
MATERIALIDADE DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL FACE À PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: ENTENDENDO A NORMA DE BENEFÍCIO

THE LEGAL CONSISTENCY OF THE RIGHT TO SOCIAL SECURITY AND THE HUMAN RIGHTS INTERNATIONAL PROTECTION: UNDERSTANDING THE NORMS ON SOCIAL SECURITY BENEFITS

*Lucas Mateus Gonçalves Louzada
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Causalidade e Incidência da Norma de Benefício; 1.1 Colocação do Problema; 1.2 Compreensão Atual da Causalidade da Norma de Benefício; 1.3 Trajetória Histórica da Tipicidade das Normas de Benefício; 2 Repensando a Norma de Benefício; 2.1 A Desconstrução das Políticas Econômicas Sociais; 2.2 Surgimento e Evolução das Normas de Direitos Sociais; 2.3 Conjunção entre Legalidade Estatal e Técnica Econômica na Norma de Direitos Sociais; 2.4 As Novas Idéias sobre a Causalidade imanente às Normas de Direitos Sociais; 3 A Justiça Contributiva como

Fundamento da Causalidade da Norma de Benefício; 3.1 Âmbito de Aplicação da Norma Previdenciária; 3.2 Causalidade entre Custeio e Benefício; 3.3 Causalidade entre contingência e benefício; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Atualmente as técnicas normativas mais comumente utilizadas no Direito Previdenciário são caracterizadas pela tipicidade fechada, restando à interpretação teleológica, quando muito, tentar perscrutar os desígnios do legislador ao dispor sobre políticas sociais. A falta de justificação jurídica sistemática do arcabouço normativo, por sua vez, atrai a aplicação inadvertida de normas de direitos fundamentais e de direitos humanos de cunho social, as quais se revelam inadequadas ao preenchimento dessa lacuna em função de seu alto nível de abstração. Em uma série de artigos buscaremos levantar as dificuldades imanentes ao problema, desfazer alguns lugares-comuns equivocados e desenvolver conceitos novos pelos quais se possa apresentar uma perspectiva de análise que efetivamente delimite os termos em que as normas de benefício são coextensivas às normas de direitos fundamentais e humanos de segunda geração. No presente artigo, focamos no estabelecimento e aprofundamento do contexto da discussão sobre o direito individual à previdência social como direito social, apresentando os conceitos de justiça contributiva, causalidade custeio/benefício e causalidade contingência/benefício como figuras de discurso centrais a esta mediação normativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Previdenciário. Direitos Fundamentais Sociais. Direitos Humanos Sociais. Políticas Públicas. Justiça Contributiva.

ABSTRACT: Nowadays the legal techniques usually employed in Social Security Law are characterized by the strict rules-model, leaving to systematic interpretation not much more than the task of guessing the reasons of the decisions taken by the legislator when enacting social policy. As a matter of course, the lack of systematic legal justification of norms leads to the biased enforcement of fundamental and human social rights norms, however inadequate they may be in fulfilling that gap, due to its high level of abstraction. In a series of articles we shall try to bring together the difficulties intrinsic to this problem, strike some misleading commonplaces and develop new legal concepts in order to present an analytical perspective which effectively establishes the terms of coextensiveness among social security legal norms and second generation fundamental and human rights norms. In the present article we focused in the demarcation and exploration of the context of this discussion on the

individual right to social security as a social right, introducing as central elements of speech to this normative mediation the concepts of contributive justice, pay/benefit causality and contingency/benefit causality.

KEYWORDS: Social Security Law. Fundamental Social Rights. Human Social Rights. Public Policy. Contributive Justice.

INTRODUÇÃO

Há muito já se tornou comum invocar o direito à previdência social, como direito fundamental (CF/88, art. 6º), de modo a se tentar ultrapassar a árida tecnicidade imanente às regras jurídicas que compõem o ordenamento previdenciário pátrio, amoldando-as a concepções subjetivas de justiça perfilhadas por quem interpreta a lei previdenciária. Bem mais recente, contudo, é o movimento pelo qual se busca a legitimidade desse tipo de interpretação na matriz internacional dos direitos humanos de natureza social.

