

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**ALEXANDRE GAZETTA SIMÕES**

**O CARÁTER FRATERNAL DO DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL**

MARÍLIA 2013

**ALEXANDRE GAZETTA SIMÕES**

**O CARÁTER FRATERNAL DO DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela “Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha”, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador: Prof. Dr. Lafayette Pozolli

MARÍLIA 2013

**ALEXANDRE GAZETTA SIMÕES**

**O CARÁTER FRATERNAL DO DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL**

Banca Examinadora da monografia apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do  
UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

1º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

Marília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

*Dedico esse trabalho ao velho  
Arthur e ao novo Artur.*

## AGRADECIMENTOS

*À minha esposa, Fabiana, por sua compreensão e incentivo nesse momento de amadurecimento intelectual e prospecção investigativa, para uma vida mais plena de luz e verdade. À minha filhinha, Larissa, pelas horas fugidias de sua infância que se foram sem a minha companhia.*

*Agradeço as manifestações de carinho e apreço, recebidas de todos os colegas da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, e, em especial à Leninha e Taciana.*

*Agradecimento fraternal aos amigos; companheiros de jornada, Celso Jefferson Messias Paganelli e José Antônio Gomes Ignácio Júnior, que como os três mosqueteiros de Dumas, mesmo sem d'Artagnan, fomos “um por todos e todos por um”.*

*Agradecimento sincero aos professores Pietro de Jesús Lora Alarcón, Renato Bernardi, Ricardo Pinha Alonso, Iara de Toledo Fernandes e Olwaldo Giacóia pelos proveitosos ensinamentos que me fizeram ponderar sobre os caminhos até então escolhidos.*

*Agradecimento dileto ao Juiz Federal Tiago Bitencout de David, amigo e preceptor, que tanto ensina e ensinou em nossas muitas conversas; além do Juiz Federal Caio Moysés de Lima, que em um semestre acrescentou tantas referências imprescindíveis à minha vida.*

*Agradecimento particular ao professor. Lafayette Pozzoli, generoso orientador, que como Guilherme de Baskerville, guiou-me como Adso, nos Mistérios da Abadia.*

O amor seja sem fingimento. Aborrecei o mal, e aderi ao bem. Amai-vos reciprocamente com amor fraternal. Adiantai-vos em vos honrar uns aos outros. Na solícitude, não sejais preguiçosos. Sede fervorosos de espírito. Servi ao Senhor. Alegres na esperança; pacientes na tribulação; perseverantes na oração. Socorrei as necessidades dos santos. Exercitai a hospitalidade. Abençoais aos que vos perseguem; abençoai-os e não os amaldiçoeis. Alegrai-vos com os que se alegram; chorai com os que choram. Tende entre vós os mesmos sentimentos. Não aspireis as coisas altas, mas acomodai-vos às humildes. Não queirais ser sábio aos vossos olhos. Não retribui a ninguém mal por mal, procurando os bens, não somente diante de Deus, mas também diante de todos os homens. Se é possível, quando estiver da vossa parte, tende paz com todos os homens. Não vos vingueis a vós mesmos, caríssimos. Mas daí lugar à ira, porque está escrito: “A mim pertence a vingança. Eu retribuirei, diz o Senhor”. Ao contrário, se teu inimigo tiver fome, dá-lhe de comer. Se tem sede, dá-lhe de beber. Pois, se isto fizeres, amontoarás brasas vivas sobre a tua cabeça. Não te deixes vencer pelo mal. Antes, vence o mal com o bem.

São Paulo Apóstolo

SIMÕES, Alexandre Gazetta. 2012. **O Caráter Fraternal do Direito à Seguridade Social**. 2013. 207 f. Trabalho apresentado ao PPGD – UNIVEM – Nível de Mestrado em Direito (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado), Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

## RESUMO

A linha de pesquisa adotada é Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica. O Estado brasileiro apresenta uma feição social, que se fundamenta em seu comprometimento com a igualdade material, revelada na consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal significação, concebida pelo Estado Brasileiro, revela-se na Constituição Federal, a qual adota como objetivo fundamental, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, a Constituição Federal concebe que somente é possível haver justiça em um horizonte em que exista o reconhecimento do próximo, como integrante da comunidade de pessoas que constituem o Estado. Por tal razão, consagra, entre os direitos sociais, o direito constitucional à seguridade social. E, a partir dessa derivação, a Constituição concebe um sistema institucionalizado de seguridade social, estruturado de forma sistemática e descentralizada, esboçada em preceitos normativos desenhados no texto constitucional, que apresentam a sua significação baseada em enunciados éticos, os quais se abeberam de uma concepção social fraterna. Tal base conceitual de justiça fora concebida a partir da sedimentação dessas ideias em uma base jurídica, derivada da gênese dos direitos sociais, que se ligam, diretamente, à concepção basilar de dignidade da pessoa humana. A presente discussão, de outra parte, apresenta-se emoldurada pela evolução do paradigma estatal, o qual se verifica com o surgimento do Estado e suas derivações, ao longo da história, vicejando na figura do Estado Social. Assim, os direitos sociais apresentam-se como uma vertente fundamental em um Estado que se pretende minimamente justo. Por sua vez, a seguridade social representa o ponto nodal, desse projeto de Estado, vez que se fundamenta em um imperativo de inclusão do próximo historicamente excluído de qualquer inserção social, pelas limitações de várias ordens de que é sujeito. Assim, a presente pesquisa tem como objetivo evidenciar a importância dos direitos sociais, propugnando pelo caráter fundamental do direito à seguridade social, como mecanismo constitucional apto a gestar uma sociedade fraterna, no contexto do Estado Social.

**Palavras-chave:** 1. Princípio da Fraternidade; 2. Direitos Fundamentais; 3. Direitos Fundamentais; 4. Direitos Sociais; 4. Direito à Seguridade Social.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. 2012. **O Caráter Fraternal do Direito à Segurança Social**. 2013. 207 f. Trabalho apresentado ao PPGD – UNIVEM – Nível de Mestrado em Direito (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado), Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

#### ABSTRACT

The line of research adopted is the Critical Foundations of Legal Dogmatics. The Brazilian state has a social feature, which is based on its commitment to substantive equality, revealed in the consecration of the principle of human dignity. Such significance, designed by Brazil, is revealed in the Federal Constitution, which adopts as its fundamental objective the construction of a free society, justice and solidarity. Thus, the Constitution conceives that it is only possible to have justice on a horizon where there is recognition of others, as a member of the community of people who make up the State. For this reason, enshrines between social rights, the constitutional right to social security. And from this derivation, the Constitution conceives an institutionalized system of social security, structured and systematic decentralized, based on normative precepts drawn in constitutional text, presenting its meaning based on ethical statements, which feed on a social conception fraternal. This conceptual basis of justice was conceived from the sedimentation of these ideas on a legal basis, derived from the genesis of social rights, which bind directly to the basilar conception of human dignity. The present discussion, on the other hand, presents framed by evolution paradigm state, which occurs with the emergence of the state and its derivations, throughout history, thriving in the figure of the welfare state. Thus, social rights are presented as a fundamental component in a state that is to be minimally fair. In turn, social security represents the nodal point, this state project, since it is based on an imperative inclusion of historically excluded from any close social inclusion, by several orders of limitations that is subject. Thus, this research aims to highlight the importance of social rights, advocating for the fundamental character of the right to social security as constitutional mechanism able to gestate a fraternal society, in the context of the welfare state.

**Keywords:** 1. Principle of Fraternity; 2. Fundamental Rights; 3. Social Rights; 4. Social Security; 5. Right of Social Security.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1 - DA TEORIA E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRINCÍPIOS</b> .....	13
1.1 O Direito enquanto sistema normativo .....	14
1.2 Da heteronomia; da imperatividade; da coatividade, e do autorizamento ou atributividade das normas jurídicas .....	23
1.3 Da ambiência e evolução histórica dos princípios .....	33
1.4. Do Princípio da Dignidade Humana .....	48
1.5 Do Princípio da Fraternidade .....	61
<b>CAPÍTULO 2 - DA TEORIA DOS DIREITOS SOCIAIS</b> .....	71
2.1 O conceito de direitos fundamentais .....	74
2.2 O conceito de direitos sociais .....	81
<b>CAPÍTULO 3 - DO DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL</b> .....	94
3.1 O conceito de seguridade social .....	98
3.2 A natureza jurídica do direito à seguridade social e sua conformação constitucional ....	108
3.3. Da base principiológica da seguridade social .....	119
3.4 Da concretização do direito à seguridade social .....	140
<b>CAPÍTULO 4 - DA DIMENSÃO FRATERNA DOS DIREITOS SOCIAIS</b> .....	156
4.1 Do Constitucionalismo Fraternal .....	158
4.2 A fraternidade como categoria jurídica .....	164
4.3 A ideia de justiça na fraternidade .....	175
<b>CONCLUSÃO</b> .....	187
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	192

## INTRODUÇÃO

O Direito se apresenta com uma significação plurívoca.

Ante tal constatação, uma opção metodológica segura para os caminhos que se pretende trilhar com esse trabalho, é apontar para uma designação que aponta o Direito como um ordenamento jurídico.

Assim, voltando-se os olhos para sua face normativa do Direito, evidencia-se o fenômeno jurídico como um sistema de normas.

E nesse sentido, evoca-se a natureza alográfica do Direito; considera-se que sua natureza não se revela no conjunto de disposições organizadas em um sistema, mas sim, entendendo-se norma como o resultado da atividade interpretativa.

Entretanto, não se pode olvidar que o Direito apresenta um comprometimento com a justiça. Podendo-se afirmar, nesse sentido, que a justiça apresenta-se como significação do Direito.

Tal desiderato, entretanto, somente pode ser alcançado a partir da consideração do caráter normativo dos princípios.

Esses, constituindo-se em ferramental necessário a promover o diálogo entre o Direito e a moral, como caminho seguro a promover o resgate de um mínimo ético que promova a legitimação material daquele.

De outra parte, o Estado brasileiro apresenta uma feição social, fundada em seu comprometimento com a igualdade material, que se revela na consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa significação da dignidade pessoa humana, concebido pelo Estado Brasileiro, revela-se na Constituição Federal, consubstanciada em seu Art. 1º, inciso III, como valor fundamental.

De outra parte, a mesma Constituição Federal, adota como objetivo fundamental, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como se pode depreender de seu art. 3º, inciso I.

Tal acepção evoca uma base valorativa mais ampla, que também leva em consideração o valor da fraternidade.

Tal acepção, portanto, preconiza que somente é possível haver justiça em um horizonte em que exista o reconhecimento de si no próximo, e, portanto, esse, como nós, integrante da comunidade de pessoas que constituem o Estado.

Evidencia-se, desse modo, em última análise o reconhecimento da necessidade de consideração do próximo, como necessário ao reconhecimento de si como ser humano.

A imantar tal paradigma, o horizonte dos direitos sociais, os quais se constituem em pressupostos fáticos para o exercício dos direito de liberdade.

E, somente o Estado Social se incumbe de possibilitar as condições fáticas para a fruição dos direitos sociais, visto ser um Estado ideologicamente voltado à redistribuição de renda e a concretização da justiça social.

Sob o signo da justiça social evoca-se o direito à seguridade social, a qual tem como objetivo intrínseco à justiça social, fundada na colaboração de todos, através do trabalho, já fulcrada em um paradigma solidário.

Pretende-se, portanto, adensar tal paradigma conceitual que embasa a seguridade social, transformando a solidariedade em fraternidade; de modo que a justiça social seja abraçada a partir da consciência de si no próximo, e viceje a noção concreta de uma comunidade de seres humanos, ainda que sob a forma de um Estado Social.

Nesse sentido, quanto à temática adstrita à confecção desse trabalho, propriamente considerada, valeu-se dos métodos dedutivo, histórico e comparativo. Para tanto, utilizou-se do auxílio da doutrina e da jurisprudência nacionais, e, na medida do possível, do auxílio da doutrina estrangeira.

Assim, o presente trabalho foi estruturado em introdução, quatro capítulos, conclusão e referências.

Quanto ao primeiro capítulo, abordou-se a temática adstrita à aproximação entre o Direito e a Moral. Para tanto, discutiu-se os elementos essenciais adstritos ao Direito e a Moral, trazendo a lume seus pontos de aproximação e distanciamento. A partir desse diálogo, evocou-se a justiça como elemento inerente ao Direito. Ponto de partida para a introdução dos princípios no discurso normativo, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e da fraternidade.

O segundo capítulo é dedicado a explicar a gênese e a evolução dos direitos fundamentais, pinçando, nessa digressão evolutiva, os direitos sociais. E, nesse viés, ao elucidar a natureza desses direitos, evidenciou-se o seu caráter intrinsecamente ligado à ação estatal para sua concreção.

O terceiro capítulo trouxe uma abordagem dedicada a explicar o surgimento e a evolução da seguridade social, tendo como pano de fundo, o papel dos direitos sociais na consecução da justiça, a partir vivificação da igualdade.

O quarto capítulo, ao evocar os conteúdos inerentes ao constitucionalismo fraternal, apresentou argumentos no sentido da categorização jurídica do princípio da fraternidade, postulando, a partir dessa derivação, por sua imperatividade.

Ao cabo, foram enunciadas as principais conclusões que se pode aferir, levando-se em consideração a temática esposada, a metodologia adotada e a deontologia pretendida.

## **CAPÍTULO 1 - DA TEORIA E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRINCÍPIOS**

O fenômeno jurídico apresenta feição plurissignificativa. No entanto, a elucidação do fenômeno normativo aponta para algumas direções.

Nesse sentido, de partida, é possível concluir que o Direito tem origem social e se apresenta como um fenômeno cultural.

A par dessas designações, entretanto, chega-se à conclusão da existência de múltiplos direitos, em acepções tão dispares como possam ser as várias sociedades em que se organiza a humanidade no planeta.

Tal situação, por si, inviabilizaria qualquer conceituação que se pudesse conceber, visto que não seria possível apresentar uma acepção totalizante que levasse em consideração todos os aspectos fundamentais do Direito.

Portanto, a abordagem do Direito aponta necessariamente para sua designação como um ordenamento jurídico.

Assim, voltando os olhos para a face normativa do Direito, evidencia-se o fenômeno normativo como um sistema de normas.

E nesse sentido, ante a natureza alográfica do Direito; considera-se que sua natureza não se revela no conjunto de disposições organizadas em um sistema, mas sim, entendendo-se norma como o resultado da atividade interpretativa.

De outra medida, ao se buscar o comprometimento com a justiça, a conceituação do Direito não pode passar ao largo da inserção do elemento deontológico, que, se em um viés estruturante clássico, colocava-se fora do sistema normativo; hoje, não mais é apartado do Direito.

Portanto, tal consideração, como acepção própria ao sistema normativo é a abordagem que, a par da organização sistemática do Direito, insere-se em uma pauta atual, que pergunta se o Direito injusto é válido.

Tal desiderato, entretanto, somente pode ser alcançado a partir da consideração do caráter normativo dos princípios. Esses, que em uma visão clássica do fenômeno jurídico, foram renegados a fonte supletiva do Direito.

Entretanto, com a percepção do valor além da forma, o sistema normativo passa a considerar axiologicamente o disciplinamento social, resgatando sua deontologia.

Nesse momento apresentam-se os grandes vértices principiológicos a imantar o Direito; como por exemplo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Fraternidade.

### **1.1. O Direito enquanto sistema normativo**

Pondere-se, inicialmente, que o Direito se manifesta para o seu intérprete de várias formas, a partir dos vários modos que é visto; assim como se nota os múltiplos aspectos, a partir de nosso sentir, da realidade.

Apresenta-se, o Direito, plurissignificativamente, como um objeto complexo; prestando-se às indagações várias que remetem à sua deontologia, sua ontologia e fenomenologia.

Tal estado de coisas é preconizada por Karl Larenz<sup>1</sup>, que, ao tratar do Direito, em seu viés ontológico, aponta para a sua complexidade, remetendo à sua fenomenologia adstrita, necessariamente, ao seu caráter deontológico:

O "Direito" é um objecto por demais complexo; a ele reportam-se não só as distintas ciências particulares como também a filosofia. A metodologia jurídica não pode existir sem a filosofia do Direito. Não pode, por exemplo, responder à questão de se deverá o juiz contentar-se com uma "correta" (independentemente do que por tal se entenda) aplicação das normas previamente dadas ou procurar, para além delas, uma solução do litígio "justas" – e em que poderemos reconhecer se uma decisão é "justa".

Dessa forma, sem querer recorrer a nenhuma conveniente simplificação, o Direito poderá ser entendido, por exemplo, como objeto de uma ciência, como regra de conduta obrigatória, ou mesmo como faculdade de que dispõe o indivíduo de exigir a satisfação de seus interesses<sup>2</sup>.

Assim, para o Direito, não existe uma "definição verdadeira e uma falsa, mas apenas, quando muito, uma definição mais oportuna e uma menos oportuna"<sup>3</sup>.

Portanto como premissa inicial, tem-se que o Direito é um produto cultural, visto que é fruto de uma determinada cultura. Assim, sua concepção deve ser necessariamente datada geograficamente e historicamente.

<sup>1</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 04.

<sup>2</sup> BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. Os Princípios Constitucionais e sua Força Normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, pp. 24 e 25.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 13.

O caráter social do Direito deriva da coexistência dos variados modos de produção social, de forma que sua produção Estatal resulta “da coexistência histórica de todos esses modos de produção”<sup>4</sup>.

O Direito poderá, dentro dessa linha de pensamento, ser concebido como um fenômeno social; e, portanto, não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela<sup>5</sup>. Tem sua origem na complexidade da vida social, a partir da relação dos componentes sociais, de forma a possibilitar a concretização de um projeto social de harmonia e paz, prestando-se a moldar a sociedade e sendo moldado por ela, a partir de sua concepção cultural.

Nesse sentido, ensina Pietro de Jesús Lora Alarcón<sup>6</sup> que:

Assim, muito embora exista uma pluralidade conceitual, é possível afirmar com tranquilidade que o Direito tem natureza social, que é uma criação humana, que obedece a uma lógica resultado da inteligência e da criatividade do ser humano e que é uma construção de alta tecnicidade. É, portanto, resultado da cultura dos povos. Daí poder-se reconhecer que o Direito, embora molde realidades diferentes, é também impactado e moldado por elas.

Assim, a ciência jurídica está associada, de forma indelével, ao fenômeno social.

Portanto, a partir do critério nominalista, onde o Direito é reconhecido como sinônimo de lei, não apresentando uma existência real, mas uma “designação compreensiva para o conjunto de leis, cujo conteúdo é arbitrário (pelo menos no quadro da ordem constitucional), defende-se que a realidade do Direito apenas pode transparecer na lei”<sup>7</sup>. Tal linha de pensamento parece, a nós, que somente faz sentido se levada em consideração juntamente com uma corrente dogmática, que pretende “um conceito de direito, que seja mais do que uma formal designação compreensiva do conjunto de leis, e diga algo sobre a realidade do conteúdo do Direito”<sup>8</sup>.

A par dessas considerações, a premissa que se adota, para fins de elucidação do fenômeno jurídico, é voltada para o estudo do Direito a partir de um ponto de vista normativo, visto que, que sob esse enfoque, concebe-se que “a melhor maneira de se aproximar da

---

<sup>4</sup> GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 17.

<sup>5</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 02.

<sup>6</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Ciência Política, Estado e Direito Público. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 29.

<sup>7</sup> KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 201

<sup>8</sup> KAUFMANN, *Ibid.*, p. 202.

experiência jurídica e compreender seus traços característicos é considerar o direito como um conjunto de normas ou regras de conduta”<sup>9</sup>.

E nesse viés, não se ignora que Direito pode ser considerado sob um enfoque que afasta o fenômeno normativo para inseri-lo em uma acepção institucional; levando em consideração, na composição do fenômeno jurídico, o conceito de sociedade, como base de fato em que o Direito passa a existir, e o conceito de ordem social, como fim pretendido pelo Direito.

Do mesmo modo, também é corrente a existência de outra escola teórica que preconiza que o elemento característico da experiência jurídica trata-se da relação intersubjetiva por ser o Direito um fenômeno social; portanto, com origem na sociedade, como um todo.

Assim, qualquer fato classificado como jurídico é constituídos por dois elementos, o primeiro elemento correspondente a um ato humano determinado no tempo e no espaço, seja, singular ou encadeado em um feixe de condutas, mas sensorialmente perceptível; e o segundo elemento, correspondente a sua significação jurídica.

Tal constatação é apontada por Hans Kelsen<sup>10</sup>, o qual explica que:

Se se parte da distinção entre ciência da natureza e ciências sociais e, por conseguinte, se distingue entre natureza e sociedade como objetos diferentes destes dois tipos de ciência, põe-se logo a questão de saber se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, se o Direito é um fenômeno natural ou social. Mas esta contraposição de natureza e sociedade não é possível sem mais, pois a sociedade, quando entendida como a real ou efetiva convivência entre homens, pode ser pensada como parte da vida em geral e, portando, como parte da natureza.

Portanto, é a partir da conjunção dos fatos sensorialmente perceptíveis associada à significação jurídica, que se extrai, racionalmente, o Direito.

Nesse passo, portanto, avoca-se que tanto a teoria da relação, a qual evidencia o fenômeno da intersubjetividade; quanto à teoria da instituição, focada no fenômeno da organização social, e a defendida teoria normativa, que leva em consideração o aspecto da regularidade do fenômeno normativo; antes de se conceber que se excluem mutuamente, conclui-se que as mesmas se complementam, evidenciando o aspecto multiforme da experiência jurídica; visto que a essa revela um mundo de relações entre sujeitos humanos,

---

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 24.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; Tradução João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 02.

organizados de maneira estável em sociedade, mediante o uso de regras de conduta. Portanto, quanto ao aspecto multiforme da experiência jurídica, a teoria da relação evidencia o aspecto da *intersubjetividade*; a teoria da instituição, o aspecto da *organização social* e a teoria normativa, o aspecto da *regularidade*<sup>11</sup>.

Assim, a “intersubjetividade e a organização são condições *necessárias* para a formação de uma ordem jurídica; aspecto normativo é a condição *necessária* e suficiente”<sup>12</sup>.

Portanto, quanto aos aspectos complementares da experiência normativa, o fundamental continua ser o aspecto normativo, daí o enfoque pretendido para a caracterização do Direito; sob o viés de ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Norberto Bobbio<sup>13</sup> pontua que:

A exigência da nova pesquisa nasce do fato de que, na realidade, as normas jurídicas nunca existem sozinhas, mas sempre num contexto de normas que têm relações específicas entre si (e essas relações serão em grande parte o objeto do nosso estudo). Esse contexto de normas costuma ser denominado “ordenamento”. E convém observar desde o início que a palavra “direito”, dentre os seus muitos significados, também quer dizer “ordenamento jurídico”, por exemplo, nas expressões “direito romano”, “direito italiano”, “direito canônico” etc.

Desse modo, não descurando da perspectiva crítica do fenômeno jurídico<sup>14</sup>, ou mesmo de seu imaneente aspecto cultural<sup>15</sup>, enfoca-se a “descrição do direito como sistema de normas que regula – para assegurá-la- a preservação das condições de existência do homem em sociedade [...]”<sup>16</sup>.

Assim, sob tal perspectiva, o Direito pode ser definido como “o complexo de normas que regem o comportamento humano, prescrevendo uma sanção no caso de descumprimento”<sup>17</sup>. Ou ainda, como “o conjunto de normas impostas pelo Estado, de caráter geral, a cuja observância os indivíduos podem ser compelidos mediante coerção”<sup>18</sup>; bem

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 24.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibid.*, p. 24.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibid.*, p. 173.

<sup>14</sup> Visto que a consideração do Direito como sistema de normas “é tipicamente descrição de expositor do direito”, já que não leva em consideração a temática adstrita ao “expositor ou censor (crítico) do direito, daquele que explica o direito, tal como se entende, e daquele que indica o que deve ser no direito (Bentham)” (GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18).

<sup>15</sup> GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 18 e 20.

<sup>16</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ibid.*, p. 18.

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: Parte Geral, v 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 06.

como, “um sistema de normas cuja unidade é construída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade”<sup>19</sup>.

O Direito, portanto, sob esse viés, é norma, correspondente a um ato advindo do Estado, com caráter imperativo e força coativa.

E, nesse sentido, Arthur Kaufmann<sup>20</sup> pondera que:

O ponto crucial é o facto de, para a *validade* duma lei, apenas interessar a observância das formalidades do processo legislativo, que exista uma autêntica vontade do soberano (*ita ius est!*), independentemente do conteúdo da lei. O conteúdo da lei é arbitrário, diz Hans Kelsen, bem ao espírito de seu tempo. A positividade tornou-se a “natureza” do direito.

Assim, de um ponto de vista formal, norma é uma proposição; e dessa forma, podemos concluir que um código, ou uma constituição é um conjunto de proposições<sup>21</sup>.

Frisando, nesse sentido, “que o sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e de um repertório. Nesse sentido, ordenamento é sistema”<sup>22</sup>.

Tal aceção do Direito acompanha o surgimento das sociedades complexas, onde é imprescindível a presença da lei, como enunciados genéricos, abstratos e reacionais, a promover a segurança jurídica necessária à estabilização social.

Tal conclusão é explicada pelo Arthur Kaufmann<sup>23</sup>, ao elucidar a por ele chamada, *marcha triunfal da ideia de lei*:

Só o século XIX trouxe a *marcha triunfal da ideia de lei*, já preparada pela nova concepção de Estado de *Jean Bodin*. Esta marcha triunfal assenta em múltiplos factores. Contam-se, para além do melhor domínio dos métodos de abstracção, por exemplo, o início do capitalismo, o surgimento da industrialização e o aparecimento do Estado Social. Em sociedades complexas com uma economia desenvolvida é necessário um elevado nível de segurança jurídica; ora os tradicionais sistemas de direito natural não a podem garantir; são para tal necessárias leis racionais, formuladas geral e abstractamente.

No entanto, o sistema jurídico percebe-se inacabável ou inacabado, restando ao intérprete solver as aparentes antinomias e transcender as significações obsoletas dos

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; Tradução João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 33.

<sup>20</sup> KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 202.

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 52.

<sup>22</sup> JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao Estudo do Direito. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 145.

<sup>23</sup> KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.*, p. 202.

preceitos normativos. Ou seja, apresenta um caráter dinâmico, em oposição ao estático; no sentido em que capta as normas dentro de um processo de contínua transformação<sup>24</sup>.

Assim, explica Juarez de Freitas<sup>25</sup> que:

Nessa evolução, o sistema jurídico resta percebido, felizmente, como inacabado e inacabável, donde se infere que todo intérprete precisa assumir a condição de permanente vivificador do sistema e de superador das suas antinomias axiológicas. Com efeito, verifica-se, no plano concreto, a continuidade de contradições valorativas, ao menos de modo transitório, até dirimente ato legislativo e, sobretudo, solução judicial integrativa, que solva determinada situação antinômica, pacificando o sistema, sem dele afastar a hipótese de reinstauração, noutras circunstâncias, da aporia topicamente superada.

Nesse passo, portanto, o sistema jurídico é uma construção científica que tem como função explicar a realidade a que ele se refere. É um mapa, um redutor em relação à realidade, o qual permite que o investigador compreenda e capte o sentido da realidade que ele está a investigar.

Desse modo, o “direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador”<sup>26</sup>.

Assim, o intérprete quando “desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); nesse sentido ele ‘produz’ a norma”<sup>27</sup>. Portanto, o significado, ou seja, a norma, é o resultado da atividade interpretativa<sup>28</sup>.

Desse modo, as normas resultam da interpretação, de modo que o ordenamento “é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas”<sup>29</sup>.

Portanto, “as normas não são textos ou conjunto deles, mas sentidos construídos a partir da intermediação sistemática dos textos normativos”<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao Estudo do Direito. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 174.

<sup>25</sup> FREITAS, Juarez. A Interpretação sistemática do Direito. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 49.

<sup>26</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

<sup>27</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ibid.*, p. 31.

<sup>28</sup> Esclarece Eros Roberto Grau que: “o intérprete dotado de poder suficiente para criar as normas é o intérprete autêntico, no sentido conferido a essa expressão por Kelsen [...]. Quem *produz* uma *norma* exerce um ato de poder. E é certo ainda que não apenas o intérprete autêntico interpreta. Também o fazem os advogados, os juristas, o administrador público e os cidadãos, até o momento anterior ao da definição da norma de decisão. Ora, se as normas nascem da interpretação, também esses intérpretes, *não-autênticos*, *produzem* normas (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp.89 e 90).

<sup>29</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ibid.*, p. 85.

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 30.

Assim, o “conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais”<sup>31</sup>.

No mesmo sentido, Friedrich Müller<sup>32</sup> explica que o texto da norma no Código legal trata-se apenas de um dado de entrada do processo de trabalho, onde a norma jurídica está por ser produzida no decurso temporal da decisão.

De outra parte, o sistema normativo funciona, portanto, com um intermediário entre o intérprete e o objeto científico que pertence à sua área de investigação. É um objeto-modelo. É uma espécie de tipo ideal<sup>33</sup>.

Nesse sentido, a evidenciar a acepção científica do sistema normativo, explica Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>34</sup> que:

A concepção do próprio ordenamento como sistema, é, porém, uma tendência historicamente localizada na Era Moderna. A bem da verdade, podemos, por exemplo, falar do ordenamento jurídico na Roma Antiga, mas o sistema do Direito Romano é uma criação do século XIX.

Então, em síntese, o ordenamento jurídico como sistema não é um dado da realidade, é uma construção científica composta por um conjunto de elementos que se inter-relacionam mediante regras. Tais regras determinam as relações entre os elementos do sistema, ou seja, formam sua estrutura<sup>35</sup>.

Nesse sentido, Rizzatto Nunes<sup>36</sup> explica que:

Além de ser um objeto construído, o sistema é um objeto-modelo que funciona como intermediário entre o intérprete e o objeto científico que pertence a sua área de investigação. [...] O sistema, como construído, tipo-ideal, objeto-modelo, é uma espécie de mapa, que reduz a complexidade do mundo real, à qual se refere, mas é o objeto através do qual se pode compreender a realidade.

Portanto, no sistema jurídico o repertório são as normas jurídicas, e sua estrutura é formada pela hierarquia, pela coesão e pela unidade.

---

<sup>31</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

<sup>32</sup> MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metódica Estruturante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

<sup>33</sup> Explica Rizzatto Nunes o uso da expressão “tipo ideal” se faz a partir da doutrina propugnada por Max Weber (NUNES, Rizzatto. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 264).

<sup>34</sup> JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 147.

<sup>35</sup> NUNES, Rizzatto. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 264.

<sup>36</sup> NUNES, Rizzatto. *Ibid.*, pp. 264 e 265.

A hierarquia permite que a norma jurídica fundamental, ou seja, a Constituição Federal determine a validade de todas as demais normas jurídicas de hierarquia inferior.

Por seu turno, a coesão demonstra a união íntima dos elementos; normas jurídicas como um todo (sistema jurídico), apontando para uma conexão, para a ampla harmonia e importando em coerência.

Já a unidade dá um fechamento no sistema jurídico como um todo que não pode ser dividido. Assim, qualquer norma jurídica é reconhecida como referência ao todo unitário (sistema jurídico).

Portanto, o conceito de ordenamento é importante para a dogmática jurídica, visto que a partir dessa significação consegue-se vislumbrar o fenômeno jurídico como um sistema.

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>37</sup> explica que:

[...] o conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática; nele se incluem elementos normativos (as normas) que são os principais, e não normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos, etc.); sua estrutura revela regras de vários tipos; no direito contemporâneo, a dogmática tende a vê-los como um conjunto sistemático: quem fala em ordenamento pensa logo em sistema.

Ainda nesse passo, como já referido, o Direito apresenta significação plurívoca<sup>38</sup>, e aventando mais um aspecto dessa complexa plurissignificação, aquele refere-se a três realidades, ou seja, norma, permissão e qualidade.

Assim, Goffredo Telles Júnior<sup>39</sup> explica que: “A primeira realidade chamada Direito é *norma* (é o Direito Objetivo). A segunda é permissão (é o Direito Subjetivo). E a terceira é *qualidade* (é o justo, ou qualidade do ato *justo*)”.

No entanto, ao se considerar essas três realidades, dentro de uma acepção dogmática, o Direito pode ser entendido como sinônimo de sistema normativo; na medida em que essa ordem normativa revela-se fundamental para a vida em sociedade e aspira expressar “os

---

<sup>37</sup> JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao Estudo do Direito. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 147.

<sup>38</sup> Assim, Goffredo Telles Júnior explica que o Direito é uma palavra que não apresenta um só sentido, e nesse sentido, não se constitui em uma palavra unívoca. Portanto, como referido, trata-se de uma palavra plurívoca. As palavras plurívocas poderão, segundo ensina, serem de duas ordens: equívocas ou analógicas. Assim, “a palavra equívoca é termo de sentidos diversos e *desconexos*, isto é, termos de sentidos *que não se relacionam* uns com os outros [...]. A palavra analógica é termo de sentidos diversos, mas *conexos*, isto é, termo de sentido que se *relacionam* uns aos outros [...]”. (JÚNIOR, Goffredo Telles. Iniciação na Ciência do Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 373).

<sup>39</sup> JÚNIOR, Goffredo Telles. *Opus cit.*, 2002, p. 374.

valores ou elementos de consenso, escolhas que toda sociedade faz com relação ao que considera bom ou mau, correto ou incorreto, satisfatório ou insatisfatório”<sup>40</sup>.

E nesse ponto emerge uma pergunta que se apresenta crucial no que tange à delimitação dos campos em que se insere a definição do Direito, enquanto sistema normativo; qual seja: o Direito injusto é Direito? Até, porque já foi afirmado, com relação ao Direito, que a premissa ontológica somente faz sentido, juntamente com a premissa fenomenológica, se lastreada na premissa deontológica.

Ocorre que a sociedade clama por ética, visto que o Direito formal somente é capaz de produzir a justiça formal. Tal justiça, *a priori*, é dissociada da moral, não se coadunando, portanto, com as atuais aspirações sociais que convergem para o Direito.

Assim, em postulado inicial, coloca-se em xeque o questionamento que pondera pela possibilidade de estabelecimento de critérios de justiça ou injustiça em uma escala universalmente válida, como quer a escola de pensamento nominada de jusnaturalismo; sem levar à destruição dos valores fundamentais em que se apoia o Direito.

E nesse sentido, argumenta-se que a justiça é um conceito variável, de modo que o alcance de um conceito universal que lastrei sua conceituação é muito dificultoso.

A par disso, pondera-se que o Direito Natural, associado ao conteúdo deontológico, por não cumprir seu papel, deu ensejo ao surgimento do Direito Positivo, esse adstrito ao elemento ontológico; e que, portanto, associado ao surgimento do Estado, guindou a justiça à premissa valorativa de quem detém o poder.

Uma proposta para contornar tal arbítrio, reside na redução da justiça à validade do Direito. Esses, que defendem tal acepção, propugnam pela validade como signo da justiça.

Tal acepção evoca um sistema de normas, logicamente organizadas, a partir de um ideal de harmonia social com justiça.

Entretanto, sob esse viés, o elemento justiça não se localiza no Direito, ante a base positivista da caracterização do sistema normativo, fundado na Teoria Pura do Direito, concebida por Hans Kelsen<sup>41 42</sup>.

---

<sup>40</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência Política, Estado e Direito Público*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 31.

<sup>41</sup> Kelsen explica que o Direito pode ser moral, ou seja, justo. No entanto, não tem necessariamente de o ser; visto que uma ordem social que não seja justa, pode, entretanto, ser Direito; apesar de admissível a exigência de que o Direito deva ser moral, ou seja, justo. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; Tradução João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, pp. 71 e 72).

<sup>42</sup> Orlando Gomes ao tratar da Teoria Pura do Direito aponta que “Kelsen reconhece que o Direito é um fato historicamente condicionado, pelo que fica aberta a possibilidade de conhecer a íntima conexão que existe entre *técnica social* de uma ordem de coação e o *estado social* que, por meio dela procura manter-se”; no entanto, declara que tal circunstância é irrelevante, quanto à sua abordagem do Direito, visto que “a sua doutrina não se interessa pelo fim que se tem em vista alcançar com a ordenação jurídica, mas, tão-somente, pela própria ordem

Assim, na abordagem do problema da justiça como problema deontológico do Direito; não se perquire sobre a validade da norma jurídica, somente se aponta que o problema da validade está adstrito à legitimidade da autoridade que emanou o comando, a partir do estabelecido pela norma fundamental.

Portanto, evoca-se a tormentosa questão que emana do diálogo entre o Direito e a Moral, e, ao se trilhar tal caminho, fica em questão qual a característica peculiar das normas jurídicas quando consideradas em conjunto com as demais regras, na medida em que se apresentam com força coativa *sui generis*, visto poderem se valer da violência estatal para fazerem-se cumprir.

Ocorre, ao revés, que tal prerrogativa, entretanto, não se verifica em relação às normas morais, as quais, se descumpridas, valem-se de sanções, muita das vezes, íntimas e ineficazes quanto ao seu papel de doutrinação espiritual da pessoa humana.

De outra ponta, emerge a questão adstrita às normas morais, com uma significação axiológica, que, portanto, aproximam o Direito da justiça. Discussão que emerge da moralidade do Direito e toca no problema de sua justificação, ou da busca de seu fundamento.

Ocorre que o Direito não pode ser definido unicamente como lei, unicamente, ou mesmo como norma de conduta. O Direito, antes é a “humanização da justiça”<sup>43</sup>.

Por tal razão, portanto, coloca-se em xeque a imprescindibilidade da relação entre Direito e Moral, como significação de se alcançar um Direito lastreado em acepções axiológicas fundantes, ou em uma acepção formal, lastreado na força coativa do aparato estatal.

## **1.2 Da heteronomia; da imperatividade; da coatividade, e do autorizamento ou atributividade das normas jurídicas**

Tanto a moral como o Direito constituem-se em regras de conduta. Desse modo, ambos expressam um dever ser.

Entretanto, a conformação da amplitude do fenômeno jurídico é essencial para se impedir a indevida ingerência do direito em aspectos da natureza humana que pressupõe seu alheamento, a fim de que possam vicejar as normas jurídicas.

Nesse sentido, explica Paulo Nader<sup>44</sup> que:

---

jurídica”. (GOMES, Orlando. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

<sup>43</sup> LONGO. Adão. O Direito de Ser Humano. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 26.

O jurista e o legislador deste início de milênio não podem confundir as diversas esferas normativas. O conhecimento do campo de aplicação do Direito é um *a priori* lógico e necessário à tarefa de elaboração das normas jurídicas. O legislador deve estar cômso da legítima faixa do ordenamento que é reservada ao Direito, para não se exorbitar, alcançando fenômenos sociais de outra natureza, específicos de outros instrumentos controladores da vida social. Toda norma jurídica é uma limitação à liberdade individual e por isso o legislador deve regulamentar o agir humano dentro da estrita necessidade de realizar os fins que estão reservados ao Direito: segurança através dos princípios de justiça.

Por tal razão, que certas regras sociais são cumpridas de maneira espontânea; visto que alicerçadas na moral vigente, enquanto outras, todavia, somente são observadas em determinadas ocasiões, mediante coação.

Ademais, o fenômeno normativo tem seu início a partir da ação das normas jurídicas. Nesse sentido, Miguel Reale<sup>45</sup> explica que:

[...] as normas jurídicas projetam-se como feixes luminosos sobre a experiência social: e só enquanto as relações sociais passam sob a ação desse fecho normativo, é que elas adquirem o significado de relações jurídicas. [...] Quando uma relação de homem para homem se subsume ao modelo normativo instaurado pelo legislador, essa realidade concreta é reconhecida como sendo relação jurídica.

Assim, há, pois, uma distinção a fazer-se quanto ao cumprimento espontâneo e o obrigatório das regras sociais, sendo essas morais ou jurídicas. E nesse sentido, pode-se dizer que a moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir.

Tal aceção é apontada por Norberto Bobbio<sup>46</sup> o qual explica que:

Há um modo de definir as normas morais que se refere precisamente à sanção. Afirma-se que são morais aquelas normas cuja sanção é puramente interior. Por sanção, entende-se sempre uma conseqüência desagradável da violação, cujo fim é prevenir a violação ou, no caso em que a violação seja verificada, eliminar as conseqüências nocivas. A única conseqüência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, um estado de incômodo, de perturbação, às vezes de angústia, que se diz, na linguagem da ética, “remorso” ou “arrependimento”.

---

<sup>44</sup> NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 32.

<sup>45</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 211.

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 155.

O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Assim, somente teremos, na verdade, moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo realiza o ato enunciado pela norma.

Afigura-se, pois, claro que é impossível conceber-se o ato moral forçado, fruto da força ou da coação. Ninguém pode ser bom pela violência. Só é possível praticar o bem, no sentido próprio, quando ele nos atrai por aquilo que vale por si mesmo, e não pela interferência de terceiros; sim pela força que venha consagrar a utilidade ou a conveniência de uma atitude.

Ao revés, “a norma jurídica é um mandamento. Ela é, por força, um imperativo, ou seja, um enunciado de um dever”<sup>47</sup>.

De tal acepção deriva a conclusão de que, portanto, a moral é incompatível com a violência, com a força, ou seja, com a coação, mesmo quando a força se manifesta juridicamente organizada.

A moral para realizar-se autenticamente, deve contar com a adesão dos obrigados. Quem pratica um ato, consciente da sua moralidade, já aderiu ao mandamento a que obedece.

Assim, considerando as duas vertentes, correspondentes à órbita do direito e da moral; existem preceitos (valores morais) que seguimos de modo livre e cômico, tomando esses preceitos como valores subjetivos para a satisfação de um bem individual ou para a realização de uma vontade de espírito.

Desse modo, se respeito meu pai, pratico um ato na plena convicção da sua intrínseca valia, coincidindo o ditame de minha consciência com o conteúdo da regra moral.

Portanto, as demais normas, que não o Direito, e especificamente a moral, são unilaterais, pois apenas impõe dever, prescrevem um comportamento, mas não autorizam ninguém a empregar coação para obter o cumprimento delas.

Assim, propriamente, não seriam as normas morais imperativas, e com certeza, não coercitivas, sendo o seu cumprimento ou não dependente do caráter de cada pessoa; uma vez que os valores morais encontram-se dentro da consciência de cada indivíduo, cabendo a este julgar o que considera certo ou errado, tolerável ou intolerável.

No entanto, quanto ao Direito, nem sempre haverá uma adequação entre a minha maneira de pensar e agir e o fim que, em abstrato, a regra jurídica prescreve.

Assim, no plano da moral, tal coincidência é fundamental, o que não ocorre no plano jurídico. Portanto, podemos criticar as leis, das quais dissentimos, mas devemos agir de

---

<sup>47</sup> JÚNIOR, Goffredo Telles. Iniciação na Ciência do Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59.

conformidade com elas, mesmo sem lhes dar a adesão de nosso espírito. Portanto, as leis (Direito) valem objetivamente, independentemente, e a despeito da opinião e do querer dos obrigados.

Tal aceção é apontada por Miguel Reale<sup>48</sup>, que explica que:

Essa validade *objetiva e transpessoal* das normas jurídicas, as quais se põem, por assim dizer, acima das pretensões dos sujeitos de uma relação, superando-as na estrutura de um querer irredutível ao querer dos destinatários, é o que se denomina *heteronomia*.

Chega-se, desse modo, à seguinte conclusão: enquanto a moral é autônoma, o Direito é heterônomo.

Tal pormenor, através de um fato que ocorrera em sua carreira profissional de advogado, é exemplificado por Miguel Reale<sup>49</sup> a partir da seguinte passagem:

[...] exemplo que vou dar esclarece o assunto. É um exemplo trazido de minha experiência profissional, e que pode repetir-se com qualquer um dos senhores, nesta vida cheia de imprevistos e de dramas que nos deixam perplexos. Certa vez fui procurado por um casal de velhos - de quase 80 anos - que me expôs a sua situação de insuficiência econômica, carecedores que estavam dos mais elementares meios de subsistência. Como diziam os romanos, na sua compreensão realística da vida, a velhice é a pior das doenças. Pois bem, o casal me revelou que tinha um filho, um industrial de grande capacidade econômica, possuidor de várias fábricas e estabelecimentos comerciais e que, entretanto, não admitia que seus prepostos ou a esposa prestasse qualquer auxílio a seus pais. Ora o código civil brasileiro, como o de todas as nações civilizadas, consagra o princípio da solidariedade econômica entre os conjugues e parentes. Neste sentido, os descendentes não podem faltar à assistência devida aos pais e avós, toda a vez que estes se encontrem em dificuldades econômicas, por motivos que não possam ser superados. É, evidentemente, um preceito de ordem jurídica e, ao mesmo tempo, de ordem moral. É o princípio de solidariedade humana, ou melhor, de solidariedade familiar que dita a regra jurídica consagrada nos códigos. Se a lei civil estabelece a obrigação de prestar alimentos, por sua vez, o Código de Processo assegura aos necessitados remédios indispensáveis à realização desse *desideratum* graças à interferência do juiz. Admitamos - como no caso concreto que me foi dado apreciar com advogado - que o filho não ceda a qualquer razão e se recuse, obstinadamente, a prestar assistência a seus genitores. Não restará aos pais senão uma via - a de propor uma ação que se chama "ação de alimentos". Feita a prova, com a demonstração de carência econômica dos interessados e da abastança do filho, para pagar a quantia arbitrada pelos peritos, o juiz proferiu a sentença, condenando o descendente a pagar uma prestação alimentícia mensal. Após a decisão judicial, certamente o filho passou a pagar mensalmente a quantia arbitrada devido à decisão do juiz, no entanto,

<sup>48</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49.

<sup>49</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 45 e 46.

ainda que pague mensalmente sem atrasos, seus atos de prestação de assistência aos genitores de forma alguma pertencerá ao campo da moral enquanto não o fizer em livre e espontânea vontade, para que se sinta bem consigo mesmo em realizar uma ação em prol do bem estar de seus pais, enquanto suas ações não partirem de sua livre iniciativa, não estarão mais a acompanhar a moral, que somente regressará quando este perceber o bem que estará fazendo e o fizer de livre e espontânea vontade, o cumprimento obrigatório da sentença satisfaz ao mundo jurídico, mas continua alheio à moral. Quando o filho passar a praticar um ato que o enriquece espiritualmente, aí estará prevalecendo a moral.

Portanto, o Direito é posto por terceiros como aquilo que somos juridicamente obrigados a cumprir. Desse modo, o Direito é a ordenação heterônoma e coercível da conduta humana<sup>50</sup>.

Nesse sentido, explica Miguel Reale<sup>51</sup> que:

Por outro lado, a coação já é, em si mesma, um conceito jurídico, dando-se a interferência da força em virtude da norma que a prevê, a qual, por sua vez, pressupõe outra manifestação de força e, por conseguinte, outra norma superior, e, assim sucessivamente, até se chegar a uma norma pura ou à pura coação. Foi essa objeção que Hans Kelsen procurou superar com a sua teoria da "norma fundamental".

Assim, Miguel Reale, além da heteronomia, entende que o que distingue o Direito da Moral é a coercibilidade. Preceitua, portanto, que coercibilidade é uma expressão técnica que serve para mostrar a plena compatibilidade que existe entre o Direito e a força<sup>52</sup>.

Nesse pormenor, Maria Helena Diniz<sup>53</sup> explica que:

A norma moral e a jurídica têm uma como base ética, ambas constituem normas de comportamento. Por isso, a problemática de distinção entre uma e outra é velha questão doutrinária.

Quando se examinam as idéias dos juristas e esse respeito, percebe-se um sem-número de pontos de vista. Para responder a essa indagação é freqüente, como vemos, no meio jurídico, recorrer-se as idéias de sanção, coação, coatividade, atributividade, mas é, na realidade, a de autorização que permite solucionar tal questão. Todas as normas são imperativas porque fixam diretrizes da conduta humana, entretanto só a jurídica é autorizante, porque só ela dá ao lesado pela sua violação o poder de exigir seu cumprimento e a reparação do mal sofrido.

Do mesmo modo, Hans Kelsen<sup>54</sup>, ao explicar a distinção do Direito em relação às

<sup>50</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48.

<sup>51</sup> REALE, Miguel. *Ibid.*, p. 49.

<sup>52</sup> REALE, Miguel. *Ibid.*, 2005, pp. 46 e 47

<sup>53</sup> DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380.

outras ordens sociais, aponta que:

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego de força física, é o critério decisivo.

Portanto, a característica inerente à imperatividade ou coercibilidade, conjugada à força do Direito, como elemento caracterizador do fenômeno jurídico é pacífica<sup>55</sup>.

A divergência reside no enunciado que apresenta a norma jurídica como norma atributiva ou norma autorizativa.

Assim, para Miguel Reale, o Direito apresenta como nota distintiva essencial, em relação à Moral, a chamada bilateralidade atributiva<sup>56</sup>.

Nesse pormenor, Miguel Reale<sup>57</sup> pontua que: “ocorre a bilateralidade atributiva quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou fazer garantidamente algo”.

E nesse sentido ainda, Miguel Reale concluiu que a bilateralidade atributiva pode ser definida como “uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo”<sup>58</sup>.

Assim, exemplifica, Miguel Reale<sup>59</sup>, que:

Imaginemos que um homem abastado, ao sair de sua casa, se encontre com um velho amigo de infância que, levado à miséria, lhe solicita um auxílio de cinco rublos, recebendo uma recusa formal e até mesmo violenta. Em seguida, a mesma pessoa toma um coche para ir a determinado lugar. Ao terminar o percurso, o cocheiro cobra cinco rublos. A diferença de situação é muito grande entre o cocheiro que cobra cinco rublos e o amigo que solicitava a mesma importância.

