Não tem procedência equiparar-se a taxa de risco das atividades desenvolvidas em um escritório com as desenvolvidas em uma usina de produção de álcool, tomando-se como taxa única a que tem incidência para o risco desta última. A periculosidade é diferenciada, por isto mesmo, a taxa também o deverá ser?. (AC nº 121362/SP, 5ª Turma, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, DJ de 28/05/1987).

7. A alíquota da contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho - SAT - deve corresponder ao grau de risco da atividade desenvolvida em cada estabelecimento da empresa, mesmo quando esta possui um único CGC.

8. Possuindo o parque industrial e o escritório da administração inscrições próprias no CGC/MF (atual CNPJ), o enquadramento na **tabela de risco para fins de custeio do SAT** será compatível com as tarefas desenvolvidas em cada um deles (art. 40, do Decreto nº 83.081/79).

9. Precedentes do saudoso Tribunal Federal de Recursos e das egrégias 1ª e 2ª Turmas e 1ª Seção desta Corte Superior.

10. Recurso especial improvido.

(REsp 686.638/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2005, DJ 02/05/2005, p. 214).

=====5.

TRIBUTÁRIO - seguro acidente de trabalho - tabela de risco

REsp 668634 / SP

RECURSO ESPECIAL

2004/0079544-9

RELATOR(A)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

04/11/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJ 13/12/2004 p. 260

Ementa do julgado:

TRIBUTÁRIO. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO. FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA POR DECRETO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. TABELA DE RISCO. ENQUADRAMENTO. CNPJ (CGC) DISTINTOS. LEI Nº 8.212/91. DECRETOS NºS 356/91 E 83.081/79. PRECEDENTES.

1. A 1ª Seção do STJ firmou entendimento no sentido de ser possível se estabelecer, por meio de Decreto, o grau de risco (leve, médio ou grave), partindo-se da atividade preponderante da empresa, para efeito de Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), por inexistir afronta o princípio da legalidade (art. 97 do CTN);
2. O art. 3º, II, da Lei nº 7.787/89, dispunha que "a contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será de 2% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores";
3. A Lei nº 8.212/91, em seu art. 22, II, "a", alterou o percentual da contribuição ao Seguro de Acidentes de Trabalho - SAT - ao patamar de "1%" (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidente de trabalho seja considerado leve, satisfazendo, assim, ao princípio da reserva legal (art. 97 do CTN).
4. Não ocorreu, com a edição da Lei nº 8.212/91, criação de nova contribuição. Também não há que se falar em contribuição estendida ou majorada já que a empresa autora enquadra-se nos casos de risco de acidente leve (alíquota de 1% - art. 22, II, da Lei nº 8.212/91).
5. A publicação do Decreto Regulamentador nº 356/91 a destempo é irrelevante, pois o contribuinte não poderia eximir-se do pagamento do tributo, o qual já tinha a alíquota definida, nos termos do art. 22, II, da Lei 8.212/91, podendo ser exigido naqueles termos desde então.
6. A jurisprudência do extinto e egrégio Tribunal Federal de Recursos pacificou o entendimento no sentido de que "o grau de risco afeto às atividades desenvolvidas por funcionários de empresa, devem, necessariamente, se compatibilizar com as funções e os locais onde são desenvolvidas as atividades. Não tem procedência equiparar-se a taxa de risco das atividades desenvolvidas em um escritório com as desenvolvidas em uma usina de produção de álcool, tomando-se como taxa única a que tem incidência para o risco desta última. A periculosidade é diferenciada, por isto mesmo, a taxa também o deverá ser". (AC nº 121362/SP, 5ª Turma, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, DJ de 28/05/1987).
7. A alíquota da contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho - SAT - deve corresponder ao grau de risco da atividade desenvolvida em cada estabelecimento da empresa, mesmo quando esta possui um único CGC.
8. Possuindo o parque industrial e o escritório da administração inscrições próprias no CGC/MF (atual CNPJ), o enquadramento na tabela de risco para fins de custeio do SAT será compatível com as tarefas desenvolvidas em cada um deles (art. 40, do Decreto nº 83.081/79).
9. Precedentes do saudoso Tribunal Federal de Recursos e das egrégias 1ª e 2ª Turmas e 1ª Seção desta Corte Superior.

10. Recurso parcialmente provido, nos termos do voto.
(REsp 668.634/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2004, DJ 13/12/2004, p. 260).

=====6.

TRIBUTÁRIO - seguro acidente de trabalho - tabela de risco

EDcl nos EDcl no AgRg no AgRg no Ag 486946 / MG

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
2002/0145204-0

RELATOR(A)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

19/10/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJ 13/12/2004 p. 220

Ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OCORRÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. NECESSIDADE DE EXAME DE MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL AUTÔNOMA E INDEPENDENTE. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO. FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA POR DECRETO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. TABELA DE RISCO. ENQUADRAMENTO. CNPJ (CGC) DISTINTOS. LEI Nº 8.212/91. DECRETOS NºS 356/91 E 83.081/79. PRECEDENTES.