Para além de partirem do pressuposto de que as normas previdenciárias são juridicamente injustificáveis, como frutos de uma elaboração exclusivamente tecnocrática, ambas as abordagens têm em comum não apenas o fato de se valerem de argumentos simplistas e de um profundo desconhecimento das discussões teóricas subjacentes – de Direito Constitucional em um caso, e de Direito Internacional, no outro –, como também – e principalmente – a contraditoriedade e incomponibilidade das premissas lançadas em uma e outra seara argumentativa.

O apelo aos direitos humanos, ao invés de solucionar os problemas de aplicabilidade da norma previdenciária, apenas se somou à mais falaz retórica principiológica, tornando-a ainda mais confusa e eivada de circunlóquios e frases de efeito desabridamente tautológicas. Com certeza a consideração do direito à previdência social tanto como direito fundamental como na perspectiva dos direitos humanos de extração social são essenciais à correta compreensão e contextualização da norma previdenciária. Todavia, apenas mediante a separação precisa desses âmbitos de análise, bem como pela identificação de sua inter-relação com o Direito Previdenciário, é que se pode superar as perplexidades tornadas lugar-comum nesta matéria.

Em qualquer caso, faz-se necessário, por ora, compreender melhor a norma de benefício como norma de direito social, antes que se possa compreender a extensão de sua ambivalência como direito fundamental e como direito humano. Em seqüência procederemos à composição entre estes dois aspectos do direito à previdência social, harmonizando-os segundo uma perspectiva jurídica comum.

1 CAUSALIDADE E INCIDÊNCIA DA NORMA DE BENEFÍCIO

1.1 Colocação do Problema

O principal motivo que subjaz à atual predominância de teorias jurídicas inconsistentes e ideologicamente enviesadas sem dúvida está na falta de estudos doutrinários verdadeiramente investigativos no âmbito do Direito Previdenciário. Ocupa, sob este aspecto, uma posição peculiar no que diz respeito a outros ramos do direito estritamente técnicos e carentes de aporte teórico jurídico. Isso porque, ao contrário de diversos outros casos, as dificuldades não se remetem quase que exclusivamente aos aspectos puramente técnicos, senão que envolvem a compreensão do ordenamento previdenciário como um todo.

Se a inópia doutrinária não representa obstáculo à operacionalidade jurídica de outros ramos do Direito Objetivo cujas regras são marcadas pela tecnicidade – tais como o Direito das Telecomunicações e o Direito da Energia, assim como o tratamento jurídico da maioria das atividades econômicas reguladas –, este definitivamente não é o caso do Direito Previdenciário.

Muitos atribuem essa diferença à inexistência de qualquer técnica genuína que oriente a elaboração da norma previdenciária, quando, em verdade, seu conteúdo técnico se reporta às teorias dos seguros. Conquanto possa parecer absurdo que se olvide algo tão óbvio, trata-se de prática comum. Os doutrinadores em geral sequer conhecem suficientemente o Direito Securitário – ramo este, aliás, profundamente especializado – para avaliar as diferenças com um mínimo de propriedade, servindo-se da noção de seguro apenas nominalmente, somente para afirmar temerariamente que a previdência social não se trata de seguro em sentido próprio.

O fato de não se tratar de qualquer seguro, mas sim do seguro social, longe está de ser um fator de simplificação do Direito Previdenciário – muito pelo contrário, pois além de estarem presentes os principais elementos do Direito Securitário, há inúmeras considerações redistributivas. Por outro lado, a abordagem destes aspectos de distribuição do custo da segurança patrimonial, decorrente da cobertura dos riscos sociais que efetivamente se materializam, como regra envolve uma série de impressões deontológicas pré-concebidas que não raro fogem à percepção do intérprete ao analisar as possibilidades hermenêuticas da norma previdenciária – normalmente por ele já se encontrar toldado por pré-compreensões sobre o “resultado justo” da tarefa interpretativa.