---

<sup>54</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; Tradução João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 37.

<sup>55</sup> Apesar de Goffredo Telles Júnior apontar que *a coação é ato do lesado*, e não elemento da norma. (JÚNIOR, Goffredo Telles. Iniciação na Ciência do Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89).

<sup>56</sup> Somente apontando, como referido, por Maria Helena Diniz; essa, devota discípula de Goffredo Telles Júnior, a distinção de entendimentos, desse em relação a Miguel Reale. Assim, Goffredo Telles Júnior, aponta a norma jurídica como um “imperativo autorizante”. E nesse ponto aduz que “a palavra autorizamento designa a autorização enquanto qualidade da norma jurídica”. (JÚNIOR, Goffredo Telles. Iniciação na Ciência do Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45).

<sup>57</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

<sup>58</sup> REALE, Miguel. *Ibid.*, p. 51.

<sup>59</sup> REALE, Miguel. *Ibid.*, pp. 50 e 51.

Portanto, tem-se que sem uma relação que una duas ou mais pessoas não há Direito; assim, a bilateralidade em sentido social, como a entender subjetividade.

Ainda, para que haja Direito, é necessário que a relação entre os sujeitos seja objetiva, ou seja, insuscetível de ser reduzida, unilateralmente, a qualquer dos sujeitos da relação; entenda-se, bilateralidade em sentido axiológico ou proporcionalidade de valores.

Finalmente, da proporção estabelecida deve resultar a atribuição garantida de uma pretensão ou ação, que podem se limitar aos sujeitos da relação ou estender-se a terceiros, entenda-se: atributividade.

Ainda, “a relação deve se estruturar segundo uma proporção que exclua o arbítrio e que represente a concretização de interesses legítimos, segundo critérios de razoabilidades variáveis em função da natureza e finalidade do enlace”<sup>60</sup>.

Por seu turno, para Goffredo Telles Júnior, aponta que “a norma jurídica não é atributiva porque não atribui a ninguém a faculdade de coagir, uma vez que ela própria não possui essa faculdade”. E mais, que “a norma jurídica não é atributiva porque a faculdade de coagir não é atributiva ao lesado, uma vez que tal faculdade pertence ao lesado por natureza”<sup>61</sup>.

Nesse sentido, conclui Goffredo Telles Júnior<sup>62</sup> que:

A norma jurídica não atribui ao credor, por exemplo, a *faculdade* de exigir o que lhe é devido. Tal faculdade, o credor a possui, com ou sem norma jurídica. É uma faculdade natural do ser humano. A norma jurídica se limita a *autorizar* o credor a fazer uso dessa faculdade; autoriza-o a exigir, pelos meios e formas legais, o pagamento devido. Autoriza-o, até mesmo, a exercer coação sobre o devedor, para deste obter aquilo a que o credor tem direito. E essa coação, quando assim autorizada, é coação *a serviço do Direito* [...]. Depreende-se, do que se acaba de demonstrar, que a norma jurídica não atribui faculdade nenhuma. O que lhe é próprio é exprimir uma autorização dada pela sociedade. A norma jurídica é o instrumento pelo qual o lesado, para os fins legais, *fica autorizado a exercer sua faculdade de exigir e de coagir*. A norma jurídica não é *atributiva*. Ela é *autorizante*.

De forma totalizante, portanto, a norma jurídica é heterônoma, imperativa, coercitiva; atributiva, segundo Miguel Reale; ou autorizativa, segundo Goffredo Telles Júnior.

Já a Moral, retomando os pontos anteriormente lançados, trata-se de uma palavra com origem no latim *mores*, significando os modos de comportamento ou costumes.

Tem como nota característica, como referido, a autonomia. Trata-se de um conjunto

<sup>60</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 52.

<sup>61</sup> JÚNIOR, Goffredo Telles. Iniciação na Ciência do Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53.

<sup>62</sup> JÚNIOR, Goffredo Telles. *Ibid.*, pp. 53 e 54.

de convicções de uma pessoa, de um grupo, ou mesmo, da sociedade inteira, sobre a noção de bem ou de mal.

E por tais razões, a Moral tem como objetivo essencial o aperfeiçoamento do indivíduo.

Assim, as normas morais, nas pegadas de Dimitri Dimoulis<sup>63</sup> prestam-se a duas funções: (a) orientar o comportamento dos indivíduos na vida cotidiana; ou seja, todos devem fazer o bem e evitar o mal; e (b) servirem como critério de avaliação da conduta humana, a qual é aprovada ou reprovada, conforme correspondam ou não aos imperativos morais.

De sua parte, sob uma visão positivista; e, portanto, sob um viés clássico, o Direito tem como desiderato facilitar o convívio social, de modo a prevenir conflitos. Assim, sob esse aspecto, o Direito não se preocupa com atos dos indivíduos que não toquem a ordem pública.

De outra parte, assim como o fenômeno jurídico, o fenômeno moral provém da sociedade, a partir da sedimentação de seus valores.

Considerando, no entanto, como um dos principais "canais transmissores" destes preceitos, a família que nos ensina, desde pequeninos, quais são os limites entre o moral e o imoral; destoando, nesse aspecto do Estado, esse como fonte formal, por excelência do Direito.

E no mesmo sentido, os valores morais variam de sociedade para sociedade e de época para época.

Assim, explica Dimitri Dimioulis<sup>64</sup> temos que:

Devemos partir da constatação de que hoje existem muitos sistemas de regras morais. A pluralidade dos sistemas morais é principalmente devida ao fato de serem as sociedades modernas *individualistas*. [...]. Os vínculos entre os membros das sociedades modernas se baseiam na combinação de interesses e visões diferentes, no respeito e na tolerância recíproca.

Portanto, as sanções morais são de natureza difusa e informal, não sendo possível a sua aplicação por meio da coerção. Isso, ao revés, não quer dizer que para a violação de uma norma moral não exista uma censura social.

Tal acepção é evocada, por exemplo, por Pietro de Jesús Lora Alarcón<sup>65</sup>, ao pronunciar-se da seguinte forma:

---

<sup>63</sup> DIMIOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 97.

<sup>64</sup> DIMIOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 98.

[...] a violência da norma moral não origina automática e necessariamente uma ação estatal, é dizer, uma coação manifesta que impeça ao indivíduo de obrar daquela forma que deseja, enquanto que na norma jurídica deve estar explícita ou implicitamente consignada a coação, da qual somente é possível resistir atendo-se a sanções jurídicas. Por isso, a moral estabelece sanções como o remorso, o desgosto ou a censura da coletividade.

Portanto, afirmar-se que não é possível constranger uma pessoa a aceitar uma norma moral, visto que a mesma apresenta autonomia, operando-se no foro íntimo do indivíduo; é academicamente aceitável, mas não totalmente verdadeiro.

Desse modo, é necessário o entendimento de que tal norma moral é vinculante, levando-se em consideração os sopesamentos referidos, quando às consequências de seu descumprimento, que apesar de não serem formalmente instituídas pelo Estado, são veiculadas difusamente pelo meio social.

O Direito, por sua vez, possui, como já referido, como única fonte o Estado. Assim, a avaliação de uma conduta como “legal” ou “ilegal” é objetiva.

Tais normas, desse modo, identificam-se por meio do critério da validade formal. Assim, as sanções de natureza jurídica são fixas, formais, aplicando-se, caso haja necessidade, por meio de coação física, independentemente da aceitação do indivíduo, ou seja, por heteronomia.

Portanto, quanto ao conteúdo, há regras morais que possuem um caráter jurídico, ou normas jurídicas com caráter moral, e, outras não. Tal identidade ou separação, partindo de um núcleo comum, entre normas de natureza jurídica ou moral, decorre da finalidade de cada um dos sistemas normativos. Preceituando-se, no entanto, que “a norma moral e a jurídica têm uma base comum ética”<sup>66</sup>.

Ainda, pontue-se que a Moral é simples. Oferecem orientações gerais. Suas normas morais são de conhecimento comum. São em número pequeno.

O Direito, por sua vez, trata-se de um sistema normativo denso e concreto, extenso e sofisticado, onde nem mesmo seus estudiosos alcançam o teor de todas as normas em vigor.

---

<sup>65</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência Política, Estado e Direito Público*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 34.

<sup>66</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 387.

Assim, para Miguel Reale<sup>67</sup>, como já referido: “o Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos conforme valores”.

Ainda, o Direito estabelece complexas e detalhadas regras a incidir nos mais variados temas da vida social, regulamentando o modo de aplicação das sanções.

Por tais razões, portanto, explica, Dimitri Dimioulis<sup>68</sup>, que “o direito é um sistema denso e concreto e a Moral um sistema ‘rarefeito’ e genérico”.

Assim, o Direito, sob o enfoque objetivo, constitui-se na significação de sistema normativo, que se trata de uma construção lógica, complexa e uníssona; constituída por normas jurídicas; as quais se apresentam diferenciadas em relação às normas morais<sup>69</sup>.

Entretanto, apesar da apontada diferença entre os dois grupos de normas. Ao revés, como referido alhures, existe uma identidade entre as normas jurídicas e as normas morais. Visto que o “Direito não se divorcia totalmente da moralidade”<sup>70</sup>. E, como ensina o Pietro de Jesús Lora Alarcón, é como se as normas morais fossem a antessala das normas jurídicas. De modo que existe uma dificuldade crônica em se elaborar um critério totalizante de forma a separar as normas jurídicas das normas morais<sup>71</sup>.

Tal aceção, também é apontada por Norberto Bobbio.

Desse modo, o filósofo italiano aduz, nesse sentido, que a diferença entre as normas morais e as normas jurídicas corresponde a uma “simples diferença de grau no âmbito da mesma ordem normativa”, de forma que a “lei moral é uma prescrição com eficácia imediata”<sup>72</sup>. E, as leis jurídicas as normas com eficácia medita, já que é uma “prescrição cuja eficácia não depende da norma que prescreve um comportamento, mas da norma que prescreve uma consequência desfavorável (a sanção) de um comportamento considerado como ilícito”<sup>73</sup>.

No entanto, tanto é relevante tal similaridade, que entre as normas jurídicas e as normas morais pode-se evidenciar que ambas apresentam um caráter prescritivo, vinculam e

<sup>67</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 67.

<sup>68</sup> DIMIOULIS, Manual de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

<sup>69</sup> Explica Norberto Bobbio que “a experiência jurídica é uma experiência normativa. A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações”. (BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Tradução: Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 2ªed. Bauru: Edipro, 2003).

<sup>70</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Ciência Política, Estado e Direito Público. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 33.

<sup>71</sup> ALARCÓN, Pietro. *Ibid.*, p. 33.

<sup>72</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 119.

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto. *Ibid.*, p. 119.

estabelecem obrigações de forma objetiva, ou seja, independente do consentimento subjetivo individual, e mais, tratam-se de elementos fundamentais à convivência humana<sup>74</sup>.

Vislumbra-se, portanto, que apesar das normas morais e das normas jurídicas apresentarem características próprias, que as diferenciam; apresentam, o Direito e a Moral, um fundamento ético comum, o qual dá uma legitimação substancial àquele.

Assim, o Direito apartado da moralidade perde sentido, apesar de não representar, numa seara, a perda de sua validade; ou mesmo, de sua eficácia. A arbitrariedade nunca é bem vista, apesar do Direito erigido sob esse signo ainda servir para alguma finalidade.

Desse modo: “é possível implantar um direito à margem ou até contra a exigência moral de justiça. Aí está a fragilidade. Todavia, é impossível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça e a conseqüente perda de sentido. Aí está a força”<sup>75</sup>. Assim, pressupondo que o que confere sentido ao Direito é a justiça, o Direito imoral pode existir, no entanto, perde o seu sentido como Direito.

Tal constatação, portanto, evoca o problema deontológico do Direito e a solução aponta para o diálogo entre as normas jurídicas e normas morais. O que, olhando mais de perto remete à consideração dos princípios na categoria das normas jurídicas.

Portanto, a alma do Direito é a justiça. Sem “o sentimento do justo não se corporifica em substância o autêntico Direito”.

A axiologia associada aos princípios evoca essa simbiose entre as normas jurídicas e as normas morais, resultando em uma maior densificação do Direito em direção à justiça.

Assim, vislumbra-se o momento de se examinar o conceito de princípios jurídicos; bem como, a sua necessária contextualização, na medida em que os mesmos, apesar de comporem o mesmo gênero das normas jurídicas, apresentam-se com uma lógica de aplicação diversa, que em muitos casos, opõem-se às direções apontadas pelas regras jurídicas.

### **1.3. Da ambiência e evolução histórica dos princípios**

Como já fora referido, o presente trabalho, como opção metodológica, estuda o fenômeno normativo a partir de sua acepção como sistema. E por tal razão, a abordagem conceitual das normas jurídicas.

---

<sup>74</sup> JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao Estudo do Direito. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 332.

<sup>75</sup> JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao Estudo do Direito. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 334.

Entretanto, a abordagem inicialmente desposada não desnudou completamente a significação do ordenamento jurídico, enquanto sistema, ou a enunciação contingencial do Direito, ou mesmo a sua acepção autográfica.

Assim, sustentou-se que o Direito poderia ser entendido como um ordenamento normativo, o qual se estrutura em um sistema. Apontou-se, também que a “essência do Direito é sua contingência”<sup>76</sup>. Portanto, apesar do Direito somente estar ligado, de forma essencial, ao homem; o mesmo se conforma às relações da vida e se amolda a elas no tempo e no espaço, mesmo que se fragmentando sob a variação das percepções e conceituações; e até mesmo, eventualmente, contradizendo-se.

Aduziu-se, ainda, nas pegadas de Eros Roberto Grau<sup>77</sup>, que o Direito é alográfico, porque necessita de uma mediação de significado; e, desse modo, não possui um sentido em si, ou mesmo um sentido que dispense a teoria ou a teorização advinda da história e da tradição.

De outra parte, mas ainda nessa toada, ponderou-se que as normas jurídicas, como tais, apresentam-se com características próprias que as tornam peculiares em relação às outras normas de conduta, e no caso apontou-se as normas morais.

Assim, Eros Roberto Grau<sup>78</sup> explica que:

Relembre-se: os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes [...] mas, sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios [Müller]. [...] O fato é que a norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito. O texto, preceito jurídico, é, como diz Friedrich Müller, matéria que precisa ser “trabalhada”. Partindo do texto da norma (e dos fatos), alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere decisão ao caso. [...] A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, [...]

E nesse particular, focando os aspectos caracterizadores das normas jurídicas, as mesmas evocam duas figuras derivadas desse gênero comum: as regras jurídicas e os princípios jurídicos.

---

<sup>76</sup> LONGO. Adão. O Direito de Ser Humano. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 35.

<sup>77</sup> GRAU. Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, *passim*.

<sup>78</sup> GRAU, *Ibid.*, p. 29.

Ponderando sobre a essa figura dos princípios, verifica-se que os mesmos podem se manifestar de forma explícita, com reconhecimento, portanto, nas disposições legais; ou de forma implícita. Esses “inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional”<sup>79</sup>.

E nesse sentido, os princípios explícitos ou implícitos, portanto, manifestam-se no *direito posto*.

Por seu turno, existe a figura, ainda quanto ao gênero princípio, dos chamados princípios gerais de Direito, esses coletados no *direito pressuposto*<sup>80</sup>, os mesmos são descobertos no ordenamento jurídico, por estarem lá, em estado de latência. Sua morada não se verifica fora do ordenamento ou mesmo em uma ordem suprapositiva. Assim, os princípios gerais do Direito “não são descobertos em um ideal de ‘direito justo’ ou em uma ‘ideia de direito’”<sup>81</sup>.

Assim, considerando tal parâmetro, mas abrindo novamente nosso campo de visão, para incluir os princípios jurídicos no sistema normativo, temos a partir das explicações de Eros Roberto Grau<sup>82</sup>, a definição do fenômeno jurídico, enquanto sistema:

Podemos definir sistema jurídico (cada sistema jurídico) como uma *ordem teleológica de princípios gerais de direito* (Canaris, 1989/77). Não se trata, note-se bem, de ordem de normas, conceitos, institutos, valores ou axiomas, Mas de ordem de princípios gerais.

Portanto, já de saída, como se pode depreender, os princípios se apresentam como elementos fundamentais na estruturação do sistema normativo.

Assim, os princípios são normas que estabelecem fundamentos para um mandamento seja encontrado. Funcionam como “fundamento normativo para a tomada de decisão”<sup>83</sup>.

Os princípios “passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia, da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”<sup>84</sup>. E mais, o

---

<sup>79</sup> GRAU. *Ibid.*, p. 144.

<sup>80</sup> Explica Eros Roberto Grau que: “os princípios gerais de um determinado direitos são encontrados no *direito pressuposto* que a ele corresponda. Neste *direito pressuposto* os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistem” (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7º ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.71).

<sup>81</sup> GRAU. Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.155.

<sup>82</sup> GRAU, Eros Roberto. *Opus cit.*, p. 22.

<sup>83</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 35.

<sup>84</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 329.

conceito de princípio apresentado de uma forma mais ampla, abarca o seu caráter fundamento e direcionador de qualquer sistema de pensamento.

Assim, Ruy Samuel Espíndola<sup>85</sup> explica que:

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Fica claro, portanto, que os princípios fazem parte dessa ordenação composta pelas normas jurídicas, visto desempenharem um papel fundamental em sua concepção, como elementos fundantes que informam todo o sistema.

Nesse sentido, Eros Roberto Grau<sup>86</sup> deixa claro que: "As normas compreendem um gênero do qual são espécies, as regras e os princípios".

Portanto, o ordenamento ou sistema jurídico não será jamais integrado unicamente por regras; e sim pela junção entre essas e os princípios de direito; visto que os "princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas"<sup>87</sup>.

De outra medida, os princípios representam a suma do diálogo entre o Direito e a Moral; convergência que pavimenta a construção de um preceito normativo justo, a partir da preservação do mínimo ético que fundamenta seu discurso<sup>88</sup>.

Tal postulado é apresentado por Goffredo Telles Júnior<sup>89</sup>, o qual explica que:

A lei, bem o sabemos, é um *imperativo*, um *mandamento*. Mas não é um imperativo *qualquer*. É um imperativo *normativo*, e isto quer dizer que a norma verdadeiramente jurídica é sempre um mandamento *harmonizado* com a normalidade, com a ordenação ética de uma coletividade humana.

Assim, tendo-se claro tal postulado, passe-se, portanto, inicialmente, à sua definição.

<sup>85</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

<sup>86</sup> GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22.

<sup>87</sup> BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 329.

<sup>88</sup> O movimento neoconstitucionalista tem se revelado favorável à idéia de uma aceitação moral do Direito, resultando na adoção de perspectivas interna e externa de compreensão do fenômeno jurídico. Isto porque a legitimação do sistema jurídico passa pela busca de um equilíbrio entre os pontos de vista de crítica interna (cujo parâmetro é a Constituição) e de crítica externa (cujo parâmetro é a moralidade social). (FREIRE, Ricardo Maurício. Direito, Justiça e Princípios Constitucionais. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 80).

<sup>89</sup> JÚNIOR, Goffredo Telles. Iniciação na Ciência do Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 209.

Desse modo, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>90</sup>, princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, visto que define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

De sua parte, Jediael Galvão Miranda<sup>91</sup> explica que princípios “são proposições gerais que informam um determinado sistema jurídico ou ramo do direito, fixando as linhas mestras que o conformarão”.

Já Miguel Reale<sup>92</sup>, quanto à conceituação de princípios, pondera que princípios são: “verdades fundantes de um sistema de conhecimento”.

Por sua vez, Robert Alexy<sup>93</sup>, ao definir os princípios jurídicos, explica que:

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.

Já Ronald Dworkin<sup>94</sup>, ao se referir aos princípios, pondera que:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Segundo apontou Paulo Bonavides, a juridicidade (normatividade) dos princípios passou por três fases distintas, quais sejam: a) a jusnaturalista, b) a positivista e c) a pós-positivista<sup>95</sup>.

Portanto, a origem dos princípios está associada a uma perspectiva ligada, originariamente, a uma afirmação de existência de um Direito Natural.

<sup>90</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 53.

<sup>91</sup> MIRANDA, Jediael Galvão. Direito da Seguridade Social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 23.

<sup>92</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 303.

<sup>93</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>94</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 p. 36.

<sup>95</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 259.

Assim, os autores ligados a tal corrente de pensamento vão associar os princípios a espécies supranormais, ou seja, elementos norteadores da conduta humana, que atuam definindo padrões substanciais de justiça.

Desse modo, a escola jusnaturalista reconhece-os “como inspiradores de um ideal de Justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativa do Direito”<sup>96</sup>.

Portanto, em uma abordagem primeira do sistema normativo, os princípios eram qualificados como meras exortações, destituídos de caráter jurídico, seja pela sua vagueza, seja pela sua conformação destituída de sanção.

Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg<sup>97</sup> explica que:

Uma primeira abordagem negava caráter de autênticas normas jurídicas aos princípios. Por força de sua suposta natureza “transcendente”, ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediate), eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito.

Com o surgimento do positivismo jurídico, os princípios deixam de ser considerados como instância supra-legal, carente de juridicidade. Passam, portanto, a partir desse momento histórico, a adquirir dignidade de normas jurídicas; mas funcionando como generalizações das regras jurídicas.<sup>98</sup>

Nesse sentido, apontando para tal significação dos princípios, quando do advento da Escola Histórica do Direito, Paulo Bonavides<sup>99</sup> explica que:

A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária, ou segundo Gordillo Cañas, como “válvulas de segurança”, que “garante o reinado absoluto da lei”. Com efeito, assinala Gordillo Cañas, os princípios entram nos Códigos unicamente como “válvulas de segurança”, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos “para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”.

---

<sup>96</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

<sup>97</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 65.

<sup>98</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. 4ª ed. Curso de Direito Constitucional, Salvador: Juspodivm, 2012, p. 277.

<sup>99</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 259.

Assim, os princípios, apesar de localizados no ordenamento jurídico, são dispostos em uma posição subsidiária, prestando-se a colmatar as lacunas do direito, ante o preceito da completude do sistema normativo.

Portanto, a doutrina clássica, apesar de reconhecer a normatividade dos princípios, delegou um papel secundário aos mesmos.

Prestavam-se, tão somente, a funcionar como mecanismo apto a reafirmar a supremacia absoluta da lei, com significação adstrita à superação das incongruências do dogma da completude.

Sob tal pálio, portanto, os princípios se voltavam, desse modo, ao preenchimento de lacunas deixadas pelo legislador<sup>100</sup>.

Em outra significação, mas dentro desse espírito, os princípios funcionavam com elementos de interpretação do sistema normativo, a partir de sua positivação, e seu consequente resgate do direito natural, num primeiro momento. Para, a partir de então, os princípios passarem a ser exaltados no direito positivo<sup>101</sup>.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcelos e Luís Roberto Barroso<sup>102</sup> elucidam que:

O jusnaturalismo moderno, que começou a formar-se a partir do século XVI, dominou por largo período a filosofia do Direito. A crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais. Ao longo do século XIX, com o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final século XIX.

Entretanto, a assunção dos princípios no positivismo jurídico, é a constatação da sobrevivência do direito natural nas entrelinhas da assepsia jurídica, proposta naquele momento da evolução do pensamento jurídico.

---

<sup>100</sup> Nesse sentido, o Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto nº 4657 de 04/09/1942), ao dispor que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

<sup>101</sup> A “positivação” dos princípios gerais do Direito e a transformação deles em princípios jurídicos “positivados” operam-se entre duas alternativas metodológicas. Pela primeira, a “positivação” implica resgate desses princípios no universo do direito natural. Pela segunda, a “positivação” é consequência do descobrimento desses princípios no interior do “Direito positivo”. Esta última posição é corolário da idéia da não transcendência dos princípios gerais do Direito (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 58).

<sup>102</sup> BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Artigo: *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios* no Direito Brasileiro. p. 8. Disponível em: [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf), acessada em 14/07/2012.

Tal acepção é explicada por Norberto Bobbio<sup>103</sup>, o qual aponta a sobrevivência do direito natural no ordenamento jurídico, como substrato do direito estatal; apontando que:

As conseqüências desta concepção se manifestam particularmente num caso muito importante e interessante, que indica o limite de onipotência do legislador – o caso no qual o próprio legislador deixou de regulamentar determinadas relações ou situações, isto é, para usar a fórmula típica, o caso da “lacuna na lei”. Enquanto os juspositivistas, para serem coerentes até o fim, excluindo o recurso ao direito natural, negaram a própria existência das lacunas, os escritores do século XVII e XVIII não a negaram absolutamente e afirmaram, ao contrário, que em tal caso o juiz deve resolver a controvérsia aplicando o direito natural.

Assim, os princípios, por sua própria generalidade aberta, de modo a se prestar a uma séria indefinida de aplicações, sobreviveram no positivismo como solução da catarse provocada pela falácia do dogma da completude.

Portanto, a presença dos princípios era o antídoto eficaz contra as lacunas do direito positivo.

Tal contextualização é ainda apontada ainda por Norberto Bobbio<sup>104</sup>, ao explicar que:

Esta concepção do direito natural como instrumento para colmatar as lacunas do direito positivo sobrevive até o período das codificações, e mais, tem uma extrema propagação na própria codificação. No art. 7 do Código austríaco de 1811 estabelece-se que sempre que um caso não puder ser decidido com base numa disposição precisa de lei, nem recorrendo à aplicação analógica, dever-se-á decidir segundo os *princípios do direito natural*.

Inobstante, a vislumbrar a complexidade da sociedade contemporânea, o intérprete autêntico da norma percebeu que a justiça nem sempre se encontra ao lado da lei. Ao se atentar para essa descoberta, concebeu que o Direito, muita vez, em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, perpetra a dominação, “disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra”<sup>105</sup>.

Assim, “nas últimas décadas desse século, com a hegemonia axiológica-normativa dos princípios, que agora positivados nos novos textos constitucionais, assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos princípios

---

<sup>103</sup> BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 42.

<sup>104</sup> BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 44.

<sup>105</sup> BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 316.

fundamentais de estalão constitucional”<sup>106</sup>, esses conquistam “a dignidade de normas jurídicas vinculantes”<sup>107</sup>.

Portanto, com advento do pós-positivismo, objetivando um desiderato pautado em postulados de justiça, essa escola de pensamento determinou ao Direito uma teleologia que propugnou a inter-relação entre valores, princípios e regras; elementos, contemporaneamente, considerados, por exemplo, na nova hermenêutica constitucional.

Em tal teleologia, os princípios passam a ser considerados tão normas jurídicas como as regras jurídicas.

Assim, aos princípios, fora atribuída força normativa plena, passando, os mesmos, a ter juridicidade equivalente a das regras jurídicas<sup>108</sup>.

Esse fenômeno culminou na condução dos princípios para o centro do sistema normativo, possibilitando a entrada de valores, antes apartados do fenômeno jurídico, que se restringia, na conformação do sistema normativo, às regras jurídicas, sob o pálio de um positivismo legalista.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso<sup>109</sup> explica que:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas categorias diversas: os princípios e as regras.

Portanto, o resgate ético do Direito começou a se operacionalizar a partir da consideração dos princípios no sistema normativo, esses com a missão de inserir conteúdo nas formas jurídicas, sob um viés ético.

Assim, explica Eros Roberto Grau<sup>110</sup> que:

Por isso mesmo, a eticização do direito pela qual se clamam apenas poderá ser realizada, no presente, mediante a adição de conteúdo às formas jurídicas, o que importa desenvolvam os juristas não uma atividade

---

<sup>106</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

<sup>107</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Ibid.*, p. 64.

<sup>108</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. 4ª ed. Curso de Direito Constitucional, Salvador: Juspodivm, 2012, p. 279.

<sup>109</sup> BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 352.

<sup>110</sup> GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 111 e 112.

exclusivamente técnica e significa atuem segundo uma ética na lei (não acima da lei). Essa ética é a ética dos princípios jurídicos. Nos princípios, o conteúdo das formas jurídicas. O desafio com o qual o nosso tempo afronta ao jurista é, precisamente, o da composição de equilíbrio entre conteúdo e forma.

Tal linha de pensamento, assim, encontra eco na concepção de Direito haurida da propedêutica jurídica contemporânea, apontando a justiça com valor fundante do fenômeno jurídico.

Por tais razões, portanto, hodiernamente, a doutrina e jurisprudência pátria são uníssonas ao reconhecer o papel fundamental e imperativo dos princípios para a aplicação do Direito.

Assim, os princípios deixam de ser meros instrumentos de interpretação, passando a ser a própria forma de expressão das normas, que são subdividas em regras e princípios.

Portanto, conclui-se, que nessa trajetória de mutação, os princípios deixaram de ser vistos em sua dimensão meramente axiológica, sem força jurídica. Eles - assim como as regras - passaram a ostentar força imperativa, devendo ser observados em qualquer conduta, o que demonstra o seu caráter normativo e não meramente informativo; de forma que qualquer ato praticado sem a observância dos princípios além de injusto, é inválido.

De outra parte, superada a conceituação e a evolução histórica dos princípios, caminhando nessa temática, uma vez reconhecida a normatividade dos princípios, evoca-se os critérios distintivos entre esses e as regras jurídicas.

A primeira derivação dogmática propositiva sobre a distinção entre regras e princípios, nesse sentido, adveio dessa noção de generalidade dos princípios.

Tal acepção é tratada por Ruy Samuel Espíndola<sup>111</sup>, o qual explica que:

A primeira acentuação distintiva entre princípios e regras, de valor teórico reconhecido, proposta por Boulanger, atentou para o predicado de generalidades dessas duas espécies de normas: "...a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio". Ele demonstrou: "...que a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos". Isso não obstante, ela é especial na medida em que regula *senão tais atos ou tais fatos*: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicação*.

---

<sup>111</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

Nessa linha de pensamento, como consequência lógica da imperatividade dos princípios, os conflitos entre dois ou mais princípios no estudo de determinados casos começaram a surgir.

Entretanto, em ocorrendo tais conflitos, a divergência passou a ser solucionada de maneira absolutamente distinta daquela dada ao conflito entre regras.

Portanto, por tal derivação, e nesse sentido deixando claro a diferença essencial entre as regras jurídicas e os princípios, em havendo divergência entre as regras, esta ocorre no âmbito da validade, fazendo com que uma delas receba a chamada ‘cláusula de exceção’, ou mesmo, é declarada inválida. Tal solução, nesse âmbito, é a necessária para eliminar o conflito.

Assim, explica Luis Roberto Barroso<sup>112</sup> que:

*Regras* são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de terminadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se a conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.

Já no conflito entre princípios, haverá uma flexibilização, devendo um deles ceder em relação ao outro, somente na solução do caso em que se der o confronto.

No que diz respeito aos princípios, o embate se dá no âmbito do peso.

Portanto, explica Luis Roberto Barroso<sup>113</sup> que:

*Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante *ponderação*: à vista do concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Assim, a diferença entre os princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica.

---

<sup>112</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 353.

<sup>113</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Ibid.*, pp. 353 e 354.

Desse modo, no caso concreto a regra aplica-se por ser válida ou não é aplicada, por não ser válida; a partir de uma regra do “tudo-ou-nada”. Portanto, “no sentido de que, se a hipótese de incidência da regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida”<sup>114</sup>.

Tal acepção é explicada por Ronald Dworkin<sup>115</sup> da seguinte forma:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece de ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Já os princípios não seguem essa lógica, não apresentando consequências jurídicas, de forma automática, quando as condições são dadas.

Assim, os princípios apresentam uma dimensão que as regras jurídicas não possuem. Trata-se da dimensão de peso ou de importância; “demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade”<sup>116</sup>.

Assim, Ronald Dworkin<sup>117</sup> explica que:

Quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade do contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes (a regra de beisebol segundo a qual o bateador que não conseguir rebater a bola três vezes é eliminado é mais importante do que a regra segundo a qual os corredores podem avançar uma base quando o arremessador comete uma falta, pois a modificação da primeira regra alteraria mais o jogo do que a modificação da segunda).

De outra parte, Robert Alexy, além de caracterizar os princípios como normas jurídicas “por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”<sup>118</sup>; pondera que a diferença entre as

---

<sup>114</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 36.

<sup>115</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>116</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 37.

<sup>117</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 42 e 43.

<sup>118</sup> ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 37.

regras e os princípios situa-se na noção de que as regras proporcionam o critério das ações, dizendo o que se deve ou não fazer em situações específicas, mas abstratas.

Por seu turno, os princípios proporcionam critérios para o posicionamento diante de uma situação concreta. Desse modo, aos princípios só se pode dar um sentido operativo, quando aplicado a um caso concreto.

Assim, enquanto duas regras não podem existir juntas, quando são contraditórias; dois princípios, por vicejarem no campo conflitual, em sendo contraditórios, podem coexistir, sem invalidarem-se.

Nesse sentido, Robert Alexy aponta que, enquanto o conflito de regras só admite a declaração de invalidez de uma das regras, ou a inclusão de uma cláusula de exceção que elimina o conflito; a colisão de princípios, por sua vez, não traz consigo uma invalidação de um dos dois princípios, nem a inclusão de uma cláusula de exceção.

Assim, explica que no caso dos princípios, o conflito se resolve pela sua ponderação, considerando-se, no caso concreto, qual princípio deve ser atribuído maior peso.

Desse modo, na concepção de Robert Alexy, regras não podem conviver se contraditórias, visto que uma delas deverá prevalecer. De outra parte, quanto aos princípios contraditórios, os mesmos podem conviver e serão ponderados no caso concreto, sem poder-se saber de antemão qual princípio prevalecerá.

Nesse sentido, Robert Alexy<sup>119</sup> explica que:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida [...]. As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.

Desse modo, o conflito entre regras ocorre no plano da validade, já que nesse caso, ou as mesmas são cumpridas ou não cumpridas. Por sua vez, quando o conflito se dá entre os princípios, esse ocorrerá no plano da aplicabilidade, visto que os mesmos são considerados “*mandados de otimização*”, cuja principal característica está no fato de poderem ser cumpridos

---

<sup>119</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, pp. 92 e 93.

em diferentes graus e da medida devida de seu cumprimento não depender exclusivamente das possibilidades materiais, mas também das possibilidades jurídicas<sup>120 121</sup>.

Assim, o signo do fenômeno jurídico em nossos dias, reside no reconhecimento da normatividade dos princípios; de modo a se ter claro que esse reconhecimento de normatividade dado aos princípios e a distinção qualitativa em relação às regras é uma marca do pós-positivismo.

Portando, podemos afirmar que o ponto de vista daqueles que vêem o Direito como um sistema puramente de regras não é o bastante para explicar todas as dimensões do fenômeno normativo.

Os princípios constitucionais traduzem os direitos do homem e os grandes princípios de justiça. Eles impõem ao legislador, aos magistrados, à administração pública e aos particulares, a aplicação do Direito de acordo com os valores por eles espelhados, pois são normas consagradoras de determinados valores ou apontam objetivos públicos que devem ser atingidos através do emprego de meios distintos.

Assim, sendo os princípios normas fundamentais do sistema jurídico e, como tais, o norte do qual o intérprete não pode se afastar. Eles estão proclamados na própria norma – como é o caso dos princípios constitucionais-administrativos insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal - ou então são extraídos do conjunto das normas vigentes em determinado ordenamento.

O sistema normativo, portanto, em sua acepção atual, apresenta-se com uma conformação dinâmica; absorvendo as influências sociais e respondendo a elas; por meio de uma simbiose entre fato e norma.

A partir desse paradigma que se evidencia a função dos princípios, como instrumentos de atualização do sistema normativo, na medida em que o seu caráter vago e impreciso funciona como porta de entrada dos valores da sociedade, atualizando todo o sistema.

Tal acepção é pontuada por Thiago Rodrigues de Pontes Bomfim<sup>122</sup>, que ao se referir à Constituição, discorre sobre o caráter norteador e informador a que os princípios se prestam. Assim, explica que:

---

<sup>120</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182.

<sup>121</sup> No entanto, Humberto Ávila pondera que no caso das regras se outras razões forem superiores à própria razão para cumprir a regra; essas constituem-se em razão para o seu não cumprimento. Tal situação se dá em relação à regra, no plano concreto, sem afastar-lhe, inobstante a validade. Seja, a uma, por sopesamento. Seja, a duas, por uma exceção à regra, essa prevista no próprio ordenamento. Portanto, conclui, o autor que tanto nas regras, quanto nos princípios “há sopesamento de razões e contra-razões” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 53, 54, 55 e 56).

A distinção feita, em momento oportuno, entre regras e princípios, é de fundamental importância para que se demonstre o papel dos princípios na atualização da Constituição. Isto porque, é exatamente a partir da definição do conteúdo e da função dos princípios como pólos norteadores e informadores de todo o Texto Constitucional e como veiculadores dos valores e das diretrizes fundamentais deste último, bem como da aceção dos princípios como normas dotadas de um alto grau de generalidade e abstratividade, que se faz possível demonstrar a função da atividade interpretativa como forma de atualização da Constituição. Isso porque é nessas “zonas moles”, abstratas e genéricas, que o intérprete tem sua competências alargada, na exata medida em que essas normas possuidoras de um alto grau de vaguidade e imprecisão possibilitam sua flexibilização em face das novas realidades históricas e sociais. É dizer: elas possuem uma maior maleabilidade e adaptabilidade frente às novas situações.

Portanto, a máxima que estabelece que violar um princípio possui um maior gravame que violação de uma norma, a partir dessas ponderações, ganha um significado mais definido; na medida em que a desatenção a um princípio implica em ofensa a todo o sistema normativo, e não tão somente a um específico comando<sup>123</sup>. Conclusão essa haurida, também, da diferença entre essas duas normas, na medida em que as regras possuem uma aplicação mais restrita às situações jurídicas por elas preconizadas; e os princípios, com alta carga emotiva e elevada abstração, consagram os valores expectativas sociais galvanizadas pelo Direito.

Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg<sup>124</sup> explica que:

Com efeito, sendo os princípios manifestação primeira dos valores constitucionais, é certo que estão carregados de sentimentos e emoções. Ignorá-lo seria desconsiderar a importância simbólica da constituição e seu significado histórico enquanto projeção de expectativas da comunidade. Vai daí que é impossível uma compreensão exclusivamente intelectual dos princípios: eles também são “sentido” (experimentados no plano dos afetos).

Portanto, os princípios jurídicos se apresentam como normas jurídicas de conformação aberta.

Funcionam como mandados de otimização, operando no caso concreto, segundo as condições normativas ou fáticas.

---

<sup>122</sup> BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. Os Princípios Constitucionais e sua Força Normativa. Salvador: Juspodivm, 2008, pp. 100 e 101.

<sup>123</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 53.

<sup>124</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. 2ª tir. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

Prestam-se a fundamentar o ordenamento jurídico, vicejando no campo conflitual, a partir da regra da ponderação, no que tange a sua aplicabilidade, segundo uma dimensão de peso.

Carreiam em seu bojo, valores compartilhados sociamente que lastreiam o mínimo ético necessário a qualificar o Direito como justo.

Por tal razão, portanto, ao abarcarem os valores fundamentais do ordenamento jurídico, a violação de um princípio representa ofensa de maior envergadura ao Direito. Do mesmo modo, a não consideração, na elucidação de uma norma, de um valor subjacente, veiculado por um princípio, não será pecado de menor monta.

Assim, a axiologia imanente aos princípios voltada à deontologia do Direito, em sua fundamentalidade, torna em continuidade a esse exercício elucubrativo, a ponderar quais os valores fundamentais que são aptos a lastrear o direito à seguridade social.

#### **1.4. Do princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Pelas ponderações até aqui apresentadas, tem-se que o Sistema Normativo corresponde a um sistema aberto de princípios e regras.

Assim, no sistema normativo, enquanto as regras proporcionam segurança jurídica; os princípios, por seu turno, ambicionam alcançar a justiça.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso<sup>125</sup> explica que:

O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para a interpretação de aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto.

Assim, quanto ao conteúdo, como referido, os princípios e as regras apresentam uma diferença fundamental, qual seja, as regras limitam-se a traçar uma conduta. Por sua vez, os princípios prestam-se a identificar os valores a serem preservados ou os fins a serem alcançados pela Sociedade. Apresentam, portanto, conteúdo axiológico<sup>126</sup>.

E nesse sentido, ainda, evidencia-se, como também referido, que os princípios se apresentam como normas imediatamente finalísticas<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 354.

<sup>126</sup> BARROSO, *Ibid.*, 2010, p. 355.

<sup>127</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 79.

Portanto, os princípios estabelecem fins a serem atingidos pela Sociedade, pressupondo em certos momentos, a ação do Estado.

Nesse sentido, Humberto Ávila<sup>128</sup> explica que:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação ente o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Assim, depreende-se que no Direito, podendo ser estabelecido como um sistema normativo, necessariamente verifica-se a presença, em seu repertório, das normas jurídicas, enquanto regras e princípios. Do mesmo modo, quanto a Constituição, é possível conceber-se a sua estrutura sob a mesma acepção.

Assim, como explica Dirley da Cunha<sup>129</sup>:

Numa perspectiva jurídica, compreende-se a Constituição como um conjunto de normas jurídicas suficientemente aptas para regular todos os fenômenos da vida político e social. Mas a Constituição não é um conjunto *fechado* de normas, nem as suas normas revelam-se apenas sob a forma de *regras*. [...] Assim, uma Constituição só pode ser compreendida como um *sistema jurídico aberto de regras e princípios*. [...] Isto significa afirmar que uma Constituição é composta por regras e princípios de diferentes graus de densidade normativa (concretização), articulados de maneira tal que, juntos, formam uma unidade material (unidade da Constituição).

Dentro desse enunciado, a Constituição brasileira de 1988, figurando no ápice do sistema normativo, em sua abordagem, sofreu o esgotamento da perspectiva teórica axiomática; e vicejou na ascensão da aplicação axiológica, propugnada pelo neoconstitucionalismo pós-positivista, espelhada no propósito dar plena efetividade às suas normas, e notadamente, aos direitos fundamentais.

Portanto, ao evocar-se a Constituição Federal, como diploma fundamental da ordem normativa de um Estado que é; a mesma apresenta seus objetivos, os quais se revelam como os valores fundamentais daquela Sociedade.

Desse modo, a necessidade de concretização desses valores, exige a conformação principiológica dessa Constituição, a partir da qual, ter-se-á uma abertura conceitual que se

---

<sup>128</sup> ÁVILA, Humberto. *Ibid.*, pp. 78 e 79.

<sup>129</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, pp. 143 e 144.

preste a disciplinar as mudanças sociais cambiantes, em direção princípios fundantes daquele diploma.

Nesse sentido, explica Carlos Maximiliano<sup>130</sup>:

Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, com é, a longevidade excepcional.

Portanto, verifica-se que a Constituição Federal, a iniciar e fundar o catálogo de princípios e valores de uma Constituição apresenta-se, em primeiro plano, o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>131</sup>.

Tal princípio, na concepção de Jediael Galvão Miranda, constitui-se em princípio matriz, suporte moral dos direitos, como fundamento constitucional de maior envergadura; diretriz de todos os demais princípios constitucionais, considerando ser inerente à pessoa humana, com fundamento em valor moral que antecede à organização social e tem como destinatário o próprio homem.<sup>132</sup>

A abertura conceitual do termo dignidade da pessoa humana é imensa e o seu processo de construção conceitual ainda não está finalizado.

Assim, a título de advertência, há que se ponderar, como assevera Fábio Konder Comparato<sup>133</sup>, ao se buscar elucidar juridicamente a densidade axiológica que permeia a dignidade, que:

Seja como for, se a pessoa – e não todo e qualquer indivíduo, como queria Protágoras – é fonte e medida de todos os valores; ou seja, se o próprio homem, e não a divindade ou a natureza de um modo geral, é o fundamento do universo ético, a História nos ensina que o reconhecimento dessa verdade só foi alcançado progressivamente, e que a sua tradução em termos jurídicos jamais será concluída, pois ela não é senão o reflexo do estado de “permanente inacabamento” do ser humano, de que falou Heidegger.

---

<sup>130</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 304.

<sup>131</sup> Ainda, ao longo de seu texto, faz referência expressa a tal princípio. Assim, por exemplo, em seu Art. 5º, inciso III, ao dispor que: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

<sup>132</sup> MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da Seguridade Social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 24.

<sup>133</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37.

A percepção da dignidade da pessoa humana, abeberando-se da doutrina Cristã, deu-se a partir do momento em que se agregou ao conceito de pessoa, a noção de valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, conseqüentemente, é titular de direitos.

A proclamação do valor distinto da pessoa humana tem como conseqüência a agregação de direitos fundamentais em cada pessoa humana, imprimindo-lhe um traço distintivo do Estado.

Dentro de uma acepção filosófica, a origem da dignidade pode ser vislumbrada, a par de registros anteriores, na doutrina cristã, a partir das sagradas escrituras.

Nesse sentido, Lafayette Pozzoli e Otávio Augusto Custódio de Lima<sup>134</sup> explicam que:

O cristianismo retoma o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois todos foram chamados para a salvação. Neste chamamento *não há distinção entre judeu e grego, pois, já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus*. Nesse sentido, o ensinamento cristão é tido como um dos elementos formadores da mentalidade que tornou o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Por seu turno, dentro da Escolástica, Santo Tomás de Aquino elucida que a dignidade da pessoa humana advém da semelhança do homem com Deus, e porquanto, justifica-se na sua conseqüente razão, que lhe possibilita agir com autonomia.

Nesse sentido, Eduardo C. Bittar e Guilherme Assis de Almeida<sup>135</sup> ao tratar sobre a doutrina filosófica de Santo Tomás de Aquino, explicam que:

O homem (animal racional) vale-se de sua razão em sua vida prática, seja para realizar tarefas, seja para encontrar soluções, seja para sobreviver, seja para desenvolver técnicas, seja para defender-se... [...] Deus não determinou o homem como escravo de um destino absoluto, o que oprimiria sua liberdade de ser, de decidir e de agir; ao contrário, na teoria tomista, Deus lançou no homem, como motor universal que é (Motor Imóvel), a vontade para que siga no sentido do Bem (o próprio Deus), podendo escolher livremente os meios para a realização deste Bem.

Posteriormente a essa noção humanista derivada da doutrina Cristã, o pensamento filosófico, na pessoa de Emmanuel Kant, passou a defender a idéia de que o homem é um fim

<sup>134</sup> POZZOLI, Lafayette; LIMA, Otávio Augusto Custódio. Direito Previdenciário. São Paulo: Primeira Impressão Editora & Distribuidora Ltda, 2009, p. 15.

<sup>135</sup> BITTAR, Eduardo C. B. ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. Curso de Filosofia do Direito. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 233.

em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo. Por tal razão, é dotado de dignidade, possuindo a qualidade de ser pessoa.

Nesse sentido, Emmanuel Kant se expressa da seguinte forma: "o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade"<sup>136</sup>.

Assim, a consideração à dignidade evoca não somente o tratamento adequado que deve ser dispensado ao ser humano, visto não poder ser tratado como coisa. Mas, a ponderação de que o ser humano é um fim em si mesmo se imiscui de sua vontade racional, escoimada na noção de que só a pessoa humana "vivem em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita"<sup>137</sup>.

Portanto, a dignidade é vinculada a um fundamento valorativo, que justifica e antecede a construção de qualquer tecitura normativa inerente aos direitos humanos.

Assim, "a dignidade humana é hoje um axioma jusfilosófico e, além disso, no nosso sistema, um comando jurídico dotado de superioridade hierárquica"<sup>138</sup>.

Desse modo, Kant promoverá a conceituação de dignidade fundada em uma acepção exclusivamente filosófica, a partir da autonomia moral do indivíduo.

Nesse sentido, J. B. Schneewind explica que:

Kant encaixa sua concepção de autonomia em uma psicologia metafísica que vai além de qualquer coisa em Hume ou Rousseau. A autonomia kantiana pressupõe que somos agentes racionais cuja liberdade transcendental nos tira do domínio da causalidade natural. Ela pertence a todo indivíduo, no estado de natureza e também na sociedade. Por meio dela, cada pessoa tem uma bússola que permite "à razão humana comum" dizer o que é consistente e o que é inconsistente com o dever. Nossas habilidades morais tornam-se conhecidas de cada um de nós devido ao fato da razão, à nossa consciência de uma obrigação categórica que podemos respeitar em contraposição ao atrativo do desejo. Como elas estão ancoradas em nossa liberdade transcendental não podemos perdê-las, não importa o quão corruptos nos tornemos.

Tal acepção, defendida por Kant, adensada por outras concepções filosóficas, como a idéia de reciprocidade, a partir do pensamento de Hegel<sup>139</sup>, é incorporada pela dogmática jurídica, fundamentando o conceito de dignidade da pessoa humana.

<sup>136</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1993, p. 68.

<sup>137</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

<sup>138</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29.

Nesse pormenor, evidenciado essa junção de horizontes, filosófico e jurídico, Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>140</sup> explica que:

Apenas em Kant, no iluminismo alemão, veremos a dessacralização da idéia de dignidade humana. A partir da defesa da autonomia moral do indivíduo, o filósofo alemão afirmará que o homem deve ser levado a sério, sendo sempre o fim maior das relações humanas e nunca um mero meio. Influenciados por Kant, a grande maioria dos teóricos do direito constitucional irão identificar a noção de que a dignidade representa o reconhecimento da singularidade e da individualidade de uma determinada pessoa; razão pela qual ela se mostra insubstituível e igualmente importante para a ordem jurídica.

A partir de um viés jurídico, a dignidade da pessoa humana é revisitada a partir dos vários documentos internacionais, em um primeiro momento, surgidos no final do século XVIII, e posteriormente, na primeira metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial.