1. Ocorrência de omissão quanto à análise de questão de ordem infraconstitucional, autônoma e independente, a ser analisada por este Sodalício. Sua efetivação.
2. A 1ª Seção do STJ firmou entendimento no sentido de ser possível se estabelecer, por meio de Decreto, o grau de risco (leve, médio ou grave), partindo-se da atividade preponderante da empresa, para efeito de Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), por inexistir afronta ao princípio da legalidade (art. 97 do CTN);
3. O art. 3º, II, da Lei nº 7.787/89 dispunha que, "A contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será de 2% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores". A Lei nº 8.212/91 em seu art. 22, II, "a" alterou o percentual da contribuição ao Seguro de Acidentes de Trabalho - SAT - ao patamar de 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidente de trabalho seja considerado leve?, satisfazendo, assim, ao princípio da reserva legal (art. 97 do CTN).
4. Não ocorreu, com a edição da Lei nº 8.212/91, criação de nova contribuição. Também não há que se falar em contribuição estendida ou majorada já que a empresa autora enquadra-se nos casos de risco de acidente leve (alíquota de 1% - art. 22, II, da Lei nº 8.212/91).
5. A publicação do Decreto Regulamentador nº 356/91 a destempo é irrelevante, pois o contribuinte não poderia eximir-se do pagamento do tributo, o qual já tinha a alíquota definida, nos termos do art. 22, II, da Lei 8.212/91, podendo ser exigido naqueles termos desde então.
6. A jurisprudência do extinto e egrégio Tribunal Federal de Recursos pacificou o entendimento no sentido de que "o grau de risco afeto às atividades desenvolvidas por funcionários de empresa,

devem, necessariamente, se compatibilizar com as funções e os locais onde são desenvolvidas as atividades. Não tem procedência equiparar-se a taxa de risco das atividades desenvolvidas em um escritório com as desenvolvidas em uma usina de produção de álcool, tomando-se como taxa única a que tem incidência para o risco desta última. A periculosidade é diferenciada, por isto mesmo, a taxa também o deverá ser?. (AC nº 121362/SP, 5ª Turma, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, DJ de 28/05/1987).

7. A alíquota da contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho - SAT - deve corresponder ao grau de risco da atividade desenvolvida em cada estabelecimento da empresa, mesmo quando esta possui um único CGC.

8. Possuindo o parque industrial e o escritório da administração inscrições próprias no CGC/MF (atual CNPJ), o enquadramento na tabela de risco para fins de custeio do SAT será compatível com as tarefas desenvolvidas em cada um deles (art. 40 do Decreto nº 83.081/79).

9. Precedentes do saudoso Tribunal Federal de Recursos e das egrégias 1ª e 2ª Turmas e 1ª Seção desta Corte Superior.

10. Embargos acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto.

(EDcl no EDcl no AgRg no AgRg no Ag 486.946/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 13/12/2004, p. 220).

TRIBUTÁRIO - seguro acidente de trabalho - tabela de risco

REsp 641305 / SP

RECURSO ESPECIAL

2004/0026108-6

RELATOR(A)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

ÓRGÃO JULGADOR

T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO

05/08/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJ 27/09/2004 p. 275

Ementa do julgado:

TRIBUTÁRIO. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO. FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA POR DECRETO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. TABELA DE RISCO. ENQUADRAMENTO. LEI Nº 8.212/91. DECRETOS NºS 356/91 E 83.081/79. PRECEDENTES.

1. A 1ª Seção do STJ firmou entendimento no sentido de ser possível se estabelecer, por meio de Decreto, o grau de risco (leve, médio ou grave), partindo-se da atividade preponderante da empresa, para efeito de Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), por inexistir afronta o princípio da legalidade (art. 97 do CTN);

2. O art. 3º, II, da Lei nº 7.787/89, dispunha que ?a contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será de 2% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores?.

3. A Lei nº 8.212/91, em seu art. 22, II, ?a?, alterou o percentual da contribuição ao Seguro de Acidentes de Trabalho - SAT - ao patamar de ?1% (um por cento) para as empresas em cuja

atividade preponderante o risco de acidente de trabalho seja considerado leve?, satisfazendo, assim, ao princípio da reserva legal (art. 97 do CTN).

4. Não ocorreu, com a edição da Lei nº 8.212/91, criação de nova contribuição. Também não há que se falar em contribuição estendida ou majorada já que a empresa autora enquadra-se nos casos de risco de acidente leve (alíquota de 1% - art. 22, II, da Lei nº 8.212/91).

5. A publicação do Decreto Regulamentador nº 356/91 a destempo é irrelevante, pois o contribuinte não poderia se eximir do pagamento do tributo, o qual já tinha a alíquota definida, nos termos do art. 22, II, da Lei 8.212/91, podendo ser exigido naqueles termos desde então.

6. A jurisprudência do extinto e egrégio Tribunal Federal de Recursos pacificou o entendimento no sentido de que o grau de risco afeto às atividades desenvolvidas por funcionários de empresa, devem, necessariamente, se compatibilizar com as funções e os locais onde são desenvolvidas as atividades. Não tem procedência equiparar-se a taxa de risco das atividades desenvolvidas em um escritório com as desenvolvidas em uma usina de produção de álcool, tomando-se como taxa única a que tem incidência para o risco desta última. A periculosidade é diferenciada, por isto mesmo, a taxa também o deverá ser?. (AC nº 121362/SP, 5ª Turma, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, DJ de 28/05/1987).

7. A alíquota da contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho - SAT - deve corresponder ao grau de risco da atividade desenvolvida em cada estabelecimento da empresa, mesmo quando esta possui um único CGC.

8. Possuindo o parque industrial e o escritório da administração inscrições próprias no CGC/MF (atual CNPJ), o enquadramento na tabela de risco para fins de custeio do SAT será compatível com as tarefas desenvolvidas em cada um deles (art. 40 do Decreto nº 83.081/79).

9. Precedentes do saudoso Tribunal Federal de Recursos e das egrégias 1ª e 2ª Turmas e 1ª Seção desta Corte Superior.

10. Recurso provido, nos termos do voto.

(REsp 641.305/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2004, DJ 27/09/2004, p. 275).