No caso das regras aplicáveis às atividades econômicas reguladas, por outro lado, o conteúdo científico da técnica subjacente à regra já oferece os resultados, e a norma jurídica se limita a administrar esses

resultados, conhecidos de antemão à luz do conhecimento técnico. Assim, a compreensão da regra depende da compreensão do conhecimento técnico envolvido; mas este é insuscetível de ampla manipulação interpretativa, e o “resultado justo” necessariamente já é uma decorrência da opção por uma das alternativas suscitadas ao longo da análise da substância técnica.

Em matéria previdenciária, supõe-se que não há uma substância técnica em sentido apropriado, e que as regras se pautam tão-somente por uma administração financeiro-orçamentária do sistema, como se a mutabilidade das regras dependesse apenas de algoritmos contábeis tendentes ao equilíbrio. Tal percepção, porém, revela suma ignorância do conteúdo do direito à previdência social, quando não a indisposição em se buscar soluções objetivas e coerentes.

Embora coubesse à doutrina previdenciária proscrever esse tipo de casuismo oportunista, preferem os estudiosos romancear o texto das normas segundo intuições esparsas sobre o seu significado – tornando-as, assim, um pouco mais acessíveis ao público leigo – , em vez de buscar encontrar meios adequados de sistematização teleológica. Daí servir a invocação do direito à previdência social em abstrato, tanto na condição de direito fundamental quanto como direito humano, apenas para se objurgar pontualmente esta ou aquela regra tomada isoladamente em sua aplicação a determinado caso concreto, e não por se crer que tais perspectivas de princípio rejam o ordenamento previdenciário como um todo.

O resultado inevitável é a multiplicação exponencial das incompreensões, pois a leitura livre, puramente formalista e descontextualizada de dispositivos legais esparsos, sem qualquer identificação dos elementos imanentes à técnica securitária, pode levar – e em diversos casos leva – à atribuição de significados por vezes absolutamente incompatíveis com a mens legis.

O questionamento desses preceitos em face do direito à previdência social em abstrato, por sua vez, também deixa de ser apreendido segundo sua visceral vinculação à noção de proteção securitária contra riscos sociais, servindo, ao fim e ao cabo, de apanágio a invectivas que se prestam apenas à exteriorização de juízos de valor sem qualquer embasamento jurídico.

Diversas são as razões para o atual estado de coisas na doutrina previdenciária, e não faria sentido historiá-los em sua individualidade. De suma importância, contudo, evidenciar a espécie de causalidade atualmente atribuída à norma previdenciária, como resultado desse longo processo. Este é o ponto de partida pelo qual se faz possível a racionalização do direito à previdência, como direito de caráter indiscutivelmente fundamental e humano.

1.2 Compreensão atual da causalidade da norma de benefício

O Direito Previdenciário se encontra, de um modo geral, transpassado de dúvidas impertinentes e falsas colocações, sendo o principal motivo disso uma série de dilemas cujas raízes se remetem à própria compreensão da norma previdenciária, tal qual a mesma foi concebida em seu nascedouro. Apesar de consideráveis alterações dessa perspectiva inicial, decorrentes da revisão da própria função dos benefícios como prestações estatais ao longo da história, a grande maioria dos estudos técnicos continuam pautados nessa tradição vetusta.

Subjaz a este tipo de análise, em síntese, uma noção da regra de benefício segundo uma causalidade normativa fechada, tal como a que se verifica nos tipos penais e nas hipóteses de incidência tributária, sendo que, em matéria previdenciária, noções como estas em geral têm-se revelado inteiramente incompatíveis com os princípios da seguridade social consagrados na atualidade.