E nesse pormenor, evidenciando a umbilical conexão da dignidade da pessoa humana, com os direitos fundamentais, e desses, com a política, depreende-se, a partir da doutrina de Jorge Miranda<sup>141</sup>, que:

Não é por acaso que isso sucede: não apenas porque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 à Declaração Universal dos Direitos do Homem se desenvolve o percurso decisivo na aquisição jurídica dos direitos fundamentais mas também porque a expressão traduz a ideia de direitos do homem, só por ser homem, e direitos que, por isso mesmo, são comuns a todos os homens.

Assim, cada homem é um fim em si mesmo. E dessa forma, considerando o teor do texto constitucional, no sentido de atribuir à dignidade da pessoa humana fundamento da República Federativa do Brasil, como se pode verificar do artigo 1º, inciso III, conclui-se, por decorrência, que o Estado existe em função de todas as pessoas e não o contrário.

Identificada como signo distintivo do homem, constitui-se em identidade humana a diferenciá-los das demais espécies constitutiva do gênero animal.

Tal aceção é apontada por Pietro de Jesús Lora Alarcón<sup>142</sup>, o qual explica que:

Observe-se que, nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é muito clara no artigo 5º, III, “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento

<sup>139</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 296 e 297.

<sup>140</sup> FERNANDES, *Ibid.*, p. 296.

<sup>141</sup> MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais - Introdução Geral. Lisboa: Apontamentos das aulas, 1999, p. 28.

<sup>142</sup> ALÁRCÓN, Pietro de Jesús Lora. Ciência Política, Estado e Direito Público. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 270.

desumano ou degradante”. De maneira que se o ser humano não é resguardado na sua dignidade, o levamos ao plano da animalidade. E por isso a dignidade é uma valoração que se torna factível na medida em que não seja alvo do exercício de disposição dos demais seres humanos. De fato, as precariedades econômicas originadas por sistemas que reproduzem as desigualdades e as consideram naturais ou quase-naturais, as crueldades de toda índole e a exploração humana ferem a dignidade, porque impossibilitam a demonstração das potencialidades do ser o reduzindo a coisa, bem adquirível, vendível, negociável.

Frise-se, portanto, que toda e qualquer ação do Ente Estatal deve ser avaliada, como inconstitucional, caso viole a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a garantia da dignidade da pessoa humana constitui-se em um padrão mínimo que garante sua existência no *locus* estatal. Constitui-se no chamado “mínimo existencial”.

Ao revés, ausente a proteção da existência humana digna, o Estado se mostra despido de sua utilidade maior.

Portanto, como explica Rafael José Nadim de Lazari<sup>143</sup>:

Numa conceituação simplória e de reducionismo apriorístico proposital, pelo “mínimo” entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada.

Dessa maneira, ante o princípio da dignidade da pessoa humana, a interpretação dos demais preceitos constitucionais e legais há de se fazer, necessariamente, sob o enfoque daquelas normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais, sob pena de serem acoimadas de inconstitucionais.

Portanto, valendo-se da expressão “mínimo vital”, cunhada pelo professor Celso Pacheco Fiorillo<sup>144</sup>; ainda que adstrita em seu sentido imediato, à seara ambiental, análoga a já referida expressão “mínimo existencial”; ambas propugnam, em síntese, que sem se levar em consideração esse mínimo, não há como se falar em dignidade da pessoa humana.

Seguindo, portanto, a partir de um esforço conceitual, tem-se que, em uma primeira noção, como paradigma informativo, a acepção que se pretende abordar de dignidade da pessoa humana, em que pese apresentar um fundamento filosófico, como que a viabilizar uma maior densificação jurídica, deve ser colocada em uma perspectiva mais ampla possível, de

---

<sup>143</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. Reservado Possível e Mínimo Existencial. Curitiba: Juruá, 2012, p. 92.

<sup>144</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, *passim*.

forma a buscar sua essência em um espectro de direitos abrangente a todos os aspectos da personalidade humana.

Nesse desiderato, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>145</sup> ensina que:

Nesse contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. Há que se reconhecer, portanto, que também o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana (a exemplo de inúmeros outros preceitos de contornos vagos e abertos) carece de uma delimitação pela práxis constitucional, tarefa que incumbe a todos os órgãos estatais.

Tal aceção vai derivar, portanto, na conclusão de que a afirmação dos direitos fundamentais que se verifica na atual quadra do desenvolvimento humano, em grande parte do globo terrestre, faz-se a partir da consideração da dignidade da pessoa humana como vetor primordial a imantar a concepção do fenômeno normativo.

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, integra toda a lógica dos direitos fundamentais; sendo que cada direito fundamental, em maior ou menor grau, objetiva a proteção da dignidade humana.

Tal noção está ligada à concretização do bem-estar social. Que, por sua vez, nas palavras de Marisa Ferreira dos Santos<sup>146</sup>, é conceituada do seguinte modo:

Bem-Estar social é conceito ligado à erradicação da pobreza e da marginalização. Garante ao indivíduo o direito a um padrão mínimo de vida capaz de assegurar, a si e a sua família, saúde, alimentação, vestuário; proteção em casos de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Ainda, sendo a dignidade da pessoa humana o núcleo principiológico da Constituição Federal, proceder de modo contrário, é violar todo o sistema jurídico constitucional.

Portanto, fica clara a noção fundante que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce sobre o Direito.

---

<sup>145</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, pp. 117 e 118.

<sup>146</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social. São Paulo: Editora Ltr, 2004, p. 209.

Considere-se, portanto, que tal acepção fundamental transcende a sua mera positivação; visto que a importância de sua presença reside na forma como se adensa ao conteúdo normatizado, dando significação própria ao sistema normativo.

Tal ponderação é apontada por Rafael José Nadim de Lazari<sup>147</sup>, que pontua:

A importância da dignidade como “princípio fundamental” (ou como subprincípio), pois, reside na maneira como ela se acopla às outras regras, princípios e valores integrantes de todo o ordenamento jurídico, e na forma como se deve acoplar os argumentos regrativos, principiológico e valorativos para derrubá-la num caso concreto. Logo, a força da dignidade não está a sua positivação (afinal, a força de todas as normas é a mesma, isto é, sem qualquer hierarquia), mas no modo como se a usa para interpretar o direito. Daí sua importância ímpar: funcionar como denominador comum de toda espécie normativa.

Dessa forma, a efetivação dos direitos fundamentais de prestação depende de um padrão uniformizado de atuação dos poderes estatais. A inércia do Poder Público ou a adoção de medidas parciais, não lograrão êxito em atingir o desiderato constitucional, quanto ao fornecimento de prestações de caráter universal.

Assim, o mínimo existencial deve ser garantido a todo cidadão não de forma individualizada, mas sim como objeto de políticas públicas definidas e condizentes com a noção de Estado Democrático de Direito, independentemente de condicionamentos financeiros, sob pena de ineficácia absoluta dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais.

Nesse sentido, Rafael José Nadim de Lazari<sup>148</sup> explica que:

Apesar da ausência de previsão constitucional específica do Mínimo Existencial nas Leis Fundamentais de Brasil (LEAL, 2010, p. 22) e Alemanha, neste país encravado no coração da América do Sul se entende que este instituto pode ser extraído, numa análise conglobada da doutrina, do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do princípio da igualdade substancial, e, sobretudo, do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF), o que faz com que o “mínimo” sirva, não apenas para assegurar direitos sociais, mas para garantir tanto que as “tragic choices” de Calabresi e Bobbit não sejam feitas ao livre arbítrio do implementador de direitos, bem como que o orçamento estatal o observe, sempre.

Nesse passo, a acepção da dignidade é necessariamente uma acepção aberta que transcende tão somente um significado filosófico ou tão somente jurídico.

---

<sup>147</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. Reserva do Possível e Mínimo Existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012, p.41.

<sup>148</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. Reservado Possível e Mínimo Existencial. Curitiba: Juruá, 2012, p. 92.

Abarca, ademais, um conceito totalizante, que se compõe de um viés axiológico, em sua ontologia e jurídico, em sua fenomenologia.

Tal evidência é apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>149</sup>, o qual, ao apontar para tecitura aberta inerente à dignidade, ensina que:

Nesse contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. Há que se reconhecer, portanto, que também o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana (a exemplo de inúmeros outros preceitos de contornos vagos e abertos) carece de uma delimitação pela práxis constitucional, tarefa que incumbe a todos os órgãos estatais.

Portanto, somente a partir de sua percepção, fora crível a construção de todo um arcabouço normativo justificado por sua acepção filosófica, a partir da doutrina de Kant.

Nesse sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>150</sup> explica que:

Partindo das noções afirmadas pela teoria constitucional majoritária – ainda que pesem as críticas feitas, bem como as incoerências internas a essa teoria – com fortes heranças germânicas e bases axiológicas, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CR/88) é erigida à condição de meta-princípio (sic). Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesmo, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.

E mais, dentro de tecitura, a ontologia ligada à dignidade da pessoa humana transita na preocupação com os direitos individuais do homem, assim como, o exercício democrático do poder, a partir da consagração da regra majoritária, como instrumento apto a realizar a igualdade material do homem, no âmbito da deliberação política<sup>151</sup>.

Nesse sentido, a doutrina de André Ramos Tavares<sup>152</sup> evidencia que:

Dessa forma, a dignidade do Homem não abarcaria tão-somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse

---

<sup>149</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora SARLET, 2007, pp. 117 e 118.

<sup>150</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 298.

<sup>151</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 124.

<sup>152</sup> TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 557.

fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, com as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios.

E nessa toada, ainda, a dignidade da pessoa humana, a estabelecer como essência fundante o imperativo kantiano, segundo o qual, o homem é um fim em si mesmo; tencionou a seu favor não somente o Direito, mas o Estado, o qual passou de *dominus* a servo.

E nesse ponto, deita raízes, inclusive, na função do Direito enquanto garantidor de segurança jurídica, em prol do exercício das liberdades individuais, sem interferências de qualquer ordem.

Ainda nesse passo, no intuito de se enunciar tal acepção, a doutrina de André Ramos Tavares<sup>153</sup> explica que:

Dessa forma, a dignidade do Homem não abarcaria tão-somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, com as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios.

De outra parte, demonstrando a amplitude de significação do conceito de dignidade da pessoa humana; essa abarcaria um plexo de ações voltadas à construção de uma rede de proteção a esse limiar existencial do ser humano, consistente em políticas públicas prestadas à garantia de sua integridade múltipla.

Assim, Ana Paula de Barcellos<sup>154</sup>, em uma abordagem voltada a tal desiderato, defende a necessidade do Estado, em primeiro lugar, ofertar um mínimo social existencial, objetivando a garantia, a todas as pessoas, de uma existência digna.

Portanto, segundo o seu entendimento, faz-se necessário o atendimento a um núcleo com um conteúdo básico.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos<sup>155</sup> assevera que:

---

<sup>153</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 557.

<sup>154</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 304.

<sup>155</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Ibid.*, p. 304.

Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto de um mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade.

Por conta dessa concepção, Ana Paula de Barcellos<sup>156</sup> inclui como integrantes desse “conteúdo básico”, os seguintes direitos: educação fundamental, saúde básica, assistência no caso de necessidade e o acesso à Justiça.

Por seu turno, o art. 5º, § 1º da Constituição Federal<sup>157</sup>, revela, em sua normatividade, uma imposição aos Poderes Públicos de alicerçar a eficácia máxima e imediata aos direitos fundamentais.

Tal postulado busca apregoar a força dirigente da Constituição e o caráter vinculante dos direitos e garantias fundamentais, irradiados aos Estados e reciprocamente a todos os cidadãos (considerados em uma acepção ampla).

Não é sem razão que Konrad Hesse<sup>158</sup> aponta que:

Garças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental, nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

Portanto, a partir dessa pretensão de eficácia da Constituição, é que se sustenta o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Tal constatação é apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>159</sup>, nos seguintes termos:

Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5. § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.

---

<sup>156</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Ibid.*, p. 305.

<sup>157</sup> Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.12).

<sup>158</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 15.

<sup>159</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora SARLET, 2007, pp. 388 e 389.

Desse modo, é necessário conceber uma faixa de limitação, a partir da qual o Estado deixa de cumprir com o seu papel de proteção à dignidade da pessoa humana, evidenciando até que ponto, podem, os entes públicos, deixar de efetivar a concreção das normas constitucionais que disciplinam os direitos adstritos à celebração da dignidade da pessoa humana, sem que haja a traição ao projeto constitucional fundado na base axiológica da Constituição.

E nesse sentido, Guilherme Amorim Campos da Silva<sup>160</sup> é enfático, ao explicar que:

No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, a realização dos direitos humanos e dos direitos sociais constitui-se em condição legitimadora de qualquer ordem jurídica estabelecida. [...] A função dos sistemas de direito, na realidade contemporânea, deve ser orientada instrumentalmente para a tradução de princípios e previsões normativas em ações públicas e judiciais vertidas para sua realização. Caracterizando uma concepção antropocêntrica das Constituições modernas e contemporâneas, Häberle identifica nova estrutura de funções e competências estatais, que se encontram a serviço do ser humano.

Portanto, a consideração da dignidade da pessoa humana representa a salvaguarda de “algo que *eleva, realiza, que qualifica*, e que, portanto, sobre-passa os meros fatos”<sup>161</sup>. Trata-se de um cânone mediante o qual se ensina que o ser humano é merecedor de “um tratamento *devido, adequado*, e não de *qualquer tratamento*”<sup>162</sup>.

Ao Estado, por seu turno, como justificção de sua existência, ao confrontar-se com princípio em comento, cabe-lhe atuar em seu resguardo, instrumentalizando o normatizado na Constituição Federal, por meio de políticas públicas condizentes.

Ao revés, a malversação do princípio da dignidade da pessoa humana, retira o caráter humano do homem. E, ao despi-lo dessa condição, o homem retorna a sua animalidade.

Assim, conclui-se que a acepção filosófica da dignidade está adstrita a uma universalização de um conjunto de valores que representam a salvaguarda do homem, em si mesmo, plasmados em conjunto de direitos que se usa chamar de direitos fundamentais, do homem e humanos.

No entanto, a significação da dignidade da pessoa humana em seu desiderato de celebração da vida humana valorada, ainda ficaria aquém do sentido proposto nesse trabalho, se não fosse conjugada com a fraternidade.

---

<sup>160</sup> SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 39.

<sup>161</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência Política, Estado e Direito Público*. São Paulo: Editora Verbatim, 201, p. 269.

<sup>162</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ibid.*, p. 269.

Desse modo, a densificação do princípio da dignidade perpassa pela evocação e significação do princípio da fraternidade.

## 1.5 Do Princípio da Fraternidade

Como referido, os princípios jurídicos estabelecem fins a serem atingidos; tendo importante função harmonizadora de todos os dispositivos constituintes de um sistema jurídico.

São considerados como espécies do gênero *normas jurídicas*; e, portanto, apresentam caráter normativo.

De outra parte, como também mencionado, a Constituição Federal apresenta-se como diploma fundamental da ordem normativa de um Estado. Assim, a mesma apresenta seus objetivos, os quais se revelam como os valores fundamentais daquela Sociedade.

Tal situação singularizada faz com que a mesma se enquadre em categorias doutrinárias próprias, “identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional”<sup>163</sup>.

Tal acepção é apresentada por Ana Paula de Barcellos<sup>164</sup>, que em sua doutrina ensina que:

O Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem estar do homem e não fins em si mesmos ou meio para outros fins. Este é, bem entendido, o valor fundamental escolhido pelo constituinte originário, o cento do sistema, a decisão política básica do Estado brasileiro.

Com relação especificamente aos princípios constitucionais, importante levar em consideração sua importância, ligada à proeminência desses mandamentos dirigidos ao intérprete.

Assim, os “princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta”<sup>165</sup>. Por seu turno, os “princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão

---

<sup>163</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 371.

<sup>164</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29.

<sup>165</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 371.

determinar sua estrutura essencial”<sup>166</sup>; incluindo-se também, nessa conceituação, “os objetivos indicados pela Constituição como fundamentais à República”<sup>167</sup>.

Desse modo, na República Federativa do Brasil, pode ser apontado o teor normativo do preceituado no artigo 3º da Constituição Federal, o qual fixa os objetivos fundamentais dessa Nação.

Nesse sentido, a referência à fraternidade provém de seu inciso I, ao determinar, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

De outra parte, de forma mais explícita, a Constituição Federal faz menção ao princípio da fraternidade, em preâmbulo<sup>168</sup>, quando textualmente contextualiza a ambiência dos direitos fundamentais em uma sociedade fraterna.

Portanto, ante tais argumentos, afigura-se claro que o princípio da fraternidade tem assento constitucional. E mais, que o conceito de justiça tecido na Constituição Federal dever necessariamente passar, para sua significação por uma abordagem fraterna do Direito.

A questão primordial, portanto, reside nesse sentido, em se saber a significação de fraternidade, e nesse momento, dentro desse viés principiológico; ou seja, valorativo.

Assim, em uma primeira abordagem, quanto à semântica da palavra fraternidade, tem-se que a mesma tem origem no vocábulo latino *frater*, que significa *irmão*, e no seu derivado *fraternitas*, *fraternitatis* e *fraternitate*. Trata-se de um substantivo feminino, que apresenta três significados; quais sejam: (a) parentesco de irmãos; irmandade; (b) amor ao próximo, fraternização; e, (c) união ou convivência de irmãos, harmonia, paz, concórdia, fraternização. Por sua vez, o verbo *fraternizar*, de sua parte, provém da união entre fraterno + *izar*, e apresenta quatro significados, quais sejam: (a) v.t.d. unir com amizade íntima, estreita, fraterna; (b) v.t.i., v.int. unir-se estreitamente, como entre irmãos; (c) aliar-se, unir-se; e, (d) fazer causa comum, comungar nas mesmas idéias, harmonizar-se<sup>169</sup>.

Portanto, tem-se que numa primeira acepção, a fraternidade poderá ser localizada no pensamento cristão. Sua base conceitual, portanto, é voltada ao pensamento cristão.

<sup>166</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Ibid.*, p. 376.

<sup>167</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Ibid.*, p. 376.

<sup>168</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>169</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraterno na sociedade cosmopolita*. In: RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

Assim, pela doutrina de Cristo fora estabelecido o parâmetro da igualdade entre as pessoas humanas, visto serem todos, filhos de Deus, conforme prega sua teleologia.

Nesse sentido, São Paulo<sup>170</sup>, exorta a todos que “já não há nem judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher”.

Ainda nesse sentido, France Farago<sup>171</sup> explica que: “É a experiência da contra-intencionalidade que é fundamental, isto é, a experiência do encontro do Outro e, através dele, a experiência do que leva a Deus”.

A sua evolução no pensamento filosófico, sedimentando os valores fraternos na evolução do pensamento humanista, vicejou na seara jurídica.

Assim, na aurora do século vinte, valores adstritos a tal axiologia passam a ser verificados em vários diplomas normativos.

Portanto, quando evoca-se o conceito de dignidade da pessoa humana, a dimensão coletiva ou social avulta, a preconizar que todos são iguais em dignidade e como tais convivem em sociedade.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>172</sup> ensina que:

Nesse contexto, assume relevo a lição de Pérez Luño, que, arrimado na doutrina de W. Maihofer, sustenta uma dimensão intersubjetivada dignidade, partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), ao invés de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual.

De nossa parte, como referido no texto constitucional, portanto, ao se evidenciar o papel da ideologia estatal, como norte a volver os olhares do governo, na direção do solidarismo; a presença da fraternidade, em cotejo com as finalidades buscadas pelo Direito se apresenta.

À guiza de um conceito, sobre a fraternidade, Maria Inês Chaves de Andrade<sup>173</sup> explica que:

De toda forma, o princípio da fraternidade, quase todo o tempo, se quedou como princípio da solidariedade social a partir da idéia de que um laço fraternal une todos os homens numa só família, a partir de uma base

<sup>170</sup> Epístola de São Paulo aos Gálatas, 3,28. In: BÍBLIA, Português. Bíblia sagrada. 70ª ed. Tradução dos Monges de Maredsous (Bélgica). Revisada pelo Frei José Pedreira de Castro. São Paulo: Editora Ave-Maria, 2007.

<sup>171</sup> FARAGO, France. A Justiça. Tradução: Maria José Pontieri. Barueri: Editora Manole, 2004, p. 278.

<sup>172</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 120.

<sup>173</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever na Dialética de Opostos de Hegel. Coimbra: Almedina, 2010, p. 28.

religiosa. O confucionismo e o estoicismo podem ser elencados aqui numa referência à Antiguidade: “A natureza fez de nós uma família” (Sêneca); “O universo é como uma cidade” (Marco Aurélio).

A fraternidade presta-se, portanto, busca o reconhecimento do homem como pessoa humana, a partir de sua inserção orgânica na estrutura estatal, que, como uma grande família, realiza o ideal de humanidade, promovendo uma igualdade de dignidade entre todos.

Nesse sentido, Maria Inês Chaves de Andrade<sup>174</sup> explana que:

Fraternalmente, o homem importa a todo como ao todo, o homem, haja vista que a justiça se realiza quando cada um, desempenhando a função que lhe é própria no corpo social, intenciona o indivíduo, devendo ser tratado por esse mesmo corpo social individualmente, com necessidade e fins próprios, de modo que a felicidade, que é um fim individual por excelência, se realize na sociedade. Nesse diapasão, não há que se falar em inversão de direitos e deveres, quando o tempo todo o Estado e indivíduo se complementam na realização da idéia de fraternidade.

Nesse sentido, portanto, a fraternidade almeja um progresso geral da moralidade, que adstrita à imperatividade jurídica, imputa, a cada qual, o dever inerente a tal condição.

Acerca disso, o Direito fraterno propõe, no seu projeto de justiça, uma inclusão, sem confins, em todos os direitos fundamentais e em todos os bens comuns da humanidade<sup>175</sup>.

Destoa da conformação social atual, onde sociedade dá forma à individualização de seus membros, como sua marca registrada.

Nesse sentido, Zigmunt Bauman<sup>176</sup> pondera que:

A apresentação dos membros como indivíduos é a marca registrada da sociedade moderna. Essa apresentação, porém, não foi uma peça de um ato: é uma atividade reencenada diariamente. A sociedade moderna existe em sua atividade incessante de “individualização”, assim como as atividades dos indivíduos consistem na reformulação e renegociação diárias da rede de entrelaçamentos chamada sociedade.

Portanto, “partindo-se do pressuposto da existência de uma justiça social de fato, tem-se uma sociedade que inclui todos somente porque também é possível, ao mesmo tempo, excluir os “ditos” incluídos”<sup>177</sup>.

<sup>174</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *Ibid.*, p. 46.

<sup>175</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraterno na sociedade cosmopolita*. In: RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

<sup>176</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 39.

<sup>177</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. *Op. cit.*, p. 119-134.

Assim, na medida em que não pensar o outro é uma das condições do mal, a “filosofia da diferença se aproxima, como projeto, da ética da alteridade de Levinas, já que procura descaracterizar o “eu-substância” como forma de superação do desinteresse pelo outro”<sup>178</sup>.

Explica Sandra Regina Martini Vial<sup>179</sup> que:

As lições de Gandhi (1996) ensinam, em cada palavra, que a possibilidade de mudar o mundo está no interior de cada homem, de cada nação. A efetivação de um outro mundo deve partir do combate “não-violento” das injustiças de todos os tipos, entre os indivíduos e entre os Estados [...]. Refere, ademais, que a capacidade de perdoar fornece uma potente onda de força não-violenta, e mais: que cultivando a idéia da força, torna-se ainda mais fortes. Assim, para praticar essa força não-violenta, é preciso entender que o sofrimento é a lei da humanidade, enquanto a guerra é a lei da selva. O sofrimento, não a espada, é o símbolo da raça humana. As características da não-violência de Gandhi (1996, p. 10-11) podem ser resumidas em alguns aspectos: ela não está relacionada com a defesa de ganhos ilegítimos, e sim com a defesa e o respeito ao homem; é incompatível com o domínio de países e povos; é um poder que pode ser possuído por todos, por isso deve ser aceito como lei de vida, deve estar no centro de todo o ser. Segundo Gandhi (1996), a força do homem está na sua ação não-violenta, que deve ser coletiva, resultado da união de todos. O agir não-violento apresenta-se como uma lei da vida que pode ser implementada de igual maneira, tanto pelas crianças quanto pelos adultos, homens e mulheres.

Faz-se necessário considerar, portanto, a premissa de que os homens, ao se abstrair de suas particularidades e idiosincrasias, que os “acidentalizam”, podem ser concebidos por sua estrutura comum, a partir de uma identificação profunda, chamada de essencialidade. Portanto, cada “homem, como essência ou substância necessária, é o mesmo”<sup>180</sup>.

Enfim, somos unicamente o que podemos ser na amplitude justa e possível de nossa humanidade. “O ser humano, ainda que existencialmente individualizado, é um ser plural, complexo e híbrido”<sup>181</sup>; de modo que somos “todos, por consequência e paradoxalmente, Criaturas e Criador, e, ao mesmo tempo, somos vidas díspares e pluralizadas que se integram numa Criação singularizada”<sup>182</sup>.

<sup>178</sup> ALVES, Fernando de Brito. *Margens do Direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 23.

<sup>179</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraterno na sociedade cosmopolita*. In: RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

<sup>180</sup> LONGO, Adão. *O Direito de Ser Humano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 35.

<sup>181</sup> LONGO, Adão. *Ibid*, p. 49.

<sup>182</sup> LONGO, Adão. *Ibid*, p. 49.

A fraternidade passa por esse contexto, que abarca, no homem, “essa imensa possibilidade de ser”<sup>183</sup>; e evoca, por seu esquecimento, a crise do *ethos* valorativo do direito; propugnando pela formulação de valores éticos emancipatórios<sup>184</sup>.

Assim, como explica Antônio Carlos Wolkmer<sup>185</sup>:

A crise do *ethos* valorativo vivenciada pelas formas de vida da sociedade contemporânea de massas tem sua razão de ser na profunda perda de identidade cultural, na desumanização das relações sócio-políticas, no individualismo irracionalista e egoísta, na ausência de padrões comunitários e democráticos, senão ainda na constante ameaça de destruição da humanidade e de seu meio ambiente. Tal situação gera uma das grandes dificuldades presentes, que é arquitetar as bases de um conjunto de valores éticos capazes de internalizar o “eu” individual e o “nós” enquanto real.

De outra parte a fraternidade é uma característica humana. Portanto, como explica Maria Inês Chaves de Andrade<sup>186</sup>: “Se todos os homens são fraternos porque humanos e assim se diga porque em sociedade apostos, assim, se todos os homens são humanos devem ser fraternos”.

Daí a noção adstrita ao direito à fraternidade, considerando que a mesma se posta como elemento essencial da natureza humana.

Assim, o ser humano, por derivação ontológica é fraterno<sup>187</sup>; no entanto:

[...] é necessário ter a humanidade como essência do ser que nem sempre é ser humano sendo homem, demonstrando a cisão que existe no ser entre o interior e o exterior, embora por meio da mediação da essência e da aparência, a totalidade do movimento conforme o homem como ser humano, exatamente porque a essência aparece por intermédio do ser [...]<sup>188</sup>.

<sup>183</sup> LONGO, Adão. O Direito de Ser Humano. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 49.

<sup>184</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 261.

<sup>185</sup> WOLKMER, *Ibid*, p. 261

<sup>186</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever na Dialética de Opostos de Hegel. Coimbra: Almedina, 2010, p. 48.

<sup>187</sup> Na verdade, Kant dizia que, juntamente com o céu estrelado, a consciência moral era uma das coisas que o deixavam maravilhado; mas a maravilha não só não é uma explicação, mas pode até derivar de uma ilusão e gerar, por sua vez, outras ilusões. O que nós chamamos de “consciência moral”, sobretudo em função da grande (para não dizer exclusiva) influência que teve a educação cristã na formação do homem europeu, é algo relacionado com a formação e o crescimento da consciência do estado de sofrimento, de indignação, de penúria, de miséria, ou, mais geralmente, de infelicidade, em que se encontra o homem no mundo, bem como ao sentimento de insuportabilidade de tal estado. (BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 54).

<sup>188</sup> ANDRADE, *Op. cit.*, p. 52.

Portanto, apesar da história da maldade humana ter enchido muitas bibliotecas com seus volumosos tomos. Algumas prateleiras foram reservadas a modestos opúsculos que dissertam sobre a bondade humana. Aí mora a fraternidade.

Nesse sentido, explana Norberto Bobbio<sup>189</sup> que:

Mas não posso negar que uma face clara apareceu de tempos em tempos, ainda que com breve duração. Mesmo hoje, quando o inteiro discurso histórico da humanidade parece ameaçado de morte, há zonas de luz que até o mais convicto dos pessimistas não pode ignorar: a abolição da escravidão, a supressão em muitos países dos suplícios que outrora acompanhavam a pena de morte e da própria pena de morte. É nessa zona de luz que coloco, em primeiro lugar, juntamente com os movimentos ecológicos e pacifistas, o interesse crescente de movimentos, partidos e governos pela afirmação, reconhecimento e proteção dos direitos do homem.

Portanto, “temos que o homem é um conceito que aparece como totalidade imediata e em si, mas como ser humano é necessário que a essência se revele por meio do outro homem e o ser humano se explique homem para si”. Daí o papel da fraternidade, visto que uma “sociedade de homens não é necessariamente uma sociedade humana”<sup>190</sup>.

Assim, mais do que uma acepção teleológica do *frater*, identificada na constatação de que todos por sermos filhos de Deus; adquire um sentido imanente, quando se percebe que: “o ser humano é a identidade entre homens que se sabem diferentes, mas não desiguais. A humanidade é a diferença que exsurge na identidade concreta, que tem em si a diferença”<sup>191</sup>.

E, aí viceja o elemento racional da fraternidade, que se expressa tanto logicamente como fenomenologicamente, na medida em que “o homem pensa de si mesmo como *conhe-sendo* a si mesmo quando se vai auto-revelando como ser humano na dinâmica do tempo que perfaz a História”<sup>192</sup>.

Por tudo, a fraternidade é o amalgama entre a liberdade e igualdade, na medida em que por ela:

o ser humano se projeta na exterioridade e se reintegra como Espírito, uma vez que, ao se exteriorizar o ser humano, é e, sendo nessa práxis se desdobra, enquanto homem pela mediação da natureza vê o outro como outro de si e sendo livre sabe que o outro também é livre<sup>193</sup>.

<sup>189</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, pp. 54 e 55.

<sup>190</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever na Dialética de Opostos de Hegel. Coimbra: Almedina, 2010, p. 53.

<sup>191</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *Ibid.*, p. 63.

<sup>192</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *Ibid.*, p.101.

<sup>193</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *Ibid.*, p.101.

Dentro desse espírito assevera-se, mesmo que a título de esclarecimento, que a fraternidade, em sua abertura conceitual, explica-se no fato que sua conceituação está adstrita àquela noção sentimental que se insere na significação dos princípios.

E, como já referido, a carga emotiva que está adstrita à significação dos princípios, esses receptáculos de valores maiores da ética humana, tem a sua plena significação na percepção dessas emoções e sentimentos fundantes.

Tal noção é apresentada por Walter Claudius Rothenburg<sup>194</sup>, que se expressa da seguinte forma:

O aceso aos princípios não se dá apenas por intermédio da razão, mas também da emoção. Dito de outro modo: o acesso à constituição não é só intelectual; mas também é afetivo. Os princípios, que não conseguem ser perfeitamente formulados e compreendidos através da linguagem, conseguem, porém, traduzir sentimentos. Quiçá por isso a apreensão que se tenha dos princípios é, muita vez ou em parte, intuitiva; é uma impressão.

O princípio da fraternidade, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, não se afasta dessa acepção.

Desse modo, ambos os princípios somente podem ser compreendidos em sua plenitude, quando interpretados, não somente racionalmente, mas sim, quando emergidos em uma carga valorativa essencial, que emana das emoções e sentimentos que buscam traduzir.

Assim a percepção do princípio da fraternidade somente é alcançada quando aflora-se, em si, a sensibilidade necessária para volver o olhar à tragédia humana circundante à nossa racionalidade apaziguadora dos códigos.

Trata-se, portanto, de colocar-se a racionalidade em perspectiva.

Nesse sentido, sobre a justiça, explica Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida<sup>195</sup>:

Não é a mera imposição silenciosa que constrói uma sociedade justa, a partir dos imperativos emanados da figura do pai-Estado, do pai-Leviatã, que amedronta pela ordem e pela convenção, para prevenir do mal maior, para prevenir a desordem total que levaria à experiência da morte. Trata-se, com isso, de pensar a feminilização do direito. E isto porque se entende que quando razão e sensibilidade se encontram, o direito opera justiça.

---

<sup>194</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 65.

<sup>195</sup> BITTAR, Eduardo C. B. ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 671.

Assim, a fraternidade apresenta-se com um âmbito de significação de difícil elucidação quanto à sua base axiológica. Nesse sentido, tem-se que a mesma “vem sempre proclamada com um dos três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos do homem, juntamente com a liberdade e a igualdade”<sup>196</sup>.

Portanto, tem-se que a fraternidade, como se pode deduzir, ante a notícia de tal princípio na Constituição Federal, apresenta uma base jurídica, além da sua axiologia inerente à filosofia e teológica.

Assim, a fraternidade enquanto direito da pessoa humana pode ser localizada, na Teoria das Gerações dos Direitos Fundamentais, que será mais à frente abordada, como direito de terceira geração.

Tal derivação é explicada por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>197</sup> nos seguintes termos:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Como referido, se em uma primeira análise, a fraternidade se trata, tão somente, de uma categoria ética e religiosa, associada à noção de consanguinidade, tendo sua significação imantada à identificação de pessoas constituintes de um grupo familiar, a partir de uma análise mais acurada, verifica-se sua base jurídica, seja conceitualmente, como passa-se abaixo a referir-se; seja, principiologicamente, como tem-se referido alhures. (corrigir?)

Portanto, como explica Ingo Wolfgang Sarlet<sup>198</sup>:

Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Portanto, a fraternidade, em sua base conceitual, preconiza que o homem para ser humano, e, assim, realizar a sua humanidade, necessita do outro.

---

<sup>196</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever na Dialética de Opostos de Hegel. Coimbra: Almedina, 2010, p.27.

<sup>197</sup> WOLFGANG, Ingo Sarlet. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 58.

<sup>198</sup> WOLFGANG, Ingo Sarlet. *Ibid.*, p. 58.

E nesse sentido, o princípio da fraternidade preconiza o Direito como o *maximum* ético. Aduz por uma concepção fraterna de Direito, onde os valores de igualdade e da liberdade sejam realizados universalmente.

Daí a ideia de humanidade enquanto fraternidade de homens livres e iguais. E, por conta dessa acepção, o seu contraponto com a solidariedade. Essa, como primeiro momento da fraternidade, mas com ela não se confundido, visto que “ser solidário se distingue de ser humano haja vista que o homem aparece diante da solidariedade apenas como sujeito a quem se lhe atribui o predicativo, como se lhe fosse possível ornamentar ao infinito”<sup>199</sup>. Portanto, o “homem é fraterno na mesma proporção que é livre”<sup>200</sup>. A “solidariedade é um primeiro momento da fraternidade como o livre arbítrio o é da liberdade”<sup>201</sup>.

E, desse modo, o princípio da fraternidade apresenta-se como base axiológica fundamental do sistema normativo, pois trata-se de uma perspectiva jurídica voltada à inclusão universal, que conjugado como o princípio da dignidade da pessoa humana, apresenta o estofamento necessário à construção de um direito fundamental à seguridade social.

E nesse sentido, ao se ponderar sobre a seguridade social e todo o parâmetro evolutivo conceitual e contextual que lhe possibilitou o surgimento; evoca-se a evolução do paradigma estatal, conjugado com o surgimento dos direitos fundamentais, na cadência dos vários acontecimentos históricos adstritos à caminhada humana nesse planeta.

---

<sup>199</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever na Dialética de Opostos de Hegel. Coimbra: Almedina, 2010, p. 81.

<sup>200</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *Ibid.*, 2010, p. 85.

<sup>201</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *Ibid.*, 2010, p. 85.

## CAPÍTULO 2 - DA TEORIA DOS DIREITOS SOCIAIS

O paradigma estatal fundado no modelo de Estado Absoluto representou o compromisso daquele ente com um modelo econômico mercantilista. Tal concepção econômica tinha como fim primeiro a riqueza. E nessa concepção econômica, ainda não existia o conceito de crédito, mas organizava-se a partir da própria mercadoria.

Tal aceção conceitual é apresentada por Américo Luís Martins da Silva<sup>202</sup>, o qual explica que:

A riqueza, que a Idade Médica por certo não desconheceu, mas que desperdiçou, disciplinou ou desdenhou, passou, desde então, a constituir o centro da vida social. Acrescenta ALCEU AMOROSO LIMA que o *mercantilismo*, que era afinal o *capitalismo* de Estado como hoje se volta a praticar em certos países, fazia da riqueza o fim precípua do Estado. E a riqueza, nessa era de transição entre o *medievalismo* e o *capitalismo integral*, era ainda considerada em função do tráfico de coisas concretas. A evolução da economia concreta para a economia abstrata marca a passagem para o *medievalismo* para o *capitalismo* [...]. A riqueza ainda não chegou a girar em torno do conceito de *crédito* como no tempo do grande capitalismo. A riqueza girava em torno da própria mercadoria, reportava-se a objetos de fato.

Por sua vez, quando o Estado alçou uma conformação adstrita ao Estado Liberal, em que pese representar a assunção a uma ordem democrática, ao pretensão igualitarismo alcançado, subjazia um sistema econômico, representado pela escola clássica; profundamente desigual, que determinou os benefícios advindos da industrialização, representados pelo acúmulo de capital e o crescimento econômico, fossem suportados pelos trabalhadores.

Nesse sentido, quanto a ideologia fundante da escola clássica, e os seus beneficiários, Stanley L Brue<sup>203</sup> explica que:

No longo prazo, a economia clássica atendeu a toda a sociedade porque a aplicação de suas teorias promovia o acúmulo de capital e o crescimento econômico. Ela dava respeitabilidade aos empresários, em um mundo que anteriormente tinha direcionado as honras e a renda para a nobreza e os abastados. Os mercadores e os industriais obtiveram um novo status e dignidade, como promotores da riqueza da nação, e os empresários estavam seguros de que, ao procurar o lucro, estavam atendendo à sociedade. Essas doutrinas, em última análise, levaram a mais benefícios materiais para proprietários e gerentes de empresas, pois as idéias clássicas ajudaram a

---

<sup>202</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. Introdução ao Direito Econômico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 13.

<sup>203</sup> BRUE, Stanley. História do Pensamento Econômico. 6ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, tradução Luciana Penteadó Miquelino, p. 49.

promover o clima político, social, econômico que estimulou a indústria, o comércio e o lucro.

E, ainda Stanley L Brue<sup>204</sup>, agora tratando acerca dos trabalhadores, os quais, segunda aponta, recaíram os custos desse sistema econômico, reconhece tal condição, apontando, no entanto, que houve uma melhora na vida dessas pessoas, representada pelo valor monetário que auferiam, a título de salários. Assim, explica que:

Mas nem todas as pessoas compartilhavam igualmente os conceitos do classicismo. Havia custos, juntamente com os benefícios da industrialização. Na Grã-Bretanha, os assalariados, em particular, tinham a maior parte dos custos por meio de longas horas de trabalho com baixos salários. Mas, em última análise, o professo econômico permitia aos trabalhadores melhorar suas próprias posições e, nesse sentido, a economia clássica também os beneficiou. Hoje, os ordenados e os salários geralmente constituem dois terços da renda nacional total nas economias de mercado industriais.

Assim, o Estado Liberal, se dentro de um prisma econômico representou alguma melhora aos setores populares da sociedade de então. De um ponto de vista jurídico, ainda representou um marco que gerou profunda desigualdade entre os detentores do poder econômico e os que dispunham unicamente de sua força de trabalho.

Portanto, somente com o advento do Estado Social, um parâmetro ético necessário a germinar os direitos sociais foi traçado, possibilitando, nesse viés, que a estatalidade passasse a olhar por esses pequenos, esquecidos na cadeia produtiva, escoimados, que eram, de meras engrenagens inanimadas.

A presença do Estado Social se faz sentir, portanto, nas Constituições Federais, a partir de seu intervencionismo na ordem social e econômica. E tal significação, faz concluir que “as constituições contemporâneas que se confessam instituidoras do Estado Social Democrático foram elaboradas sob a égide de uma liberdade formal e material”<sup>205</sup>.

Nesse sentido, Amartya Sen<sup>206</sup> pondera que:

Um número imenso de pessoas em todo o mundo é vítima de várias formas de privação de liberdade. Fomes coletivas continuam a ocorrer em determinadas regiões, negando a milhões a liberdade básica de sobreviver. Mesmo nos países que já não são esporadicamente devastados por fomes

<sup>204</sup> BRUE, Stanley. *História do Pensamento Econômico*. 6ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, tradução Luciana Penteado Miquelino, p. 49.

<sup>205</sup> CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social*. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. *Curso de Especialização em Direito Previdenciário – vol 1*, Curitiba: Juruá, 2005, p. 18.

<sup>206</sup> SEN, Amartya. *O Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 29, 30 e 32.

coletivas, a subnutrição pode afetar numerosos seres humanos vulneráveis. Além disso, muitas pessoas têm pouco acesso a serviços de saúde, saneamento básico ou água tratada, e passam a vida lutando contra uma morbidez desnecessária, com frequência sucumbindo à morte prematura. Nos países mais ricos é demasiado comum haver pessoas imensamente desfavorecidas, carentes de oportunidades básicas de acesso a serviços de saúde, educação funciona, emprego remunerado ou segurança econômica e social. [...] No que se refere a outras privações de liberdade, a um número enorme de pessoas em diversos países do mundo são sistematicamente negados a liberdade política e os direitos civis básicos. [...] As evidências empíricas indicam veementemente que o crescimento econômico está mais ligado a um clima econômico mais propício do que a um sistema político mais rígido. [...] O desenvolvimento econômico apresenta ainda outras dimensões, entre elas a segurança econômica. Com grande frequência, a insegurança econômica pode relacionar-se à ausência de direitos e liberdades democráticas. De fato, o funcionamento da democracia e dos direitos políticos pode até mesmo ajudar a impedir a ocorrência de fomes coletivas e outros desastres econômicos. [...] Deve ter ficado claro, com a discussão, precedente, que a visão da liberdade aqui adotada envolve tanto os *processos* que permitem a liberdade de ações de decisões como as *oportunidades* reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais.

Assim, a noção estratégica de asseguramento dos direitos fundamentais está adstrita ao aprimoramento da teoria social de Estado; a qual, apesar de sua inspiração na concepção marxista de sociedade, ante a preocupação com a igualdade material; não pode ser confundida com outras teorias de caráter marxista, essas, adotadas por Estados socialistas; visto que a teoria social do Estado se realiza nos marcos do sistema capitalista, o qual é fundado no liberalismo. O que se pretende, portanto, com tal teoria, não é a substituição do Estado capitalista por outro tipo, mas tão somente torná-lo palatável, diminuindo sua índole de mau distribuidor de riqueza produzida<sup>207</sup>.

Ademais, “a realização dos direitos sociais envolve uma definição de prioridades, de opções políticas, acerca da canalização dos recursos disponíveis, mas pressupõe também, ainda, os necessários gradualismos e flexibilidade de realização”<sup>208</sup>.

Portanto, restituindo a humanidade aos pobres, com o desenvolvimento do Estado Social, a partir de conquistas progressivas e estendendo sua conformação estrutural por décadas, os direitos sociais representam um horizonte de abertura ética do Direito ao signo de uma justiça material e da conquista e preservação de um patamar civilizatório aceitável que pudesse dar enlevos para que a dignidade da pessoa humana vicejasse.

<sup>207</sup> ESTEVES, João Luiz. Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007, p. 25.

<sup>208</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 59.

## 2.1 O conceito de Direitos Fundamentais

Em uma ótica inicial, pode-se ponderar, quanto à gênese dos direitos fundamentais; que suas principais fontes de inspiração originaram-se no pensamento cristão e na concepção dos direitos naturais.

Entretanto, como explica o professor José Afonso da Silva<sup>209</sup>, a evolução histórica através das várias acepções doutrinárias tem relevante papel na concepção desses direitos, através de reivindicações e lutas sociais.

Do mesmo modo, Norberto Bobbio<sup>210</sup> defende o caráter histórico dos direitos fundamentais, apontando que os direitos do homem.

[...] por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Assim, desnudando a conformação evolutiva das Constituições, tem-se que as mesmas, em determinado ponto da evolução do pensamento jurídico mundial, propugnaram, em sua ideologia conformadora, pela delimitação dos elementos normativos delineadores dos direitos sociais, nessa acepção supralegal que emana da tecitura constitucional.

Tal evolução da conformação constitucional teve como móvel a constatação visceral de que os valores mais caros da existência humana mereciam ter seu resguardo em um documento jurídico com força vinculativa máxima.

Portanto, com a superação da ideologia liberal clássica, a partir da luta de classes sociais que se encontravam em posições antagônicas na cadeia de fruição dos bens econômicos, veio a lume a doutrina social.

Assim, se as “declarações de direito norte-americanas, juntamente com a declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu [...]”<sup>211</sup>. De outra ponta, o “reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX”<sup>212</sup>. Onde o

---

<sup>209</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006, p. 173.

<sup>210</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 05.

<sup>211</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54.

<sup>212</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ibid.*, p. 54.

titular desses direitos não se trata do ser humano abstrativizado, mas o “conjunto de grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização”<sup>213</sup>.

Assim, conceitualmente, tem-se que os direitos fundamentais do homem constituem-se em situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo (Carta Constitucional), em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.

De forma ainda mais clara, direitos fundamentais, nas palavras de José Afonso da Silva<sup>214</sup>: “são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

E ainda, sobre a temática, Alexandre de Moraes<sup>215</sup> conceitua os direitos fundamentais da seguinte forma:

[...] direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

A consequência, por outro viés, da evolução dos direitos fundamentais, inclusive quanto a sua nomenclatura, visto que doutrinariamente tais direitos, em certo aspecto, confundem-se com os direitos humanos ou os direitos fundamentais; reside na constatação de que os mesmo inserem-se nos catálogos de direitos que se encontram nas Constituições. E, justamente por estarem inseridos formamente nesses catálogos são, esses direitos, nominados de direitos fundamentais.

Sua caracterização está associada ao reconhecimento de três níveis de direitos fundamentais. São os chamados direitos de primeira, segunda e terceira geração (dimensão).

Nesse sentido, pronuncia-se Celso de Mello<sup>216</sup> nos seguintes termos:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais e concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da

<sup>213</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ibid.*, p. 54.

<sup>214</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.178.

<sup>215</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 203.

<sup>216</sup> STF- Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.

solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de um essencial inexauribilidade.

Assim, a primeira geração de direitos abrange aqueles “referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a serem positivados, daí serem ditos de *primeira geração*”<sup>217</sup>.

Seus antecedentes remontam aos direitos e garantias individuais e políticas clássicas, surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta, de 1215, espraiando-se nos séculos posteriores, através de documentos históricos, como por exemplo, a Paz de Westfália, em 1648; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1688 e as Declarações Americana, de 1776 e Francesa, de 1789.

Constituem-se em direitos de defesa frente ao Estado. São direitos que surgem frente da idéia de submissão do Estado a uma Constituição. Nasceram historicamente da necessidade de contenção do Estado frente a pessoa humana.

Portanto, tratam-se de direitos que representavam um ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. “Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”<sup>218</sup>.

Portanto, sob tal concepção, caberia ao Estado, tão somente, ser o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social.

Tais direito são nominados de “liberdades públicas negativas” ou ainda, de “direitos negativos”, já que, como mencionado, exigem uma postura de abstenção do Estado.

Nesse sentido, manifesta-se Paulo Bonavides<sup>219</sup>, nos seguintes termos:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com freqüência do mero reconhecimento formal para

---

<sup>217</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233.

<sup>218</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Ibid.*, p. 233.

<sup>219</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 563.

concretização parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder.

Quanto aos direitos de segunda geração, os mesmos representam uma etapa de evolução na proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, uma vez conquistados os direitos de primeira geração, o homem passa a luta pelos direitos de segunda geração; redundando no surgimento do denominado Estado Social. São inspirados pela Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, ante as péssimas condições de trabalho impostas aos operários. Porém, somente são institucionalizados no início do século XX, com o fim da 1ª Guerra Mundial.

Esses direitos têm de uma maneira abrangente, como essência, a preocupação com as necessidades humanas. E nesse viés, buscam a satisfação das necessidades primordiais das pessoas, a fim de que se possa alcançar patamares mínimos de existência, desfraldando, em sua marcha, a bandeira da dignidade da pessoa humana, com intento de buscar uma significação maior à vida, que uma sucessão de misérias. E; no presente contexto, portanto, ao Estado não é dado se abster. Ao revés, deverá agir, atuando no sentido de se buscar a superação das carências individuais e sociais, por princípio institucional.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes<sup>220</sup> explica que:

Vinculado à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

Por tal razão, os direitos de segunda geração são denominados direitos positivos. Possuem, também, a denominação de “direitos de crença”, na medida em que trazem em seu bojo, a esperança de uma participação ativa do Estado.

Com relação aos direitos fundamentais de segunda geração, manifesta-se Marisa Ferreira dos Santos<sup>221</sup>, nos seguintes termos:

---

<sup>220</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 06.

<sup>221</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social. São Paulo: Editora Ltr, 2004, p. 27.

Os Direitos fundamentais de segunda geração exigem do Estado, ao contrário, um comportamento positivo, ou seja, de fornecimento de prestações destinadas ao cumprimento da igualdade e redução dos problemas sociais. São exemplos de direitos sociais os direitos relativos à Seguridade Social, à subsistência, ao trabalho. Sua presença, porém, tendo em vista a necessidade de meios e recursos, já que se exigem prestações positivas do Estado, esteve relegada, por muito tempo, a normas de caráter programático, situação que vem sendo modificada ao longo do tempo. Já há Constituições, inclusive a do Brasil de 1988, que deram aplicabilidade direta e imediata a certos direitos sociais, conferindo ao indivíduo direito subjetivo de exigir do Estado prestações positivas, como, exemplificativamente, a assistência à saúde (direito de todos e dever do Estado, conforme dispõe o art. 196).

São direitos de segunda geração, por exemplo, os direitos sociais, econômicos e os culturais; seja em seu viés individual ou em seu viés coletivo.

Por seu turno, no que toca aos direitos fundamentais de terceira geração, os mesmos vieram a lume a partir de uma nova convergência de direitos, voltados à essência do ser humano, no que tange a sua razão de existir e ao destino da humanidade. Tais direitos consideram o ser humano enquanto gênero, não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma determinada coletividade.

Estão fundados em um sentimento de solidariedade e fraternidade, tendo como fundamento ser a ligação imanente entre as pessoas, independentemente de quaisquer fronteiras, sejam físicas ou econômicas.

Entretanto, por sua abrangência, os direitos fundamentais de terceira geração, apesar de consistirem uma categoria, a mesma se apresenta ainda por demais heterogênea e vaga.

Nesse sentido, Norberto Bobbio<sup>222</sup> ensina que:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

Figuram como mais uma conquista social, que contribuiu para a ampliação dos horizontes de proteção e emancipação da pessoa humana.

Assim, tais direitos são representados pela aspiração da paz mundial, do desenvolvimento econômico, da proteção ao meio ambiente, da proteção do patrimônio

---

<sup>222</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 54.

comum da humanidade e o direito à comunicação. Modernamente, a doutrina considera tais direitos agregados aos difusos e coletivos.

Nesse sentido, manifesta-se Alexandre Sturion de Paula<sup>223</sup>:

Evidencia-se que os direitos fundamentais de terceira dimensão não representam mais uma utopia, no entanto ainda não guardam a efetividade que se espera para que a solidariedade e a fraternidade, assim como de regra os próprios direitos fundamentais não representam mera retórica. Apenas a título de exemplificação, constatamos que, ao passo que o terrorismo e guerras motivadas pelos tanques ianques afrontam os direitos fundamentais apresentados, fatos com a recente tragédia oriunda do maremoto e do tsunami, que causaram milhares de mortes e destruição em grande escala no sul asiático, demonstram que a solidariedade e fraternidade universal estão presentes no consciente das Nações, validando a concreta existência dos direitos fundamentais de terceira dimensão.

Finalmente, há aqueles que admitem uma quarta geração de direitos oriundos da denominada globalização do Estado neoliberal. Tais direitos possuem foco na sociedade globalizada, a qual ampliará os horizontes materiais e intelectuais de todo o ser humano.

Nesse sentido, explica Paulo Bonavides<sup>224</sup>:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Tais direitos, portanto, propugnam pela necessária proteção de toda pessoa humana a fim de que não ocorra a dominação de um povo por outro, ante o inexorável processo de globalização, que redundará na relativização da Soberania Estatal, com seus consectários legais e axiológicos.

Desse modo, tem-se claro que a afirmação dos direitos fundamentais ocorre de forma progressiva, porquanto, a sua historicidade é incontestável.

Assim, há que se advertir, que apesar de haver algum mérito didático em se organizar os direitos fundamentais em uma teoria de gerações de direito. De outra parte, tal abordagem

---

<sup>223</sup> PAULA, Alexandre Sturion de (Org). Ensaio Constitucional de Direitos Fundamentais. Campinas: Servanda, 2006, p. 45.

<sup>224</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 571.

não revela com exatidão o processo de aluvião pelo qual o plexo desses direitos foi se delineando.

Desse modo, a utilização do termo gerações remete à concepção de “substituição gradativa de uma geração por outra”; o que não correspondente à verdade, visto que, por exemplo, “os direitos de liberdade não desaparecem ou deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante”<sup>225</sup>.

E, ainda nesse sentido, tal conformação dogmática também induz a percepção de que uma “nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente”<sup>226</sup>. Tal abordagem torna extremamente dificultoso o reconhecimento de novos direitos. Notadamente nos países de modernidade tardia, “onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos da chamada “primeira geração”<sup>227</sup>.

Por tais razões, a terminologia que se prefere usar correspondente ao termo dimensões.

Entretanto, mesmo valendo-se da teoria das dimensões dos direitos fundamentais, ainda sim, alguns problemas podem ser detectados. Desse modo, a ordem proposta de ascensão desses direitos ao catálogo dos direitos humanos, nem sempre fora na mesma ordem. Notadamente nos chamados países de modernidade tardia.

De outra parte, os direitos fundamentais fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Portanto, é necessário observar o aspecto relacionado à indivisibilidade e interdependência entre os direitos fundamentais, afastando a noção que possa pretender haver uma relação hierárquica entre as suas dimensões.

Assim, “a afirmação positiva dos direitos fundamentais é progressiva, o que os converte em algo inesgotável”<sup>228</sup>. Portanto, “não existe possibilidade de fechar o leque de direitos fundamentais porque eles podem se redimensionar ou mesmo podem projetar-se novos direitos na medida em que avança a sociedade a novos patamares do progresso”<sup>229</sup>. Assim, os direitos fundamentais constituem-se em um núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana; resultado de maturação histórica<sup>230</sup>.

---

<sup>225</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.59.

<sup>226</sup> MARMELSTEIN, George. *Ibid.*, p. 59.

<sup>227</sup> MARMELSTEIN, George. *Ibid.*, pp. 59 e 60.

<sup>228</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Ciência Política, Estado e Direito Público. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 271.

<sup>229</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ibid.*, p. 271.

<sup>230</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231.

Desse modo, Norberto Bobbio afirma: “[...] Sabemos hoje que também os direitos humanos são produtos não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação”<sup>231</sup>.

Portanto, à guiza de uma conclusão possível, os direitos fundamentais representam um construto dogmático coeso e inseparável, de modo que uma geração de direitos não implica na superação da anterior. Portanto, adotando a terminologia de dimensões de direito, tem-se a verberar pela sua essência totalizante, a partir de espectros normativos.

Por outro lado, os direitos sociais, como parte do plexo de direitos fundamentais, têm sua importância fulcrada não só em sua natureza, integrante dessa significação, mas na sua posição de centralidade, no debate do “compromisso constitucional possível para manter a força normativa da constituição” e a “paradoxia da autossuficiência das normas jurídico-constitucionais, sobretudo o superdiscurso social em torno dos direitos fundamentais”; como propõe J. J. Gomes Canotilho<sup>232</sup>.

Assim, ante o presente dilema. De um lado os direitos sociais, enquanto ponto de tensão mais destacado da temática dos direitos fundamentais, exigindo o cumprimento de sua proposta na integralidade, por medida de salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

De outro, a faticidade volátil do orçamento estatal, na justificativa de ausência de fundos; e da vacuidade de promessas políticas a insuflar a presença desses direitos, ausentes em uma realidade de papel.

## 2.2 O conceito de Direitos Sociais

A temática dos direitos sociais está associada ao desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Assim, é como derivação dos direitos fundamentais, que se evoca os direitos sociais.

Nesse sentido, quanto aos direitos sociais, José Afonso da Silva<sup>233</sup> manifesta-se no seguinte teor:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direito que tendem

---

<sup>231</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 32.

<sup>232</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

<sup>233</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006, pp. 286 e 287.

a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade.

Quanto aos direitos fundamentais, portanto, pode-se ponderar, quanto à gênese dos mesmos; que suas principais fontes de inspiração originaram-se no pensamento cristão e na concepção dos direitos naturais.

Entretanto, como explica o professor José Afonso da Silva<sup>234</sup>, a evolução histórica dos direitos naturais se deu através das várias concepções doutrinárias, as quais moldaram a aceção desses direitos, tendo como mote as reivindicações e lutas sociais.

Tal processo, ligado à gênese e evolução dos direitos fundamentais, é apontado por Lafayette Pozzoli e Otávio Augusto Custódio de Lima<sup>235</sup>, nos seguintes termos:

Identificados os valores pertinentes à dignidade da pessoa humana, inicia-se um processo – ainda que gradativo – de codificação de respectivos valores e direitos, cujo principal objetivo nada mais é do que fazer valer, de forma respeitosa, tais direitos inerentes a cada ser humano face à sociedade e suas instituições. Daí a importância de um elemento como o Estado, de pleno conhecimento contemporâneo.

Portanto, direitos fundamentais possuem como característica essencial estarem consagrados no texto constitucional.

Tal situação se verifica em nossa constituição, quanto aos direitos sociais, esses previstos, de forma ampla, em seu Art. 6º<sup>236</sup>.

Desse modo, portanto, a partir desse critério formal, os direitos sociais se caracterizam como fundamentais, considerando, como referido, sua inserção no texto constitucional.

De outra medida, repisando, a doutrina constitucional, majoritariamente, reconhece três níveis de direitos fundamentais.

---

<sup>234</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006, pp. 172 e 173.

<sup>235</sup> POZZOLI, Lafayette; LIMA, Otávio Augusto Custódio. Direito Previdenciário. São Paulo: Primeira Impressão Editora & Distribuidora Ltda, 2009, p. 16.

<sup>236</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12).

Assim, a partir da chamada teoria das gerações de direito, como explica George Marmelstein<sup>237</sup> esses são nominados de direitos de primeira, segunda e terceira geração (dimensão).

Quanto aos direitos de primeira dimensão, os mesmos constituem-se em direitos de defesa frente ao Estado.

São direitos que se caracterizam por terem como objetivo a instrumentalização do direito de resistência à vontade Estatal. Representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais.

Assim, sob tal ótica, ao Estado cabe simplesmente ser o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social.

Tais direitos são nominados de “liberdades públicas negativas” ou ainda, de “direitos negativos”, já que, como mencionado, exigem uma postura de abstenção do Estado.

Quanto aos direitos de segunda geração, os mesmos representam uma etapa de evolução na proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, uma vez conquistados os direitos de primeira geração, o homem passa a luta pelos direitos de segunda geração; redundando no surgimento do denominado Estado Social.

Sua inspiração remonta à Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, por conta das péssimas condições de trabalho impostas aos operários. Entretanto, os direitos sociais somente são institucionalizados no início do século XX, com o fim da 1ª Guerra Mundial.

Tais direitos têm como essência a preocupação com as necessidades humanas. E nesse viés, buscam a satisfação das necessidades primordiais das pessoas, a fim de que se possam alcançar patamares mínimos de existência, desfraldando, em sua marcha, a bandeira da dignidade da pessoa humana, com intento de buscar uma significação maior à vida, que uma sucessão de misérias.

Sobre tal temática, Celso Lafer<sup>238</sup> pondera que:

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao

<sup>237</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 41.

<sup>238</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988, pp. 127 e 128.

trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do todo em relação ao *indivíduo*, que também resulta de escassez dos meios de vida e de trabalho.

No presente contexto, portanto, ante o imperativo da dignidade da pessoa humana, ao Estado não é dado se abster. Ao revés, deverá agir, atuando no sentido de se buscar a superação das carências individuais e sociais, por princípio institucional.

Tal paradigma é apontado por Gilmar Ferreira Mendes<sup>239</sup>, o qual explica que:

Vinculado à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

Por tal razão, os direitos de segunda geração são denominados direitos positivos. Possuem, também, a denominação de “direitos de crença”, na medida em que trazem, em seu bojo, a esperança de uma participação ativa do Estado.

Portanto, resta evidenciado que os direitos fundamentais representam um construto dogmático coeso e inseparável, de modo que uma geração de direitos não implica na superação da anterior.

Assim, a significação dos direitos de primeira geração somente poderá existir se levar em consideração, na sua aplicação, a essencialidade determinante do caráter existencial da pessoa humana, signo dos direitos de segunda dimensão.

Ademais, abrindo um parêntese à defesa da teoria das gerações de direito, em que pese as várias críticas que a mesma recebe, ante à noção restrita que impinge aos direitos

---

<sup>239</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 06.

fundamentais, no plano conceitual e histórico, a mesma apresenta algumas virtudes, seja, na maneira didática como são classificados, seja, na demonstração de sua difícil aquisição pela humanidade, a partir da marcha dos excluídos.

Nesse sentido, Vladimir Brega Filho<sup>240</sup> explica que:

Embora concordemos com o autor, não podemos deixar de destacar que a classificação histórica dos direitos fundamentais demonstra como foi difícil a conquista desses direitos. Os direitos fundamentais forma e ainda são muito desrespeitados e talvez a lembrança dessa história os valorize ainda mais. Além disso, embora critiquem a referência às gerações, todos os autores brasileiros e estrangeiros fazem referência a esta classificação histórica, numa demonstração inequívoca de sua importância.

Portanto, a partir de tal construção dogmática, concluiu-se, pelo caráter fundamental que emerge dos direitos sociais, visto que se agregam ao plexo de direitos naturais do ser humano, viabilizando uma existência digna.

De outra parte, aponta-se que os direitos sociais condicionam os direitos individuais, como por exemplo, o direito de propriedade.

Portanto, não se pode olvidar, com relação aos direitos sociais, o seu caráter de complementaridade dos direitos individuais. E nesse sentido, a conexão dos direitos individuais, civis e políticos com os direitos sociais, na medida em que ausentes o suprimento das necessidades básicas, não se pode falar, por exemplo, em plenitude da liberdade. Justamente nesse ponto reside a necessidade de se implementar a eficácia dos direitos sociais na maior medida possível.

Assim, valendo-se do preceituado por Amartya Sen, quer se evidenciar a importância dos direitos sociais na existência dos direitos individuais, enfocando-os a partir desse prisma de fundamentalidade na construção das liberdades substantivas; e, ao revés, a constatação, por esse economista, de que as liberdades individuais conformam as liberdades sociais.

Nessa linha de raciocínio, Amartya Sen<sup>241</sup> faz a menção à ligação umbilical entre os direitos de primeira dimensão e os direitos de segunda dimensão, através de uma derivação recíproca de sustentabilidade mútua, onde a ocorrência de um viabiliza existência de outro e vice versa.

Amartya Sen<sup>242</sup>, desse modo, propugna que:

---

<sup>240</sup> FILHO, Vladimir Brega. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 28.

<sup>241</sup> SEN, Amartya. O Desenvolvimento como Liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 32

<sup>242</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social. São Paulo: Editora Ltr, 2004, p. 32.

Deve ter ficado claro, com a discussão, precedente, que a visão da liberdade aqui adotada envolve tanto os *processos* que permitem a liberdade de ações e de decisões como as *oportunidades* reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais.

Dentro desse entendimento, portanto, é fundamental imprimir eficácia aos direitos sociais, sob pena de se inviabilizar todo o sistema de direitos fundamentais, na medida em que, estando os direitos sociais carentes de efetivação, inaplicáveis se farão os direitos individuais, direitos inaugurais do sistema jurídico protetivo da pessoa humana, ante o fato dos direitos sociais concentrarem, em sua essência, a razão da existência dos direitos de primeira geração.

Nesse sentido, ainda, Ana Cristina Costa Meireles<sup>243</sup> pondera que:

Em verdade, a garantia dos direitos sociais, hoje, representa condição necessária para que se possibilite o efetivo gozo dos direitos de liberdade civis e políticos clássicos. Sem aqueles, estes ficam esvaziados de conteúdo e não passam de meras promessas inscritas em um papel ao qual, inclusive, nem todos têm acesso. Ora, os direitos sociais surgem quando, em uma sociedade de relações mais complexas, já não bastavam como direitos fundamentais os direitos à vida, à liberdade e a propriedade.

Outro aspecto relevante, como se apontou alhures, é a noção de que os direitos sociais têm sua existência vinculada à evolução do paradigma estatal, visto que necessitam para a sua existência, precipuamente de ações, por parte do Estado, não se bastando, em sua ontologia, pela previsão em tábuas constitucionais de direitos.

Desse modo, no que pertine ao Estado, e a conformação de seu papel, tem-se que tal discussão já remonta de há muito, na seara filosófica.

Assim, Aristóteles, na antiguidade grega, ponderava pela necessidade de se estabelecer um fim ético, como princípio político. Para tanto, Aristóteles defendia que o Estado deveria se pautar pelo desenvolvimento moral de seus cidadãos, visto que significa a união de seres humanos que partilhavam, entre si, a crença na construção de um modo de vida digna e feliz<sup>244</sup>.

Tal desiderato, dito utópico, é preconizado pela Constituição, que já no seu preâmbulo, divisa, ainda que à distância, os valores supremos da igualdade e da justiça, norteados pela fraternidade, almejando um acoplamento estrutural da sua teleologia à

---

<sup>243</sup> MEIRELES, Ana Cristina. A Eficácia dos Direitos Sociais. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 93.

<sup>244</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2003, p.31.

realidade social. Mesmo porque, como já dizia o poeta sobre as utopias: “Se as coisas são inatingíveis... ora! Não é motivo para não querê-las... Que tristes os caminhos, se não fora a presença distante das estrelas!”<sup>245</sup>

Portanto, a Constituição Federal pretende essa concepção igualitária e fraterna de Estado, e nesse desiderato, constrói sua dogmática fundada em bases axiológicas que possibilitem, de forma gradual, mas definitiva, o alcance de tal paradigma, ainda que distante de nossos olhos nessa quadra da história humana.

Assim, pondera-se que o Estado brasileiro tem como objetivo a construção de um Estado democrático e social, de forma a assegurar a concretização dos direitos sociais.

E nesse desiderato, além da consagração do valor da fraternidade, em seu preâmbulo, a Constituição Federal, em seu Art. 3º, inciso I, preconiza a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Do mesmo modo, no mesmo Art. 3º, na parte final do inciso III, compromete-se a reduzir as desigualdades sociais e regionais. Preceito repetido no Art. 170, *caput*, quando menciona a justiça social e no inciso VII, do mesmo artigo, quando assevera ser objetivo da ordem econômica reduzir as desigualdades regionais e sociais.

Dentro dessa ótica, portanto, “os direitos sociais são meios de atingir tais objetivos”<sup>246</sup>. E ainda, nesse sentido, também Fabiana Okchstein Kelbert<sup>247</sup> assevera que: “Admite-se hoje, que os direitos sociais são meios de atingir os valores eleitos pelo constituinte, especialmente porque são direitos que visam à igualdade e à melhoria das condições de vida da população em geral”.

Surgidos por conta dos movimentos de resistência à ideologia liberal, os direitos sociais nasceram sob o signo da igualdade, derivação que lhes molda a essência.

Nesse sentido, explica Paulo Bonavides<sup>248</sup> que:

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

---

<sup>245</sup> “Das Utopias” – Mario Quintana.

<sup>246</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 34.

<sup>247</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Ibid.*, p. 34.

<sup>248</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 564.

Desse modo, a conformação dos direitos sociais liga-se a uma temática de ação. E nesse espírito, o legislador constitucional quis dar aos direitos sociais o caráter de fundamentalidade, considerando que a dignidade da pessoa humana é uma norma legitimadora de toda ordem estatal e comunitária<sup>249</sup>.

Portanto, os direitos sociais devem ser considerados como direitos fundamentais. A uma, por gozarem de *status* de norma constitucional. A duas, por conta de estarem incluídos no rol de cláusulas pétreas<sup>250</sup>.

Assim, Fabiana Okchstein Kelbert<sup>251</sup> explica que:

A fundamentalidade formal se evidencia pela inserção dos direitos sociais no Título II. “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Certamente que essa foi uma opção consciente do legislador constituinte, na busca dos fins do Estado Democrático e Social. Numa estreita síntese, pode-se afirmar que a fundamentalidade formal diz respeito à colocação de determinados direitos sob o *status* de norma formalmente constitucional [...]. Desse modo, conclui-se que os direitos sociais gozam de proteção reforçada própria das normas constitucionais, quer pelo seu caráter de norma hierarquicamente superior, quer pela sua inclusão no rol das cláusulas pétreas.

De outra parte, a interpretação sistemática da Constituição Federal justifica a inclusão dos direitos sociais na dicção dos “direitos e garantias individuais”<sup>252</sup>, prevista no Art. 60, § 4º, inciso IV. Assim, a partir da aplicação do princípio da unidade, visto que os direitos sociais integram os elementos essenciais que identificam nossa Constituição, considerando a concepção de Estado eleita, chegasse a tal conclusão<sup>253</sup>.

O que se pretende, portanto, em última análise, é a garantia de que os direitos sociais não serão suprimidos, visto que se assim ocorrer, os objetivos constitucionais sufragam, e a Constituição se liquefaz pelo comprometimento de sua base axiológica.

Assim, uma vez tecido tal panorama, o Estado não pode se limitar a assistir a estagnação dos mandamentos constitucionais, petrificados pela ausência de políticas tendentes ao bem-estar de seu povo.

---

<sup>249</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

<sup>250</sup> Art. 60, § 4º, Inciso IV, da Constituição Federal.

<sup>251</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35.

<sup>252</sup> Notadamente quando se percebe que no caso da Constituição Brasileira não existe distinção de regimes jurídicos entre direitos de defesa e direitos prestacionais, a exemplo da Constituição Portuguesa (KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 38).

<sup>253</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Op. cit.*, p. 39.

Portanto, a inaugurar tais ponderações, evoca-se uma primeira abordagem, qual nos faz volver os olhos no sentido de que a noção de Direito somente se justifica ontologicamente como mecanismo provocador de transformações sociais.

A demonstrar tal acepção, Nagibe de Melo Jorge Neto<sup>254</sup> pontua que:

O Direito, já há algum tempo, não é mais visto como mero instrumento de pacificação de conflitos, assumiu definitivamente o lugar de instrumento de desenvolvimento econômico e social, instrumento de construção da sociedade com base nos valores idealizados e positivados na Constituição.

De mais a mais, acalentar direitos sociais viceja na exigência de um caminhar no sentido de guindá-los, esses direitos concebidos nas páginas dos diplomas constitucionais, à realidade social.

Tal ponderação é apresentada por Virgílio Afonso da Silva<sup>255</sup>, o qual assevera que:

Se “proteger direitos sociais” implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta “o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?” tem que, necessariamente, incluir ações. “Proteger direitos”, nesse âmbito, significa “realizar direitos”. Por isso, pode-se dizer que o “âmbito de proteção” de um direito social é composto pelas *ações estatais que fomentem a realização desse direito*.

Assim, com o surgimento do constitucionalismo democrático, no segundo Pós-Guerra, vem a lume a universalização do *judicial review*, bem como, a afirmação de leis fundamentais que passam a impor limites à regra da maioria.

De outra medida, a Constituição, a par de todas as argumentações que podem ser lançadas em supedâneo à sua força normativa, por ser uma lei deve ser cumprida, ante o seu caráter imperativo de norma jurídica.

Tal derivação é apontada por J. J. Gomes Canotilho<sup>256</sup>, ao asseverar que:

*A força normativa* da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*. Afasta-se a tese generalizante aceite nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um “valor declaratório”, “uma natureza de simples direcção política”, um carácter programático despido de força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis.

<sup>254</sup> NETO, Nagibe de Melo Jorge. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. 2ª tir. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 19.

<sup>255</sup> SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais. 2ª ed, 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 77.

<sup>256</sup> CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 623.

A dramaticidade de tal discussão reflete questões que perpassam pela própria existência desses direitos, uma vez que, deslocando-se a sua ontologia a uma acepção política, a opção por sua implementação no seio social, fica a depender das ideologias de um governo em particular.

Por outro lado, ao se pontuar a natureza jurídica desses direitos, a questão fundamental que se apresenta, ainda quanto a sua existência, repousa em saber em qual medida se poderia obrigar judicialmente o Estado a fornecer o acesso a bens econômicos, sociais e culturais aos carentes.

Tal temática é abordada por Jorge Reis Novais<sup>257</sup>, o qual pondera que:

O “problema” dos direitos sociais é, antes, como se verá em todo o desenvolvimento, uma questão competencial ou de separação de poderes: uma vez reconhecidos, mais ou menos controversamente, como verdadeiros direitos fundamentais, coloca-se a questão decisiva de saber a quem compete fixar o seu comando normativo definitivo, a quem cabe a última palavra sobre o seu sentido, o seu conteúdo e alcance.

Ainda, Jorge Reis Novais<sup>258</sup> conclui que:

Enquanto problema jurídico-constitucional, tudo se resume em última análise, em saber se o juiz, designadamente o juiz constitucional, pode, com fundamento nas normas sobre direitos sociais, e em caso afirmativo, em que medida e com que alcance, impor ao Governo/maioria democrática a invalidação das respectivas decisões ou o cumprimento positivo de deveres, ainda que contra a vontade ou a opção política desses titulares do poder político.

Assim, pondera-se que o âmbito de proteção desses direitos está fundado na possibilidade de sua realização, que se concretiza por meio das ações Estatais.

Evoca-se, portanto, a noção alhures desposada, que prega que os direitos positivos, e, portanto, os direitos sociais, constituem-se em pretensões ou deveres voltados ao Estado, de modo a que o mesmo promova ou mesmo incremente o acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. E, de outra parte, quanto aos direitos de cunho liberal, chamados, nesse trabalho, de direitos de primeira dimensão, ou mesmo, direitos negativos, fora-lhes aderido o epíteto que condiciona a não intervenção do Estado a acessos já garantidos a tais valores.

Portanto, como pondera Jorge Reis Novais<sup>259</sup>:

---

<sup>257</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 33.

<sup>258</sup> NOVAIS, *Ibid.*, p. 33.

Trata-se, sempre, em quaisquer dos casos, de direitos sociais, no sentido da definição utilizada, ou seja, garantia jurídica de prestações materiais destinadas a assegurar o acesso individual a bens económicos, sociais e culturais, tal como, nos direitos de liberdade a bens de liberdade e autonomia individual.

De outra parte, e lastreado nas ideias do próprio professor português, pondere-se que a distinção dos direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, em relação aos direitos de primeira dimensão pode estar inserta não na caracterização de direito positivo/negativo, como acabamos de mencionar, “mas sim na natureza do direito fundamental que está em causa”<sup>260</sup>.

Portanto, no caso dos direitos da primeira dimensão, “a Constituição pode ela própria, dada a natureza do objecto, assegurar uma quantidade determinada ou determinável de acesso individual ao bem”<sup>261</sup>. Por outro lado, no caso dos direitos sociais, ordinariamente, “a Constituição não pode ou não deve fixar ela própria esses limites”<sup>262</sup>.

Concluindo-se, desse modo, que há uma diferenciação entre a natureza, estrutura e força positiva entre os direitos. No entanto, “ambos, integram, como faculdades ou direitos particulares, direitos positivos e direitos negativos”<sup>263</sup>.

Evidencia-se, assim, que a dimensão positiva dos direitos sociais não esgota a sua essência, remanescendo, portanto, ainda que em menor ênfase, uma dimensão negativa<sup>264</sup>.

Portanto, traçado esse paradigma, volta-se à figura do Estado. Em primeiro lugar o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais é uma pauta política, que normativamente reconhecida, pela Constituição desse Estado, convoca-o a se submeter à missão de concretizá-los.

E nesse sentido, tendo os direitos sociais uma feição que se reconhece nos direitos “dirigidos primariamente *contra* o Estado ou *face* ao Estado”<sup>265</sup>, a questão da sujeição à obrigação jurídica de fornecimento das prestações materiais constitutivas desses direitos

<sup>259</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 61.

<sup>260</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Ibid*, p. 64.

<sup>261</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Ibid*, p. 64.

<sup>262</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Ibid.*, p. 64.

<sup>263</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Ibid*, p. 64.

<sup>264</sup> Assim, ter em conta a distinção significa que, mesmo quando se considere ser a dimensão positiva de promoção a principal dimensão dos direitos sociais, ela não esgota o conteúdo deste tipo de direito, pelo que a discussão sobre a natureza jusfundamental dos direitos sociais seria unilateral e redutoramente orientada se não tivesse em conta o conjunto das virtualidades jurídicas que se abrigam no âmbito normativo das disposições constitucionais sobre direitos sociais (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 64).

<sup>265</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 65.

torna-se plausível quando feita em um panorama que leva em consideração a existência de um Estado Social.

E, nesse sentido, tem-se, como mencionado, que o surgimento do Estado Social está ligado à superação do paradigma do Estado Liberal.

É nessa ambiência, ou seja, quando o Estado assume a responsabilidade de efetivação desses direitos, que os direitos sociais, consagrados, após alguma evolução normativa, nas respectivas Constituições, adquirem, ainda que formalmente, como poderia se advogar em alguns foros, o caráter de direitos fundamentais<sup>266</sup>.

Portanto, a temática dos direitos sociais está umbilicalmente ligada à evolução do paradigma estatal, de uma ponta, e do curso do constitucionalismo ao longo da história, de outra ponta.

Assim, por agora, quanto a evolução do paradigma estatal, ante o que já fora ponderado, tem-se a mencionar que a inserção dos elementos socioideológicos nas Constituições, como o amalgama que selou o compromisso entre o Estado e a sociedade; representaram a porta de entrada para os direitos sociais, plasmados em normas e princípios diretivos da ordem econômica e financeira e a ordem social.

O alcance de um novo modelo Estatal abriu espaço para o surgimento dos direitos sociais. Assim, por exemplo, veio a lume, uma primeira concepção de seguridade social, com lastro na intervenção estatal, com o fito de garantir iguais oportunidades a todos.

Por tais razões, o Estado Social, fundado sob o postulado do reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, rompeu com o paradigma anterior, representado pelo Estado Liberal.

Tal paradigma é apontado por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>267</sup>, o qual explica que:

Os direitos sociais (na sua dimensão prestacional) encontram-se, nesse contexto, intimamente atrelados às tarefas do Estado como Estado social, o qual justamente deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes.

---

<sup>266</sup> No caso do Brasil, por todas as razões apontadas alhures, onde a eficácia dos direitos sociais tem mais pertinência quando se consideram as opções políticas-ideológicas do Estado nacional, estampadas no texto constitucional.

<sup>267</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. *In*: Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 25, n. 55, 2002, p. 49.

Assim, conclusivamente, o caráter jusfundamental dos direitos sociais é admissível e se fundamenta tanto doutrinariamente, adstritos ao rol de direitos naturais do ser humano, como positivamente, constando do texto escrito da Constituição Brasileira.

A partir dessa conclusão, portanto, o direito à seguridade social, como desdobramento dos direitos sociais, apresenta caráter fundamental à preservação da dignidade da pessoa humana, de modo que todas as acepções e cuidados que devem ser despendidos a esses direitos se aplicam àqueles direitos, de forma mais própria e intensa.

A argumentação proposta nesse sentido se sustenta, na medida em que o direito à seguridade social pressupõe situações limites onde a tragédia, a doença e a morte do homem, então desvalido, são confrontadas pelo amparo estatal, em uma conformação solidária, ao menos, e fraterna, muita das vezes.

### **CAPÍTULO 3 - DO DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL**

Por tudo que se disse alhures, diante da evolução dos direitos naturais do homem, a mera proclamação desses direitos tende a ser superada com o reconhecimento e garantia jurídica mais integral das distintas dimensões do ser humano, formuladas em termos de direitos.

Dessa forma, a partir dessa concepção, são erigidos um feixe de acepções jurídicas, correspondentes aos direitos individuais, políticos e sociais; cuja consagração possibilita propugnar pela realização dos princípios da solidariedade e da igualdade material, a partir do pressuposto de uma atuação positiva, por parte dos Poderes Públicos.

No presente estado de coisas, pressupondo a desigualdade humana, surge a ideia de compensação entre os desiguais, buscando-se criar uma situação de oportunidade substantiva, ligada à noção de igualdade de capacidades<sup>268</sup>.

É justamente nesse ponto que se origina a idéia de uma democracia substancial, a partir do alcance da liberdade por meio do Estado garantidor das igualdades.

E nesse sentido, explica Paulo Bonavides<sup>269</sup>:

A clara opção constitucional de alguns sistemas pluralistas por um Estado social tem levado a fazer da ordem econômica e social se não o mais importante capítulo da Constituição, pelo menos aquele onde se escreve a verdadeira essência e finalidade de um novo modelo de Estado que, adotando a fórmula de consenso, pretenda lograr a consecução de objetivos sem os quais princípios da importância da igualdade ficariam consideravelmente deficitários ou desfalcados de seus componentes democráticos. Nesse caso a liberdade seria privilégio ou ilusão de teóricos, uma fábula para diletantes acadêmicos.

Assim, a busca da justiça social, por meio de um projeto econômico igualitário, tendo por pressuposto as ações estatais, passa a ser a aspiração dos Estados Sociais.

Tal paradigma conceitual é apresentado por José Afonso da Silva<sup>270</sup>, o qual aponta que a democracia tem seu nascimento derivado não somente do respeito às regras do jogo democrático; mas, sobremaneira, no alcance de padrões igualitários da “democracia social”.

Dentro desse contexto, o desenrolar dos direitos sociais, em sua gênese e evolução, representaram o pano de fundo, que embalsamaram o surgimento da seguridade social.

---

<sup>268</sup> SEN, Amartya. A Idéia de Justiça. Tradução Denise Bottman, Ricardo Donineli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 339.

<sup>269</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 288.

<sup>270</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006, *passim*.

Assim, pode-se entender que os direitos sociais se constituem em formas de tutela pessoal do Estado aos seus integrantes, justificados a partir de um enunciado fraterno. Por sua importância na preservação da personalidade do gênero humano, em sua acepção total, fazem parte integrante do pálio de direitos fundamentais do homem.

Os direitos sociais, portanto, apresentam-se como caudatários de fontes materiais que resultaram em uma construção doutrinária que leva em consideração o plexo de direitos fundamentais estruturados em dimensões.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Júnior<sup>271</sup> explicam que:

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais.

Sua inspiração remonta à Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, por conta das péssimas condições de trabalho impostas aos operários, apesar dos direitos sociais somente serem institucionalizados no início do século XX, com o fim da 1ª Guerra Mundial.

Tais direitos têm, como essência, a preocupação com as necessidades humanas. E nesse viés, buscam a satisfação das necessidades primordiais das pessoas, a fim de que se possam alcançar patamares mínimos de existência, desfraldando, em sua marcha, a bandeira da dignidade da pessoa humana, com intento de buscar uma significação maior à vida, que uma sucessão de misérias.

Nesse diapasão, os direitos sociais são dotados de importância única dentro de qualquer Estado Democrático de Direito. Entretanto, diferentemente dos direitos fundamentais de primeira geração, aqueles chamados de direitos de defesa, não existe consenso acerca da sua aplicabilidade e efetividade imediatas e, tampouco, em relação ao caráter de direito subjetivo que, porventura, possam expressar. Tal é o cerne do problema concernente à efetiva implementação do direito à seguridade social.

---

<sup>271</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Inicialmente, claro se afigura que direitos sociais condicionam os direitos individuais, como por exemplo, o direito de propriedade. Portanto, não se pode olvidar, com relação aos direitos sociais, o seu caráter de complementaridade aos direitos individuais.

E nesse sentido, a conexão dos direitos individuais, civis e políticos com os direitos sociais, na medida em que ausentes o suprimento das necessidades básicas, não se pode falar, por exemplo, em plenitude da liberdade.

Justamente, nesse ponto reside a necessidade de se implementar a eficácia dos direitos sociais na maior medida possível; visto que:

[...] infringe-se a ordem jurídica não apenas quando se utiliza a competência para a realização de uma finalidade distinta daquela protegida pela ordem jurídica. Também há antijuridicidade quando não se promove, por omissão, a finalidade protegida<sup>272</sup>.

Portanto:

[...] Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).<sup>273</sup>

Dentro desse entendimento, é fundamental imprimir eficácia aos direitos sociais, sob pena de se inviabilizar todo o sistema de direitos fundamentais, na medida em que, estando os direitos sociais carentes de efetivação, inaplicáveis se farão os direitos individuais, direitos inaugurais do sistema jurídico protetivo da pessoa humana, ante o fato dos direitos sociais concentrarem, em sua essência, a razão da existência dos direitos de primeira geração.

Nesse sentido, Ana Cristina Costa Meireles<sup>274</sup> pondera que:

Em verdade, a garantia dos direitos sociais, hoje, representa condição necessária para que se possibilite o efetivo gozo dos direitos de liberdade civis e políticos clássicos. Sem aqueles, este restam esvaziados de conteúdo e não passam de meras promessas inscritas em um papel ao qual, inclusive, nem todos têm acesso. Ora, os direitos sociais surgem quando, em uma

<sup>272</sup> FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

<sup>273</sup> Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADI nº 3.510, Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em 01 jan. 2013.

<sup>274</sup> MEIRELES, Ana Cristina. A Eficácia dos Direitos Sociais. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 93.

sociedade de relações mais complexas, já não bastavam como direitos fundamentais os direitos à vida, à liberdade e a propriedade.

Assim, a partir do momento em que o Estado passa a intervir na economia, objetiva não o fim da economia de mercado; mas, em verdade, no fornecimento de bens e serviços considerados essenciais a uma vida digna.

Desse modo, os direitos sociais exigem para a sua existência recursos públicos disponíveis para que sejam concretizados, visto dependerem de prestações positivas por parte do Estado, o que traz a lume o sempre atual debate fundado nas limitações de recursos materiais e financeiros, a condicionar a atuação do Estado.

Por tal razão, a consideração do paradigma Estatal adotado é fundamental para o surgimento e o desenvolvimento dos direitos sociais.

Assim, somente se pode falar em uma política sistemática de implementação de direitos relativos à previdência social, à assistência social e a saúde, a partir do surgimento de um Estado comprometido com tal desiderato, escoimado em uma normatização orgânica, e subvencionado por um orçamento específico a tal fim.

Desse modo, o desenvolvimento dos direitos sociais, apesar de declarados e positivados nas primeiras décadas do Século XX; efetivamente ocorreu somente na segunda metade do Século XX, com a organização efetiva do Estado Social de Direito; comprometido com a realização da denominada justiça social, nos marcos do sistema capitalista<sup>275</sup>.

Não é sem razão, portanto, ainda que com alguma ressalva, que ao se referir às origens da seguridade social, aponta-se para o Estado do Bem-Estar Social, nos Estados Unidos; com o *New Deal*, capitaneado por Franklin Roosevelt; e para a Inglaterra, com o Plano Beveridge, concebido por Sir William Beveridge<sup>276</sup>.

Essa mudança significativa nas relações entre a sociedade e o Estado, com o advento do Estado Social, passou a exigir também modificação na forma jurídica até então conhecida.

Ao mesmo tempo em que se consolida a teoria do Estado Social, surge a exigência de uma teoria jurídica que, ao menos no plano teórico, tutele e garanta os denominados direitos sociais, superando o paradigma do Estado Liberal, então vigente, voltado exclusivamente à tutela e garantia dos denominados “direitos individuais”<sup>277</sup>.

---

<sup>275</sup> ESTEVES, João Luiz. Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007, p. 26.

<sup>276</sup> NASCIMENTO, Sérgio do. Interpretação do Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 26 e 27.

<sup>277</sup> ESTEVES, João Luiz. Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007, p. 26.

Assim, com fulcro nesse espírito, escoimada em uma dogmática jurídica própria que lhe dá estofo, a ordem jurídica nacional, inaugurada pela Constituição Federal de 1988 preconiza que a Ordem Social é consagrada pelo estabelecimento da Seguridade Social, dentre de uma acepção que busca alcançar o “o bem-estar e a justiça social”<sup>278</sup>.

A seguridade social, nesse sentido, tem como fundamento garantir os mínimos necessários à sobrevivência do indivíduo. Assim, pode ser qualificado como um instrumento de bem-estar. Ainda, funciona como redutor das desigualdades sociais originadas da falta de ingressos financeiros na renda familiar dos indivíduos.

Desse modo, os direitos sociais, e nesses incluído o direito à seguridade social, apresentam sua fundamentalidade justificada no momento em que os cidadãos por não disporem dos meios materiais para acessar os bens representados, por exemplo, pela saúde, pela habitação ou educação, recorrem ao Estado, o qual se obriga a tais prestações.

Portanto, os direitos sociais têm sua expressão compreendida como fundamental, quando o círculo estreito delimitado pelo reconhecimento constitucional das liberdades inerentes à pessoa humana é esgarçado, passando a abarcar a exigência de um mínimo social.

E, nesse desiderato, a seguridade social, organizada sob o pálio da justiça social, pretende promover a distribuição de benefício e serviços sociais a partir da seleção de pessoas e contingências sociais que ensejem a intervenção do Estado e provoquem, de um modo geral, a atenção social.

### **3.1 O conceito e evolução da seguridade social**

O direito à seguridade social pode ser compreendido, dentro da teoria das gerações ou dimensões dos direitos humanos, como direitos fundamentais da segunda geração ou dimensão.

E a partir de tal constatação, pondera-se que os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social

---

<sup>278</sup> Conforme dispõe o Art. 193 da Constituição Federal.

proporciona em toda a plenitude, como um direito fundamental de segunda geração, naquele rol de direitos umbilicalmente vinculados ao Estado do Bem-Estar Social<sup>279</sup>.

Esse, portanto, é o signo característico da seguridade social.

Dentro do quadro evolutivo que abarca a gênese e evolução da seguridade social, o primeiro marco histórico relevante ocorre em 1601, a Inglaterra editou a *Poor Relief Act* (Lei de Amparo aos Pobres), que instituía a contribuição obrigatória para fins sociais, consolidando outras leis sobre assistência social.

Assim, tal previsão legal determinava que o indigente tivesse o direito de ser auxiliado pela paróquia. E nesse sentido, determinava que os juizes da Comarca tivessem o poder de lançar um imposto de caridade, o qual seria pago por todos os ocupantes e usuários das terras, bem como, nomear inspetores em cada uma das paróquias, visando receber e aplicar o imposto arrecadado.

Outro marco relevante da seguridade social revela-se no ano de 1798, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, derivada da Revolução Francesa, determinou o dever do Estado de socorrer aqueles que não possuíam meios de subsistência, fornecendo-lhe trabalho e meios de sustento àqueles que não pudessem exercer atividade laborativa. Surge o intervencionismo estatal.

Tal acepção paradigmática é explicada por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>280</sup>, ao ponderarem que:

A primeira vez em que em que tem lugar uma mudança na concepção da proteção ao indivíduo ocorre na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que inscreve o princípio da Seguridade Social como direito subjetivo assegurado ao todo: “Les secours publiques sont une dette sacrée”. Já se está diante do chamado liberalismo político, influenciado por movimentos de trabalhadores, o que vai acarretar a deflagração da idéia de previdência social, pública, gerida pelo Estado, com participação de toda sociedade.

Tal contextualização remete à Alemanha de Otto Von Bismarck, que optando por uma solução exteriorizadora aos riscos sociais que estavam submetidos os trabalhadores, criou um sistema de amparo que se destinava à cobertura desses riscos sociais, já na década de oitenta do século dezenove.

---

<sup>279</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 565.

<sup>280</sup> CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário, 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 41.

O pano de fundo para tais mudanças fora derivado do processo de consolidação da sociedade liberal alemã. A qual longe de um luta radical contra a ordem feudal, fora se firmando por meio de reformas impostas pela elite político-intelectual; o que contribui para uma postura de submissão e confiança no Estado paternalista, dando azo, portanto, à implementação de programas de proteção social, o que somente ocorreu na Inglaterra na década de dez do século vinte.

Não se olvide, entretanto, que o Chanceler de Ferro tinha, de índole imediata, o objetivo de alquebrar o ânimo revolucionário da classe trabalhadora insuflada pelos ideais do partido socialista, que com vitória expressiva, em 1877, nas eleições parlamentares, incitava a revolução proletária<sup>281 282 283</sup>.

Assim, explica, Augusto Massayuki Tsutiya, que os trabalhadores renunciavam, obrigatoriamente, a uma parte de seus ganhos presentes para construir um fundo que seria utilizado para cobrir – quando tivessem necessidade – os gastos com atenção à saúde, para lhes prover uma renda quando não pudessem trabalhar, seja porque passaram de certa idade, sofreram acidente, uma enfermidade ou se encontravam involuntariamente desempregados<sup>284</sup>.

Tal sistema de proteção social, através do seguro social, passou a ser conhecido como Modelo Bismarckiano<sup>285</sup>.

E dentro desse espírito, na Inglaterra, em 1897, foi instituído o *Workmen's Compensation Act*, o qual criou um seguro obrigatório contra acidentes do trabalho,

---

<sup>281</sup> Assim, em 1883, foi instituído o seguro-doença. Tal benefício previdenciário era custeado pelas contribuições dos empregados, empregadores e o Estado. Em 1884 fora instituído o seguro contra acidentes do trabalho, através do financiamento por parte dos empresários. Em 1889 criou-se o seguro de invalidez e velhice, custeados pelos trabalhadores e empregadores e pelo Estado (TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 06).

<sup>282</sup> Em 1869, o Parlamento da Confederação do Norte, diante dos graves problemas trazidos pelo desenvolvimento industrial na Alemanha, convidou o Chanceler Bismarck a desenvolver um projeto de “seguro operário”, apto a substituir a limitada assistência pública. Dessa forma, estudando as bases do sistema cooperativo, do mutualismo do seguro privado e do socorro mútuo, Bismarck e seus colaboradores chegaram à conclusão de que, com respaldo em tais idéias, poderiam combater o socialismo e o capitalismo, em um só tempo, que ameaçavam a estabilidade política do Império Alemão. Como fruto de tal reflexão, pela lei imperial de 15 de julho de 1883, a Alemanha instituiu o seguro-doença-maternidade, destinado aos operários da indústria e do comércio, criando um sistema novo, que, mais tarde, seria adotado por outros países. Em 6 de julho de 1884 foi criado o seguro de acidentes do trabalho, e em 22 de junho de 1889, o seguro invalidez-velhice. (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de Direito da Seguridade Social. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 05).

<sup>283</sup> ROCHA, Daniel Machado da. Direito Fundamental à Previdência Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, pp. 34 e 35.

<sup>284</sup> TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 06.

<sup>285</sup> Evidencia-se também nessa época a influência moral da doutrina social cristã; através, por exemplo, da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, a primeira encíclica social dos tempos modernos.

apresentando o paradigma da responsabilização objetiva<sup>286</sup>. Em 1907 foi instituído o sistema de assistência à velhice e acidentes do trabalho. Em 1908 foi instituído o *Old Age Pensions Act*, o qual concedeu pensões aos maiores de 70 anos, independentemente de contribuição; para, em 1911, ser criado o *National Insurance Act* determinando a aplicação de um sistema compulsório de contribuições sociais, as quais ficavam a cargo do empregador, do empregado, e do Estado.

Com a normatização dos direitos sociais, ocorreu sua constitucionalização. Figuraram como diplomas pioneiros, a incluir em seu bojo, um catálogo de direitos sociais, a Constituição do México de 1917, seguida da Constituição Soviética de 1918 e da Constituição de Weimar de 1919.

Tais acontecimentos históricos são delineados, de forma abrangente, por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>287</sup>, os quais explicam que:

Os Estados da Europa, precursores da idéia de proteção estatal ao indivíduo vítima de infortúnios, estabeleceram, de maneira gradativa, da segunda metade do século XIX até o início do século XX, um sistema jurídico que garantia aos trabalhadores normas de proteção em relação aos seus empregadores nas suas relações contratuais, e um seguro – mediante contribuição destes – que consistia no direito a uma renda em caso de perda da capacidade de trabalho, por velhice, doença ou invalidez, ou a pensão por morte, devida aos dependentes. Assim se define uma nova política social, não mais meramente assistencialista – está lançada a pedra fundamental da *Previdência Social*.

Nos EUA, por sua vez, Franklin Roosevelt, presidente nessa ocasião, instituiu o *New Deal*<sup>288</sup>, com a política do *Welfare State* (Estado do bem-estar social), buscando com isso resolver a crise econômica que vinha se abatendo sobre aquele país, desde 1929. Baseava-se no princípio de que o Estado Democrático tem o dever de assegurar a cada cidadão um nível de vida suficientemente digno e colocar acima de tudo o bem-estar social<sup>289</sup>.

A partir de então, todo cidadão americano, no momento de seu registro de nascimento, como primeiro ato, tem inscrição obrigatória Seguridade Social. Essa fórmula, que dá amparo generalizado ao cidadão contra riscos sociais em geral, criadas pelos norte-

---

<sup>286</sup> O atual Código Civil Brasileiro, em seu art. 927, parágrafo único, estabelece que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor *do* dano implicar, por sua natureza, *risco* para os direitos de outrem, ou seja, adota critérios de responsabilidade objetiva no âmbito do direito privado.

<sup>287</sup> CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário, 14<sup>a</sup> ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 42.

<sup>288</sup> Numa livre tradução poderia ser entendido como Novo Acordo.

<sup>289</sup> TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. 2<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 06 e 07.

americanos, deu origem à Seguridade Social. Ao contrário do sistema protetivo criado por Bismarck, que era de seguro social, protegendo apenas quem contribuía para o sistema, esse tutelava todos os cidadãos, independentemente de contribuição.<sup>290</sup>

Tal política pública preconizava a luta contra a miséria, buscando combater as perturbações da vida humana, especialmente o desemprego e a velhice.

Nesse contexto, em 1935, foi aprovado no Congresso o *Social Security Act*, com o fito de ajudar os idosos e estimular o consumo. Tal diploma legislativo instituiu o auxílio-desemprego para os trabalhadores que temporariamente ficassem desempregados.