De modo a se alcançar o propósito da consagração do direito à previdência social como direito fundamental e humano, não apenas segundo o contexto histórico em que este emergiu como pelo seu significado puramente jurídico, torna-se imprescindível desfazer toda uma miríade de pré-compreensões que, apesar de se afigurarem reciprocamente incoerentes, quando não abertamente contraditórias, acabam sendo indevidamente compatibilizadas por esse tipo de concepção genérica acerca de como deve se dar a aplicação da norma previdenciária – precisamente por ser a única certeza já consolidada na doutrina.

O curso evolutivo das legislações previdenciária e assistencial realmente seguiu o caminho da causalidade hermética, na medida em que se buscou desvincular o Direito Previdenciário do Direito do Trabalho, e particularmente depois que passaram a ser sistematicamente instituídos na Europa sistemas previdenciários calcados em seguros obrigatórios administrados pelo Estado.

Ao se organizarem sistemas de repartição simples baseados em contribuições obrigatórias, pretendia-se nada mais nada menos do que garantir o direito à previdência social a partir de uma estrutura administrativa autônoma e segundo um núcleo normativo insuscetível às interferências dos conflitos verticais, entre capital e trabalho, bem como horizontais, entre as diversas categorias profissionais ou econômicas.

Para tanto, tentou-se, à semelhança do que ocorreu com o Direito Penal e com o Direito Tributário, neutralizar por completo os subjetivismos e valorações aleatórias que via de regra se reconduziam à legislação trabalhista e à legislação social como um todo, por meio do

mesmo mecanismo pelo qual as questões tributárias foram desvinculadas das máximas financeiro-orçamentárias e administrativas.

Nesse sentido, ao se disciplinar o *modus procedendi* de incidência da norma previdenciária específica, segundo normas de sobredireito implícitas, atingir-se-ia tal desiderato pelo seu desprendimento em relação às situações concretas do mundo do trabalho, tal como estas eram apreendidas pelo Direito do Trabalho, pelo Direito Civil e pelo Direito Comercial.

Se, porém, este tipo de hermetismo funcionou bem tanto no caso do Direito Penal e do Direito Tributário, isso se deveu ao fato de a técnica utilizada ter-se consolidado em uma redução do âmbito de validade das remissões, analogias e interpretações teleológicas, sem, contudo, prejudicar a utilização subsidiária desses instrumentos de modo a garantir a eficácia finalística da lei ao se complementar e preencher o núcleo do tipo no ato da subsunção¹.

Em outras palavras, a existência de grande discussão teórica e até mesmo filosófica relativamente à responsabilidade penal e ao poder de tributar garantia que a fixação de um núcleo estritamente reservado ao legislador não prejudicasse a própria intelegibilidade da norma, a qual restaria assegurada por já haver um arcabouço de meios de interpretação e integração que supriria eventuais lacunas de significado, além de evitar soluções incompatíveis com o núcleo do tipo. Todavia, não foi isso o que ocorreu no Direito Previdenciário, pois sequer as normas de sobredireito foram adequadamente fixadas – e, acaso o fossem, seriam obtidas no Direito do Trabalho, quando se pretendia ampla autonomia quanto a este último.

Dada a ausência de uma discussão autônoma das questões previdenciárias, para além do próprio Direito do Trabalho, o resultado natural dessa desvinculação quanto ao Direito Previdenciário – particularmente na esteira do conceito de relação jurídico-previdenciária², pelo qual a norma previdenciária se resumiria a uma instrumentalização das políticas previdenciárias e assistenciais³ –, foi a transformação dos temas previdenciários em problemas de programação financeiro-orçamentária, na medida em que competiria ao Estado garantir o equacionamento do custeio (receita) e do benefício (despesa), sendo que a distribuição de ônus e bônus, em face dos conflitos trabalhistas verticais e horizontais, se daria pelo crivo da elaboração das leis previdenciárias e assistenciais pelo Legislativo.

Os impactos das reformas previdenciárias tidas por necessárias se submeteriam, portanto, à arena parlamentar, onde todos esses interesses

1 KERN, C. A. *Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2013. p. 30 e ss.

2 CANNELLA, G. *Corso di Diritto della Previdenza Sociale*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1970. p. 177; LEGA, C. II Rapporto Giuridico di Previdenza Sociale. Milão: Giuffrè, 1969. p. 171 e s.

3 SCHMID, F. *Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981. p. 41 e ss.

seriam equalizados em propostas que, coerentes ou não, teriam aplicação geral e observância obrigatória. Esse paradigma político, por sua vez, se sustentou bem ao longo do século XX, pelo menos até a crise previdenciária que atingiu o Ocidente na década de 1990, em razão das reformas empreendidas quanto ao próprio modelo de Estado que se formara no início desse século e se consolidara após a Segunda Guerra Mundial.

Mesmo antes do advento desse movimento reformista, porém, já se encontravam em desenvolvimento, mormente no âmbito da doutrina constitucionalista, concepções inteiramente novas sobre políticas e direitos sociais. Tendo estas passado a colher uma legislação saturada de um tecnicismo adverso a um tratamento jurídico simplificado, e eivada de regras que encerravam uma tipologia vazia, acabaram por se desenvolver teorias que tomavam a lei previdenciária como ato de imposição unilateral e arbitrário do Estado. As consequências dessas vertentes, por sua vez, têm tido efeitos sinistros e duradouros nos debates havidos na esfera da doutrina e jurisprudência brasileiras.

Em qualquer caso, faz-se necessário desvendar as razões que explicam tanto essa ausência de um corpo de estudos propriamente previdenciários, como foi possível sua permanência por tanto tempo e porque o mesmo hodiernamente se afigura inteiramente esgotado. Em primeiro lugar, percebe-se que a vinculação ao Direito do Trabalho já foi, em si, um processo tumultuado.

1.3 Trajetória histórica da tipicidade das normas de benefício

Em princípio, toda a legislação social se resumia aos socorros públicos, os quais, mesmo antes das Revoltas de 1848, já se encontravam bastante desenvolvidos em torno de uma estrutura estatal de hierarquia e controle contábil – a qual, aliás, foi em muito aproveitada pelas primeiras leis propriamente previdenciárias⁴. Ocorre, porém, que estava ínsito aos socorros, desde sua previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1793 (art. 21), que as situações de miséria e necessidade extrema se deviam a infortúnios aleatórios, ou por razões voluntárias, donde trabalhadores e não-trabalhadores eram tomados indiferentemente, sujeitando-se, ao se beneficiarem dos socorros públicos, ao dever de trabalhar, acaso tivesse condições para tanto⁵.

A percepção das origens da pobreza não se diferenciou profundamente, portanto, do Ancien Régime para a Revolução

4 HAMON, G. *Histoire Générale de L'Assurance em France et à L'Étranger*. Paris: L'Assurance Moderne, 1895. p. 607 e ss.

5 DUPIN, B. *Histoire de L'Administration des Secours Publics*. Paris: Alexis-Eymery, 1821. p. 560 e ss.

Francesa, pois embora naquele caso se a explicasse pelo fatalismo e pelos estamentos sociais, a liberdade como princípio apenas as reportou às capacidades pessoais e à vontade individual, como causas precípua da miséria em geral, permanecendo, em qualquer caso, a indistinção entre trabalhadores e não-trabalhadores⁶. Tal indistinção, por sua vez, apenas se agravou com a manutenção da remuneração do trabalho nos termos anteriores, como mínimo suficiente para evitar que se passasse fome, diante de uma exploração da mão-de-obra e de uma produtividade infinitamente mais altas e da consagração da igualdade universal⁷.

Foi contra essas explanações, bem como contra essa noção assimétrica do auxílio como caridade de fundo religioso ou humanitário – o qual pressupunha uma desvalorização do trabalho em face do acaso – que se insurgiu todo o pensamento anarquista e socialista pré-marxista⁸, no intuito de terminar a obra revolucionária em face do notório agravamento do problema com o advento da industrialização⁹. Em geral, tratar-se-ia de uma universalização dos socorros públicos em novas bases, segundo o princípio de primazia do trabalho.