Por sua vez, em 1941, na Inglaterra, o Plano Beveridge, elaborado por William Beveridge, veio propor um programa de prosperidade política e social, garantindo ingressos suficientes para que o indivíduo ficasse acobertado por certas contingências sociais, como a indigência, ou quando, por qualquer motivo, não pudesse trabalhar. A segurança social deveria ser prestada do berço ao túmulo (relatório Beveridge de 1942).

Inspirado no relatório Beveridge, o governo Inglês apresentou, em 1944, um plano de previdência social, que deu ensejo à reforma do sistema inglês de proteção social, implantado em 1946. O Sistema Beveridge tinha por objetivos: (a) unificar os seguros sociais existentes; (b) estabelecer o princípio da universalidade, para que a proteção se estendesse a todos os cidadãos e não apenas aos trabalhadores; (c) promover a igualdade de proteção e (d) fundamentado na tríplice forma de custeio, com a predominância do custeio estatal.

Assim, nesse período histórico, o modelo de proteção social que se propunha, tratava-se do Modelo Beveridgeano, o qual tinha como característica o imperativo da proteção universal.

Finalmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, estabeleceu como direito fundamental da pessoa humana, a proteção previdenciária. Nesse sentido, seu artigo XXV estabelece que: “todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à seguridade no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

No Brasil, por sua vez, houve paulatina evolução da Seguridade Social, assim, a Constituição de 1824 dispôs sobre a garantia dos socorros públicos para quem deles necessitasse (artigo 179, XXI); e a Constituição de 1891 foi a primeira a utilizar a expressão

---

<sup>290</sup> TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Ibid.*, pp. 06 e 07.

“aposentadoria”, benefício esse restrito aos funcionários públicos em caso de invalidez a serviço da Nação (artigo 75)<sup>291</sup>.

O Decreto Legislativo nº 3.724/1919 foi o primeiro a tratar de acidente do trabalho, adotando a teoria do risco profissional, onde era obrigação do empregador arcar com o seguro para fins de assistência médica e indenização do empregado (Antes, o Código Comercial esboçava forma rudimentar de seguro por acidentes de trabalho e indenização. O Regulamento 737, de 25.11.1850, assegurava, de modo geral, aos empregados, vítimas de acidentes de trabalho, a percepção de salários não excedentes a três meses).

No entanto, o marco da Previdência Social no país deu-se em 1923, com o Decreto Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro<sup>292</sup>, conhecido como Lei Eloy Chaves (nome do autor do projeto respectivo), o qual determinou a criação de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados de cada empresa ferroviária mediante a contribuição dos empregadores, dos trabalhadores e do Estado, assegurando aposentadorias a estes e pensão aos seus dependentes.

Tal contexto histórico é apresentado por Marina Vasques Duarte<sup>293</sup>, a qual explica que:

[...] No entanto, foi com a Lei Eloy Chaves (Decreto-Lei nº 4682, de 24 de janeiro de 1923) que se implantou efetivamente a Previdência Social, com a criação de Caixas de Aposentadoria e Pensões junto a cada empresa ferroviária, tornando seus empregados segurados obrigatórios. Para eles eram previstos os seguintes benefícios: assistência médica, aposentadoria por tempo de serviço e por idade avançada, por invalidez após dez anos de serviço e pensão aos seus dependentes.

Outros marcos históricos da seguridade social no Brasil podem ser apontados, por exemplo, em 1930, com o início da Era Vargas, quando o Ministério do Trabalho da Indústria e do Comércio, responsável pela organização da previdência social, através da reunião das 183 CAP's existentes, dá origem aos Institutos de Aposentadoria e Pensão substituindo as Caixas de Aposentadoria e Pensão. Em 1942, com a criação da LBA, Legião Brasileira de Assistência Social, através do Decreto nº 4890/42, marco da assistência social no Brasil. Em 1960, com a edição da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), a Lei nº 3.807/1960, a qual padronizou a concessão dos benefícios pelos diversos institutos. Em 1966, com a unificação dos institutos de aposentadorias e pensões, com a criação do INPS – Instituto de

---

<sup>291</sup> DUARTE, Marina Vasques. Direito Previdenciário. 8ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 24.

<sup>292</sup> Instituído como dia da Previdência Social.

<sup>293</sup> DUARTE, Marina Vasques. Direito Previdenciário. 8ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 24.

Previdência Social, criado pelo Decreto nº 72/1966, consolidando-se o sistema previdenciário brasileiro. E, em 1977, com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), através da Lei 6439/1977; o qual integrou as atividades de assistência social, previdência social, assistência médica e administração financeira e patrimonial. Ocasão em que foram criados, por exemplo, o Instituto Nacional de Assistência Médica a Previdência Social (INAMPS) e o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social (IAPAS)<sup>294</sup>.

Com o advento da Constituição de 1988, consagrou-se o uso da expressão “seguridade social” abraçando as novas tendências de proteção social no mundo. E, foi por meio dessa Constituição que se “instituiu um verdadeiro sistema de seguridade social, integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”<sup>295</sup>.

Assim, em 1990, foi criado o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, pela Lei nº 8029/90, advindo da união do INPS e do IAPAS. Ainda, em 1990, a Lei nº 8080/90, disciplinou a saúde, criando o SUS – Sistema Único de Saúde, acompanhada, em 1991, pela Lei nº 8212/91 e a Lei nº 8213/91, correspondendo ao Plano de Custeio e Organização da Seguridade Social e Plano de Benefício da Previdência Social, ambas adstritas ao Regime Geral de Previdência Social; e em 1993, veio a lume a Lei nº 8742/93, chamada de Lei Orgânica da Assistência Social, disciplinou a Assistência Social.

A Constituição Federal de 1988, quanto à seguridade social, sofreu alterações pelas Emendas Constitucionais nº 20/98, que alterou o regime geral da previdência social e 41/03, que alterou o regime previdenciário do setor público, tendo como razão principal o equilíbrio atuarial do sistema. Assim como, em 16/03/2007, foi criada a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir da junção da Secretaria da Receita Federa como a Secretar da Receita Previdenciária, conforme o teor da Lei nº 11457/2007.

Portanto, a Seguridade Social, na atual concepção, é resultado de um longo processo histórico. Pode ser conceituada como “um instrumento estatal, específico de proteção das

---

<sup>294</sup> Na verdade, como explica Ivan Kertzman, o SINPAS era formado por 07 órgãos: 1- INPS- Instituto Nacional de Previdência Social, tratava-se da autarquia responsável pelo pagamento e administração dos benefícios; 2 – IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência Social, autarquia responsável pela arrecadação, fiscalização e cobrança de contribuições e demais recursos; 3 – LBA – Fundação Brasileira de Assistência, responsável pela assistência social; 4 – FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, tratava-se de fundação responsável pela promoção de política social em relação ao menor; CEME - Central de Medicamentos, órgão ministerial que distribuía medicamentos e DATAPREV - Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social, tratava-se de Empresa Pública que gerenciava os sistemas de informática da previdência.

<sup>295</sup> VIANNA, José Ernesto Aragonês. Curso de Direito Previdenciário. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2007, p. 26.

necessidades sociais, individuais e coletivas, sejam elas preventivas, reparadoras e recuperadoras, na medida e nas condições dispostas pelas normas”<sup>296</sup>.

No Brasil, está alicerçada em três fundamentos: previdência social, assistência social e saúde; tendo como objetivo primordial, e de maneira abrangente, fazer frente aos riscos sociais<sup>297</sup>.

Nesse pormenor, Daniel Machado da Rocha e José Paula Baltazar Júnior<sup>298</sup> explicam que:

O termo *risco social* é empregado para designar os eventos, isto é, os fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas, pois nestes momentos críticos, normalmente não podem ser satisfeitas pelo indivíduo.

Portanto, a seguridade social tem sua base de sustentação, por tudo o que se ponderou, na evolução do perfil dos direitos humanos, agregados ao epíteto de direitos fundamentais, plasmados nos vários textos constitucionais, ao longo do século XX.

Desse ponto de vista, associado à evolução do paradigma estatal, vicejou a noção de responsabilidade social sob as agruras que pudessem irromper sobre seus cidadãos. Daí, o Estado abarcar sob suas atenções, a prevenção e superação do risco social, já inaugurando, em um panorama mais avançado, a noção de segurança social.

Desse modo, ocorre, junto à Sociedade, a redistribuição dos vários riscos sociais, através do equacionamento da economia coletiva, seja em uma acepção horizontal, representada pelos grupos profissionais diversos; ou em uma acepção vertical, ou seja, entre gerações.

Essa noção de responsabilidade social é esmiuçada por Daniel Machado da Rocha e José Paula Baltazar Júnior<sup>299</sup> que explicam que:

---

<sup>296</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de Direito da Seguridade Social: Editora Saraiva, 2008, p. 17.

<sup>297</sup> Considerando que a relação jurídica de seguridade social apresenta características diversas da relação jurídica de Direito Civil, apesar de serem assemelhadas; visto que se aproxima de uma relação de seguro. Assim, ante tal situação, por ser insatisfatória “a noção de risco, a seguridade social adota a de contingência, que gera a consequência-necessidade objeto de proteção” (SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13).

<sup>298</sup> ROCHA, Daniel Machado da; JUNIOR, José Paulo Baltazar. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. 10ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 31.

<sup>299</sup> ROCHA, Daniel Machado da; JUNIOR, José Paulo Baltazar. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. 10ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 57.

Segundo tal teoria, cabe à sociedade assegurar seu sustento ao indivíduo vitimado por uma incapacidade laborativa, já que toda a coletividade deve prestar solidariedade aos desafortunados, sendo tal responsabilidade de cunho objetivo – não se cogitando, sequer, de culpa do vitimado. Se a proteção dos infortúnios decorrentes de acidente do trabalho, por exemplo, vier a ser feita somente por intermédio de seguros privados, desaparece o conceito de risco social, ficando a encargo do tomador de serviços, exclusivamente, a obrigação de reparar o dano à capacidade de trabalho.

Dentro desse espírito, portanto, em nosso país, a seguridade social foi definida no Art. 194 da Constituição Federal<sup>300</sup>.

Tal artigo constitucional, em seu teor normativo, lastreado na contextualização acima apresentada, define o que o que vem a ser a seguridade social.

Desse modo, apresenta a seguinte dicção, ao disciplinar a seguridade social como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência e à assistência social”.

Sua base conceitual está escoimada no Art. 193<sup>301</sup> da Constituição Federal, o qual estabelece que: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

A significação do termo seguridade social abrange um verniz genérico que tem como objetivo, como já se deduz do enunciado normativo constitucional, nominar os três programas sociais mais caros à nossa conformação estatal.

Nesse sentido, como explica Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior<sup>302</sup>, tem-se que:

Pois bem, a expressão *seguridade social*, como está posta na nossa Carta de Princípios, é o termo genérico utilizado pelo legislador constituinte para designar o sistema de proteção que abrange os três programas sociais de maior relevância: a previdência, a saúde e a assistência social, espécie do gênero seguridade social.

Portanto, a previdência social só beneficia aqueles que contribuem para o custeio e dá cobertura às necessidades decorrentes das contingências determinadas pela Constituição, conforme enumeração disposta no Art. 201<sup>303</sup> daquele diploma legal.

<sup>300</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.

<sup>301</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.

<sup>302</sup> ROCHA, Daniel Machado da; JUNIOR, José Paulo Baltazar. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. 10ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 27.

<sup>303</sup> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a I- cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade,

Assim, só quem contribui tem cobertura, dando à previdência social um caráter de seguro social.

Nesse sentido, pondera José Ernesto Aragonés Vianna<sup>304</sup>:

A previdência social constitui forma de seguro social contra os riscos a que estão submetidos os trabalhadores, visto que esses são seus segurados. É um esquema de seguro, onde participam os trabalhadores, empregadores e o Estado, visto que instituído em favor de todos esses.

Por seu turno, a saúde e a assistência social independem de contribuição. São direitos fundamentais, como direitos sociais, oponíveis em relação ao Estado<sup>305</sup>, na forma disciplinada pela lei.

Desse modo, o Art. 196<sup>306</sup> da Constituição Federal prescreve que todos têm direito à saúde; tratando-se, ao revés, de um dever do Estado, que deve ser prestado, independentemente de contribuição ao custeio, ou da condição social ou econômica do postulante.

Quanto à assistência social, de forma específica, a mesma presta-se a auxiliar os desamparados, independentemente de contrapartida.

A prestação da assistência social à pessoa que dela necessitar considera-se um direito inerente à sua condição humana; sendo exigível do Estado, dentro das condições legais.

Tem-se, dessa forma, que a assistência social, como via de proteção caracteriza-se pela assistência aos indivíduos integrantes de segmentos estigmatizados, como as crianças, os idosos, os mendigos, os desempregados, os quais, por não se enquadrarem nos padrões sociais estabelecidos e se inserirem em um contexto, ficavam à margem da sociedade<sup>307</sup>.

Seu disciplinamento, na Constituição Federal é verificado no Art. 203, onde se podem verificar os seus objetivos<sup>308</sup>.

especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149).

<sup>304</sup> VIANNA, José Ernesto Aragonés. Curso de Direito Previdenciário. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2007, p. 33.

<sup>305</sup> Assim, como é o direito à previdência social, uma vez cumpridos os requisitos legais necessários à concessão dos benefícios previdenciários (qualidade de segurado e carência).

<sup>306</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147).

<sup>307</sup> CEDENHO, Antonio Carlos. Direito Constitucional da Assistência Social. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 106.

<sup>308</sup> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

Assim, a seguridade social, surge ao longo da história, a partir do processo de concepção e evolução dos direitos humanos, que guindados a direitos fundamentais, por obra das Constituições dos Estados, como caudatário dos direitos sociais.

Sua concepção está ligada ao surgimento do Estado Social. Inicialmente concebidos como seguros sociais, sob o viés comutativo, a partir de uma ótica voltada à contraprestação dos segurados, com a partição do Estado; evoluiu, ao longo de décadas, emergindo em uma concepção distributiva, voltada às necessidades dos membros da sociedade, sob uma axiologia que se baseia na ideia de solidariedade.

Portanto, a seguridade social apresenta-se como elemento fundamental para a promoção da justiça social, objetivo seminal da ordem social, na medida em que abarca como elemento fundante, quer se crer, a fraternidade<sup>309310</sup>; representada no resgate, no outro, da dignidade comum do gênero humano, dilacerada no abandono a que esse se encontra submetido, pelos grilhões da enfermidade ou da deficiência.

E, desse modo, a fraternidade ao se lastrear na ideia de reciprocidade, pondo em perspectiva a seguridade social, evoca a estreita relação entre a pessoa humana e a vida política; de forma alcançar um critério deontológico voltado ao bem comum do corpo social, por meio de uma ação emancipatória dos poderes públicos, instados a concretizar os direitos relativos à saúde, assistência social e previdência social.

### **3.2 A natureza jurídica do direito à seguridade social e sua conformação constitucional**

O direito à seguridade social constitui-se em direito fundamental da pessoa humana.

Tal aceção é derivada da própria evolução desse direito e a respectiva inclusão do mesmo no plexo de direitos humanos; e, após, a sua progressiva previsão nos vários diplomas constitucionais dos vários países do globo. O que faz supor que o mesmo apresenta-se delineado, no Brasil, em sua Constituição.

---

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153).

<sup>309</sup> A ideia de se atingir um marco fraterno a balizar a seguridade social é o que se pretende alcançar ante as ponderações que vem sendo lançadas ao longo desse trabalho. No entanto, atualmente, o marco informativo da seguridade social é a solidariedade, visto que os sistemas de seguridade social, de uma forma genérica, adotam, ao longo do mundo uma concepção distributiva e não comutativa, como fora, nas primeiras épocas de desenvolvimento da seguridade social (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA Érica Paula Barcha. Curso de Direito da Seguridade Social: Editora Saraiva, 2008, pp. 16 e 17).

<sup>310</sup> Pondere-se que a solidariedade constitui-se no parâmetro inicial da fraternidade. Assim, a solidariedade revela-se, metaforicamente, no livre arbítrio. Por seu turno, a fraternidade revela-se na liberdade.

Desse modo, o direito à seguridade social figura como espécie dos direitos sociais; e, portanto, é marcado pelo mesmo signo essencial.

Ou seja, como explica Fabiana Okchstein Kelbert<sup>311</sup>:

Os direitos sociais são direitos que ensejam pretensões positivas a serem realizadas pelo Estado, ou seja, seu dever em relação ao indivíduo não mais se restringe à abstenção de condutas lesivas aos tradicionais direitos de liberdade. Nessa segunda dimensão de direitos, o Estado assume o dever de fornecedor de prestações, por meio de uma atuação positiva.

Desse modo, assim como os direitos sociais, de um modo geral, o direito à seguridade social somente poderá se concretizar através da intervenção do Estado, visto que pretendem legitimar a verdade igualdade, a partir de direitos que assegurem um mínimo de condições materiais, com vistas à concretização da justiça social<sup>312</sup>.

Desse modo, tal classe direitos configura-se, na classificação de Robert Alexy, em “Direitos a prestação em sentido estrito” que “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares”<sup>313</sup>.

Como a realidade fática que subjaz a esses direitos reflete o paradigma de uma sociedade com graves problemas de distribuição de renda e por consequência, iniquidade social, os direitos fundamentais sociais só podem ser supridos pelo Estado.

Assim, é sob esse signo que a Constituição, quanto à tipificação desse direito, aponta sua previsão, em primeiro lugar, em seu Art. 6º, ao enumerar os vários direitos sociais, objetivando reduzir as desigualdades sociais e regionais, constando, portanto, em seu rol, os direitos à saúde, à assistência social e a previdência social<sup>314</sup>.

E nesse objetivo, ainda, o texto constitucional volta a tal temática, procedendo um adensamento em sua axiologia, ao prever, a partir do Título VIII, dedicado a ordem social, de maneira específica, os direitos à seguridade social, delineando sua natureza jurídica.

Assim, o Art. 194 da Constituição Federal de 1988, conceitua seguridade social do seguinte modo: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de

<sup>311</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 32.

<sup>312</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 33.

<sup>313</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 499.

<sup>314</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12).

iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”<sup>315</sup>.

Ainda, a partir do enunciado no artigo 193 da Constituição Federal, tem como objetivos: “o bem-estar e a justiça social”<sup>316</sup>.

Portanto, a base valorativa sob a qual são erigidos os princípios específicos da seguridade social, e evocando o papel seminal dos princípios, apresenta-se aos nossos olhos como móvel a desnudar esse instituto.

Dessa forma, considerando que a interpretação é um trabalho prático elaborado pelo operador do Direito, através do qual ele busca fixar o sentido e o alcance das normas jurídicas ou das “expressões do Direito”<sup>317</sup>. A Hermenêutica, dentro desse processo, busca construir um sistema que propicie a fixação do sentido e alcance das normas jurídicas. Podendo-se concluir, desse modo, que o objetivo da Hermenêutica é o próprio ato interpretativo, ou seja, a interpretação em si.

Assim, a esse ferramental, deve-se evitar agregar qualquer subjetivismo, devendo sempre o intérprete visar à aplicação da justiça e da segurança, bem como promover o bem comum.

Assim, interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos.

Somente assim, ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos.

Desse modo, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares.

Portanto, no que tange à seguridade social, a mesma está voltada a fazer frente ao chamado risco social. Nesse sentido, trata-se dos infortúnios causadores da perda, permanente ou temporária, da capacidade de trabalho e auferir rendimentos<sup>318</sup>.

Assim, a seguridade social se constitui, portanto, em um instrumento de bem-estar, uma vez que garante os mínimos necessários à subsistência do indivíduo; e, desse modo, reduz as desigualdades advindas da ausência de ingressos financeiros, conduzindo, dessa forma, à justiça social.

---

<sup>315</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.

<sup>316</sup> BRASIL, *Ibid.*, 2010, p. 144.

<sup>317</sup> Frise-se, por oportuno, que na interpretação leva-se em consideração a norma jurídica em si, mas também todo o contexto normativo em que ela está inserida.

<sup>318</sup> CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário, 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 57.

Nesse sentido, Jediael Galvão Miranda<sup>319</sup>, explica que:

Os objetivos, propósitos ou valores primários da seguridade social propriamente ditos são, isto sim, extraídos do comando do art. 193 da Constituição Federal, e em certa medida se confundem com os próprios fins de cada área de abrangência da seguridade social (previdência, assistência social e saúde). A seguridade social, como direito social que é, tem por objetivos promover e assegurar o bem-estar e justiça sociais, propiciando meios de subsistência ao desvalido e ao trabalhador atingido por determinadas contingências sociais, a todos garantindo os meios disponíveis para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Assim, com base na solidariedade institucionalizada, a chamada, na terminologia de Durkheim, de solidariedade orgânica<sup>320</sup>, advinda da divisão do trabalho, o Estado passa a garantir o mínimo necessário à sobrevivência àqueles que nada dispõem.

A partir desse paradigma, concebe-se, portanto, a Seguridade Social, construída a partir de um sistema que engloba três subsistemas: a saúde, a previdência e a assistência social.

E, a partir desse paradigma, a seguridade social, em suas diversas espécies, presta-se a promover, notadamente, nesse objetivo, por meio da previdência social; a redução das desigualdades sociais e econômicas, propiciando a redistribuição de renda, de modo a alcançar a justiça social.

Nesse sentido, explica Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>321</sup> que:

Assim, cabe à Previdência Social também a incumbência de redução das desigualdades sociais e econômicas, mediante uma política de redistribuição de renda, retirando maiores contribuições das camadas mais favorecidas e, com isso, concedendo benefícios a populações de mais baixa renda.

O Poder Público deve, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos, segundo o teor do Art. 194, Parágrafo Único da Constituição Federal: a) universalidade da cobertura e do atendimento; b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; d) irredutibilidade do valor dos benefícios; e) equidade na forma de participação no custeio; f) diversidade da base de financiamento; g) caráter democrático e

<sup>319</sup> MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da Seguridade Social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 23.

<sup>320</sup> RODRIGUES, José Albertino (org). *Émile Durkheim*. 9ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2004, p. 83.

<sup>321</sup> CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*, 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 55.

descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Pela “definição” constitucional, portanto, já é possível notar que a seguridade social objetiva assegurar saúde, previdência e assistência; de forma que constitui-se em gênero, da qual são espécies a saúde, a previdência e a assistência Social<sup>322</sup>.

Portanto, a seguridade social é um sistema de proteção social constituído por um feixe de princípios e regras destinados a acudir o indivíduo diante de determinadas contingências sociais<sup>323</sup>, assegurando-lhe o indispensável a uma vida digna, mediante a concessão de benefícios, prestações e serviços.

Desse modo, a previdência social só beneficia aqueles que contribuem para o custeio e dá cobertura às necessidades decorrentes das contingências determinadas pela Constituição, conforme enumeração disposta no Art. 201 da Constituição Federal. Assim, só quem contribui tem cobertura, dando à previdência social um caráter de seguro social.

Assim, para a previdência social, conforme o teor do referido Art. 201 da Constituição Federal, figuram como riscos sociais: a) cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; b) proteção à maternidade, especialmente à gestante; c) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; d) salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e e) pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

Por seu turno, a saúde e a assistência social independem de contribuição. São direitos fundamentais, como direitos sociais, oponíveis em relação ao Estado, na forma disciplinada pela lei. Desse modo, o artigo 196 da Constituição Federal prescreve que todos têm direito à saúde; tratando-se, ao revés, de um dever do Estado, que deve ser prestado, independentemente de contribuição ao custeio, ou da condição social ou econômica do postulante.

De forma particularizada, mas ainda levando-se em consideração a ausência de contribuições ao seu custeio, a assistência social presta-se a auxiliar os desamparados, portanto, independentemente de contrapartida. A prestação da assistência social à pessoa que dela necessitar considera-se um direito inerente à sua condição humana; sendo exigível do

---

<sup>322</sup> Conforme dispõe o Art.194, Parágrafo Único, da Constituição Federal de 1988; o qual estabelece os objetivos da Seguridade Social.

<sup>323</sup> O termo contingência social, apesar de ser confundido com risco social, o que explica a variação dos termos ao longo do texto, constitui-se em situações previstas na legislação, que, quando verificadas, deflagram o mecanismo de proteção da norma (SANTOS. Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34).

Estado, dentro das condições legais. Seu delineamento constitucional encontra-se estabelecido no Art. 203 da Constituição Federal.

Em síntese, Jediael Galvão Miranda<sup>324</sup> pontua que:

O art. 6º da Constituição Federal relaciona como direitos sociais, dentre outros, a saúde, a previdência social e a assistência, núcleos da seguridade social, que se constitui em direito fundamental do homem. Com especificidade, a seguridade social é tratada na Constituição Federal no Título “Da Ordem Social”, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Nesse contexto, as normas que regem a seguridade social são destinadas a regular interesses gerais da coletividade e não são submetidas a uma relação de voluntariedade entre o particular e o Estado, como se contrato privado fosse; estão jungidas ao poder de Império do Estado, na disciplina das relações de proteção social. Disso se conclui que a sua natureza jurídica é de direito social, inserido, no entanto, no ramo de *direito público*.

Desse modo, a seguridade social constitui-se em um direito social, considerando o conjunto de ações coletivamente prestadas, em prol do bem-estar e da justiça social, resgatando a dignidade da pessoa humana.

A seguridade social pretende, nesse jaez, varrer o estado de necessidade da realidade do homem; no entanto, as limitações conjunturais inerentes à complexidade desse problema, condicionam esse objetivo a diversas variantes, nem sempre solúveis.

Assim, apesar de todos os poderes constituídos estarem vinculados pelos ditames constitucionais, à concretização da seguridade social, o reconhecimento desse direito representa um dever jurídico do Estado, faticamente subordinado a um respectivo custo.

Portanto, assim como nos demais direitos sociais, o direito à seguridade social fica intrinsecamente condicionado ao que o Estado pode fornecer, levando-se em consideração suas disponibilidades financeiras.

Tal paradigma conceitual é explicado por Wagner Balera<sup>325</sup>, nos seguintes termos:

Pode-se dizer que, para Beveridge e seus sequazes, o conceito de seguridade social se confunde com o de política social. “A seguridade social”, dizia no afamado Relatório “tem por objetivo abolir o estado de necessidade”. [...] Porém, a conta a pagar é bastante elevada e, pelo menos de momento, custa a crer que a economia nacional esteja preparada para arcar com essa *dívida social*. [...] E talvez o traço mais significativo desse modelo venha a ser o ligame entre atuação do Poder Público e dos particulares e a unificação das políticas para o setor. [...] Trata-se, portanto, de modelo insuficiente para

<sup>324</sup> MIRANDA, Jediael Galvão. Direito da Seguridade Social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 09.

<sup>325</sup> BALERA, Wagner. Noções Preliminares de Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2004. pp. 69, 71 e 72.

atuar os fins que a própria Carta Magna que ver atingidos. O modelo constitucionalmente proposto no Brasil, insistimos, não pretende ser a resposta definitiva para as graves contingências que, no presente e de futuro, perturbam a paz e o progresso social.

Portanto, a par de suas limitações, a seguridade social pretende, de forma abrangente, resgatar o ser humano quando mergulhado em uma tragédia própria da condição humana, representada pelo risco social, expressado na doença, na miséria e na morte.

Para tanto, como referido, a seguridade social é conformada em áreas de atuação. Assim, cada uma dessas áreas tem princípios próprios e diferentes objetivos.

A Saúde vem garantida pela Carta Magna como direito de todos e dever do Estado, que deve ser assegurada mediante ações que visem a reduzir os riscos de doença e seus agravamentos. O acesso aos programas de Saúde Pública necessariamente deve seguir os princípios da igualdade e universalidade do atendimento. Logo, neste campo, o acesso deve ser garantido a todos e de forma igual, sem qualquer tipo de contribuição, de forma que o atendimento público à saúde deve ser gratuito.

A Assistência Social, por sua vez, tem como princípios informativos a gratuidade da prestação e basicamente a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, bem como aos deficientes e a reintegração ao mercado de trabalho daqueles que necessitarem.

Note-se que a diferença primordial entre as atividades da saúde e da assistência social, é que esta tem um espectro menor, ou seja, a saúde tem o caráter de universalidade mais amplo do que o previsto para a Assistência Social.

A Assistência Social visa a garantir meios de subsistência às pessoas que não tenham condições de suprir o próprio sustento, dando especial atenção às crianças, idosos e deficientes, independentemente de contribuição à seguridade social.

A mais autêntica forma de Assistência Social é a prevista no Art. 203, Inciso V da Constituição Federal<sup>326</sup>, onde fica garantido o valor de um salário mínimo mensal à pessoa.

O chamado benefício assistencial, conforme dispõe a Constituição Federal, é disciplinado pelo Art. 20 da Lei 8742/93<sup>327</sup>. Tal artigo de lei apresenta a seguinte redação:

---

<sup>326</sup> Art. 203 [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153).

<sup>327</sup> Brasil. Lei 8742, de 07/12/1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm). Acesso em 18.12.2012.

O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

E, nesse sentido, a Lei nº 8742/93 previu pressupostos rígidos para concessão do amparo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, especialmente no tocante ao requisito econômico. Assim, conforme o teor do Art. 20, §2º, da Lei 8742/93<sup>328</sup>; a renda do grupo familiar não deve superar ¼ do salário mínimo *per capita*, sendo a sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, o qual a considerou constitucional em razão de a própria Constituição Federal de 1988.

Já o Estatuto do Idoso, veiculado pela Lei nº 10.741/2003, trouxe algumas alterações no que se refere ao benefício assistencial, a saber: a) passou a ser devido ao idoso a partir dos 65 anos de idade (art. 34, *caput*<sup>329</sup>)<sup>330</sup> e b) caso um outro membro do grupo familiar receba benefício assistencial, o valor deste deve ser excluído quando do cálculo da renda familiar *per capita* (conforme o teor do art. 34, parágrafo único<sup>331</sup>).

A Previdência Social, por sua vez, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Note-se, então, que o conceito de Previdência Social traz ínsito o caráter de contributividade, no sentido de que só aqueles que contribuírem terão acesso aos benefícios previdenciários.

Portanto, há diferença entre os ramos da seguridade social. Sendo claro que a assistência social e a saúde independem de contribuição. A previdência, ao revés, pressupõe contribuição.

Quanto ao custeio da seguridade social, como se tem claro, a atividade primordial do Estado é a realização do bem comum, que, apesar da dificuldade de conceituação, pode ser

---

<sup>328</sup> Art. 20 [...] § 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. (Brasil. Lei 8742, de 07/12/1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm). Acesso em 18.12.2012).

<sup>329</sup> Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário mínimo, nos termos da Lei. (CLT, CPC, Legislação Previdenciária e Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1104).

<sup>330</sup> Na redação original da Lei Orgânica da Assistência Social, (a idade era de 70 anos, reduzida para 67 anos a partir de 01.01.1998).

<sup>331</sup> Art. 34. [...]. Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas. (CLT, CPC, Legislação Previdenciária e Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1104).

entendida como “um ideal que promove o bem-estar e conduz a um modelo de sociedade, que permite o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, ao mesmo tempo em que estimula a compreensão e a prática de valores espirituais”<sup>332</sup>.

Para tanto, o Estado deve dispor do ingresso de dinheiro nos cofres públicos. Nesse desiderato, pode valer-se de duas alternativas. A primeira delas correspondente as receitas públicas originárias. Já a segunda alternativa, de que o Estado pode valer-se, corresponde às receitas públicas derivadas.

Assim, o “‘poder tributário’ não é um poder *sui generis* que teria características próprias e específicas. O ‘poder tributário’ é simplesmente uma manifestação do poder estatal”<sup>333</sup>.

Portanto, conforme explica Kiyoshi Harada<sup>334</sup>, quanto às receitas originárias e derivadas, temos que:

A primeira é aquela que advém da exploração, pelo Estado, da atividade econômica. A segunda é caracterizada por constrangimento legal para sua arrecadação. São os tributos, as penas pecuniárias, o confisco e as reparações de guerra.

Assim, afigura-se certo que os tributos, correspondentes às receitas derivadas, constituem-se na principal fonte de financiamento para as políticas públicas objetivadas pelo Estado.

Nesse sentido, segundo o art. 3º do Código Tributário Nacional, temos que:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Assim, afigura-se o papel primordial do tributo afeto ao sustento do Estado.

Conforme dispõe o art. 149 da Constituição Federal<sup>335</sup>, já referendado anteriormente, as contribuições podem ser classificadas em três espécies: as sociais; as de intervenção no domínio econômico e as de interesse das categorias profissionais.

---

<sup>332</sup> HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 03.

<sup>333</sup> BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 4ª Ed. São Paulo: Noese, 2007, p. 284.

<sup>334</sup> HARADA, HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 33.

<sup>335</sup> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Assim, como explica Paulo Ayres Barreto<sup>336</sup>:

As contribuições sociais gerais destinam-se ao financiamento das demais áreas de atuação da União, no campo social, que, como dissemos tem grande abrangência. A ordem social é fundada no primado do trabalho e objetiva o bem estar e a justiça social. Engloba o direito à educação, cultura e habitação.

Por seu turno, as contribuições de interesse das categorias profissionais têm sua aplicação adstrita ao financiamento das respectivas categorias profissionais ou econômicas; figurando como instrumento de atuação do Estado, nessas respectivas áreas.

Finalmente, quanto as contribuições de intervenção no domínio econômico, como explica Paulo Ayres Barreto<sup>337</sup> “são tributos que se caracterizam por haver uma ingerência da União sobre a atividade privada, na sua condição de produtora de riqueza”.

Nesse sentido, ainda, há que se mencionar o disposto no Art. 149-A da Constituição Federal<sup>338</sup>. Tal artigo dispõe sobre as contribuições para o custeio do serviço de iluminação pública. Trata-se de contribuição a ser instituída pelos Municípios, com vistas ao custeio do serviço de iluminação pública.

Assim, de modo mais próximo, lança-se um pouco de luz sobre uma das espécies de contribuições acima mencionadas, quais sejam, as contribuições sociais.

Portanto, como já referido, as contribuições sociais são instituídas para o custeio da Seguridade Social. Estão previstas, respectivamente, no Art. 149<sup>339</sup> e no Art. 195<sup>340</sup>, ambos da Constituição Federal.

<sup>336</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Contribuições. São Paulo: Editora Noeses, 2006, p. 104.

<sup>337</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Ibid.*, p. 114.

<sup>338</sup> Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

<sup>339</sup> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

<sup>340</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

Por seu turno, no Art. 195, § 4º<sup>341</sup> da Constituição Federal existe a previsão das chamadas outras contribuições sociais. Tal dispositivo constitucional estabelece a criação de novas fontes de custeio, destinadas à manutenção ou à expansão da Seguridade Social. Para tanto, amplia a competência residual da União, além da previsão já existente, quanto aos impostos, correspondente ao disposto no Art. 154, I<sup>342</sup> da Constituição Federal.

Ainda, existe previsão das chamadas contribuições sociais gerais, que são aquelas destinadas a outras atuações da União na área social.

Tratam-se, portanto, das chamadas contribuições sociais para os Serviços Sociais Autônomos (SESI, SESC, SENAI), essas pessoas jurídicas de direito privado, não integrantes da administração pública, mas que realizam atividades de interesse público e, justamente por isso, legitimam-se como destinatários do produto da arrecadação de contribuições<sup>343</sup>.

Nesse sentido, podem se destacadas as seguintes contribuições sociais gerais: (i) COFINS; (ii) PIS – Programa de Integração Social; (iii) PASEP - Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público; (iv) CSLL – Contribuição sobre o Lucro Líquido; (v) FGTS; (vi) Contribuição para o Salário Educação<sup>344</sup> e (vii) SAT.

Portanto, a seguridade social no Brasil tem delineamento constitucional. É constituída por três ramos, a saúde, a assistência e a previdência social.

Além disso, apresenta um sistema de financiamento próprio, baseado em uma espécie tributária própria, correspondente às contribuições sociais.

De outra parte, apresentam um delineamento infraconstitucional, baseado em legislações específicas, correspondente, em relação à previdência social, à Lei nº 8213/91, chamada de Lei de Benefícios e à Lei nº 8212/91, denominada Lei de Custeio; no que pertine

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003. [...])

<sup>341</sup>Ar. 195. [...]

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

<sup>342</sup> Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; [...]

<sup>343</sup> Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

<sup>344</sup> Art. 212. [...]§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

à Saúde, a Lei nº 8080/90, que organiza o Sistema Único de Saúde e, finalmente, quanto a Assistência Social, a Lei nº 8072/93, que disciplina a Lei Orgânica da Assistência Social.

Assim, o direito à seguridade social trata-se de um direito fundamental. Seu surgimento e evolução fazem parte da gênese histórica dos direitos sociais. Para sua concretização, a seguridade social necessita da intervenção do Estado. Tem como objetivo fazer frente às contingências sociais, fulcrada na noção de solidariedade orgânica.

Como os demais direitos sociais, a seguridade tem sua concretização condicionada ao contingenciamento orçamentário; no entanto, sua essência vinculada ao fornecimento dos mínimos necessários à sobrevivência com dignidade, adstrita à promoção da justiça social, não poderão ser comprometida por tal circunstância, ante a sua natureza impositiva de direito fundamental.

### 3.3. Da base principiológica da seguridade social

A seguridade social é um sistema de proteção social constituído por um feixe de princípios e regras destinado a acudir o indivíduo diante de determinadas contingências sociais, assegura-lhe o mínimo indispensável a uma vida digna, mediante a concessão de benefícios, prestações e serviços.

Dá correlação umbilical entre a dignidade da pessoa humana e a seguridade social, Jediael Galvão Miranda<sup>345</sup> explica que:

Portanto, a dignidade da pessoa humana é valor fundamental que dá suporte à interpretação de norma e princípios da seguridade social, de molde a situar o homem com o fim de seus preceitos, e não como objeto ou instrumento. Em tema de seguridade social, garantir o mínimo existencial (um dos núcleos do princípio da dignidade humana) significa proporcionar condições materiais mínimas (prestações e serviços) para assegurar subsistência digna e vida saudável ao indivíduo atingido por determinadas contingências sociais.

Por sua vez, contingências sociais são as situações previstas na legislação que, quando verificadas, deflagram o mecanismo de proteção descrito na norma<sup>346 347</sup>.

Considerando que tais situações são relevantes com um fato social, visto que:

<sup>345</sup> MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da Seguridade Social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 24.

<sup>346</sup> MIRANDA, Jediael Galvão. *Ibid.*, p. 09.

<sup>347</sup> Também chamada, por alguns doutrinadores de risco social. Assim: [...] o risco social é o perigo, a expectativa de ocorrência de situações da vida que gerem necessidade de proteção social. (NETO, Michel Cutait. *Auxílio-Doença*. Leme: J. H. Mizuno, 2006, p. 62).

[...] a repercussão que ela traz em suas conseqüências acaba sendo compartilhada na sociedade por todos, e não simplesmente por cada um dos seus membros individualmente considerados, até porque tais situações estão a ocorrer a todo o momento numa sociedade dinâmica e ativa<sup>348</sup>.

Assim, a sociedade deve responder, a partir da chamada teoria do risco social, pelos infortúnios que recaiam sobre os indivíduos membros da comunidade social.

Nesse sentido, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>349</sup> explicam que:

Os infortúnios causadores da perda, permanente ou temporária, da capacidade de trabalhar e auferir rendimentos foram objeto de várias formulações no sentido de estabelecer de quem seria a responsabilidade pelo dano patrimonial causado ao trabalhador, partindo da responsabilidade subjetiva ou aquiliana do tomador de serviços até chegar-se à responsabilidade da sociedade como um todo, pela teoria do risco social. [...], Segundo tal teoria, cabe à sociedade assegurar seu sustento ao indivíduo vitimado por uma incapacidade laborativa, já que toda a coletividade deve prestar solidariedade aos desafortunados, sendo tal responsabilidade de cunho objetivo – não se cogitando, sequer, da culpa do vitimado.

Tais razões, portanto, fundamentam e justificam a seguridade social, em sua conformação atual, adotando uma principiologia adstrita a tal contextualização.

Nesse sentido, quanto aos princípios, como já referido anteriormente, estes poderão ser princípios são proposições gerais que informam um determina sistema jurídico ou ramo do direito, fixando as linhas mestras que o conformarão. Assim, J.J. Gomes Canotilho explica que “princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”<sup>350</sup>.

Da mesma forma, Daniel Machado da Rocha<sup>351</sup>, quanto aos princípios, evidencia que:

O núcleo da distinção entre regras e princípios, segundo a teoria talhada por Alexy, seria o fato de os princípios serem concebidos como imposições de otimização. Nessa perspectiva, eles são normas que ordenam a realização de algo da melhor forma possível, mas não como imposições definitivas, devendo considerar as possibilidades fáticas e jurídicas.

<sup>348</sup> NETO, Michel Cutait. Auxílio-Doença. Leme: J. H. Mizuno, 2006, p. 63.

<sup>349</sup> CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário, 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 57.

<sup>350</sup> CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, 273.

<sup>351</sup> ROCHA, Daniel Machado. O Direito Fundamental à Seguridade Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 125.

Desse modo, a interpretação a seguridade social deverá ser feita a partir dos seus princípios informadores, os quais, por sua conformação, contribuem para a formação da seguridade social, conforme os objetivos propostos pela Constituição Federal.

Nesse sentido, explica Walter Claudius Rotenburg<sup>352</sup> que:

Os princípios, portadores dos mais altos valores que uma dada sociedade resolve transformar em preceitos jurídicos, revelam as “decisões políticas fundamentais” (Carl Schmitt), tendo, portanto, uma iniludível carga ideológica, que deve ser reconhecida, assumida e prestigiada ou criticada. Impossível a assepsia por meio de princípios neutros.

Portanto, a par das características próprias dos princípios, considerando sua natureza fluídica, prestam-se, como referido, a alicerçar os sistemas normativos, funcionando como disposições fundamentais que se irradiam sobre os diferentes institutos que o compõe; emprestando-lhes densidade e harmonia.

Assim, tendo como parâmetro tal temática, os princípios poderão ser designados como gerais e especiais, adstritos a esse ramo autônomo do direito.

Portanto, a inaugurar os princípios gerais, apresenta-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se caracteriza por ser o suporte moral dos direitos; fonte motriz ou matriz do enunciado normativo.

Presta-se a ser um fundamento constitucional de maior envergadura; é o cerne, funcionado como diretriz de todos os demais princípios. Tal princípio, como já referido alhures, é inerente ao homem, como seu atributo.

Tem origem no valor moral que antecede às organizações sociais e tem como destinatário o homem. E, assim, repousa no sentimento de respeito aos direitos naturais e inalienáveis do homem; como, por exemplo, direito à vida, à integridade física e psíquica, etc.

O segundo princípio que pode ser evidenciado trata-se do princípio da legalidade.

Tal princípio corresponde à pedra angular do Estado e do Direito. Além disso, constitui-se em cláusula constitucional que dispõe acerca da submissão ou respeito à lei de qualquer comando jurídico que estabelece obrigações e deveres, conforme o teor do Art. 5º, II, da Constituição Federal<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 77.

<sup>353</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão

Ainda, a realização das diversas funções (atividades) do Sistema de Seguridade Social é de incumbência da Administração Pública, a qual tem como princípio basilar, o Princípio da Legalidade, conforme disposição expressa no caput do Art. 37 da Constituição Federal<sup>354</sup>.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>355</sup> explica que:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites de atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

Portanto, implica que a atuação administrativa esteja em compasso com a lei e autorizada por ela. Tal princípio admite duas vertentes.

Em primeiro lugar, o Princípio da Supremacia da Lei; ou seja, a lei prevalece ou tem preferência sobre os atos da Administração. Assim, a vinculação negativa, ou *negative Bindung*, estabelece que a legalidade representa um limite para a atuação do administrador público.

Em segundo plano, Princípio da Reserva da Lei estabelece que certas matérias somente poderão ser tratadas por meio de lei, proibindo-se a utilização de outros atos normativos. É a chamada pela doutrina da vinculação positiva, ou *positive Bindung*, ou seja, a atuação dos agentes depende necessariamente de prévia autorização legal.

Nesse sentido, frise-se, entretanto, que atualmente o princípio da legalidade encontra-se contido em um princípio mais amplo, chamado de Princípio da Juridicidade. Tal princípio traduz com maior fidelidade a ideia de constitucionalização do ordenamento jurídico.

Portanto, como explica Alexandre Santos de Aragão<sup>356</sup>, tem-se que:

Princípio que vem se afirmando na doutrina e na jurisprudência mais moderna como uma nova acepção (não uma superação) do princípio da legalidade, a juridicidade costuma ser referida como a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não

---

em virtude de lei (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 04).

<sup>354</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42).

<sup>355</sup> DI PIETRO, Maria Zanella. Direito Administrativo. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 63.

<sup>356</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.p. 57 e 58.

seriam apenas a lei estrita, mas, também, os princípios gerais do Direito e, sobretudo, os princípios objetivos e valores constitucionais.

Assim, por conta de tal princípio, a Administração Pública não está sujeita somente à lei; mas ao próprio Direito; incluindo, as regras e princípios previstos na Constituição Federal, o chamado “bloco de legalidade”<sup>357</sup>.

O terceiro princípio que pode ser apontado trata-se do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Tal princípio apresenta algumas derivações. Desse modo, é necessário tecer argumentos sobre o mesmo sentido dos referidos termos, ou se os mesmos apresentam sentidos diversos.

Portanto, a título de esclarecimento propedêutico, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>358</sup> explicam que:

[...] o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição do excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Assim, há que se ponderar que o Princípio da razoabilidade tem origem no sistema da *common law*.

Tal princípio desenvolve-se a partir do direito norte-americano através da evolução jurisprudencial da cláusula do devido processo legal, consagrada nas emendas 5<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> da Constituição dos Estados Unidos (*procedural due process of law e substantive due process of law*).

<sup>357</sup> Tal princípio tem gerado algumas consequências. Assim:

1 – deslegalização ou delegificação; operando uma verdadeira degradação da hierarquia normativa de determinada matéria que, por opção do legislador, deixa de ser regulada por lei, e passa a ser normada na esfera normativa. A consagração de tal tese é colocada no âmbito das agências normativas.

2 – Decreto Autônomo ou Poder Normativo Autônomo. Atualmente, a regra da inadmissibilidade dos regulamentos autônomos comporta três exceções:

A – Art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal; dispensa a necessidade de lei para o tratamento da organização da Administração Pública Federal, matéria agora tratada por meio de Decreto.

B – Art. 103 – B, § 4º, I, da CRFB, disciplina o poder normativo do CNJ.

C – ART. 130 – A, § 2º, I, da CRFB, disciplina o poder normativo do CNMP.

D – Possibilidade de edição de Decretos Autônomos em relação às matérias não sujeitas à reserva legal, quando a Administração Pública buscar o atendimento de objetivos (deveres) constitucionais.

<sup>358</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 120 e 121.

Já o Princípio da Proporcionalidade apresenta origem remota nas teorias jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII; quando se reconheceu a existência de direitos imanentes ao homem oponíveis ao Estado. Está ligado ao Direito Europeu, sobretudo o Direito Alemão.

Foi consagrado após a Segunda Guerra Mundial, na *Lei Fundamental de Bonn*, de 1949; recebendo dignidade constitucional.

Tal princípio foi consagrado no Direito Administrativo, como evolução do princípio da legalidade. Ainda, apresenta laços com o Direito Penal, visto que o princípio da proporcionalidade tem sua gênese associada à dimensão das penas.

No entanto, o princípio da proporcionalidade é utilizado como sinônimo do princípio da razoabilidade e vice-versa.

Assim, os “alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo *proporcionalidade* ou *proibição de excesso (Übermass)* para designar o princípio que os americanos tratam por *razoabilidade*”<sup>359</sup>.

Quanto a significação, portanto, do princípio da proporcionalidade, Suzana de Toledo Barros<sup>360</sup> explica que:

A expressão *proporcionalidade* tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela, a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito.

A partir dessa contextualização, portanto, depreende-se que o referido princípio da proporcionalidade é subdividido em três subprincípios: a) Adequação; b) Necessidade e c) Proporcionalidade em sentido estrito.

Desse modo; quanto ao Princípio da Adequação ou Idoneidade; o mesmo aponta que a medida adotada pelo Poder Público deve ser apta para atingir a finalidade pretendida. b) Necessidade ou exigibilidade: o Poder Público deverá adotar sempre o meio menos gravoso possível para o alcance de determinados objetivos. c) Proporcionalidade em sentido estrito: encerra uma típica ponderação, no caso concreto, entre o ônus imposto pela norma e o benefício por ela produzido. Assim, deverá haver um sopesamento de valores, a fim de que se

---

<sup>359</sup> BARROS, Suzana Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 74.

<sup>360</sup> BARROS, Suzana Toledo. *Ibid.*, 2003, p. 75.

busque a proporcionalidade, ou seja, verificar-se-á se a medida trará mais benefícios ou prejuízos.

O quarto princípio, ainda em uma seara geral, trata-se do princípio da isonomia ou princípio da igualdade. Tal princípio apresenta-se como inerente à base axiológica da seguridade social. Disciplina, em uma acepção inicial, que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.

Nesse sentido, o disposto no artigo 5º, caput e inciso I da Constituição Federal<sup>361</sup>. Assim, a Constituição Federal estabelece o Princípio da Igualdade como um de seus pilares estruturais.

Portanto, o princípio da isonomia ou igualdade apregoa que tanto o legislador, quanto o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza.

Desse modo, tal princípio representa preocupação tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei. Busca-se o tratamento equitativo. Evita-se o tratamento abusivo ou absurdo.