Excetuadas as vertentes niilistas (Max Stirner), ludistas (Blanqui) e revolucionárias, tanto laicas (Bakunin) quanto cristãs (Weitling), colocava-se a origem da pobreza na oposição entre trabalho e propriedade, resultando a mesma, de um modo geral, da livre-concorrência capitalista tanto entre trabalhadores como entre empresários, donde as soluções deveriam ser buscadas na cooperação mútua¹⁰, baseada na igualdade de condições, complementariedade dos interesses e na valorização dos méritos do trabalho individual¹¹. Foi com essa inspiração que surgiram as diversas teorias e experimentos coletivistas e mutualistas¹².

Muito dessas doutrinas serviu à aceleração e à outorga de um novo significado aos experimentos associacionistas já existentes, pelos

6 MOLLAT, M. *Les Pauvres au Moyen Âge*. Bruxelas: Complexe, 1992. p. 83 e ss. Ao fim e ao cabo, apenas se suprimiu uma das causas da pauperização, que estava no fato de recaírem todos os principais ônus estatais – tributos, talhas, corvéias – sobre os desprivilegiados. Cf. LERMINA, J. *Histoire de la Misère*. Paris: Décembre-Alonnier, 1869. p. 139 e ss.

7 METZ, K. H. *Die Geschichte der Sozialen Sicherheit*. Stuttgart: Kohlhammer, 2008. p. 45 e ss.

8 BRAVO, P. *Socialismo Premarxista*. Caracas: UCV, 1961.

9 Cf. SAINT-SIMON, H. *Du Système Industriel*. Paris: Antoine-Augustin Reouard, 1821. p. 17 e ss.

10 BLANC, L. *Organisation du Travail*. 5. ed. Paris: Société de L'Industrie Fraternelle, 1847. p. 85 e ss.

11 PROUDHON, P.-J. *La Révolution Sociale in Oeuvres Complètes de P.-J. Proudhon*. v. 7. Paris: A. Lacroix, Verboeckhoven & Cie., 1868. p. 183 e ss.

12 Cf. MENDER, A. *El Derecho al Producto Íntegro del Trabajo en su Desarrollo Histórico*. Buenos Aires: Americalee, 1944.

quais os trabalhadores se organizaram em socorros mútuos¹³. Todavia, para além das discussões sobre o papel ou mesmo sobre a necessidade do Estado, todas essas idéias, em sua ampla variedade, não podem ser corretamente tomadas como base teórica para um tratamento jurídico da seguridade social senão pelo princípio da primazia do trabalho, vez que, em termos de fundação de instituições, seu único resultado prático foi a criação dos seguros mútuos. Estes, porém, organizados em arranjos os mais diversos e assistemáticos, não sobreviveram às necessidades de capitalização do risco, principalmente depois das restrições que lhes foram impostas com a Monarquia que se seguiu às Revoltas de 1848¹⁴.

Por outro lado, está no cerne dessas iniciativas a radical modificação dos termos da relação capitalista entre capital e trabalho, sendo que a seguridade social, ao fim e ao cabo, não substituiu o Direito do Trabalho em suas bases contratuais, mas simplesmente suprimiu a relevância previdenciária deste ao lhe extirpar o Direito Previdenciário Objetivo. Isso, porém, também não significa que as instituições securitárias forneçam o critério fundante das leis previdenciárias da atualidade.

Com efeito, não se pode tampouco – e pela mesma razão – buscar nos contratos de trabalho ou de seguros os fundamentos doutrinários da seguridade social, apesar de sua inquestionável relevância ao se delinearem os primeiros sistemas¹⁵. Sem dúvida houve iniciativas isoladas de industriais e banqueiros no sentido de se construir sistemas de proteção, assim como as caixas de previdência foram autorizadas, estimuladas e fiscalizadas pelo Estado¹⁶. Todavia, estes se limitavam ao vínculo do trabalhador com determinada empresa, não se estendendo à categoria, sendo que as caixas instituídas pelos próprios trabalhadores, em bases empresariais ou sindicais, com ou sem mediação por companhias de seguros, não proviam uma cobertura substitutiva da renda, funcionando predominantemente segundo sistemas de capitalização desvinculados de contingências preestabelecidas.

Ademais, tais iniciativas em nada resolviam a questão social e política subjacente, pois nelas o trabalhador é visto ou como ativo produtivo da empresa ou como poupador autônomo, continuando seu trabalho a ser visto como mera fonte de renda aleatória. Em uma palavra, a proliferação das caixas representou muito em termos de

13 LACUÉE-SAINT-JUST, J.-C. Histoire du Paupérisme et des Caisse d'Épargne. In: *The French Revolution*. Research Collection. Oxford: Pergamon Press, 1990.

14 VILLARD, A. *Histoire du Proletariat Ancien et Moderne*. Paris: Guillaumin & Cie, 1882. p. 561 e ss.

15 HAMON, G. op. cit., p. 305 e ss.

16 Em alguns casos, como o dos funcionários dos correios na Inglaterra (State Annuities Law), chegou-se mesmo a garantir a solvabilidade e o pagamento dos benefícios.

aprimoramento da rede de proteção oferecida pelos socorros públicos a bases de financiamento pelo trabalho, mas não produziam qualquer efeito quanto ao cerne das relações entre capital e trabalho¹⁷, particularmente porque os trabalhadores e não-trabalhadores continuavam recebendo o mesmo tratamento em face das contingências, vez que se colocava o ônus de poupar sobre o trabalhador, caso não quisesse ser reduzido à miséria¹⁸, ou sobre o empregador, mas apenas por mera liberalidade.

O fato de as primeiras legislações propriamente previdenciárias terem se valido da técnica dos seguros mútuos é, sem dúvida, um fator importante para que se entenda o funcionamento da tipificação estrita quanto às normas de benefício. Isso por se tratar de contrato aleatório que, como tal, se encontra vinculado a fatos cuja involuntariedade é essencial ao cabimento tanto da indenização como da prestação do benefício¹⁹, fazendo com que a incidência não dependa de uma avaliação mais aprofundada do sinalagma ou da consensualidade relativamente aos termos da contraprestação efetiva, quando ocorrido efetivado o prejuízo decorrente do sinistro²⁰.

Se somarmos a isso o controle fiscalizatório do Estado sobre os mesmos desde sua regulamentação em 1850, acaba que sua tipicidade meramente contratual se transforma uma tipicidade quase que estritamente legal²¹ e por vezes reciprocamente incompatível²², na medida em que para além das noções de risco como probabilidade real, ciência do risco, efeitos financeiros da consumação do sinistro e causalidade entre risco e indenização, que balizam a validade jurídica do contrato de seguro como tal²³ – as quais protegem apenas os contratantes como particulares em busca do enquadramento naquela tipificação contratual –, o tipo de risco (social) faz com que a validade da autonomia negocial só tenha cabimento dentro de um enquadramento bem mais restrito, no qual esses elementos não precisam apenas estar presentes, senão que devem ter um conteúdo mínimo determinado. O fundamento jurídico e teleológico, entretanto, está bem longe de ser o mesmo.

O papel do Estado na previdência social é a assunção direta do seguro social, ao passo que os seguros mútuos, da mesma forma que

17 LASSALLE, F. *Manifesto Operário e Outros Textos Políticos*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1999. p. 53 e ss.

18 CASTEL, R. *As Metamorfoses da Questão Social*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 341 e ss.

19 KOPP, P. *Selbstverschuldete Arbeitslosigkeit nach Arbeitsloserversicherungsrecht*. Berna: P. G. Keller, 1960. p. 32 e ss.

20 MIRANDA, F. C. P. de. *Tratado de Direito Privado*. v. 45. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. p. 275.

21 *Ibidem*, p. 283 e ss.