Nesse sentido, Luiz Alberto David Araújo e Vital Serrano Júnior<sup>362</sup> explicam que:

No mais das vezes, a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade. A locução, conquanto correta, parece não concretizar explicação adequada quanto ao sentido e ao alcance do princípio da isonomia, porque a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade.

Nesse pormenor, vem à baila, o fator do *descrímen* justificável, com previsão contida no artigo 201, § 7º da Constituição Federal<sup>363</sup>, ante a sobrecarga de serviços das mulheres, as quais acumulam a atividade externa com as tarefas domésticas.

No âmbito específico da Previdência Social, o §1º do art. 201 da Constituição Federal<sup>364</sup>, com a redação dada pela EC nº 20/98, veda a adoção de requisitos e critérios

---

<sup>361</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 03).

<sup>362</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vital Serrano. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 131.

<sup>363</sup> Art. 201 [...] § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151).

diferenciados para concessão de aposentadorias aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, ressalvados os casos de atividades exercidas em regime especial.

Aventa-se, ainda, nessa linha de raciocínio, o princípio do direito adquirido.

O mesmo figura-se como um garantia constitucional, com previsão expressa no art. 5º, XXXVI<sup>365</sup> da Constituição Federal.

O referido princípio presta-se à garantia da estabilidade dos direito subjetivos. Desse modo, caso determinado segurado tenha preenchido os requisitos necessários para a concessão do benefício previdenciário, sem que tenha exercido imediatamente seu direito, poderá fazê-lo posteriormente, não se aplicando ao caso eventuais alterações legais. Preserva-se o direito já incorporado ao patrimônio do seu titular e que estava somente na pendência de seu exercício.

Nesse sentido, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia<sup>366</sup> explicam que:

Nesta perspectiva, deve-se inserir a idéia de que o direito adquirido individual coincide com o cumprimento das obrigações originariamente contraídas pelo sistema previdenciário, com a possibilidade, apenas se for o caso, da incidência imediata de normas mais benéficas.

Inaugurando os princípios específicos da seguridade social, apresenta-se o chamado princípio do solidarismo ou da solidariedade.

É o princípio diretor que ocupa o mais elevado grau de importância na seguridade social, derivado da própria natureza do direito social, cujo conceito se expressa na cooperação de toda a sociedade na promoção e financiamento de ações que visem cobrir necessidades sociais.

Nesse sentido, Daniel Machado da Rocha<sup>367</sup> explica que:

O princípio portador das diretrizes essenciais da seguridade e da previdência social, como, aliás, de todos os direitos sociais, é o da solidariedade, o qual

---

<sup>364</sup> Art. 201 [...] § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150).

<sup>365</sup> Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153).

<sup>366</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de Direito da Seguridade Social. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 91.

<sup>367</sup> ROCHA, Daniel Machado. O Direito Fundamental à Seguridade Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 06.

se constitui no seu eixo axiológico, podendo ser nominado, utilizando a linguagem de Canotilho de princípio estruturante de nosso sistema previdenciário.

Assim, tal princípio, como base da seguridade social, promove, por sua conjugação, a redistribuição de riqueza, entre os vários segmentos sociais e entre as gerações que se sucedem no tempo.

Na medida em que representa o esforço comum da sociedade, de forma institucionalizada, ao combate das contingências sociais, evoca os conceitos de solidariedade orgânica propugnada por Émile Durkheim.

Nesse sentido, preconiza Émile Durkheim<sup>368</sup>, sobre a solidariedade que:

Com efeito, onde existe solidariedade social, apesar do seu caráter imaterial, ela não permanece no seu estado puro, mas manifesta sua presença pelos seus efeitos sensíveis. Quanto ela é forte, aproxima os homens uns dos outros, coloca-os frequentemente em contato, multiplica as oportunidades de seus relacionamentos.

Assim, na solidariedade reside a equidade social, uma vez que está fundada na responsabilidade coletiva e recíproca, vinculando todos os membros da sociedade entre si, entre as gerações de trabalhadores, setores econômicos e regiões, tendo por fim a concretização da justiça social, o bem estar e redução das desigualdades sociais<sup>369</sup>.

Nesse sentido, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>370</sup> explicam que:

A Previdência Social se baseia, fundamentalmente, na solidariedade entre os membros da sociedade. Assim, como a noção de bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite subsistência de um sistema previdenciário. Uma vez que a coletividade se recuse a tomar com sua tal responsabilidade, cessa qualquer possibilidade de manutenção de um sistema universal de proteção social.

<sup>368</sup> RODRIGUES, José Albertino (org). Émile Durkheim. 9ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2004, p. 67.

<sup>369</sup> Assim, a solidariedade aparece como um primeiro momento da fraternidade, mas com ela não se confunde. Ser solidário se distingue de ser humano haja vista que o homem aparece diante da solidariedade apenas como sujeito a quem lhe atribui o predicativo, como se lhe fosse possível ornamentar ao infinito. (ANDRADE, Maria Inês Chaves de. A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever na Dialética de Opostos de Hegel. Coimbra: Almedina, 2010, p. 81).

<sup>370</sup> CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário, 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 112.

O segundo princípio que se apresenta, dentro desse âmbito mais específico adstrito à ambiência da seguridade social, trata-se do chamado princípio da universalidade de cobertura e do atendimento.

Assim, a universalidade da cobertura significa que a seguridade social deve buscar contemplar todas as contingências sociais que geram necessidade de proteção social das pessoas.

Faz-se referência, portanto, às contingências geradoras de situações de necessidade aptas a ensejarem a proteção social. Tratam-se de situações de necessidade, portanto.

Nesse sentido, como exemplo da generalidade do objeto da proteção, o artigo 196 da Constituição Federal, no que tange especificamente à saúde, dispõe que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Quanto à universalidade de atendimento, tal enunciado faz referência ao conjunto de pessoas que farão jus ao exercício do direito de proteção social. E nesse caso, trata-se de todas as pessoas que estejam no território nacional.

Significa dizer que todas as pessoas, nacionais e estrangeiros residentes no país, serão indistintamente acolhidas pela Seguridade Social, diante de riscos e contingências sociais.

Está ligado ao direito subjetivo dos integrantes do corpo social às prestações e medidas que o sistema da seguridade social prevê, atendidos os requisitos legais exigíveis.

Em suma, portanto, o princípio da universalidade divide-se em um aspecto objetivo e subjetivo. Do ponto de vista subjetivo, preceitua que a seguridade social deverá se tornar acessível a todas as pessoas. Do ponto de vista objetivo, preceitua que a seguridade social deverá alcançar todos os eventos humanos que necessitem de proteção.

Nesse sentido, explica Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>371</sup> que:

Por universalidade da cobertura entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite. A universalização do atendimento significa, por seu turno, a entrega das ações, prestações e serviços de seguridade social a todos que necessitem, tanto em termos de previdência

---

<sup>371</sup> CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário, 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 114.

social – obedecido o princípio contributivo – como no caso da saúde e da assistência social.

Assim, o princípio da universalidade está ligado á efetivação da dignidade da pessoa humana, tornando os homens iguais.

Tal princípio garante a todos os que estejam em território nacional o mínimo indispensável à sua sobrevivência com dignidade; uma vez que com a concretização do valor igualdade, através do princípio da universalidade, não poderá haver excluídos da proteção, que cabe à Seguridade Social a todos fornecer.

Assim, dentre os princípios diretivos da Seguridade Social, figura, com fulcro no artigo 194, parágrafo único, inciso I, o princípio “da universalidade de cobertura e atendimento”.

O princípio da universalidade, primeiramente se verifica, figura em primeiro plano, demonstrando posição hierárquica superior em relação aos demais princípios setoriais.

Nesse sentido, Marisa Ferreira Santos<sup>372</sup> enuncia que:

A universalidade da cobertura e do atendimento deve ser abordado para que o princípio da seletividade das prestações de seguridade social possa ser estudado em face de sua estreita ligação. Sua colocação em primeiro plano mostra a existência de uma hierarquia entre os princípios regestes da seguridade social. “A universalidade dá começo lógico à enumeração dos direitos constitucionais em matéria previdenciária”.

Desse modo, o Estado não faz diferença entre os indivíduos com relação às posições que ocupem no corpo social. Para serem destinatários de direitos fundamentais, basta a condição de ser humano.

Assim, o Estado passa a ser o implementador da igualdade, de modo que deverá garantir a todos o direito constitucional a um mínimo de bem-estar.

Frise-se, inobstante, que tal princípio relaciona-se com princípio da seletividade, delimitando-lhe a abrangência.

Assim, há que se ponderar que nenhum sistema de seguridade social possui aptidão para se prestar as necessidades de todos os indivíduos.

E nesse pormenor, a seguridade social veio a lume a partir de um contexto de miséria, na qual tal realidade demonstrou à sociedade a urgência de meios para suprir as

---

<sup>372</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social. São Paulo: Editora Ltr, 2004, p. 174.

necessidades básicas essenciais. E assim, àqueles que se encontrassem nesse estado de coisas fariam jus ao amparo social para que pudessem viver com dignidade.

No entanto, a Seguridade Social está adstrita, por sua natureza prestacional, às vicissitudes econômicas. Não lhe é dado o poder de influir no volume da produção global da Nação, alterando o Produto Interno Bruto do país, de modo a verter contribuições financeiras sem fim, aos seus cofres.

Não há meio, enfim, de influir nos ciclos econômicos, promovendo o pleno emprego e primando pela absoluta distribuição de renda.

Em conclusão, a Seguridade Social não pretende, por absoluta falta de meios, ser universal.

Assim, Marisa Ferreira dos Santos<sup>373</sup> manifesta-se no seguinte teor:

A justiça social só se efetiva com a seleção de necessidades a proteger e com a distribuição de benefícios e serviços, consubstanciado nos direitos sociais, cuja implementação só é possível mediante políticas de desenvolvimento que privilegiem o valor social “trabalho”. A justiça social efetiva-se quando a distribui bem estar social aos membros da comunidade, e com isso reduzem as desigualdades sociais e regionais.

Ademais, aos Estados é atribuído o papel estabelecer diretrizes para a Seguridade Social, de forma que, ao invés de tentar sanar todas as necessidades humanas, forneça elementos para que a pessoa humana possa se desenvolver física, psíquica e intelectual, e a partir de então, atingir os meios de sua manutenção e realização social.

E nesse pormenor, pontua ainda Marisa Ferreira dos Santos<sup>374</sup> que:

A solidariedade social não existe para que o indivíduo seja um ônus para o Estado e para os demais membros da comunidade. O espírito de solidariedade faz com que o grupo social, reconhecendo seu dever de proteger seus membros em situações de insegurança, não se acomode diante de situação de inexistência dos mínimos necessários à existência digna. Além das necessidades básicas, que cabe ao Estado se à comunidade suprir quando o homem não tiver condições de fazê-lo por si, cabe a cada um buscar suas realizações e conquistar outros bens, o que já está fora do terreno da seguridade social. Não se tira do homem para transferir à sociedade o seu dever de lutar contra futuras situações de insegurança e necessidade.

Assim, ante a limitação dos recursos financeiros repassados aos cofres da Seguridade Social, é necessário limitar quais necessidades que irão ser atendidas pelo sistema de proteção

---

<sup>373</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social. São Paulo: Editora Ltr, 2004, p. 137.

<sup>374</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Ibid.*, 2004, p. 179.

social, bem como, quais pessoas serão beneficiadas, adaptando-se às contingências que são inerentes instrumentos governamentais insuflados por políticas públicas; e, portanto, dependentes de ativos financeiros.

A prestigiar tal princípio desde a redação original do texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, consta do Art. 195, §5º a seguinte dicção: “[...] nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Ainda nesse sentido, o artigo 201, da Constituição Federal, estabelece que: “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, [...]”.

É o conhecido princípio da correlação entre contribuições e benefícios, no campo do direito previdenciário, que será apontado, logo à frente.

Após, vêm a lume o chamado princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

Assim, equivale dizer que as mesmas contingências (morte, velhice, maternidade,...) serão cobertas tanto para os trabalhadores urbanos como para os rurais.

Além disso, deverão possuir o mesmo valor econômico.

Tal princípio, portanto, coaduna-se com o disposto no Art. 7º da Constituição Federal de 1988, que garante direitos sociais idênticos aos trabalhadores urbanos e rurais.

Explicando melhor: ocorre que a nova ordem constitucional, diante da histórica discriminação dos trabalhadores rurais, buscou corrigir tal problema. Assim, tal princípio baseou-se na igualdade e justiça social, estabeleceu a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços da seguridade social.

Portanto, a uniformidade deve ser entendida como a instituição de idênticos benefícios e serviços para ambas populações, urbanas ou rurais. Ou seja, o mesmo rol de medidas sociais (os mesmos benefícios). Por seu turno, a equivalência diz respeito ao valor ou a qualidade das prestações, que devem ser correspondentes. Ainda vincula a noção de serem os benefícios oferecidos às populações urbanas e rurais decorrentes dos mesmos eventos (equivalência).

Vale lembrar que, a partir da Constituição Federal de 1988, foi instituído o regime geral de Previdência Social, deixando de existir os regimes específicos para trabalhadores rurais e urbanos.

É decorrência também dos princípios da solidariedade e da igualdade, acima citados: sendo a área rural extremamente deficitária, os trabalhadores urbanos auxiliam no custeio dos benefícios rurais.

Além do mais, a igualdade material determina alguma parcela de diferenciação entre estes dois segurados, sendo que a própria Constituição prevê contribuições diferenciadas para o pequeno produtor rural (Art. 195, §8º da Constituição Federal) <sup>375</sup>.

Dessa forma, algumas distinções no custeio e nos benefícios entre urbanos e rurais são possíveis, desde que justificáveis perante a isonomia material, e igualmente razoáveis, sem nenhuma espécie de privilégio para qualquer dos lados.

Outro princípio apontado pela Constituição Federal, diz respeito ao chamado princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. Trata-se também de um princípio setorial, adstrito à Seguridade Social, como disciplina no artigo 194, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal.

Esse princípio apregoa que nem todos os segurados terão direito a todas as prestações que o sistema pode fornecer. Assim, os benefícios salário-família e o auxílio-reclusão só serão pagos àqueles segurados que tenham renda mensal inferior a R\$ 971,78 <sup>376</sup>. Assim, em tal situação, o sistema previdenciário objetiva distribuir renda, principalmente para as pessoas de baixa renda, tendo, portanto, caráter social.

Assim, a seletividade confere ao legislador a escolha das contingências sociais merecedoras de proteção social, estipulando benefícios e serviços; resguardada as possibilidades econômico-financeiras para tanto.

Já a distributividade vincula-se a preceitos de justiça social, redução das desigualdades e erradicação da pobreza. Conduz o legislador a processo de escolha que vise contemplar as pessoas que possuem maiores necessidades.

Portando, a escolha dos benefícios que serão oferecidos pelo sistema deve levar em conta a capacidade financeira, de acordo com o critério da essencialidade.

Busca-se, com tal intento, realizar a justiça social através da justiça distributiva, oferecendo maior proteção social às camadas da população mais necessitadas.

---

<sup>375</sup> Art. 195 [...] §8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146).

<sup>376</sup> Portaria Interministerial nº 15, de 10 de janeiro de 2013, publicada no DOU de 11 de janeiro de 2013.

Tem como consequência a impossibilidade de interpretação extensiva do rol dos beneficiários e serviços expressos na Lei 8213/91. Nesse sentido, o Art. 16, da Lei 8213/91<sup>377</sup>.

Assim, temos que o princípio da universalidade deve ser lido em conjunto com os princípios da seletividade e distributividade. A universalidade objetiva fica condicionada à seletividade, que permite ao legislador escolher quais as contingências sociais que serão cobertas pelo sistema de proteção social em face de suas possibilidades financeiras. A universalidade subjetiva, por sua vez, é limitada pela idéia de distributividade. A lei irá dispor a que pessoas os benefícios e serviços serão estendidos.

Como exemplo de aplicação desse princípio, podemos citar o salário-família e o auxílio reclusão que, por força da Emenda Constitucional nº 20/98, são pagos apenas aos segurados de baixa renda.

Ressalve-se, entretanto, que com relação à saúde, a universalidade de dá *in totum*, não se lhe aplicando os princípios da seletividade e distributividade.

Outro princípio que deve ser apontado trata-se do princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios. O referido princípio tem previsão Art. 194, Parágrafo Único, Inciso IV da Constituição Federal<sup>378</sup>.

Visa garantir o poder aquisitivo do benefício. Preserva o valor real do benefício e o valor nominal do benefício.

Portanto, comporta dois aspectos: a Irredutibilidade nominal e a irredutibilidade real.

Refere-se a dois momentos: (a) o da concessão dos benefícios e (b) do reajustamento dos benefícios previdenciário.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o princípio da irredutibilidade impede que seja imposta uma redução efetiva dos valores nominais das prestações da seguridade, garantindo ao beneficiário, se não a manutenção do seu padrão de vida e do seu poder aquisitivo, ao menos a capacidade de honrar os compromissos já assumidos. Há que se atentar, porém, para o fato de que, no caso de índices inflacionários elevados, a simples manutenção do valor das

---

<sup>377</sup> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; [...] (VADE MECUM. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.1441).

<sup>378</sup> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...]IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144).

prestações não é capaz de garantir ao beneficiário que honre os seus compromissos do mês seguinte. A interpretação dada por nossa Corte Maior, *data venia*, enfraquece a garantia.

Destaque-se que a Constituição Federal de 1988, no seu Art. 201, § 2º<sup>379</sup>, impõe o reajustamento periódico da renda mensal do benefício, de modo a preservar o seu valor real.

O princípio da “equidade na forma de participação no custeio” corresponde a um desdobramento do princípio da igualdade, que em sua acepção mais conhecida, corresponde ao postulado de “que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

Desse modo, para a seguridade social significa dizer que quem tem maior capacidade contributiva irá contribuir com mais e quem tem menor capacidade com menos.

A equidade na forma de participação e no custeio refere-se ao tratamento equilibrado e equânime daqueles que devem participar do financiamento da seguridade social. Baseia-se em nos princípios: (a) Princípio da Igualdade e (b) Princípio da Capacidade Econômica dos Contribuintes (Art. 145, § 1º da Constituição Federal<sup>380</sup>).

Assim, como consequência, tem-se, portanto, emana a noção de que contribuintes idênticos, ou seja, sob igual nível de carga tributária, devem ser tratados igualitariamente.

Ainda, nessa seara, evidencia-se o disposto no Art. 195, § 9º<sup>381</sup> da Constituição Federal e Art. 20 da Lei nº 8212/91<sup>382</sup>, os quais estabelecem um postulado de proibição da tributação confiscatória.

Outro princípio apontado trata-se da “diversidade da base de financiamento”. Desse modo, o financiamento da seguridade social (e da previdência) não pode se fazer com base em uma única fonte de tributos, sob pena de se onerar demasiadamente uma classe social ou

---

<sup>379</sup> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] § 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149).

<sup>380</sup> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115).

<sup>381</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] § 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146).

<sup>382</sup> Art. 20. A contribuição do empregado, inclusive o doméstico, e a do trabalhador avulso é calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota sobre o seu salário-de-contribuição mensal, de forma não cumulativa, observado o disposto no art. 28, de acordo com a seguinte tabela [...] (VADE MECUM. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.1422).

atividade econômica ou permitir que oscilações setoriais venham a comprometer a arrecadação de contribuições. A diversidade faz com que se atinja um maior número de pessoas, garantindo uma constância maior de entradas, além de uma maior efetividade do princípio da solidariedade. Seguindo tal princípio, o próprio constituinte reduziu os encargos incidentes sobre os salários, caráter inibidor da contratação e da manutenção de vagas ativas no mercado de trabalho, para uma maior concentração nos itens faturamento e lucro.

Assim, a Constituição Federal prevê diversas formas do financiamento da Seguridade Social, criando contribuições sociais que serão vertidas ao Regime Geral de Previdência pelo empregador, empresa ou entidade a ela equiparada (com incidência sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, ou creditados a qualquer título, a pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; sobre a receita ou o faturamento e sobre o lucro); pelo trabalhador e demais segurados da previdência social, além do importador, de bens e serviços do exterior (ou a ele equiparado). Ainda, nesse jaez, incidirá contribuição social sobre a receita de concursos de prognósticos<sup>383</sup>.

Além dessas hipóteses previstas constitucionalmente, de forma explícita. A Constituição Federal prevê a possibilidade de se instituir, através de lei complementar, novas fontes de custeio (Art. 195, § 4º da Constituição Federal<sup>384</sup>). Trata-se de norma dirigida ao legislador, importa na responsabilidade compartilhada entre o Estado e a sociedade civil pela manutenção financeira da Seguridade Social<sup>385</sup>.

---

<sup>383</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146)

<sup>384</sup> Art. 195. [...] § 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146).

<sup>385</sup> O Art. 27, da Lei 8212/91, estabelece outras receitas voltadas ao custeio da Seguridade Social. Nesse sentido, tem-se que: “Art. 27. Constituem outras receitas da Seguridade Social: I - as multas, a atualização monetária e os juros moratórios; II - a remuneração recebida por serviços de arrecadação, fiscalização e cobrança prestados a terceiros; III - as receitas provenientes de prestação de outros serviços e de fornecimento ou arrendamento de bens; IV - as demais receitas patrimoniais, industriais e financeiras; V - as doações, legados, subvenções e outras receitas eventuais; VI - 50% (cinquenta por cento) dos valores obtidos e aplicados na forma do parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal; VII - 40% (quarenta por cento) do resultado dos leilões dos bens apreendidos pelo Departamento da Receita Federal; VIII - outras receitas previstas em legislação específica. Parágrafo único. As companhias seguradoras que mantêm o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, de que trata a Lei nº 6.194, de dezembro de 1974, deverão repassar à Seguridade Social 50% (cinquenta por cento) do valor total do prêmio recolhido e destinado ao Sistema Único de Saúde-SUS, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito”. (CLT, CPC, Legislação Previdenciária e Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 636 e 337).

O objetivo desse mandamento constitucional “é diminuir o risco financeiro do sistema protetivo. Quanto maior o número de fontes de recursos, menor será o risco de a seguridade sofrer, inesperadamente, grande perda financeira”<sup>386</sup>.

A participação no custeio, dessa forma, deverá levar em conta as condições contributivas do indivíduo (sua capacidade financeira). Sendo assim, a contribuição de cada um deve ser proporcional ao seu poder aquisitivo.

Nesse sentido, a classe empregadora tende a contribuir com parcela maior que a dos empregados, e, dentre as empresas, aquelas cuja atividade importa em maior risco social devem verter maiores contribuições.

Veja, no entanto, que não se trata do conceito clássico de capacidade contributiva com supedâneo na base conceitual do Direito Tributário, o qual até excluiria a contribuição em algumas situações.

Assim, estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 195<sup>387</sup>, que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, da empresa incidente sobre a folha de salário e demais rendimentos do trabalho pago ao trabalhador, a receita ou faturamento e o lucro do estabelecimento empresarial, do trabalhador, incidente sobre sua remuneração, sobre a receita de concursos de prognósticos e sobre o importador de bens ou serviços do exterior ou quem a ele se equiparar.

Frise-se, desse modo, que o sistema de financiamento da seguridade social é lastreado no sistema contributivo, mesmo que o Poder Público participe no orçamento da seguridade, com a entrega de recursos provenientes do orçamento da União e dos demais entes da Federação, com vista à cobertura das insuficiências do modelo, assim como para facear a despesa com seus próprios encargos previdenciários, recursos humanos e materiais empregados<sup>388</sup>.

Ademais, além das fontes de custeio com previsão legal (Art. 195, Incisos I, II, III e IV da Constituição Federal<sup>389</sup>), outras poderão ser instituídas, desde que não sejam

---

<sup>386</sup> KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. 7ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 54.

<sup>387</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145).

<sup>388</sup> CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário, 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 223.

<sup>389</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da

cumulativas nem tenham idêntico fato gerador ou base de cálculo de impostos previstos na Constituição Federal, conforme determina o Art. 195, § 4º da Constituição Federal.

Portanto, a capacidade citada tem como limite o caráter necessariamente contributivo do sistema: ainda que dotado de poucos recursos, o trabalhador é compulsoriamente filiado ao regime, sendo obrigado a contribuir. Mas nada impede a redução de sua contribuição, compensando esta perda com o aumento da cotização de outros mais abastados (interação com o princípio da solidariedade).

Ainda, de outra parte, denote-se que a EC nº 42/2003 incluiu no texto constitucional mais uma fonte de custeio para a seguridade social, a saber, a contribuição do importador de bens e serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (Art. 195, Inciso IV da Constituição Federal de 1988<sup>390</sup>).

Com base neste princípio, qualquer proposta de unificação das contribuições sociais em uma única, como se tem defendido, é evidentemente inconstitucional, além de extremamente perigosa para a seguridade social.

Fala-se, outrossim, em princípio da tríplice forma de custeio, já que o custeio, de acordo com o Art. 195 da Constituição Federal, envolve contribuições das empresas, trabalhadores e do próprio governo.

Apresenta-se ainda, como princípio informador da seguridade social, o “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados”.

Este princípio acolhe a tese segundo a qual havendo um fórum, conselho ou órgão, onde estejam em discussão tais direitos, todos aqueles envolvidos deverão ter representantes para melhor garantir seus direitos.

---

lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos; IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145).

<sup>390</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145).

Assim, o Art. 10 da Constituição Federal<sup>391</sup> garante aos trabalhadores e empregadores participar nos colegiados dos órgãos públicos em que haja discussão ou deliberação sobre questões profissionais ou previdenciárias.

Conclui-se, portanto, que cabe a sociedade civil organizada participar, de maneira efetiva, da gestão da Seguridade Social indicando os representantes dos trabalhadores, empregadores e dos aposentados.

Tal princípio tem fulcro na concepção de que no Estado Democrático de Direito, é necessário assegurar-se a participação social, a fim de que, partindo das premissas da cidadania, o governo possa executar ações que venham ao encontro dos reais anseios da comunidade.

Além do mais, valendo-se dos ensinamentos de Augusto Massayuki Tsutiya<sup>392</sup>, temos que:

[...], o elemento motor da Seguridade Social é a solidariedade, que, nessa instituição, adquire profunda conotação jurídica. Por isso, os próprios interessados são chamados a participar da discussão de seus problemas e a propor soluções adequadas.

Desse modo, consoante se depreende do artigo 194, parágrafo único, inciso VII<sup>393</sup> da Constituição Federal, são três elementos caracterizadores da administração da Seguridade Social: O caráter democrático; A gestão quadripartite e o caráter descentralizado.

Desse modo, o caráter democrático corresponde à heterogeneidade da composição dos órgãos colegiados, com igualdade participativa de representantes do governo e diferentes setores da sociedade, respeitando-se a regra do pluralismo na elaboração de programas da seguridade social e o controle de execução das ações a eles relativas.

A gestão quatripartite faz menção à individualização ou identificação dos setores do organismo social, em número de quatro, que se farão representar nos órgãos colegiados de

---

<sup>391</sup> Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17).

<sup>392</sup> TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. Editora Saraiva: São Paulo, 2007, p. 41.

<sup>393</sup> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144).

administração da seguridade social. São eles: os trabalhadores; os empregadores, aposentados e o governo.

Já o caráter descentralizado indica que a gestão da seguridade social não se fará de forma isolada por um órgão ou pessoa jurídica. A administração de forma integrada é atribuída a diversos órgãos e pessoas jurídicas de direito público, tais como: o Conselho Nacional de Previdência Social; o Conselho Nacional de Assistência Social; o Conselho de Recursos da Previdência Social e o Conselho de Gestão da Previdência Complementar; assim como os seus congêneres na esfera estadual e municipal<sup>394</sup>.

Assim, a gestão dos sistemas sociais se dará em três momentos: (a) planejamento: na formulação do planejamento para que o sistema de seguridade social funcione. Os respectivos planos são concebidos e discutidos nos conselhos comunitários; (b) atividade executiva: ação social no momento em que o Estado implementa tais planos, através ações do Poder Executivo e suas ramificações (Administração Pública Indireta) e (c) momento do controle das ações: É efetivada através da ação social em todos os níveis, com a verificação de sua efetivação e verificação da eficácia desses planos<sup>395</sup>.

Ainda, evidencia-se o princípio da preexistência do custeio.

Nesse sentido, o Art. 195, § 5º da Constituição Federal<sup>396</sup> estabelece que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. É garantia de funcionalidade e subsistência do sistema.

Ocorre que o equilíbrio atuarial e financeiro é necessário para fazer frente às necessidades sociais pela instituição de prestações e serviços. Para cada despesa gerada pela criação, majoração ou extensão de benefícios de serviços é indispensável que exista, na devida proporção, receita que a ela corresponda, com o que se evita a falência do sistema.

Ainda, apresenta-se o princípio do orçamento diferenciado. Assim, a Seguridade Social deve ter orçamento próprio separado do da União, com o objetivo de evitar que os recursos destinados às suas atividades sejam desviados para cobrir despesas deste Ente.

Tal deferência é explicada por Frederico Amado<sup>397</sup> nos seguintes termos:

---

<sup>394</sup> Vide artigo 3º da Lei 8213/91.

<sup>395</sup> JÚNIOR, Miguel Horvath. Direito Previdenciário. 4ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 78.

<sup>396</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146).

<sup>397</sup> AMADO, Frederico. Direito e Processo Previdenciário Sistematizado. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012, p. 46.

De efeito, o Sistema Nacional de Seguridade Social é um instrumento tão importante de realização da justiça social que o legislador constitucional criou uma peça orçamentária exclusiva para fazer frente às despesas no pagamento de benefícios e prestação de serviços.

Tal princípio tem previsão no Art. 165, § 5º, III da Constituição Federal de 1988<sup>398</sup>.

Portanto, a referida base principiológica fundamenta e corporifica o Sistema de Seguridade Social, apresentando-se como determinações normativas, com uma axiologia pertinente aos objetivos determinados pela Constituição Federal, imantados para o bem estar e a justiça social.

Fica-se, assim, em suspenso, ante a axiologia principiológica fundante, o aspecto pragmático teológico voltado à concretização dos comandos normativos estruturantes do Sistema da Seguridade Social, pelas razões próprias que são adstritas às normas de natureza programática e a aceção própria dos direitos sociais.

### **3.4 Da concretização do direito à seguridade social**

De forma primeira, como já referendado, em alguns pontos até aqui apresentados, ao longo desse trabalho; tem-se que o direito à seguridade social corresponde a uma derivação do gênero dos direitos sociais.

De um ponto de vista mais próximo, constituem-se em um tipo de tutela pessoal. Assim, os direitos sociais; e, portanto, o direito à seguridade social; fazem parte do plexo dos chamados direitos fundamentais.

A importância desses direitos para o Estado revela-se na noção de que os mesmos extrapolam a relação entre Estado e indivíduo, passando a ser reconhecidos como interesses comunitários, fornecendo diretrizes para toda atuação estatal.

A conformação dos direitos sociais liga-se a uma temática de ação. O Estado não pode se limitar a assistir a estagnação dos mandamentos constitucionais, petrificados pela ausência de políticas tendentes ao bem-estar de seu povo.

---

<sup>398</sup> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. [...] § 5º - A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130).

Portanto, a inaugurar tais ponderações, evoca-se uma primeira abordagem, qual nos faz volver os olhos no sentido de que a noção de Direito somente se justifica ontologicamente como mecanismo provocador de transformações sociais.

A demonstrar tal acepção, Nagibe de Melo Jorge Neto<sup>399</sup> pontua que:

O Direito, já há algum tempo, não é mais visto como mero instrumento de pacificação de conflitos, assumiu definitivamente o lugar de instrumento de desenvolvimento econômico e social, instrumento de construção da sociedade com base nos valores idealizados e positivados na Constituição.

De mais, a mais, acalantar direitos sociais viceja na exigência de um caminhar no sentido arrastá-los, esses direitos concebidos nas páginas dos diplomas constitucionais, à lume.

Assim, os direitos sociais operam-se em verdadeiros referenciais axiológicos para o Estado.<sup>400</sup>

Por tais razões, incontestemente que os direitos sociais são dotados de importância única dentro de qualquer Estado Democrático e Social de Direito.

Entretanto, diferentemente dos direitos fundamentais de primeira geração, aqueles chamados de direitos de defesa; não existe consenso acerca da aplicabilidade e efetividade imediatas dos direitos de segunda geração, direitos sociais (direito à seguridade social); esses chamados de direitos à prestação estatal; e, tampouco em relação ao caráter de direito subjetivo que, porventura, possam expressar.

Tal é o cerne do problema concernente à efetiva implementação dos direitos sociais, e mais propriamente do direito à seguridade social, visto que esses “direitos trazem como características mais marcantes o fato de que são direitos que pressupõem uma conduta ativa por parte do ente estatal”<sup>401</sup>.

Assim, a partir do momento em que o Estado passa a intervir na economia, de forma a proporcionar a satisfação das necessidades dos indivíduos; as constituições refletem tal situação, apontando supremacia constitucional a esses direitos a uma prestação estatal.

No entanto, a simples previsão desses direitos nas constituições não é garantia de sua efetivação.

---

<sup>399</sup> NETO, Nagibe de Melo Jorge. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. 2ª tir. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 19.

<sup>400</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49.

<sup>401</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Ibid.*, p. 31.

Essa limitação intrínseca aos direitos sociais inspira situações em que mesmo que a pretensão de uma prestação apresenta conformação “razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos necessários recursos; daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível”<sup>402</sup>.

Desse modo, os direitos sociais apresentam como uma de suas características a relevância do conteúdo econômico, na medida em que demandam recursos públicos disponíveis para que sejam concretizados.

Tratam-se, portanto, de direitos subjugados à conjuntura econômica. E desse modo, por dependerem de prestações positivas por parte do Estado, os direitos sociais acabam por esbarrar nas limitações de recursos materiais e financeiros que condicionam a atuação do Estado.

E mais, em um viés eminentemente pragmático, enfrentam as especificidades contidas no orçamento, que fixa as previsões de receita e define as despesas a serem efetuadas.

Justamente por tais razões que se sustenta que a efetividade dos direitos sociais se encontra subordinada a chamada Teoria da “Reserva do Possível”, na medida em que o Poder Público somente poderá implementar as políticas públicas dentro de sua capacidade financeira.

Nesse sentido, Rafael José Nadim de Lazari<sup>403</sup> explica que:

A Reserva do Possível, assunto intrinsecamente relacionado ao “custo dos direitos”, consiste, num conceito originário e ontologicamente desprezioso, na limitação argumentativo-fática à implementação dos direitos constitucionalmente previstos, em razão de insuficiência orçamentária para tal.

Entretanto, e tal ponderação deverá ser apresentada em tom enfático, a “Reserva do Possível” jamais poderá se tornar um óbice à preservação de um mínimo necessário à garantia da dignidade humana; sob pena de se esvaziar a teleologia Constitucional<sup>404</sup>.

---

<sup>402</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 91.

<sup>403</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do Possível e Mínimo Existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 58.

<sup>404</sup> Mas o que se deve dizer é que, independentemente do nível de aproximação entre a compreensão normativa e a realidade fática, “pontes” precisam ser construídas para encurtar essa distância e facilitar a compreensão, de ambos os lados Estado e particular, dos motivos de cada um. Constituem, pois, a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial em via de mão dupla, a saber, tratam-se de institutos intermediários nessa relação Estado/sujeito, através dos quais a população diz ao Estado que carece de algum direito e o Estado diz que não tem dinheiro para custeá-la, ou o inverso, isto é, o Estado não cumpre com dever que lhe é constitucionalmente imposto e a população lembra-o que, ao menos, um mínimo necessário à subsistência deve ser observado, ainda que o custo deste direito não esteja previsto num orçamento. (LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do*

Como já referido, sem o suprimento desse Mínimo Existencial<sup>405</sup>, não há que se falar em liberdade ou igualdade, uma vez que a dignidade humana é o alicerce e o ponto de partida para a efetivação de qualquer direito fundamental.

Nesse sentido, manifesta-se Daniel Machado da Rocha<sup>406</sup>, nos seguinte teor:

Os direitos sociais prestacionais, tais como a saúde, previdência, habitação, educação, na medida em que sua implementação reclama a mediação estatal, têm a sua realização umbilicalmente relacionada com a organização de políticas públicas. Fatores como o planejamento e a priorização de determinadas atividades, os condicionamentos institucionais – isto é, a existência de uma estrutura administrativa dotada de organização e capacidade técnica para a prestação de serviços – e um orçamento compatível, não podem ser ignorados. Na mesma linha, CID ressalta que o acolhimento nas Constituições e nas Declarações supraestatais configura apenas o ponto de partida, já que, inexistindo uma organização social e econômica capaz de possibilitar a efetividade dos direitos econômicos sociais e culturais, o reconhecimento estatal ou internacional atuaria no vazio, e as posições atribuídas aos sujeitos careceriam de conteúdo real. Por força de tais circunstâncias, os direitos a prestações (principalmente quando se cogita de direitos originários a prestações) tem sido objeto de uma acirrada polêmica que pode ser sintetizada em três linhas básicas: a) os que reconhecem essa condição, mas negam o seu caráter de direitos fundamentais; b) os que reconhecem essa condição, mas negam a mesma eficácia dos direitos de primeira dimensão; C) aqueles que defendem tanto a condição de direitos subjetivos quanto a eficácia dos direitos sociais fundamentais.

Desse modo, impende fazer-se uma análise quanto ao direito subjetivo de se exigir do Estado a concretização do direito social, apresentando como paradigmas de implementação, a conceitos diametralmente opostos, correspondentes à “reserva do possível” e mínimo existencial”.

Inicialmente, há que se referir à concepção de José Afonso da Silva, o qual entende não haver direito subjetivo individual em relação a direitos fundamentais sociais, exceto na sua vertente negativa. Essa postulação está ligada à sua definição por ele proposta no que tange às normas chamadas de programáticas<sup>407</sup>.

---

Possível e Mínimo Existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 52 e 53).

<sup>405</sup> Numa conceituação simplória e de reducionismo apriorístico proposital, pelo “mínimo” entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar a sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada. (LAZARI, Rafael José Nadim de. Reserva do Possível e Mínimo Existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012, p. 92).

<sup>406</sup> ROCHA, Daniel Machado da. Direito Fundamental à Previdência Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 96.

<sup>407</sup> Também na jurisprudência do STF o conceito de eficácia limitada é largamente utilizado, sobretudo nos casos em que se faz menção a normas programáticas. Em geral, no entanto, a menção a normas de eficácia limitada

Assim, explica José Afonso da Silva<sup>408</sup> que:

Aceitando as linhas fundamentais dessa doutrina, e reservando espaço para esclarecimento e especificações ulteriores, podemos conceber como *programáticas* aquelas *normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhe os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.*

Tal concepção, no entanto, retira a possibilidade de se pleitear juridicamente condições mais dignas de vida<sup>409</sup>.

Ademais, tal postulação, entretanto, não se sustenta, na medida em que o próprio José Afonso da Silva defende que todas as normas constitucionais apresentam alguma eficácia.

Ainda nessa vertente, uma segunda teoria, capitaneada por Ricardo Lobo Torres; partindo da concepção de cidadania de Marshall, restringe a efetivação dos direitos sociais, a partir de postulados jurídico-formalistas de inspiração liberal na interpretação e implementação desses direitos.

Entretanto, não nega, de forma peremptória, a subjetividade aos direitos fundamentais sociais, dando-lhes maior amplitude. Assim, toma por base a doutrina do *status* de Jellinek, buscando, a partir daí, a delimitação da atividade do Estado em relação ao indivíduo (*status positivo*).

Assim, Jellinek pondera que as normas de direitos fundamentais, ao objetivar assegurar posições jurídicas aos indivíduos, cumprem diferentes funções; assegurando, perante o Estado, diversas posições jurídicas, chamadas de *status*. Portanto, o *status negativo* corresponde à esfera de liberdade na qual os interesses essencialmente individuais encontram sua satisfação. Por sua vez, o *status passivo* estabelece uma situação na qual o indivíduo se encontra em posição de sujeição ao Estado. Trata-se de uma esfera de obrigações. De outra parte, o *status positivo* dota o indivíduo de prerrogativas jurídicas de exigência perante o

---

pelo STF é feita como sinônimo de norma desprovida de qualquer eficácia, nas situações em que o tribunal se abstém, com base na sua compreensão de separação de poderes, de tomar uma decisão que implique o reconhecimento de alguma eficácia para a norma em jogo. (SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais. 2ª ed, 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 215).

<sup>408</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 130.

<sup>409</sup> ESTEVES, João Luiz M. Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007, p.28.

Estado de prestações positivas. Desse modo, o indivíduo reclama algo para si, ao qual o Estado está obrigado<sup>410</sup>.

Finalmente, uma terceira teoria, ligada à concepção de Estado Social ou Estado Democrático de Direito, defendida por Paulo Bonavides, Andreas Krell, Lenio Luiz Streck, postula pela aplicação e efetivação dos direitos fundamentais sociais<sup>411</sup>.

Tal teoria preconiza que os limites para o exercício dos direitos fundamentais estão vinculados à preservação das condições sociais, pressupostos de uma ação estatal ativa e positiva na efetivação desses direitos.

Nesse sentido, manifesta-se Dirley da Cunha Júnior<sup>412</sup>, no seguinte sentido:

Os obstáculos que usualmente se erguem contra essa imediata aplicabilidade é que, segundo pensamos, não podem prevalecer ante a inquestionável vontade do constituinte de ver os direitos fundamentais que consagra diretamente usufruídos por seus titulares, independente da vontade do legislador ordinário. Esclarecemos, porém, que o “mínimo existencial” ou “padrão mínimo social”, como objeto de imediata e irrecusável garantia dos direitos sociais, compreende um completo, eficiente e qualificado atendimento básico das necessidades vitais do indivíduo, como saúde, educação, alimentação, moradia, assistência, variando seu conteúdo, evidentemente, de país para país.

Frise-se, a título de advertência, que nessa ponderação de valores, é essencial a invocação do princípio da proporcionalidade para se resguardar o equilíbrio entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, impedindo, assim, o retrocesso nas conquistas sociais.

Nesse passo, manifestou-se o STJ, conforme o Resp nº 811608/RS, onde figurou com relator o Ministro Luiz Fux<sup>413</sup>, asseverando que:

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 não 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.

Outra argumentação que defende a aplicabilidade dos direitos sociais, de um modo geral, repousa na aplicação do Art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, considerando que os

---

<sup>410</sup> BARROS, Suzana Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, pp. 134 e 135.

<sup>411</sup> ESTEVES, João Luiz M. *Ibid.*, p. 29.

<sup>412</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.273.

<sup>413</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 811608/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 04.06.2007.

direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, estariam submetidos à sua lógica, a partir do impositivo da aplicação imediata, sob o enquadramento “das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”.

Nesse sentido, portanto, evoca-se o disposto no Art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, como elemento justificador da aplicabilidade imediata dos direitos sociais, de um modo geral; visto que o referido dispositivo aponta para um constitucionalismo concretizador<sup>414</sup>.

De outra parte, o fato dos direitos sociais serem veiculados por meio de normas programáticas, e as mesmas, por sua natureza, limitarem-se a prescreverem programas sociais a serem adotados pelo Estado; não se constitui em motivo suficiente para negar aplicabilidade das mesmas.

Na verdade, como aponta Fabiana Okchestein Kelbert<sup>415</sup>:

[...] a não realização dos direitos sociais que dimanam das aludidas normas programáticas pela falta de regulamentação desmerece o próprio direito, ou seja, a inação estatal por falta de lei viola o direito e a norma que o prevê, a qual seria destituída de sentido caso não pudesse gerar qualquer efeito.

Tem-se, de outra parte, como aponta Virgílio Afonso da Silva<sup>416</sup> que todas as normas constitucionais, em maior ou menor medida, dependem de atuação estatal; o que nos faz concluir que as normas jurídicas, constantes da Constituição Federal, que veiculam os direitos sociais, e particularmente o direito à seguridade social, devem ter aplicabilidade tanto quanto possível.

Nesse sentido, João Luiz M. Esteves<sup>417</sup> pondera que:

Mas, de forma contraditória, não consegue enxergar que é a própria Constituição Federal que, taxativamente, pela disposição contida no §1º do seu art. 5º, resolve expressamente a questão ao dispor que as normas sobre direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. É necessário compreender que cada vez mais vem perdendo força argumentativa a doutrina que pretende restringir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, em vista de que se vem uniformizando o entendimento de que o caráter aberto dessas normas e seu caráter principiológico não são impeditivos à imediata aplicabilidade, e, conforme Eros Grau, podem ensejar o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de sua concretização legislativa [...].

---

<sup>414</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 44.

<sup>415</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Ibid.*, p. 44.

<sup>416</sup> SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais. 2ª ed, 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 231 e 323.

<sup>417</sup> ESTEVES, João Luiz M. Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007, p. 49.

Ainda, a reforçar tal argumento quanto à aplicabilidade imediata dos direitos sociais, e por consequência, do direito à seguridade social, tem-se que muitos direitos dessa natureza, seja por sua estrutura normativa, seja por sua função, apresentam-se como direitos de defesa, não existindo maiores problemas em dar-lhes eficácia imediata<sup>418</sup>.

Portanto, prudência é recomendável na aplicação, de forma irrestrita, da Teoria da “Reserva do Possível” à realidade brasileira, visto que a mesma forma concebida levando em consideração um parâmetro emanado da sociedade germânica.

Ora, são situações diametralmente opostas, que não podem ser regidas por um mesmo paradigma.

De uma parte, tem-se um país europeu, onde os mecanismos de proteção social já foram instalados e funcionam, possibilitando um patamar de igualdade sociológica aceitável, porém não ideal.

Na outra parte, vislumbra-se um país localizado na periferia do capitalismo global, onde impera a desigualdade social e o quase abandono de grande parcela da população pelo Estado.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior<sup>419</sup> explica que:

O problema de “caixa” não podem ser guindados a obstáculos à efetivação os direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende e “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte e uma desmedida contradição do modelo do Estado do Bem-Estar Social. A inaplicabilidade do limite da reserva do possível ainda é mais patente se fora considerado mais de perto o caso brasileiro, pois paradoxalmente o Brasil é um país que se encontra entre os dez países com a maior economia do mundo, muito embora dados do IBGE mostrem que, em 1998, aproximados 14% (21 milhões) da população brasileira são família com renda inferior à linha de indigência e 33% (50 milhões) à linha da pobreza. A maioria desse grupo, que representa hoje mais de 70 milhões de pessoas, não dispõe de um atendimento de mínima qualidade nos serviços públicos de saúde, educação, assistência social e vive, enfim, em condições indignas e subumanas, sem alimentação, sem moradia, sem higiene, o que é pior, sem a mínima perspectiva de melhoria.

Dessa feita, tal teoria dever ser encarada com mesuras, ante a inexorável implementação do Estado Gerencial, sob os auspícios da Responsabilidade Fiscal,

---

<sup>418</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 281.

<sup>419</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, pp. 106 e 107.

notadamente após a Lei Complementar 101/2000, como vetor impositivo na propugnação, pelos gestores públicos, das políticas públicas estatais.

No entanto, também não se pode olvidar, que a escassez moderada, mesmo quando estamos a falar de um Estado Social; e, portanto, ideologicamente voltado a uma política de redistribuição de renda e concretização da justiça social, implica em eleição de prioridades.

E, portanto, tal situação fática resultante da limitação orçamentária se impõe, mesmo quando se ponderando que a importância dos direitos sociais transcende sua órbita comezinha, derivando para uma significação seminal. De modo que “os próprios direitos sociais acabam por ser condições da liberdade, pressupostos táticos da possibilidade de exercício dos direitos de liberdade”<sup>420</sup>.

Desse modo, cabe ao Estado, portanto, demonstrar, a situação ensejadora da reserva orçamentária, da ordem que impeça, com a profusão argumentativa necessária, investimentos de qualquer ordem nessa seara.

Afinal, como já referido, por várias vezes, a longo desse texto, o imperativo constitucional determina a implementação do Estado Social em nosso país, como fundamento dessa República Federativa.

Nesse pormenor, manifesta-se Marisa Ferreira dos Santos<sup>421</sup>, nos seguintes termos:

A única forma de dar cumprimento ao preceito constitucional que elegeu a justiça social como objetivo da Ordem Social, é dar efetividade aos direitos sociais. A efetivação dos direitos sociais. De seu turno, por expressa disposição constitucional, tem um *modus operandi* constitucionalmente estabelecido: é por meio do desenvolvimento, fundado na solidariedade social, que se poderá chegar à justiça social. Não há como se dissociar o conceito de justiça social dos objetivos fundamentais da República. O art. 3º da Constituição, além de determinar que a República procure a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo, também, o bem de todos sem discriminações, determinou que se construa uma sociedade livre, justa e solidária, e se garanta o desenvolvimento nacional. Todos os instrumentos contidos na Ordem Social são desdobramentos objetivos da República. Somente o desenvolvimento nacional, que se efetivará mediante a solidariedade social, é capaz de garantir que todos os direitos sociais sejam efetivados.

Em outro ponto de vista, o imperativo constitucional da concretização dos direitos sociais tem grande apoio na chamada Teoria da “Proibição do Retrocesso”.

---

<sup>420</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 99.

<sup>421</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social. São Paulo: Editora Ltr, 2004, pp. 134 e 135.

Tal teoria preconiza que após a previsão legal de direitos fundamentais sociais, surge para o cidadão o direito subjetivo de exigir a concretização dessas prestações; bem como, o preceito de que tais direitos incorporam-se ao patrimônio jurídico, não mais podendo ser suprimidos ou terem a sua amplitude reduzida.

Trata-se da dimensão negativa dos direitos sociais, os quais sob esse viés, colocam-se como instrumentos de defesa em relação a atos de governo que importem em ofensa, pelo Estado, aos direitos de seus cidadãos.

Caminhando nessa temática, tem-se que com o surgimento do constitucionalismo democrático, no segundo Pós-Guerra, vem a lume a universalização do *judicial review*, bem como, a afirmação de leis fundamentais que passam a impor limites à regra da maioria.

Surgem, ainda, mecanismos que assegurem condições de possibilidade para a implementação do texto constitucional<sup>422</sup>.

E nesse pormenor, o Poder Judiciário, ao assegurar as condições de implementação dos parâmetros constitucionais, assume sua cota de responsabilidade quanto ao sucesso político das exigências do Estado Social.

Ocorre que muitas derivações legais somente podem vicejar a partir da aplicação judicial do parâmetro legalmente estabelecido, em cotejo com as várias nuances sociais que se verificam temporalmente e geograficamente.

Tal constatação nos é apresentada por Inocêncio Mártires Coelho<sup>423</sup>, o qual pondera que:

A lei deve deixar muitas e importantes tarefas para a função estruturadora do direito inerente à profissão judicial, uma atividade que é autônoma e que opera sobre o singular da forma mais exata e determinada possível. A lei opera com gêneros de possibilidades reais, pelo que suas determinações jurídicas são condicionadas e abstratas, enquanto o juiz trabalha com fatos individuais e concretos, devendo encontrar, em cada momento crítico, as suas determinações jurídicas. Mais do que o legislador, as cortes e os tribunais estão aptos a seguir, passo a passo, as alterações da sociedade e a estabelecer conexões até então despercebidas. As grandes sentenças, aquelas que abrem novos caminhos para a vida jurídica, com expressiva frequência, são pronunciadas em que se mostra a existência de conexões normativas antes ignoradas; e o grande magistrado é aquele que tem o condão de descobri-las e apresentá-las de um modo objetivamente tão convincente que cause espanto terem elas permanecido inadvertidas por tanto tempo.

---

<sup>422</sup> VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil. *REVISTA DIREITO GV*, SÃO PAULO, Vol 4(2), p. 403, Jul-Dez 2008.

<sup>423</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica*. São Paulo, 2010, p. 184.

Dentro desse nesse novo paradigma, portanto, em tempos de Pós-positivismo e Neoconstitucionalismo, a partir da ponderação de princípios, os juízes buscam concretizar os direitos fundamentais, apontando direções para a realização de políticas públicas indispensáveis a esse desiderato.

Nesse sentido, ainda Inocêncio Mártires Coelho<sup>424</sup> conclui que:

A verdadeira questão não é se os juízes devem completar a obra que as convenções constitucionais e as assembléias legislativas deixam inacabadas, mas se deverão fazê-lo com plena consciência de sua função de criadores de direito imbuídos de propósito manifesto de servir ao bem-estar da comunidade.

No Brasil, em especial, com a inauguração de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, por conta da nova ordem constitucional, a partir de 1988; a radicalização do processo democrático exige a participação do Poder Judiciário na arena política.

Por tal razão, por imposição constitucional, ao Poder Judiciário não fora mais consentido abster-se do encargo de conformar as políticas públicas do Estado aos imperativos constitucionais; visto que no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário também exerce uma função política.

Nesse sentido, Nagibe de Melo Jorge Neto<sup>425</sup> doutrina que:

Devemo-nos lembrar que a função exercida pelo Poder Judiciário é também uma função essencialmente política e que, em alguma medida e dentro de certos limites, o Poder Judiciário está autorizado pela Constituição a pronunciar-se sobre as questões políticas. Somente as questões ditas meramente políticas não se submetem ao controle do Poder Judiciário. Isso é decorrência da opção política fundamental do Estado Democrático de Direito, que importa não só na auto-limitação do Estado pelo ordenamento jurídico, com também na participação democrática, tanto mais ampla quanto possível, de todo os cidadãos e setores da sociedade política nas escolhas e fixação das políticas públicas pelo Estado, inclusive mediante a utilização de mecanismos outros de participação democrática dentro dos quais avulta o processo judicial.

Do mesmo modo, Inocêncio Mártires Coelho<sup>426</sup> conclui que:

---

<sup>424</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Ibid.*, p. 185.

<sup>425</sup> NETO, Nagibe de Melo Jorge. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. 2ª tir. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 22.

<sup>426</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica*. São Paulo, 2010, p. 186.

Semelhante postura faz tabula rasa do fato de legisladores e juízes são criaturas constitucionais de igual hierarquia e que, por isso mesmo, as prerrogativas de igual hierarquia e que, por isso mesmo, as suas prerrogativas possuem a mesma estatura, enquanto atributos conferidos pela Constituição. Mesmo quando declaram atributos conferidos Constituição. Mesmo quando declaram a inconstitucionalidade das leis, os juízes não fazem por direito próprio, mas apenas como preposto ou funcionário do povo, cuja vontade está consubstanciada na Constituição. Para exaltar o juiz não é preciso desqualificar o legislador, até porque, sem a mediação conformadora e atualizadora dos representantes do povo, escolhidos em eleições periódicas, os textos constitucionais correm o risco de permanecerem estáticos e fora de sintonia com a realidade social.

Ademais, considerando a Constituição Federal de 1988, com sua conformação analítica, o protagonismo judicial também é consequência de um processo de densificação constitucional, o qual redundou na inserção de inúmeras matérias, que antes eram tratadas pelo processo político majoritário e para a legislação ordinária, no texto constitucional. Tal conformação vicejou na ampliação do espectro de proteção dos direitos fundamentais, com a consequente convocação do Poder Judiciária a eficaciar tal conteúdo normativo.

Ao derredor, ainda a justificar o protagonismo judicial, como explica Luís Roberto Barroso, a amplitude do controle de constitucionalidade brasileiro, de caráter híbrido ou eclético, ao reunir o sistema americano e o europeu, redundou na possibilidade de todas as causas de relevância nacional baterem às portas do Supremo Tribunal Federal<sup>427</sup>.

Ademais, no que toca especificamente aos direitos sociais, a temática adstrita à concretização dos direitos sociais afeta à Reserva do Possível, enredado na necessidade de harmonia entre os Poderes constitutivos do Estado Democrático de Direito, ganha ponderações mais veementes.

Assim, Jorge Reis Novais<sup>428</sup> explica que:

Mais concretamente e em última análise, tratar-se-á de saber se, no controlo das acções ou omissões dos poderes públicos referentes à realização dos direitos sociais, a última palavra deve caber ao legislador e à administração ou ao juiz. É que, no fundo, uma vez situações de escassez económica moderada tudo reside numa definição de prioridades, numa opção orçamental sobre a afectação dos recursos disponíveis, do que se trata é de saber quem define as prioridades, que faz as escolhas, quem tem sobre a matéria a última palavra. Nesse sentido, o problema subjacente ao reconhecimento da reserva do possível e à relação entre legislador e juiz na realização dos direitos sociais não é um problema de contabilização de

---

<sup>427</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 03 out. 2010.

<sup>428</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 116.

recursos existentes, mas um problema de competência orçamental, de divisão e separação de poderes em Estado democrático.

Corroborado nessas constatações, e notadamente levando-se em consideração o caráter programático das normas configuradoras dos direitos sociais<sup>429</sup>, faz-se coro à argumentação que verbera pelo cabimento da exigibilidade desses direitos pela via judicial.

Nesse sentido, Fabiana Okchstein Kelbert<sup>430</sup> pondera que:

Não restam dúvidas de que grande parte dos direitos sociais só se realiza por meio de políticas públicas, o que desperta novamente a problemática da exigibilidade desses direitos, pois seria vedado ao Poder Judiciário interferir na adoção e consecução das referidas políticas. Há que se reconhecer, de outra parte, que a efetivação dos direitos sociais pela via judicial atende aos princípios norteadores de um Estado social e democrático, ao qual a Constituição brasileira aderiu, especialmente ao que se refere à justiça social.

De outra ponta, o protagonismo judicial tem a sua mais destacada fronteira pousada na garantia da força normativa da Constituição; ante a omissão dos outros entes constitucionalmente determinados a lhes conceder eficácia.

Tal situação paradigmática faz nascer a chamada omissão inconstitucional.

Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg<sup>431</sup> mentor de tal teoria, explica que:

Verifica-se desde logo que a tarefa de implementação dos direitos fundamentais propostos pelo constituinte já não é deferida com prioridade absoluta ao legislador. A implementação deles está ao alcance de qualquer sujeito e encontra no próprio quadro constitucional positivo instrumentos de viabilização (como mandado de injunção). Além desse alargamento da possibilidade de realização dos direitos fundamentais, a aplicabilidade direta – com seu corolário, o princípio da máxima efetividade – autoriza defender o deslocamento de competência, com a mudança de titulares, no intuito de obter-se uma maior implementação dos ditos direitos.

Portanto, a apreciação dessas omissões se desenvolve judicialmente, a partir não de um modo meramente mecanicista, eivada de absoluta passividade perante o sentido literal dos textos constitucionais, mas por meio de uma atividade criativa.

Tal atuação judicial supletiva justifica-se, na medida em que, sendo as regras e os preceitos constitucionais dotados de superioridade normativa diante da legislação

---

<sup>429</sup> Que lhes imprime um conteúdo valorativo.

<sup>430</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 58 e 59.

<sup>431</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.

infraconstitucional, é dever do legislador infraconstitucional a concretização, na máxima medida possível, dos conteúdos constitucionais que reclamam uma atuação legislativa para sua concretização.

Explica Luís Roberto Barroso<sup>432</sup> que:

A supremacia da Constituição e a missão atribuída ao Judiciário na sua defesa têm um papel de destaque no sistema geral de freios e contrapesos concebido pelo constitucionalismo moderno como forma de conter o poder. É que, através da conjugação desses dois mecanismos, retira-se do jogo político do dia-a-dia e, pois, das eventuais maiorias eleitorais, valores e direitos que ficam protegidos pela rigidez constitucional e pelas limitações materiais ao poder de reforma da Constituição.

Além disso, ao legislador, apesar de gozar de relativa liberdade quanto ao conteúdo normativo, não lhe é dado, entretanto, por ocasião da conformação constitucional, liberdade de se abster no seu mister.

Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg<sup>433</sup> explica que:

CANOTILHO, versando sobre o espaço de conformação legislativa e seus condicionamentos constitucionais, embora reconhecendo uma certa liberdade de conteúdo (sempre constitucionalmente balizada), afirma: “No entanto, o legislador não tem liberdade de escolha quanto ao se – ele *deve actuar* para prosseguir os fins no programa”. A partir daí, seria possível reconhecer que a exigência de atuação deveria ocorrer num certo lapso temporal (razoável), além do qual não apenas ficaria patenteada a mora constitucional desse legislador, senão que seria possível a sua destituição em favor de outro sujeito mais diligente.

Dentro desse contexto, evidencia-se, como ideal de uma época de pós-positivismo e concretização judicial da principiologia constitucional, a presença, cada vez mais constante, de uma atitude criadora do Juiz, em antítese à omissão legislativa, ao se desincumbir de sua missão judicante. E, nesse sentido, o parcimonioso trabalho dos juízes é bem-vindo.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso<sup>434</sup> pondera que:

o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário

<sup>432</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pp. 162 e 163.

<sup>433</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 144.

<sup>434</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 03 out. 2010.

não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Portanto, se de uma ponta, não é dado ao Poder Judiciário se omitir. De outra, na prestação judicial, não deve pretender substituir os Poderes Executivo ou Legislativo, quanto à decisão sobre a característica a ser dada ao Estado, visto que a mesma tem como fonte a Constituição Federal, em sua arquitetura funcional própria.

E, com resguardo no mesmo fundamento constitucional; *a priori*, não lhe é dado definir políticas públicas, ante a ausência de mandados constitucionais.

Talvez Elival da Silva Ramos<sup>435</sup> estivesse delineando tal idéia, *mutatis mutandis*, ao afirmar que:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata de exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.

No entanto, como referido, ao Poder Judiciário cabe atuar objetivamente na concretização dos preceitos constitucionais, quando pela omissão dos legitimados originariamente previstos no texto constitucional, direitos fundamentais sociais deixarem de ser efetivados, visto que, a omissão estatal, nessa medida, representa a negação desses direitos, considerando que sua ontologia reside nos direitos às prestações sociais.

Notando que, se em qualquer noção de direitos que se preze; o mecanismo transformador é inerente. Nos direitos sociais isso é exponencial, ontologicamente são mecanismos provocadores de transformações sociais.

Portanto, os direitos sociais se legitimam em função da construção de um mínimo de condições existenciais do ser humano.

Assim, os direitos sociais operam como verdadeiros referenciais axiológicos para o Estado. Sua conformação liga-se a uma temática de ação.

---

<sup>435</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Editora Saraiva, 1ª ed., 2ª tir., 2010, pp. 116 e 117.

Nesse viés, o Estado não pode se limitar a assistir a estagnação dos mandamentos constitucionais, petrificados pela ausência de políticas públicas próprias; visto que “proteger direitos sociais” implica em uma exigência de ações estatais, sob a significação de “realizar direitos”.

Já a pergunta “o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?” começa a ser respondida a partir da proporcional conjugação das Teorias da “Reserva do Possível” e “Mínimo Existencial”; por meio da máxima eficácia possível implementada a tais direitos.

Dentro dessa dinâmica, o direito à seguridade social é conjugado sob a consideração de estar dentro de uma acepção que tece o conteúdo inafastável do “Mínimo Existencial”; guindado, portanto, por tal imperativo à sua necessária concretização, em níveis proporcionalmente mais satisfatórios, partido de um limiar razoável.

## CAPÍTULO 4 - DA DIMENSÃO FRATERNA DOS DIREITOS SOCIAIS

A justiça necessariamente deverá voltar os olhos ao outro. E, nessa identificação de si mesmo no próximo, aproxima os indivíduos, desenvolvendo-lhe os laços sociais que fundamentam a vivificação do Estado.

Tem sua força motriz baseada na percepção do próximo como uma significação de si mesmo.

Tal densificação remonta a uma tradição que se baseia nos ensinamentos de Aristóteles e São Tomás de Aquino, os quais, examinando a relação entre a justiça e o direito, concebem uma acepção de justiça baseada na equidade ou *epicheia*, como sua expressão mais elevada; em uma conformação mais adstrita à “sabedoria e com o bom senso do que com a lei escrita; ela tem algo de parecido com a caridade que lhe é ainda superior”.<sup>436</sup>

A significação essencial da solidariedade<sup>437</sup> para a sociedade, enquanto forças morais que restringem o egoísmo e unem as pessoas em um ideal comunitário comum, é evidenciada por Adam Smith, em sua obra *The theory of moral sentiments*, esquecida sob o peso de sua mais famosa obra *The Wealth of nations*, mas que deveria completar-lhe o sentido, visto que os postulados dessa obra pressupunham um modelo social construído a partir daquele opúsculo primeiro.

Assim, explica Adam Smith<sup>438</sup> que:

A solidariedade, afirmou Smith, supera até mesmo o egoísmo. A solidariedade (ou empatia ou sentimento de companherismo) desperta nosso interesse pelo sucesso dos outros e faz a felicidade deles necessária para nós. Isso é verdade, apesar de não recebermos nada da felicidade dos outros, exceto o prazer de vê-la. O sofrimento e a alegria nos outros estimulam emoções similares em nós mesmos. Se nos colocarmos no lugar do outro, nossa imaginação pode evocar a simpatia por uma situação da qual a outra pessoa está inconsciente. [...] Assim, a angústia que sentimos ao observar tais pessoas não vem do seu sofrimento, mas da nossa consciência de sua situação por meio do nosso poder de razão e de julgamento. Isso é a solidariedade. Sentimos solidariedade até mesmo diante dos mortos, porque imaginamos nossa alma vivendo nos corpos inanimados e, então, entendemos como nossas emoções ficariam diante dessa situação.

<sup>436</sup> FARAGO, France. A Justiça. Barueri: Editora Manole, 2004, p. 118.

<sup>437</sup> E nesse sentido, considerando o termo *sympathy*, a partir da dicção original do livro de Adam Smith, *The Theory of moral sentiments*, que apresente um conteúdo amplo, a abarcar uma significação pretendida para fraternidade.

<sup>438</sup> BRUE, Stanley. História do Pensamento Econômico. Tradução: Luciana Penteadó Miquelino. 6ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, p. 65.

Desse modo, a correlação seminal entre a justiça e a fraternidade deve ser considerada como o elemento, a partir do qual se imanta uma significação de verdade que repousa na base ética de qualquer sistema normativo que pretenda consagrar a dignidade da pessoa humana.

Assim, explica France Farago<sup>439</sup> que:

Enfim, a justiça olha para o próximo como uma outra pessoa, como outra pessoa, ela olha os direitos alheios, ela é essencialmente *ad alterum*, enquanto que a caridade que é superior a ela, olha o próximo como um outro nós-mesmos e dá além do que os direitos alheios. É assim que perdoar significa dar mais do que é devido. A justiça deve ser vivificada pela caridade

A fraternidade deixa seus rastros ao longo da história do gênero humano, vicejando em concepções conceituais, onde menos se espera. Assim, algumas vezes já fora apontado nesse trabalho, a importância do paradigma estatal, consistente no Estado Social, para o surgimento e celebração dos direitos sociais, pressupondo que a concepção ideológica que lhe anima a existência, assim como a doutrina econômica subjacente, propicia o ferramental essencial à concretização desses direitos de cunho positivo.

Assim, quando feitas tais conceituações, afastaram-se, como horizonte provável do surgimento dos direitos sociais, os modelos estatais anteriores. Desse modo, justificou-se que o Estado Absoluto e, principalmente, o Estado Liberal, apontavam em outro sentido, quando preceituavam os objetivos fundamentais de sua existência, celebrando a acumulação de riqueza, projetada na circulação de mercadorias ou na celebração do crédito.

Tal paradigma, entretanto, com a conformação do Estado Social se altera, ante a consideração da pessoa humana como elemento de justificação do Estado.

A celebração desse novo modelo estatal está associada ao constitucionalismo, que vicejando em uma constituição conformadora, forjou as bases jurídicas necessárias à tal horizonte público, dando azo, de sua parte, ao chamado Constitucionalismo Fraternal.

E nesse sentido, procedendo a derivação dos direitos sociais ao direito à seguridade social, evidencia-se, ainda mais de perto, a umbilical ligação entre o Direito e a fraternidade.

Assim, quando Mozart Victor Russomano<sup>440</sup>, em sua clássica doutrina, evidencia as origens da previdência social, ele pondera que:

---

<sup>439</sup> FARAGO, France. A Justiça. Barueri: Editora Manole, 2004, p. 128.

<sup>440</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Previdência Social. Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 02.

A Previdência Social tem sua história ligada a duas tendências inatas no homem: a *poupança e a caridade*.

Ela nasce, do ponto de vista de cada indivíduo, da necessidade de amearhar o necessário à segurança do futuro; mas vai além e, do ponto de vista de terceiros, resulta de um sentimento caritativo de solidariedade, que se manifesta na assistência aos necessitados.

Portanto a temática a seguir tratada apresenta elementos que se relacionam em um plano, que apesar de muitas vezes obscurecido por impressões mal fundadas, apresentam-se muito próximos e que, se complementam, em uma significação essencial.

#### 4.1 Do constitucionalismo fraternal

A notícia da fraternidade na Constituição Federal já fora apontada alhures, em seu preâmbulo e também, em seus princípios fundamentais.

Sua aplicação instrumental e comprometimento ideológico com a construção de uma sociedade fraterna se apresenta, de forma mais própria, na concepção dos direitos sociais e na estruturação da seguridade social.

Assim, a fraternidade se constitui no amálgama, que une preceitos fundamentais, que apontam a direções opostas, conjugando-os em um desiderato comum. Nesse sentido, a fraternidade se interpõe entre a liberdade e a igualdade, promovendo sua integração ao paradigma do Estado Social, fundado na valorização da dignidade da pessoa humana.

Tal consideração é apontada por Agnes Bernhard<sup>441</sup>, a qual explica que:

[...] a fraternidade está ligada aos princípios de liberdade e de igualdade, assegurados por constituições em todos os Estados Modernos. [...] a fraternidade pressupõe a liberdade individual e a igualdade de todos os homens, e está numa relação de interdependência mútua com esses dois princípios. Os três conceitos têm por raiz a dignidade da pessoa humana. O objetivo atingido de proteger os Direitos Humanos quanto o alcance da tutela e da garantia do indivíduo, deve valer – segundo o conceito de fraternidade – como garantia mínima para cada indivíduo, em cada tempo e em cada lugar, inclusive os direitos sociais.

Assim, ao se transitar pelo processo histórico de construção de uma teoria constitucional que abarcasse, em seus parâmetros informativos, um caráter fraterno dos direitos fundamentais, a abordagem do surgimento e a evolução dos direitos sociais,

---

<sup>441</sup> BERNHARD, Agnes. *Elementos do Conceito de Fraternidade e de Direito Constitucional*. In; *Direito e Fraternidade: Ensaios/ Prática Forense*. Coordenadores: Giovanni Caso; Munir Cury; Afife Cury; Carlos Aurélio Mota de Souza. . São Paulo: Ltr e Cidade Nova, 2008, p.612.

vicejando, no direito à seguridade social, importa em consideração fundamental, para se configurar de forma totalizando seus parâmetros axiológicos fundantes.

Desse modo, o direito à seguridade social, como espécie dos direitos sociais, pode ser compreendido, na terminologia adotada por Paulo Bonavides, como um direito fundamental de segunda geração, naquele rol de direitos umbilicalmente vinculados ao Estado do Bem-estar Social.

Nesse sentido, Paulo Bonavides<sup>442</sup> explica que:

Com advento dos direitos fundamentais da segunda geração, os publicistas alemães, a partir de Schmitt, descobriram também o aspecto objetivo, a garantia de valores e princípios com que escudar e proteger as instituições. Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude

Desse modo, como seria de esperar de uma constituição dirigente, própria de um Estado Social (*Welfare State*), a Carta de 1988, superando concepções liberais de individualismo jurídico, conferiu, logo no seu Art. 6º, dignidade e fundamentalidade constitucionais ao direito à saúde, à previdência e à assistência social.

Mais adiante, a Constituição Federal, nos Arts. 193 e seguintes, tratou de pormenorizar a disciplina jurídica de tais direitos para globalmente considerá-los como elementos do sistema da seguridade social, instituída a fim de reduzir ou mesmo evitar os riscos sociais.

Desta feita, como a Constituição de 1988 construiu um Estado do Bem-Estar Social em nosso território, a proteção social brasileira é, prioritariamente, obrigação do Estado.

Assim, percebeu-se, a partir do alcance do Estado Social, que com a constitucionalização das normas de direitos sociais “de nada adiantaria um rol extenso e analítico de normas garantidoras de direitos se elas fossem vistas como algo metafísico e, portanto, distanciadas da realidade”<sup>443</sup>.

---

<sup>442</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 565.

<sup>443</sup> MEIRELES, Ana Cristina. A Eficácia dos Direitos Sociais. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 62.

Hoje, no Brasil, entende-se por seguridade social o conjunto de ações do Estado no sentido de atender às necessidades básicas de seu povo nas áreas de Previdência Social, Assistência Social e Saúde<sup>444</sup>.

Nesse sentido, estabelece o Art. 193 da Constituição Federal<sup>445</sup>, que a Ordem Social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Assim harmoniza-se com a Ordem Econômica, já que a mesma também se funda na valorização do trabalho e tem como objetivo assegurar a todos uma vida digna, conforme o teor do Art. 170 da Constituição Federal<sup>446</sup>.

A seguridade social, como já referido algumas vezes nesse trabalho, foi definida no Art. 194 da Constituição Federal, nos seguintes termos: “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência e à assistência social”.

Assim, o direito da seguridade social busca garantir o mínimo de condição social necessária a uma vida digna, conforme o teor do Art.1º, Inciso III, da Constituição Federal, visto que o princípio da dignidade da pessoa humana é princípio fonte ou maior que fundamenta e justifica toda a conformação constitucional; constituindo-se em suporte moral dos direitos.

Portanto, o conceito de dignidade da pessoa humana está ligado ao respeito aos direitos naturais e inalienáveis do homem.

E mais, ao se apontar a fraternidade como elemento conformador da ordem constitucional, assevere-se que a própria dignidade apresenta uma dimensão comunitária, chamada ainda de social, a partir da qual todos são iguais em dignidade e como tais convivem em determinada comunidade ou grupo<sup>447</sup>.

Por tais considerações, portanto, o Constitucionalismo Fraternal preconiza, como elemento axial em sua fenomenologia, um conceito de mínimo existencial, a significar condições materiais mínimas a assegurar uma vida digna e saudável ao indivíduo atingido pelas contingências sociais.

---

<sup>444</sup> Adiantando que compete à União legislar privativamente sobre essa matéria conforme estabelece o Art. 220, Inciso XXIII da Constituição Federal de 1988.

<sup>445</sup> Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

<sup>446</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

<sup>447</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 120.

Por tal razão, em obediência ao imperativo constitucional, o Art. 1º da Lei nº 8213/91 estabelece que:

A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

E de outra parte, em apreço à dignidade da pessoa humana, e todos os seus consentâneos, ligados a nossa temática securitária, a adstrição dos teores infralegais a tal acepção. Ou seja, o esforço hermenêutico em se extrair significações dos textos legais que evidenciem e protejam tais imperativos axiológicos.

Nesse sentido, a “missão da hermenêutica, então, dentro dessa nova perspectiva, é a de romper com esta paradigma estabelecido pela dogmática jurídica que impede a efetivação dos direitos sociais”<sup>448</sup>.

Assim, quando o Art. 115, Inciso II, da Lei nº 8213/91, determina que o pagamento de benefício previdenciário além do devido poderá ser descontado das prestações futuras; quer se crer, ante o caráter alimentar do benefício previdenciário, e considerando a presumida boa-fé do segurado, que tal desconto não poderá ser em montante que comprometa a subsistência deste, deixando-o em total desamparo. Essa é a interpretação conforme, quando se leva em consideração a tarefa construtiva do intérprete, no sentido de esgotar “todas as possibilidades hermenêuticas de produção de sentido” que emanam dos postulados constitucionais lastreados na justiça social<sup>449</sup>.

Assim, com essa conjugação de valores, busca-se viabilizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme o teor do Art. 3º, da Constituição Social; notadamente na “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, a partir do ideal fundante da Seguridade Social, correspondente, como referido, à justiça social.

Essa temática é abordada por Ronald Dworkin<sup>450</sup> o qual pondera que:

Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo

---

<sup>448</sup> MEIRELES, Ana Cristina. A Eficácia dos Direitos Sociais. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 66.

<sup>449</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 233.

<sup>450</sup> DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX.

não passa de tirania – e, quanto as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais, de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais.

De outra parte, ainda dentro dessa concepção, evoca-se a temática adstrita às normas programáticas.

De saída, tem-se que as referidas normas também são aplicáveis em relação às normas da constituição preexistente.

Assim, impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados.

Nesse sentido, são características básicas das normas de princípio programático: têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais; não tem força para se desenvolver integralmente, tornando-se programa a ser realizado pelo Estado por meio de leis ordinárias ou outras providências; são normas de eficácia reduzida, não sendo operantes com relação aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial.

Por tais características, então, as normas constitucionais programáticas são dotadas de caráter imperativo e vinculativo. Não se tratam de normas de imediata aplicabilidade, como já referido. No entanto, isso não nega o caráter positivo e jurídico dessas normas.

Nesse diapasão, há que se ponderar que as normas que disciplinam as relações econômico-sociais sofreram duas transformações no decorrer do século XIX. Em primeiro lugar, deixaram de ser normas abstratas e passaram a ser normas concretas jurídicas positivas. Ainda, tais normas integraram-se a outras normas destinadas a atuar como uma completa e pormenorizada regulamentação jurídico-constitucional de seus pontos mais delicados.

Tais normas, portanto, apresentam um caráter teleológico, determinando a realização dos fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, de modo a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

O problema que se coloca é o de eliminar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar a sua concretização prática. O simples reconhecimento dos direitos sociais não é suficiente para reequilibrar a situação de inferioridade dos menos favorecidos.

Ademais, não pode confundir disposições programáticas e princípios constitucionais. As normas e princípios assumem conotações diferentes.

Assim, normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo. Por sua vez, princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas contendo valores e bens constitucionais.

As normas programáticas são normas informadas pelos princípios, definidoras de direitos econômicos e sociais específicos; uma vez que revelam o compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social.

Ainda, há que se argumentar que por constarem no texto constitucional, já afirma a juridicidade das normas programáticas. Estas enunciam normas jurídicas que vinculam todas as demais produções normativas inferiores. São regras que cerceiam a atividade dos legisladores futuros, que no assunto programado, não podem ter outro programa.

Finalmente, há que se frisar, por fim, que o fato de dependerem de providências institucionais não quer dizer que não tenham eficácia.

E tal derivação evoca o problema inserto na aplicação desmedida da Teoria da “Reserva do Possível”, essa concebida para sopesar um paradigma contextual inserto na realidade germânica, no contexto existente na realidade da *terrae brasiles*.

Ora, são situações diametralmente opostas, que não podem ser regidas por um mesmo paradigma. De um lado, tem-se um país europeu, onde os mecanismos de proteção social já foram instalados e funcionam, possibilitando um patamar de igualdade sociológica aceitável, porém não ideal. Já, de outra ponta, vislumbra-se um país localizado na periferia do capitalismo global, onde impera a desigualdade social e o quase abandono de parcela da população pelo Estado.

Dessa feita, tal teoria dever ser encarada, ante a implementação do Estado Gerencial, e os conceitos de Responsabilidade Fiscal, notadamente após a Lei Complementar nº 101/00, como vetor orientativo, na propugnação, pelos gestores públicos, das políticas públicas estatais. Afinal, o imperativo constitucional determina a implementação do Estado Social em nosso país. E nesse sentido, a alegação de falta de recursos, por parte do Poder Público, deverá ser provada, por meio de justificativas convincentes embasadas em provas irrefutáveis de tal condição.

Tal aceção é defendida por George Marmelstein<sup>451</sup>, nos seguinte teor:

Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo,

---

<sup>451</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, pp. 357 e 358.

sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial. Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. [...] Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental.

Ainda nessa seara, a dar embasamento ao imperativo constitucional da concretização do direito social; avulta a chamada Teoria “da Proibição do Retrocesso”.

Tal teoria preconiza que após a previsão legal de direitos fundamentais sociais, surge para o cidadão o direito subjetivo de exigir a concretização dessas prestações; bem como, o preceito de que tais direitos incorporam-se ao patrimônio jurídico, não mais podendo ser suprimidos ou terem a sua amplitude reduzida.

Trata-se da dimensão negativa dos direitos sociais, os quais sob esse viés, colocam-se como instrumentos de defesa em relação a atos de governo que importem em ofensa, pelo Estado, aos direitos de seus cidadãos.

Tais signos apresentam-se como elementos que caracterizam o chamado constitucionalismo fraternal, na medida em que apontam como vértice ideológico da Constituição Federal, elementos de acalento pela pessoa humana, considerada de um ponto de vista coletivo, em sua significação individual, entretanto, acolhidos como irmãos de uma mesma grande família estatal.

Assim, a elucidação do princípio da fraternidade, assim como a defesa de sua categorização jurídica se faz necessária ante imprescindibilidade de tal valor com fundamento essencial a imantar o enunciado constitucional e dimensionar a ação estatal.

## **4.2 A fraternidade como categoria jurídica**

A natureza jurídica do princípio da fraternidade é uma discussão que se ocupam os juristas há pouco tempo. Tal situação explica-se, ante o obscurantismo que fora impingido a tal temática.

Ocorre que a fraternidade, logo em seu nascedouro, fora a primeira vítima do individualismo burguês, com sua lógica voltada à utilização egoísta do bem privado e orientada à acumulação desmedida de bens.

Tal constatação é apontada por Alexandre José Costa Lima<sup>452</sup>, o qual explica que:

Ora, a disputa por bens, associada à acumulação desenfreada tornou-se uma lógica excludente, que relegou a idéia de fraternidade ao conjunto dos conceitos ultrapassados e dispensáveis, como se fosse um elemento de fundo que não merecesse voltar ao primeiro plano. [...] A moral burguesa resume-se à crença de que o cuidado em proteger o interesse privado promove o interesse público, pretensão inconcebível, para os antigos, cuja idéia de liberdade pressupunha o plano político, e não apenas a vida privada, como pensa o burguês. O Estado burguês existiria para garantir a inteira liberdade de comércio, aliás, a única função imaginável numa sociedade na qual os bens naturais e os artificiais se tornam mercadorias, meros artigos intercambiáveis no mercado.

Entretanto, com a evolução histórica, a feição do Estado burguês se modifica, e a natural concepção do Direito se volta ao homem, em sua dimensão fraterna.

Assim, Alexandre José Costa Lima<sup>453</sup> explica que no plano político, o século XVIII reconhece a evidência do princípio solene da igualdade e da liberdade de todos os homens nas sociedades ocidentais. No século seguinte, vislumbra-se a abolição da escravidão e, finalmente, no século XX, dá-se a universalização da Declaração dos Direitos do Homem.

Assim, a presença da fraternidade, em cotejo com as finalidades buscadas pelo Direito em sua dimensão atual, é inconteste. Dir-se-ia, até mesmo, imprescindível, apesar de várias brumas terem-lhe obstado uma conclusão plausível sobre a sua juridicidade, e a sua consideração como categoria constitucional.

O primeiro óbice resulta do caráter espontâneo que emerge da fraternidade, natureza essa que acompanha tal conceito ao longo da história humana. Caráter oposto à coatividade que alimenta o fenômeno jurídico.

Desse modo, questiona-se, em primeira análise, se a fraternidade se trata, tão somente, de uma categoria ética e religiosa, associada à noção de consanguinidade, tendo sua significação imantada à identificação de pessoas constituintes de um grupo familiar. Ou, avançando-se, ao longo dos séculos, a fraternidade como a identificar um séquito religioso, ornado pela mesma fé. E, finalmente, vicejando, por obra do Novo Testamento Cristão, numa idéia que remete à noção de uma família universal, na qual todos são reconhecidos como filhos de um mesmo pai.

---

<sup>452</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido – vol. 2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, pp. 78 e 79.

<sup>453</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido – vol. 2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 81.

No entanto, ante o desenrolar do processo de secularização do Cristianismo, o que se vê, apesar do passado histórico remeter à realidade relatada, é a fraternidade alçada à prática política, por imposição jurídica, mas com a mesma base religiosa.

Pondera, nesse sentido, Giuseppe Tosi<sup>454</sup>, expressando-se do seguinte modo:

Desse ponto de vista, seria ilusório pensar em conseguirmos nos livrar definitivamente da influência do pensamento cristão, de seus valores, de suas coordenadas conceituais: embora secularizado, o cristianismo continua sendo o paradigma fundante do espírito do Ocidente. Hans Blumenberg respondeu a Löwith afirmando que, se é verdade que os conceitos modernos encontram suas raízes no cristianismo e na teologia cristã, desde as sínteses patrísticas até o nominalismo tardo-medieval, é verdade também que tais conceitos se emanciparam definitivamente dessa tradição, adquirindo uma legitimidade própria e ocupando um lugar novo e diverso, e uma nova função hermenêutica (cf. Blumenberg, 1992).

Assim, a fraternidade passa a representar uma igualdade de dignidade entre todos os homens, independentemente de qualquer convenção externa, de qualquer natureza.

De um aspecto filosófico, uma aceção defensável de uma significação fraterna se insere em um postulado que defende o dever de impedir a infelicidade na maior medida possível e do maior número de pessoas.

Tal aceção de justiça social, chamada por Arthur Kaufmann<sup>455</sup> de utilitarismo negativo, é apresentada a partir da seguinte derivação:

Devemos impedir a *infelicidade* na maior medida possível e do maior número possível de pessoas. E a infelicidade ou, mais rigorosamente, a aspiração que cada pessoa tem de não ser exposta à infelicidade, é algo que se pode universalizar. [...] Vejamos o que escreve *Tammelo*: “Para mim, o mais alto mandamento do ordenamento da justiça consiste na supressão ou na maior redução possível da miséria. O princípio do utilitarismo positivo, segundo o qual se deve procurar a maior felicidade possível do maior número de pessoas, tem que ser posto em causa. A felicidade é apenas uma questão de sorte... A minha preocupação dirige-se também para os infelizes... Acresce que a felicidade da maioria é muito frequentemente conseguida à custa do sofrimento das minorias”.

De outra medida, mas ainda dentro do campo filosófico, a fraternidade se divisa no reconhecimento do homem como pessoa humana, valendo-se, para tanto, de sua inserção na estrutura orgânica estatal, de modo a se ver uma sociedade humana, e não uma sociedade de

<sup>454</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). *Ibid.*, p. 44.

<sup>455</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pp. 260 e 261.

homens. Caminhando no sentido contrário da “individualização”, pautada pelo coletivo, postula pelo reconhecimento do outro como meio para o reconhecimento de si mesmo.

Nesse sentido, portanto:

[...] se esse homem não se reconhece como um ser humano infelicitado pela ordem construída, além de se acomodar sobre o chão das coisas mesquinhas e miseráveis, enfim, se se deixa pôr como um objeto depreciado ou anulado no comércio convencional dos valores oferecidos, então esse homem não será capaz de receber as dádivas ou conquistas sociais e realizar as aspirações pessoais que as doutrinas, as legislações e as revoluções poderiam proporcionar<sup>456</sup>.

A fraternidade, como expressão de sua gênese, representou, portanto, o amálgama entre a tradição política, religiosa e filosófica; e, como explica Giuseppe Tosi<sup>457</sup>:

O cristianismo, embora polemizado com o panteísmo subjacente à doutrina estoica, identificou-se com o igualitarismo e o cosmopolitismo estoico, em nome da fraternidade universal, sem distinção entre “bárbaros ou gregos, judeus ou romanos, escravos ou livres” (Paulo, *Cl 3,11*). O cristianismo opera, assim, uma síntese entre as duas tradições; lei natural e decálogo identificam-se. O decálogo expressa o conteúdo fundamental da lei natural, explícita e sanciona as normas universais escritas por Deus no coração de todos os homens e que todos, inclusive os pagãos, podem conhecer e devem respeitar, como afirma São Paulo numa passagem famosa

De outra parte, a fraternidade e o direito não são necessariamente excludentes.

Assim, a fraternidade, enquanto valor, vem sendo proclamada em algumas Constituições modernas, ao lado de outras categorias historicamente consagradas, como a igualdade e a liberdade.

Considerando que tanto para Kant como para Hegel, o direito é o lugar da liberdade, e que a humanidade, porquanto, sobre o direito constrói o seu progresso técnico<sup>458</sup>, a fraternidade tem como premissa o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos, consistente, *a priori*, em uma igualdade de dignidade.

E por toda a significação vaga e ambígua que circunscreve o princípio da igualdade, tem-se que a ascendência da fraternidade sobre a igualdade, traz matizes enunciativos que a aproximam de uma vertente justa.

<sup>456</sup> LONGO, Adão. O Direito de Ser Humano. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 128.

<sup>457</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido – vol. 2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 50.

<sup>458</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever na Dialética de Opostos de Hegel. Coimbra: Almedina, 2010, p. 34.

Nesse sentido, Marcelo Neves<sup>459</sup> pondera que:

O princípio da igualdade, entretanto, não se restringe à integração igualitária no sistema. A noção de acesso igualitário aos procedimentos pode ser lida a partir de duas perspectivas diversas e, entretanto, inseparáveis. Do ponto de vista sistêmico, a questão refere-se à neutralização de desigualdades fáticas na consideração jurídico-política de pessoas e grupos. Mas, por outro lado, é imprescindível que na esfera pública pluralista tenha-se desenvolvido a idéia de que as diferenças sejam recíproca e simetricamente respeitadas. Isso exige que os procedimentos constitucionais apresentem-se como sensíveis ao convívio dos diferentes e, dessa maneira, possibilitem-lhes um tratamento jurídico-político igualitário.

Assim, a fraternidade preconiza a dignidade de uma perspectiva dinâmica e não estática. Noção, a partir da qual se pode observar o individualismo se realizando por consideração ao coletivismo, em um contexto relacional.

A fraternidade alcança a extensão da própria humanidade, visto que exige necessariamente a presença do outro com quem se fraterniza e de tantos quantos sejam necessários à expressão “uns aos outros”, progressivamente alçando o necessário ao todo<sup>460</sup>

Assim, evidencia-se o caráter compromissário da fraternidade ao dever de solidariedade universal de um homem em relação ao outro.

Nesse sentido, Marcio Aquini<sup>461</sup> explica que: “Nesse novo panorama, a evocação dos deveres evidencia o significado da contribuição prestada por todo ser humano na construção da sociedade, local e nacional em primeiro lugar, mas também internacional”.

A fraternidade remete, portanto, a uma noção de equilíbrio entre direitos e deveres, consubstanciada na ideia de solidariedade, confiada ao próprio sujeito.

Essa noção, portanto, transcende a órbita Estatal, não se restringindo à ação da autoridade do Estado, como explica Filippo Pizzolato<sup>462</sup>:

Nesse sentido, podemos também dizer que a fraternidade parece uma forma de solidariedade que interpela diretamente o comportamento individual e o responsabiliza por sorte do (s) irmão (os). Por essa especificação, portanto, somos induzidos a considerar a fraternidade uma das facetas com as quais se manifesta o princípio de solidariedade, de firme arraigamento jurídico, também na Itália. Assim, podemos identificar a fraternidade com aquela solidariedade que chamaremos *horizontal*, uma vez que surge do socorro mútuo prestado entre as pessoas, e que se coloca ao lado daquela outra forma

<sup>459</sup> NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 170.

<sup>460</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever na Dialética de Opostos de Hegel. Coimbra: Almedina, 2010, p. 34.

<sup>461</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido - vol 1. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 134.

<sup>462</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). *Ibid.*, pp. 113 e 114.

de solidariedade, ligada à fraternidade por um vínculo de subsidiariedade, e que chamaremos *vertical*, baseada na intervenção direta do Estado (e dos poderes públicos) em socorro das necessidades.

A fundamentação da fraternidade, assim, transcende ao monismo associado à base normativa estatal. Sua significação jurídica é de base axiológica, imanente à dignidade humana, transcendendo as opções realizadas pelo legislador, para, ao disciplinar as condutas, estabelecer regras de convivência social.

Percebe-se, nesse viés, ao longo da história da humanidade, um conjunto de direitos, os quais não são suscetíveis de se submeterem exclusivamente ao alvedrio do Estado. Assim, por exemplo, a Constituição Federal, ao estabelecer a justiça social, como um de seus objetivos fundamentais, propugna a cada um de seus destinatários, o dever jurídico de praticar a solidariedade, ou melhor, o imperativo jurídico de vivenciar a fraternidade.

Tal constatação é apresentada por Wagner Balera<sup>463</sup>, o qual, em sua doutrina, ensina que:

A redução das desigualdades sociais – tarefa que exige esforço colossal da comunidade – prepara o terreno onde se assenta uma sociedade mais justa. Advirta-se, porém, que a redução das desigualdades sociais não pode ser fruto, simplesmente, de programas de governo. Ela só se dará a partir da mudança radical de perspectiva dos atores sociais. Exige-se, ao fim e ao cabo, que cada qual pratique a solidariedade com os demais.

No âmbito internacional, por seu turno, a fraternidade se apresenta como direito humano, a partir do momento em que passa a ser estabelecida no teor da Declaração Universal Dos Direitos Humanos<sup>464</sup>.

Declaração, essa, em seu Art. I, com o seguinte teor: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Desse modo, tal preceito estabelece que o “homem não pode considerar apenas a sua existência individual. Deve sempre perceber que, enquanto homem, permanece em contínua relação com seus semelhantes, e tais relacionamentos devem se desenvolver fraternalmente”<sup>465</sup>.

<sup>463</sup> BALERA, Wagner. Noções Preliminares de Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 23 e 24.

<sup>464</sup> MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional Público. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 520.

<sup>465</sup> BALERA, Wagner (Coord). Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos. 2ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 17.

Tal concepção revela-se, entretanto, mais que um enunciado conceitual. Busca apresentar-se como princípio ativo a determinar o comportamento da humanidade. Dessa forma: “o reconhecimento e o respeito à alteridade devem imperar nas relações humanas”<sup>466</sup>.

Nesse pormenor, a explicar a expressão universal da fraternidade, Marcio Aquini<sup>467</sup> pondera que:

A fraternidade, todavia, não se apresenta apenas como enunciação de um conceito, mas como princípio ativo, motor do comportamento, da ação dos homens, com uma conotação essencialmente moral. Assim, ela deve ser considerada – a meu ver – estreitamente ligada ao mesmo tempo ao Preâmbulo, nas partes em que evoca a idéia da família humana e considera a Declaração um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações, e ao Artigo 29, que introduz a idéia dos deveres que todo ser humano tem para com a comunidade.

Tais razões corroboram a origem comum, advinda da base conceitual do Cristianismo, da fraternidade, igualdade e liberdade. Assim, esses conceitos só podem alcançar sua significação plena, a partir da sua necessária conjugação.

Nesse sentido, Giuseppe Tosi<sup>468</sup> explica que:

Se isso é verdade, podemos afirmar que não só a fraternidade mas também a igualdade e a liberdade são conceitos que encontram suas raízes no cristianismo: os Direitos Humanos são parte da tradição histórica-conceitual do cristianismo, e a prova direta disso é que assim são percebidos pelas tradições não-ocidentais, que acusam os Direitos Humanos de não serem universais, mas justamente ocidentais e cristãos.

O Direito, sob a perspectiva da fraternidade, visa, neste aspecto, como uma categoria jurídica, ao lado da liberdade e da igualdade, contribuir para melhor realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, presentes no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, especialmente no que diz respeito à construção de uma sociedade “*livre, justa e solidária*”.

Tal derivação nasce da concepção de que qualquer sociedade, em que conformação seja, deve pretender-se antes fraterna; aspecto esse, essencial à sua gênese e desenvolvimento.

Nesse sentido, Antonio Maria Baggio<sup>469</sup> pondera que:

---

<sup>466</sup> BALERA, Wagner (Coord). *Ibid.*, p. 17.

<sup>467</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido - vol. 1. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 133.

<sup>468</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). *Ibid.*, p. 133.

<sup>469</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido - vol. 2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 127.

A fraternidade fornece, portanto, a base categorial para o desenvolvimento de um pensamento da cidadania que possa ser aplicada à comunidade humana; o que não exclui as outras comunidades, mas serve-se delas, realizando a “comunidade de comunidades”, [...] Conhecemos, porém, se assim podemos dizer, em sentido kantiano, a forma: qualquer que seja a estrutura desejada para si por uma sociedade, tal estrutura deve ser fraternal; e a condição dos irmãos é viver em igualdade entre diferentes. Parece, portanto, que uma condição basilar de qualquer sociedade fraterna seja levar a *liberdade e a igualdade a conviverem*, uma vez que a fraternidade se revela como condição e princípio regulador de ambas.

Nessa mesma toada, conclui-se, portanto, que a fraternidade está a serviço da eficácia do Direito. Assim, é crível considerar que o princípio da fraternidade é quem melhor realiza os fins do Direito por estar intimamente relacionado ao princípio da dignidade humana, núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Nesse desiderato ainda, destaca-se a importância do princípio da fraternidade como fundamento da ordem normativa constitucional, na medida em que representa um importante critério interpretativo sobre o conteúdo de certas normas para que se aplique a melhor solução do caso concreto.

Nesse sentido, Felippo Pizzolato<sup>470</sup> explica que:

Assim, a fraternidade age no ordenamento como solidariedade que nasce da ponderação entre as esferas de liberdade, e que é confiada não à intervenção do Estado enquanto sujeito ativo da relação jurídica, mas sim à ação do Estado enquanto ordenamento jurídico. Portanto, os mecanismos (legislativo e jurídico) de balanceamento visam a evidenciar direções de desenvolvimento das liberdades individuais que salvaguardem, aliás, que promovam as razões da comunidade e, dentro dela, as relações dos mais fracos.

Tal temática é abordada, ainda, por Giuseppe Tosi<sup>471</sup>, o qual explica que:

Nesse sentido, seria preciso abandonar uma postura antimoderna e abrir um diálogo crítico com a Modernidade: não se trata de colocar a fraternidade contra a liberdade e a igualdade, mas com elas, articulando dialeticamente os três conceitos e retomando a antiga tradição do humanismo cristão. A fraternidade poderá desempenhar um papel político se for capaz de interpretar e transformar o mundo real em que vivemos, mostrando assim um valor heurístico e uma eficácia prática.

<sup>470</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido - vol. 1. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 124.

<sup>471</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido - vol. 2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 58.

Evidencia-se, ainda, que sob a ótica da fraternidade, os incisos do Art. 3º da Constituição Federal, conclamam a uma atuação promocional da pessoa humana, a partir de uma premissa fundamental, sem a qual, tais objetivos fundamentais jamais poderão ser perseguidos; quais sejam, o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos, além da igualdade em dignidade.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento<sup>472</sup>, ao se debruçar sobre o tema, pondera que:

Na verdade, a solidariedade [aqui também é possível referir-se à fraternidade] implica reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser um lócus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais.

Portanto, a recusa de qualquer distinção entre os seres humanos requer da sociedade um esforço para a promoção dos menos favorecidos, a fim de que sejam erradicadas a pobreza e a marginalização e reduzidas às desigualdades sociais e regionais, conforme o texto constitucional.

O princípio da fraternidade, desse modo, está ligado aos princípios da liberdade e igualdade, apresentando-se como imperativo à construção de uma comunidade política coesa, implicando, portanto, na expansão da cidadania.

Tal panorama é apontado por Domingo Ighina<sup>473</sup>, o qual explica que:

O princípio da fraternidade, entendido como princípio que implica na construção de uma comunidade política coesa e, portanto moderna, reconhece, como sabemos, origens antigas [...]. De fato, o princípio da fraternidade permite supor um cidadão equivalente a outro, um cidadão capaz de assumir sua situação política em paridade com seu próximo, de tal modo que a polis se torne algo que supere qualquer compartimento de casta ou de classe. Sobre esse princípio, explícito ou não, foram construídos os Estados nacionais modernos, ao longo do século XIX. A fraternidade exige, com certeza, uma forte articulação com os princípios da liberdade e da igualdade, sem os quais é impossível pensar na equivalência política dos habitantes de uma nação.

---

<sup>472</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 295.

<sup>473</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido - vol. 2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, pp. 33 e 34.

Ainda, Domingo Ighina<sup>474</sup>, ao contextualizar historicamente e geograficamente a fraternidade, teorizou sobre a situação colonial da América Latina, apresenta-a como alternativa à opressão. Assim, ponderou que:

A consciência dessa situação colonial leva Ingenieros a reivindicar liberdade política e justiça social, princípios que desaparecem em uma situação colonial. Nessa situação e nessa carência, Ingenieros percebe implicitamente a possibilidade da fraternidade, pois esta torna-se tarefa conjunta, projetiva, destinada a reverter a condição dos oprimidos. O princípio político da fraternidade surge, então, como requerimento contra a opressão, por articular o princípio da liberdade – que ele denomina liberdade política – e o da igualdade, expresso na justiça social.

Assim, a sociedade, em qualquer de suas formas organizativas, somente se justifica se fundada no reconhecimento subjetivo do ser humano no outro, e não na certeza de si, de modo a excluir tudo aquilo que não seja ele mesmo<sup>475</sup>.

Tal aceção fundada no reconhecimento do outro como igual a si, de modo a permitir a conjugação da liberdade e da igualdade no campo social, somente pode ser concebida a partir da fraternidade.

Portanto, os direitos sociais têm sua conformação adstrita ao princípio da fraternidade, e a sua temática libertária e igualitária. Tal adstrição é justamente o estofo que dá sentido às bases dogmáticas humanitárias que propugnam pela existência de um direito fundamental a um mínimo existencial.

Tal temática é abordada por Fabiana Okchstein Kelbert<sup>476</sup>, que apresenta a fundamentação fraternal à concepção de um direito fundamental a um mínimo existencial. Nesse sentido, explica que:

Peter Krause salienta que é preciso registrar que a literatura pré-revolucionária derivava os direitos fundamentais sociais na França do princípio da “fraternidade”, pois se alguém que se alimenta por meio do próprio trabalho e esforço ficar impedido de trabalhar em razão de doença, idade ou acidente, então a comunidade precisa substituí-lo em seu socorro. Aponta, ainda, a inclusão de um direito fundamental ao mínimo existencial no projeto de constituição de Emmanuel Sieyès (1748-1836), que partia da ideia de um indivíduo que busca o bem-estar e utiliza todos os meios que estão a sua disposição, devendo receber apoio do Estado.

<sup>474</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido - vol. 2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 38.

<sup>475</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever na Dialética de Opostos de Hegel. Coimbra: Almedina, 2010, p. 216.

<sup>476</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 22 e 23

Portanto, o resgate da significação plena dos direitos sociais, inseridos em uma dialética entre a subjetividade e alteridade, somente é possível a partir de uma inserção axiológica, representada pela consideração do princípio da fraternidade.

Tal circunstância é apontada por Giuseppe Tosi<sup>477</sup>, ao explicar que:

A tese central pare-me ser a seguinte: ao enfatizar a liberdade e a igualdade em detrimento da fraternidade, a Modernidade acentuou os aspectos individualistas e egoístas dos Direitos Humanos, esquecendo o caráter social, fraterno e solidário desses mesmos Direitos, que não são simplesmente do indivíduo e dos grupos ou classes, mas também dos “outros”, do mais pobre, do mais desfavorecido. Se a liberdade remete ao indivíduo a sua singularidade, e a igualdade abre para uma dimensão social que, no entanto, permanece no âmbito da identidade de certo grupo ou classe social *contra* outros, a fraternidade remete à idéia de um “outro” que não sou e nem meu grupo social, mas o “diferente” diante do qual tenho deveres e responsabilidades, e não somente direitos a opor.

Tal derivação remete a um aspecto ainda mais obscurecido da fraternidade, o qual reside na noção de que essa se imanta na justiça. No entanto, está acima dela, atuando em uma esfera particular, que nesse jaez, tem uma efetividade propedêutica que se insere na pretensão do progresso geral da moralidade.

Abordando as limitações da justiça, quanto ao seu papel restaurativo, Michael J. Sandel<sup>478</sup>, sobre a fraternidade, pondera que:

Quando a fraternidade se desvanece, pode bem fazer-se mais justiça, mas poderá ser necessário muito mais para restabelecer o *status quo* moral. Para além disso, nada garante que a justiça e as virtudes rivais sejam perfeitamente comensuráveis. O colapso de certos vínculos pessoais e cívicos pode bem constituir um perda moral de tal magnitude que nem uma dose considerável de justiça a possa compensar. Será certo que uma ruptura no tecido dos entendimentos e dos compromissos implícitos de uma comunidade ficará devidamente restaurada a partir do momento em que cada um “cumpra o seu dever” daí em diante?

Portanto, a fraternidade apresenta uma natureza jurídica. Pode ser situada internacionalmente, na Declaração dos Direitos do Homem de 1948. E, por sua vez, no plano interno, situa-se delimitada no texto da Constituição Federal, como categoria constitucional.

A partir de tais constatações, conclui-se, por fim, que o princípio da fraternidade apresenta um conteúdo imperativo. Representa deveres sociais, juridicamente consagrados, de

<sup>477</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido - vol. 2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 59.

<sup>478</sup> SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005, p. 60.

uma pessoa em relação a outra. Promove o resgate dos direitos sociais, possibilitando-lhes uma maior densificação, na medida em que lhes insere um caráter axiológico interpessoal; apontando uma dialética entre a subjetividade e alteridade, como requisito de sua existência.

### **4.3 A ideia de justiça na fraternidade**

A Constituição Federal de 1988 alçou os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais.

Tal constatação é facilmente verificável no texto constitucional, ao se volver os olhos ao Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, daquele diploma normativo.

Tais direitos, diferentemente dos direitos individuais, que surgiram no contexto das Revoluções Liberais, impregnados por uma acepção egoística, que caracterizou ideologicamente o Estado Burguês, nos séculos XVIII e XIX; vieram a lume somente no século XX, a partir do esgotamento desse modelo econômico liberal. Ligados, portanto, em sua gênese, ao aparecimento do Estado Social, esse imantado por uma perspectiva emancipatória do homem, a partir de sua dignificação.

Em tal perspectiva, os direitos sociais, forjados por um modelo estatal intervencionista, necessitam para sua existência, de uma base conceitual que justifique e possibilite a existência desse modelo de Estado, sem o qual, perdem-se na província das intenções cristalizadas em diplomas normativos.

Assim, a essência desses direitos somente é verificável no seu âmbito de proteção, o qual depende da atuação do Estado.

De outra ponta, a ação estatal é direcionada pelo facho ideológico que rege aquele modelo de Estado. Além disso, as políticas estatais estão conformadas pelos limites orçamentários que ditam o regime financeiro a balizar sua atuação política. Assim, considerando a essência dos direitos sociais, conclui-se que os mesmos não podem prescindir de um caráter político a ombrear com a sua natureza jurídica.

E, ao se evidenciar o papel da ideologia estatal, como norte a volver os olhares do governo, na direção do solidarismo; a presença da fraternidade, em cotejo com as finalidades buscadas pelo Direito, vai além, permitindo o reconhecimento do homem como ser humano, a partir de sua inserção orgânica na estrutura estatal, que, como uma grande família, realiza o ideal de humanidade, promovendo uma igualdade de dignidade entre todos.

De uma ponta, a fraternidade almeja um progresso geral da moralidade, que adstrita à imperatividade jurídica daquela, como se defende nesse trabalho; imputa a cada qual, o dever inerente a tal condição, qual seja, o resgate do próximo como fundamento de justiça.

De outra ponta, o Direito se legitima na justiça, que advém desse diálogo com a moral. Sem o conteúdo justo, o Direito, perde seu sentido.

Nesse sentido, Miguel Reale<sup>479</sup> explica que:

A nosso ver, a Justiça não se identifica com qualquer desses valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. Ela é ante a condição primeira de todos eles, a condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica. Ela vale para que todos os valores valham.

Assim, a “alma do Direito é a Justiça”<sup>480</sup>. Desse modo, sem “o sentimento do justo não se corporifica em substância o autêntico Direito”<sup>481</sup>.

Portanto, como explica Adão Longo<sup>482</sup>:

Direito é sempre justiça, se se conjugam o corpo e a alma na comunhão vital. Não há vida jurídica, ou pelo menos uma existencialização verdadeiramente jurígena, se a lei não legítima, se a justiça não é plena, se o homem não os toma em comunhão no exercício do Direito.

No mesmo sentido, Rizatto Nunes<sup>483</sup> apontando o Direito como projeção do homem, numa sua significação justa; consubstanciada no ordenamento jurídico, pondera que:

a Justiça deve ser, complementarmente, subjetiva e objetiva, envolvendo em sua dialeticidade o homem e a ordem justa que ele instaura, porque esta ordem não é senão uma projeção constante da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores através do tempo.

Desse modo, se, em uma primeira análise, a fraternidade se trata, tão somente, de uma categoria ética e religiosa, associada à noção de consangüinidade, tendo sua significação imantada à identificação de pessoas constituintes de um grupo familiar.

A partir de uma investigação mais acurada, verifica-se, que em nossa realidade, a fraternidade fora alçada à prática política, mas por imposição jurídica, mesmo que possa ser derivada de uma mesma base religiosa, a partir da secularização do cristianismo.

<sup>479</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 375.

<sup>480</sup> LONGO. Adão. O Direito de Ser Humano. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 69.

<sup>481</sup> LONGO. Adão. *Ibid.*, p. 69.

<sup>482</sup> LONGO. Adão. O Direito de Ser Humano. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 69.

<sup>483</sup> NUNES, Rizatto. Introdução ao Estudo do Direito. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 298.

Portanto, a defesa do caráter imperativo dos direitos sociais, somente faz sentido se fundada no caráter jurídico da fraternidade, enquanto elemento fundante da justiça.

Uma vez evidenciado, portanto, o caráter jurídico da fraternidade, a relação umbilical entre os direitos sociais e a fraternidade é incontestável.

Nesse sentido, Fabiana Okchstein Kelbert assevera que:

Peter Krause salienta que é preciso registrar que a literatura pré-revolucionária derivava os direitos fundamentais sociais na França do princípio da “fraternidade”, pois se alguém que se alimenta por meio do próprio trabalho e esforço ficar impedido de trabalhar em razão de doença, idade ou acidente, então a comunidade precisa substituí-lo em seu socorro. Aponta, ainda, a inclusão de um direito fundamental ao mínimo existencial no projeto de constituição de Emmanuel Sieyès (1748-1836), que partia da ideia de um indivíduo que busca o bem-estar e utiliza todos os meios que estão a sua disposição, devendo receber apoio do Estado.

A partir dessa conjugação de fatores, tem-se o alicerce sobre o qual se possa conceber um conceito dinâmico de dignidade, voltado a uma igualdade material que se constitua na dimensão real da justiça social, visto que “a alteridade, a relação com outro (do latim: *alter* = outro), é nota essencial da justiça. Só por metáfora podemos falar em fazer justiça a si próprio”<sup>484</sup>.

As investigações sobre o princípio da igualdade e por decorrência, o direito de igualdade, ligado à ideia de justiça, remonta a pensadores, antigos e contemporâneos, como por exemplo, Platão e Rawls, na concretização da justiça dos antigos e da justiça dos contemporâneos<sup>485</sup>.

No entanto, a acepção do termo igualdade é puramente formal e de difícil compreensão. A sua delimitação essencial, portanto, não pode prescindir de uma contextualização adequada que traga à luz, seus contornos.

Tal dificuldade de compreensão, associado às significações que remontam à ideia de justiça, é verificável a partir das várias abordagens que se propõem a desnudar tal temática, ao longo da história.

De outra ponta, a investigação sobre a discricionariedade do legislador em conceber a lei, fonte primeira do Direito, sem levar em consideração o princípio da igualdade também se apresenta como um tema recorrente e controvertido.

---

<sup>484</sup> JÚNIOR. Goffredo Telles. Iniciação na Ciência do Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 357.

<sup>485</sup> MAFFETTONE, Sebastião; VECA, Salvatore (orgs). A Idéia de Justiça de Platão a Rawls. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Nesse sentido, buscando adentrar as minúcias do conceito de igualdade, debruça-se, mais atentamente, sobre a doutrina de Robert Alexy, que enfrentando a questão, apresenta critérios consistentes, quanto à essência do que nomina direito geral da igualdade.

A idéia de igualdade entre os homens busca fundamento no pensamento cristão, exposto na patrística e escolástica, com as considerações que sustentavam a igualdade do homem, enquanto irmãos, perante o mesmo Pai.

Assim, Giuseppe Tosi<sup>486</sup> explica que:

O cristianismo, embora polemizado com o panteísmo subjacente à doutrina estoica, identificou-se com o igualitarismo e o cosmopolitismo estoico, em nome da fraternidade universal, sem distinção entre “bárbaros ou gregos, judeus ou romanos, escravos ou livres” (Paulo, *Cl 3,11*). O cristianismo opera, assim, uma síntese entre as duas tradições; lei natural e decálogo identificam-se. O decálogo expressa o conteúdo fundamental da lei natural, explícita e sanciona as normas universais escritas por Deus no coração de todos os homens e que todos, inclusive os pagãos, podem conhecer e devem respeitar, como afirma São Paulo numa passagem famosa [...]

Por seu turno, no pensamento moderno, a filosofia de Hobbes, por exemplo, concebeu a igualdade de todos os homens, a partir de um postulado antropológico.

Tal circunstância é apresentada por Simone Goyard Fabre<sup>487</sup>, a qual explica que:

O estudo antropológico ensina que a igualdade é o correlato da postulação individualista do sistema e tem uma dimensão filosófica quase existencial – isso, precisamente, marcará de modo duradouro o pensamento moderno. “Todos os homens são naturalmente iguais”, declara Hobbes. A favor da ficção metodológica da “condição natural dos homens”, ele apresenta, inicialmente, uma prova física-mecânica dessa igualdade: os homens têm uma capacidade igual de se matar uns aos outros e até mesmo o mais fraco sempre tem força suficiente para matar outro mais forte do que lê, seja porque recorre a uma “maquinação secreta” seja porque “se alia a outros que estejam correndo o mesmo perigo que ele”.

De outra parte, ainda, ao se investigar a significação do termo igualdade, associa-se tal postulação, frequentemente, à idéia de justiça. Assevera-se, pois, que a igualdade constitui-se o âmago da justiça.

Entretanto, torna-se impossível pensar na justiça sem conteúdo, visto que tal princípio é formal.

Por tal consideração, manifesta-se Artur Kafmann<sup>488</sup> no seguinte sentido:

<sup>486</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido – vol. 2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 50.

<sup>487</sup> FABRE, Simone Goyard. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45.

A diferença entre forma, conteúdo e função da justiça radica na necessidade de análise sistemática das diferentes vertentes da Justiça. Na verdade, a justiça é sempre simultaneamente forma, conteúdo e função. A realização da igualdade e do bem comum é função da justiça; o princípio da igualdade não é pensável sem forma [...];

Desse modo, em uma análise recorrente, o princípio da igualdade se basta em afirmar que os iguais devem ter tratamento igualitário, enquanto que os diferentes deverão ser tratados de modo diverso.

Tal concepção é defendida por John Rawls, em sua doutrina filosófica, ao conceber que o princípio da diferença deverá ser compensado pelo princípio da reparação, de modo a se alcançar uma igualdade que represente justiça social.

Nesse sentido, John Rawls<sup>489</sup> se expressa do seguinte modo:

Em primeiro lugar, podemos observar que o princípio da diferença dá algum peso às considerações preferidas pelo princípio da reparação. De acordo com este último princípio, desigualdades imerecidas exigem reparação; e como desigualdades de nascimento e de dotes naturais são imerecidas, elas devem se de alguma forma compensada. Assim, o princípio determina que a fim de trará as pessoas igualitariamente, de proporcionar uma genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. A idéia é de reparar o desvio das contingências na direção da igualdade. Na aplicação desse princípio, maiores recursos devem ser gastos com a educação dos menos inteligentes, e não o contrário, pelo menos durante um certo tempo da vida, digamos, os primeiros anos da escola.

Entretanto, não é possível se conceber uma igualdade absoluta entre dois seres. Olhando mais próximo, somente é crível alcançar-se um termo de comparação.

Nesse diapasão, ao procurar desnudar o sentido da igualdade Alex Ross<sup>490</sup> pondera que:

Se a igualdade é tomada num sentido absoluto, significa que todos, quaisquer que sejam as circunstâncias, deverão encontrar-se exatamente na mesma posição que os demais (a cada um o mesmo). No entanto, fica óbvio que tal uniformidade absoluta não pode ser aquilo que se entende geralmente por justiça. Tal falta de reconhecimento de todas as diferenças reais significaria de fato que todos ocupariam uma posição jurídica idêntica, sem considerar a idade, o estado civil, se cometeu um assassinato ou não, se celebrou um contrato ou não. Está claro que ninguém jamais pretendeu atribuir esse significado àquela idéia.

<sup>488</sup> KAFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 228.

<sup>489</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 107.

<sup>490</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2000, p. 314.

De outra ponta, ainda, tal postulado não esclarece quem são os diferentes, e quem são os iguais, muito menos qual é o critério de desigualdade ou igualdade que porventura se prestaria a construir o itinerário à justiça.

Nesse sentido, Arthur Kaufmann<sup>491</sup> explica que:

O princípio da igualdade é, como se viu, antes de mais puramente formal. Ele afirma tão-somente o igual deve ser tratado de forma igual e o diferente de modo proporcionalmente diferente. Não diz *o que* é igual ou diferente (ou que é importante para a configuração das previsões legais) nem como se deverá tratar o que é igual ou diferente (o que importa sobretudo para a determinação das conseqüências jurídicas). Ora, acontece que nada no mundo é absolutamente igual ou diferente, sendo sempre apenas, por referência a um termo de comparação (*tertium comparationis*, por ventura “a ratio iuris”), mais ou menos *semelhante e dessemelhante* (por isso é sempre logicamente possível em vez da analogia a conclusão a *contrario*). A igualdade é *abstracção* da diferença e esta, por sua vez, é *abstracção* da igualdade. Não há fronteira lógica entre igualdade e semelhança, a igualdade material é sempre apenas semelhança por referência a.

Do mesmo modo, ao ponderar sobre o caráter relativo da igualdade, Alf Ross<sup>492</sup> pondera que:

A exigência de igualdade deve ser compreendida, portanto, num sentido relativo, isto é, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira. Isto significa que, como um pré-requisito para a aplicação da norma de igualdade e com independência dela, é preciso que haja algum critério para determinar o que será considerado igual; em outras palavras, a exigência de igualdade contida na idéia de justiça não é dirigida de forma absoluta a todos e a cada um, mas a todos os membros de uma classe determinados por certos critérios relevantes.

Lançando um pouco de luz sobre tais questões, antes, porém dos enunciados teológicos desenvolvidos pela patrística, Aristóteles ponderava que o núcleo da justiça se situava na igualdade.

Sua concepção de justiça baseava-se em uma mesura geométrica, situando a igualdade em um meio termo e a justiça na proporcionalidade.

Nesse sentido, Arthur Kaufmann<sup>493</sup> explica que:

<sup>491</sup> KAFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 230.

<sup>492</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2000, p. 315.

<sup>493</sup> KAFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 231.

Ainda hoje o livro V da “Ética a Nicómaco” de *Aristóteles* é o ponto de partida para qualquer reflexão séria sobre a questão da justiça. O cerne da justiça é, ensina ele, a igualdade. Mas enquanto muito mais tarde (por exemplo *Kant*) ainda concebeu a justiça como algo formal e numérico (*Kant*: “se assassinou, tem que morrer..., assim exige a justiça enquanto idéia de poder judicial segundo leis gerais *a priori*”), *Aristóteles* compreendeu-a, muito mais adequadamente, como algo proporcional, geométrico, analógico. O igual é um meio termo e portanto a justiça é o proporcional. A proporção exige contudo um critério; a analogia, um termo de comparação. *Aristóteles* chamou a este critério “valor”. É claro que com isso se convocou o ponto cardinal, mas também toda a problemática da questão da justiça.

E, Arthur Kaufmann<sup>494</sup> conclui que:

A igualdade é portanto uma igualdade de relações, uma correspondência, uma analogia. O carácter analógico do ser (que não se funda necessariamente na doutrina teológica da *analogia entis* = problema de Deus) é o pressuposto para que possamos alcançar uma ordem ao nosso saber e nas nossas relações [...]. Só existe ordem com base na analogia do ser, que é algo intermédio entre identidade e diferença, entre absoluta igualdade e absoluta diversidade.

Tecendo considerações, ainda a essa acepção, uma definição possível de igualdade é apresentada por André Franco Montoro<sup>495</sup>, o qual pondera que: “A igualdade é pois uma equivalência de quantidades. Na justiça, de forma analógica e adaptada à natureza moral das relações humanas, é essa também a significação de igualdade”.

De outra ponta, a evidenciar o parâmetro de igualdade que se pretende referir Marcelo Neves<sup>496</sup> explica que:

O “princípio da igualdade” é uma expressão vaga e ambígua, com enorme conotação retórica, exigindo delimitação semântica. Inicialmente, deve ser afastada toda e qualquer concepção de que trata a “igualdade de fato”. O princípio da igualdade surge exatamente como instituição destinada a neutralizar as desigualdades no âmbito de “exercício dos direitos”. Considerando-se o conceito de Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que se trata de igualdade jurídico-política. Deve-se acrescentar, contudo, para evitar, de um lado, ilusões e, de outro, críticas ideológicas fundadas na sobrecarga do princípio, que este não aponta para a igualdade conteudística de direitos e poder dos indivíduos e grupos. O princípio refere-se antes à integração ou acesso igualitário aos procedimentos jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito.

<sup>494</sup> KAFMANN, Arthur, *Ibid.*, pp. 231 e 232.

<sup>495</sup> MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 24ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 135.

<sup>496</sup> NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo, Martins Fontes, 2008, pp. 166 e 167.

Nesse mesmo caminho, a ponderar sobre a natureza própria e obscura da igualdade, Fernando de Brito Alves<sup>497</sup> pondera que:

Ora, a despeito desse movimento da história no sentido da tentativa promoção da igualdade, a questão permanece: a natureza foi a primeira a distribuir, de forma desigualitária, as capacidades, e contra isso não há remédio natural.

A igualdade é por isso um artifício, algo intencional, produzido em determinado contexto histórico, de acordo com nuances absolutamente particulares. Contar uma história da igualdade é construir uma arqueologia dos direitos contra-majoritários.

Assim, a significação da igualdade é aberta e multívoca. Apresenta-se vertida em múltiplas vestes, tendo, no entanto, como significação essencial, uma correspondência analógica entre igualdade de relações.

De outra parte, sua essência reside em vários enunciados que refletem ora o ideal de justiça, enquanto objetivo do Direito; ora um direito subjetivo frente ao Estado, que não pode prescindir de uma forma, uma contextualização que possibilite a sua existência.

Como referido, o princípio da igualdade, enquanto norma de direito e postulado interpretativo, apresenta várias acepções em múltiplos aspectos.

Portanto, tais derivações se prestam a investigar o princípio da igualdade, desde a sua conceituação, ao âmbito de aplicabilidade, no que tange à noção de seus destinatários. Também se avizinha do debate que identifica o direito com a justiça, como referido.

Não é sem razão, aliás, que André Franco Montoro pergunta: “Mas até que ponto o direito se identifica com o justo? Poder-se-á sustentar que todas as exigências do direito são baseadas na justiça?”<sup>498</sup>.

Como a responder tais ponderações, Inocêncio Mártires Coelho<sup>499</sup> pondera que:

A justiça da resolução do caso é, certamente, a meta ideal da atividade judicial, mas não um critério geral de interpretação ou sequer um critério particular ao lado dos outros. É que a lei, nalgumas matérias, dá fundamentalmente preferência à segurança jurídica, à conveniência ou praticabilidade, face à justiça do caso; e isso não pode ser desconsiderado pelo juiz, a quem não é permitido sobrepor-se a essas decisões valorativas do legislador, nem introduzir na lei o que deseja extrair dela.

---

<sup>497</sup> ALVES, Fernando de Brito. *Margens do Direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

<sup>498</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 24ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 124.

<sup>499</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

Portanto, o tema da igualdade, por sua correlação com a temática do Direito e da Justiça, constitui-se como objeto de disciplinamento de vários diplomas constitucionais e textos normativos.

Em nossa realidade não é diferente, visto o que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*. *In verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Da mesma forma, no artigo 150, II a Constituição Federal, ao tratar do sistema constitucional tributário estabelece que:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos

Portanto, a Carta Constitucional já assevera laconicamente que o legislador está adstrito, na confecção da norma jurídica, ao princípio da igualdade.

Nesse sentido, Ednilson Donisete Machado<sup>500</sup> pondera que:

Para Canaris (1996, p. 75-76) a regra da justiça é a condição da possibilidade de qualquer pensamento jurídico, que por ser racionalmente orientado e demonstrável, traduz o princípio da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença. Garantindo, assim, a adequação formal, em consonância com a sua justificação, a partir do princípio formal da igualdade e não da justeza material. O ponto de vista interno do ordenamento é, portanto, distinto do ponto de vista externo, posto que não se vincula em razões de custo benefício, que é a justeza material, assinalado Canaris (1996). Devendo sim, ser observadas as razões de direito e moral, valoradas por meio de uma interpretação do ordenamento.

Sob um viés estritamente doutrinário, tal acepção de igualdade, considerando a confecção da lei, não é diverso.

De outra ponta, a doutrina assevera pela vinculação do intérprete, quando da aplicação dessa norma.

Assim, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>501</sup> pondera que:

---

<sup>500</sup> PRADO, Alessandro Martins; CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Org.). Constituição e Direitos Humanos. Birigui: Boreal Editora. 2009, p. 68.

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.

Do mesmo modo, mas a partir de um viés tributário, considerando o já mencionado artigo 150, II, da Constituição Federal; Hugo de Brito Machado<sup>502</sup> explica o princípio da igualdade da seguinte forma:

O princípio da igualdade, numa visão formalista e dirigido apenas ao aplicador da lei, pode significar apenas o caráter hipotético da norma, a dizer que, realizada a hipótese normativa, a consequência deve ser igual, sem qualquer distinção decorrente de quem seja a pessoa envolvida. Assim, se a norma estabelece que *quem for proprietário de imóvel deve pagar imposto*, o imposto é devido, seja qual fora o proprietário do imóvel, em cada caso.

Portanto, parece-nos que o legislador, ao conceber a lei, ou mesmo o intérprete, ao aplicá-la, está adstrito ao princípio da igualdade, não podendo olvidar os valores éticos subjacentes ao espírito legislativo.

Nesse sentido, ainda, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>503</sup> fundamentando eticamente tal imperativo, assevera que:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo o modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Portanto, o Direito, em sua expressão mais importante, ou seja, o texto normado, deve se pautar por uma teleologia imantada pela igualdade.

Tal derivação se mostra fundamental na construção do sistema normativo, visto que a lei é um plano ideal, a partir do qual se vislumbra o porvir.

Assim, o alcance da igualdade é um ideário central, ao qual devem apontar as normas jurídicas.

---

<sup>501</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 09.

<sup>502</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 39.

<sup>503</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 10.

Nesse sentido, a verberar sobre a teleologia fundante do Direito, Inocêncio Mártires Coelho<sup>504</sup> verbera:

O fim cria o direito; o fim perseguido justifica os meios empregados, e o direito em sua totalidade, seja público ou privado, interno ou internacional, reduz-se a uma vasta teleologia social. O homem que obra, não obra porque, mas para que – a fim de realizar tal ou qual propósito. Este para que rege iniludivelmente a ação da vontade, como o porquê determina o movimento da pedra que cai. Um ato da vontade sem causa final é uma impossibilidade tão absoluta como o movimento da pedra sem causa eficiente. O homem não é uma pedra que cai; atua teleologicamente, voltado para fins e governado por valores.

Nesse sentido, fundamental precisar que o princípio da igualdade se apresenta como a pedra de toque, a partir da qual se erige o Estado Democrático de Direito, como bem preceitua Marcelo Neves<sup>505</sup>.

Assim, o referido autor pontua que o âmbito das diferenças deve ser preconizado pelo princípio da igualdade, sentido sem o qual o mesmo não se configura tal desiderato pretendido.

Assim, Marcelo Neves<sup>506</sup> se expressa do seguinte modo: “Mas há também a alternativa de reconhecer e incorporar as diferenças sem privilégios. Nesse sentido, o princípio da igualdade só se realiza enquanto viabiliza nas diversas esferas autônomas de comunicação o respeito recíproco e simétrico às diferenças”.

Por seu turno, quanto a essa temática, Ronald Dworkin<sup>507</sup> é enfático ao ponderar que:

Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania – e, quando as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais, de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais.

---

<sup>504</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 299.

<sup>505</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 166.

<sup>506</sup> NEVES, Marcelo. *Ibid.*, p. 167.

<sup>507</sup> DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX.

Por tais razões, a significação dos direitos à seguridade social representa uma pauta inerente à preservação da dignidade da pessoa humana, voltada à viabilização de uma ordem social justo, a partir da concretização de uma igualdade material entre as pessoas.

Assim, voltar as costas à igualdade; e dar de ombros à justiça.

E nesse ponto, como evocado por várias vezes nesse arrazoado, a igualdade por ser expressão da justiça não poderá se apartar do Direito. Mais, a normatização do Direito somente tem significação se representar a sedimentação do justo, o qual encontra sua fundamentação na igualdade.

E a dimensão do justo, na proporção de iguais, reside na fraternidade, na medida em que resgata o próximo, em nós mesmos<sup>508</sup>.

Portanto, somente a partir dessa conjugação de fatores, igualdade, fraternidade e justiça, tem-se o alicerce sobre o qual se possa conceber um conceito dinâmico de dignidade.

Assim, quer-se construir um conceito de igualdade material que se constitua em uma dimensão alcançável da justiça social; a partir de um caráter axiológico interpessoal; apontando uma dialética entre a subjetividade e alteridade, a partir da consideração da fraternidade.

---

<sup>508</sup> O amor pelo próximo é princípio subliminar da ordem. É o sentimento primeiríssimo, o primeiríssimo elã da alma, dos que são levados a conviver numa comunidade. Mesmo quando obumbrado, não bem percebido ou expresso, ele é o cimento subjacente da união dos seres na sociedade. É o elo tácido da comunhão humana. Em verdade, o amor constitui, no imo da consciência dos legisladores e intérpretes, a matriz silenciosa, o submerso manancial, a inspiração geradora da *Disciplina da Convivência*. É a origem mais pura, mais profunda da legislação: a causa das suas causas. É a fonte natural do Direito. (JÚNIOR, Goffredo Telles. *Iniciação à Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 384).

## CONCLUSÃO

A par da significação plurívoca do Direito, o mesmo poderá ser concebido como um ordenamento jurídico; que se constitui em um sistema, correspondente a uma construção científica composta por um conjunto de elementos que se inter-relacionam mediante regras.

Assim, voltando-se os olhos para a face normativa do Direito, evidencia-se o fenômeno jurídico como um sistema de normas.

E nesse sentido, evoca-se a natureza alográfica do Direito. Portanto, sua natureza não se revela no conjunto de disposições legislativas organizadas em um sistema, mas sim, entendendo-se norma como o resultado da atividade interpretativa.

Desse modo, o Direito é alográfico; visto que o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. É sim o intérprete, quando desnuda a norma do seu invólucro, nomeado de texto, que produz a norma.

Dessa forma, o fenômeno jurídico enquanto ordenamento revela-se em um conjunto de interpretação, qual seja, um conjunto de normas e não dispositivos legais.

Feita tal ponderação, não se pode olvidar que o Direito possui um comprometimento com a justiça. Desse modo, a justiça do Direito apresenta-se como seu sentido; e metaforicamente, um homem sem sentido, é um homem sem alma.

Portanto, a conceituação do Direito não pode passar ao largo da inserção do elemento deontológico, que, se em um viés estruturante clássico, colocava-se fora do sistema normativo; hoje, não mais é apartado do Direito.

Tal desiderato, entretanto, somente pode ser alcançado a partir da consideração do caráter jurídico dos princípios. Esses, constituindo-se em ferramental necessário a promover o diálogo entre o Direito e a moral, como caminho seguro a promover o resgate de um mínimo ético que promova a legitimação material daquele.

Assim, a Moral pretende a valores que transcendem uma definição puramente formal do fenômeno normativo. E, nesses, o sentimento de justiça e aperfeiçoamento dos indivíduos.

Por tal viés, o Direito (preservado o seu caráter alográfico) é representado por um sistema normativo, que se trata de uma construção lógica, complexa e uníssona; constituída por normas jurídicas; as quais apresentam-se diferenciadas em relação às normas morais.

Assim, o pretendido diálogo entre o Direito e a moral, conjugando a forma à essência, de modo a possibilitar a inserção dos princípios no fenômeno normativo; a partir de sua consideração jurídica, ao impingir-lhes um caráter imperativo.

Dentro dessa acepção, vem a lume um Direito axiológico, essencialmente

deontológico, caracterizado por valores carreados pelos princípios, configurados como normas jurídicas.

Por tal concepção, os princípios apresentam-se como elementos fundantes na estruturação e harmonização do sistema normativo, esses caracterizados como mandamentos de otimização, apresentam-se imantados por uma lógica de ponderação e sopesamento de valores.

Inauguram uma nova dimensão quanto às normas jurídicas, além do âmbito da validade; correspondente à dimensão de peso ou de importância (mesmo que tais conclusões hoje se mostrem extensíveis às regras e não sejam exclusivas dos princípios).

Por seu turno, ante a necessidade de concretização desses valores, exige-se a conformação principiológica da Constituição, a partir da qual, ter-se-á uma abertura conceitual que se preste a disciplinar as mudanças sociais cambiantes, em direção aos valores fundantes daquele diploma.

Assim, o Estado brasileiro apresenta uma feição social, fundada em seu comprometimento com a igualdade material, que se revela na consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa significação da dignidade pessoa humana, concebido pelo Estado Brasileiro, revela-se na Constituição Federal, consubstanciada em seu Art. 1º, inciso III, como valor fundamental.

De outra parte, a mesma Constituição Federal adota como objetivo fundamental, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como se pode depreender de seu art. 3º, inciso I.

Tal acepção evoca uma base valorativa mais ampla, que também leva em consideração o valor da fraternidade, expressa por meio de um princípio.

Portanto, o referido paradigma preconiza que somente é possível haver justiça em um horizonte em que exista o reconhecimento de si no próximo, e, portanto, esse, como nós, integrantes da comunidade de pessoas que constituem o Estado.

Evidencia-se, desse modo, em última análise, o reconhecimento da necessidade de consideração do próximo, como necessário ao reconhecimento de si como ser humano.

A percepção da dignidade da pessoa humana, abeberando-se da doutrina Cristã, dá-se a partir do momento em que se agregou ao conceito de pessoa, a noção de valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, conseqüentemente, é titular de direitos.

O princípio da dignidade da pessoa humana veicula, assim, a ideia de que o homem é um fim em si mesmo e que por tal razão, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo.

Assim, é dotado de dignidade, possuindo a qualidade de ser pessoa, lastreado na sua capacidade de autodeterminação conforme as leis que ele próprio concebe.

Tal princípio, portanto, integra toda a lógica dos direitos fundamentais; sendo que cada direito fundamental, em maior ou menor grau, objetiva a proteção da dignidade humana.

Tal noção está ligada à concretização do bem-estar social.

O princípio da fraternidade, por seu turno, tem também sua base conceitual voltada ao pensamento Cristão. Apresenta como teleologia, o reconhecimento do homem como pessoa humana, a partir de sua inserção orgânica na estrutura estatal, que, como uma grande família, realiza o ideal de humanidade, promovendo uma igualdade de dignidade entre todos. Paradigma possível a partir do alcance de uma justiça lastreada em uma derivação fraterna.

No entanto, tal horizonte somente será possível na medida em que se preconize o reconhecimento do próximo, como integrante da comunidade de pessoas que constituem o Estado; visto que, ao se almejar tal patamar civilizatório, necessariamente deverá se adotar uma conformação ideológica voltada ao social, de modo a se poder subsidiar as políticas públicas tendentes a tal fim.

Acerca disso, o Direito Fraternal propõe, no seu projeto de justiça, uma inclusão, sem confins, em todos os direitos fundamentais e em todos os bens comuns da humanidade.

Portanto, a fraternidade tem como pano de fundo a crise do *ethos* valorativo do Direito; propugnando pela formulação de seus valores éticos emancipatórios.

De outra parte, ainda, ao se investigar a significação do termo igualdade, associa-se tal postulação, frequentemente, à ideia de justiça. Assevera-se, pois, que a igualdade constitui-se o âmago da justiça.

Entretanto, torna-se impossível pensar na justiça sem conteúdo, visto que justiça apodítica é meramente formal. Não esclarece quem são os diferentes, e quem são os iguais, muito menos qual é o critério de desigualdade ou igualdade que porventura se prestaria a construir o itinerário da justiça.

A fraternidade aproxima os homens em essencialidade, afastando-se das accidentalidades que os distinguem. A justiça, naquilo que tem de visceral desnuda-se ao parâmetro fraternal.

Assim, a fraternidade é uma característica humana. Portanto, todos os homens são fraternos porque humanos. Portanto, apesar do homem ser um conceito que aparece como

totalidade imediata para si, para o ser humano é necessário que a essência se revele por meio do outro homem e, assim o ser humano se explique homem para si. Nessa constatação, reside, pois, o cerne da fraternidade.

A imantar tal paradigma, o horizonte dos direitos sociais, os quais se constituem em pressupostos fáticos para o exercício dos direito de liberdade.

E, somente o Estado Social se incumbe de possibilitar as condições fáticas para a fruição dos direitos sociais, visto ser um Estado ideologicamente voltado à redistribuição de renda e a concretização da justiça social.

Dentro desse entendimento, portanto, é fundamental imprimir eficácia aos direitos sociais, sob pena de se inviabilizar todo o sistema de direitos fundamentais, na medida em que, estando os direitos sociais carentes de efetivação, inaplicáveis se farão os direitos individuais, direitos inaugurais do sistema jurídico protetivo da pessoa humana, ante o fato dos direitos sociais concentrarem, em sua essência, a possibilidade realização dos direitos de liberdade.

Assim, apresenta-se o dilema. De um lado os direitos sociais, enquanto ponto de tensão mais destacado da temática dos direitos fundamentais, exigindo o cumprimento de sua proposta na integralidade, por medida de salvaguarda da dignidade da pessoa humana. De outro, a faticidade volátil do orçamento estatal, na justificativa de ausência de fundos; e da vacuidade de promessas políticas a insuflar a presença desses direitos, ausentes em uma realidade de papel, a regra da ponderação se faz necessária; visto que em um cenário de escassez moderada, o Estado Social apesar de ideologicamente imantado à efetivação da justiça social, na concretização dos direitos social, deverá eleger prioridades.

Tal é o cerne do problema concernente à efetiva implementação dos direitos sociais, e mais propriamente do direito à seguridade social, visto que esses direitos trazem como características mais marcantes o fato de que são direitos que pressupõem uma conduta ativa por parte do ente estatal no alcance da justiça social.

Assim, o que não se pode admitir é a postura contemplativa do Estado, frente às iniquidades sociais que assolam seu povo; quando a palavra de ordem é a ação.

E, porquanto, dada importância dos direitos sociais, aos quais são-lhes agregados os epítetos de direitos fundamentais, substanciados em uma significação material de justiça; é imperativo tal conformação Estatal (Estado Social), paradigma necessário para que tais direitos possam vivificar.

Tal afirmação apresenta maior sentido dramático em nossa realidade brasileira, onde se constata a presença (ou ausência) de um país que é signatário das promessas de uma

modernidade tardia. Um país que encolheu antes de crescer, queimando etapas, pretendendo ser social, sempre foi liberal.

Assim, a pergunta “o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?” começa a ser respondida a partir da proporcional conjugação das Teorias da “Reserva do Possível” e “Mínimo Existencial”; por meio da máxima eficácia possível de ser implementada aos direitos sociais.

E nesse passo, sob o signo da justiça social evoca-se o direito à seguridade social, a qual tem como objetivo intrínseco a mencionada justiça, fundada na colaboração de todos, através do trabalho, já fulcrada em um paradigma solidário, visto que ser presta a funcionar como mecanismo estatal de redistribuição de riqueza.

E, dentro dessa dinâmica, o direito à seguridade social é conjugado sob a consideração de estar dentro de uma acepção que tece o conteúdo inafastável do “Mínimo Existencial”; guindado, portanto, por tal imperativo à sua necessária concretização, em níveis proporcionalmente/imperativamente mais satisfatórios, partido de um limiar razoável.

E nesse sentido, a fraternidade apresenta-se como eixo essencial, visto que o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos consistente em uma igualdade de dignidade.

E mais, a fraternidade, em sua axiologia, pretendendo um progresso moral incondicional da humanidade, configura-se em uma *virtude*, que transcende o bem advindo da justiça *de per si*.

E, porquanto, a fraternidade preconiza a dignidade, em uma perspectiva dinâmica e não estática. Noção, a partir da qual se pode observar o individualismo se realizando por consideração ao coletivismo, em um contexto relacional, no qual o homem se reconhece no outro.

Pretende-se, portanto, adensar tal paradigma conceitual que embasa a seguridade social, transformando a solidariedade em fraternidade; de modo que a justiça social seja abraçada a partir da consciência de si no próximo, e viceje a noção concreta de uma comunidade de seres humanos, ainda que sob a forma de um Estado Social.

Dessa forma, os direitos sociais; e, notadamente, o direito à seguridade social; por sua conformação existencial, posicionam-se muito próximos a uma ontologia que dá significação à dignidade da pessoa humana.

Tal conclusão, por si só, representa, para o Estado e para sociedade, um comprometimento com a sua existência; plasmado no âmbito de proteção desses direitos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever na Dialética de Opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vital Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caieiro. Lisboa: Quetzal, 2009.

\_\_\_\_\_. **Política**. Tradução Terezinha Monteiro Deutch Baby Abrão. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, passim.

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do Direito: a nova fundamentação do direito das minorias**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 36ª ed. Globo: Rio de Janeiro, 2011.

BAGGIO, Antonio Maria (Org). **O Princípio Esquecido/1**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Princípio Esquecido/2**. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

\_\_\_\_\_. (Coord). **Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_.; BARROSO, Luís Roberto. Artigo: **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf), acessada em 14/07/2012.

BARROS, Suzana Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 03 out. 2011.

BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições**. São Paulo: Editora Noeses, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª Ed. São Paulo: Noese, 2007.

BÍBLIA, Português. **Bíblia sagrada**. 70ª ed. Tradução dos Monges de Maredsous (Bélgica). Revisada pelo Frei José Pedreira de Castro. São Paulo: Editora Ave-Maria, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. **Curso de Filosofia do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BOBBIO, Norberto et alii. **Dicionário de política**. 6ª ed. Trad. Carmem Varrialle et alii. Brasília: Ed. da UnB, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 2ªed. Bauru: Edipro, 2003

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os Princípios Constitucionais e sua Força Normativa**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, **MS nº 22.164/SP**, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 de novembro de 1995, p. 39.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Pleno, **ADI nº 3.510**, Rel. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em 01 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp nº 811608/RS**, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 04.06.2007.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRUE, Stanley. **História do Pensamento Econômico**. Tradução: Luciana Penteadó Miquelino. 6ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASO, Giovani; CURY, Munir; CURY, Afife; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. (coord). **Elementos do Conceito de Fraternidade e de Direito Constitucional**. São Paulo: Ltr, 2008.

CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CEDENHO, Antonio Carlos. **Direito Constitucional da Assistência Social**. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica**. São Paulo, 2010.

**CLT, CPC, Legislação Previdenciária e Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand Livraria Editora, 1908

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. *In*: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. **Curso de Especialização em Direito Previdenciário** – vol 1, Curitiba: Juruá, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos De Teoria Geral Do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIMIOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2006.

\_\_\_\_\_ ; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **A Virtude Soberana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 6ª ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUVERGER, Maurice. **Ciência Política**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FABRE, Simone Goyard. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FARAGO, France. **A Justiça**. Tradução: Maria José Pontieri. Barueri: Editora Manole, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILHO, Vladimir Brega. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. Saraiva: São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

FORTES, Simone Barbisan e PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Parte Geral**, v 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Editora Landy, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, volume II, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

HELLER, Herman, **Teoria do Estado**, São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**. Tradução: Maria Tereza Teixeira; Marcos Penhel. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2011.

JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito Previdenciário**. 4ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_; FILHO, Rodolfo Pamplona (Org.). **Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006.

JÚNIOR, Goffredo Telles. **Iniciação à Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1993.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KEYNES, John M. **As consequências econômicas da paz**. Prefácio de Marcelo de Paiva Abreu. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado; Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

\_\_\_\_\_, **Teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

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

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; Tradução João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 7ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_; CYRINO, Sinésio. **Salário-de-Contribuição**: a base de cálculo das empresas e dos segurados. Salvador: Editora: Juspodivm, 2007.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial**: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Alceu Amoroso. **Os direitos do homem e o homem sem direitos**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1974.

LONGO, Adão. **O Direito de Ser Humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (orgs). **A Idéia de Justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MALUF, Said. **Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Jurídico-Constitucional**. Disponível em: [http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/CarlosMachado\\_AFraternidadeComoCategoriaJuridicoConstitucional.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/CarlosMachado_AFraternidadeComoCategoriaJuridicoConstitucional.pdf), acesso em 29/01/2012.

MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem e a Lei Natural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1967.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. Tomo I – Noções de Direito Previdenciário. 2ª ed. São Paulo: Editora Ltr. 2001.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. Tomo II – Noções de Direito Previdenciário. 2ª ed. São Paulo: Editora Ltr. 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense Editora, 1996.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELES, Ana Cristina. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direito Sociais**. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jediael Galvão. **Direito da Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais - Introdução Geral**. Lisboa: Apontamentos das aulas, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I, Coimbra Editora, 6ª ed, 1997.

MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Ciência do Direito**. 24ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metódica Estruturante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUTA, Carlos Hiroki. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

NASCIMENTO, Sérgio do. **Interpretação do Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NETO, Michel Cutait. **Auxílio-Doença**. Leme: J. H. Mizuno, 2006

NETO, Nagibe de Melo Jorge. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**. 2ª tir. Salvador: Juspodivm, 2009.

NETO, Fernando Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

NOJIRI, Sérgio. **A Interpretação Judicial do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

PAULA, Alexandre Sturion de (Org). **Ensaaios Constitucionais de Direitos Fundamentais**. Campinas: Servanda, 2006.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Contribuições: custeio da seguridade social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIRES, Natacha Ferreira Nagao; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ensaio sobre a História e a Teoria do Direito Social**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

POZZOLI, Lafayette. **O Direito Comunitário Europeu**. São Paulo: Editora Método, 2003.

\_\_\_\_\_; LIMA, Otávio Augusto Custódio. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Primeira Impressão Editora & Distribuidora Ltda, 2009.

\_\_\_\_\_. Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência – fraternidade. *In*: NAHAS, Thereza Christina; PADILHA, Norma Sueli; MACHADO, Edinilson Donizete. **Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988 - 20 anos depois**. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

\_\_\_\_\_; LIMA, Jorge da Cunha. **Presença de Maritain: Testemunhos**. 2ª ed. Ltr, 2012.

PRADO, Alessandro Martins; CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Org.). **Constituição e Direitos Humanos**. Birigui: Boreal Editora. 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Editora Saraiva, 1ª ed., 2ª tir., 2010.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito Previdenciário Esquematizado**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ROCHA, Daniel Machado da. **Direito Fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

\_\_\_\_\_ ; SAVARIS, José Antonio. **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Volume 1. Curitiba: Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_ ; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 10ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

RODRIGUES, José Albertino (org). **Émile Durkheim**. 9ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2004.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

\_\_\_\_\_. **Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social**. Belo Horizonte: Forense, 1979.

SANDEL, Michael J. **O Liberalismo e os Limites da Justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira**. *In*: Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 25, n. 55, 2002.

SARMENTO, Daniel, **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social**. São Paulo: Editora Ltr, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Previdenciário**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 01. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHNEEWIND, J. B. **A Invenção da Autonomia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

SEN, Amartya. **O Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

\_\_\_\_\_. **A Idéia de Justiça**. Tradução Denise Bottman, Ricardo Donineli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Editora Método, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Editora Método, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Introdução ao Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed, 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

**VADE MECUM**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

VIAL, Sandra Regina Martini. **Direito fraterno na sociedade cosmopolita**. In: RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

VIANNA, José Ernesto Aragonês. **Curso de Direito Previdenciário**. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2007.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um Estudo sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil**. *REVISTA DIREITO GV*, SÃO PAULO, vol 4(2), p. 389-406, Jul-Dez 2008.

WALZER, Michael. **Las Esferas de La Justicia**. 1ª reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2003

WRISTON, Walter B. **O Crepúsculo da Soberania**. São Paulo: Makron Books, 1994.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1994.