22 DREHER, M. *Die Versicherung als Rechtsprodukt*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1991.

23 REGO, M. L. *Contrato de Seguro e Terceiros*. Coimbra: Almedina, 2010.

a intervenção estatal sobre a autonomia da vontade no tocante às previdências privada e complementar se dá até o presente, não alteram seu fundamento contratual, mas apenas lhe fixa limites finalísticos e conformações de segurança financeira²⁴. Não resta dúvida de que essa pauta finalística ultrapassa a hipossuficiência característica dos contratos de adesão ou das relações de consumo para, da mesma forma que ocorre no Direito do Trabalho, o equilíbrio das relações contratuais se remeter a questões de cunho social – particularmente a valorização do trabalho e a segurança jurídica do trabalhador segurado²⁵.

Todavia, o fundamento precípua da validade jurídica continua sendo o livre-exercício da vontade, e nem se cogita de o Estado anular por completo essa prerrogativa de contratar e de estabelecer o conteúdo do sinalagma dentro desses limites que, de resto, só se justificam quando estritamente vinculados a finalidades de ordem pública. Em outras palavras, o dirigismo estatal em relação aos seguros mútuos, à semelhança do que ocorre nos contratos de trabalho²⁶, não pode em hipótese alguma conduzir a vontade individual²⁷ para além dessas balizas sociais²⁸ – e é precisamente isso que ocorre no caso da previdência social.

O problema, portanto, está em se saber qual é a justificação, em termos jurídicos, desta arrogação do equacionamento autônomo e ex jure suo do seguro social pelo Estado. Se tomarmos as primeiras iniciativas de regulamentação estatal da seguridade social, ocorridas na Alemanha de Bismarck, observa-se que a intenção era denodadamente política, na medida em que este pretendia resolver as “causas do socialismo” em detrimento do liberalismo que, ademais, de fato nunca existira no Império.

Nesse sentido, após a aprovação das Leis Anti-Socialistas, pretendia-se esvaziar o que havia de concreto nas propostas dos reformadores social-democratas – particularmente condensadas nos Programas de Gotha e de Erfuhrer – as quais partiam da ideia de que a correção das relações entre o capital e o trabalho só se daria com a reconstrução do Estado para além da democracia burguesa, e o que havia de formal nas propostas intervencionistas, firmando-se em que o trabalhador comum não desejava a revolução propriamente marxista,

24 BADURA, P. “Öffentliches Wirtschaftsrecht”. In: MÜNCH, I. von. *Besonderes Verwaltungsrecht*. 13. ed. Berlin: Schmidt-Assmann, 2005. p. 284 e ss.

25 RODRIGUEZ, A. P. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 35 e ss.

26 LYON-CAEN, G. *Traité de Droit du Travail*. v. 2. Paris: Dalloz, 1967. p. 83.

27 BVerfGE 57, 139, 158.

28 BVerfGE 84, 212, 229; 85, 191, 213; 92, 365, 395; 1 BvR 1909/06, em 23/11/06 (52).

mas apenas segurança econômica para si e para sua família²⁹, e esta poderia ser melhor provida pelo Estado do que pelos seguros privados.

Embora as reformas tenham ocorrido no vago intuito de solucionar a “questão social” (*soziale Frage*), reputa-se inteiramente incorreta a afirmação de que se tratava de uma adoção das idéias associativistas do pensamento socialista anterior e posterior às Revoltas de 1848, por oposição ao *laissez-faire*. Por outro lado, embora as contingências tenham sido ordinariamente obtidas não apenas das caixas de previdência, como dos estatutos dos socorros públicos, a motivação legal de substituição da técnica de remediação destes pela de prevenção, mantendo-se o princípio da caridade cristã e melhorando os termos da cobertura que era prestada por instituições privadas, é igualmente falso³⁰.

Em verdade, tratava-se de manobra tipicamente calcada na *Realpolitik*, servindo o pretexto de mera modificação dos socorros públicos apenas para afastar alegações de aproximação do Reich aos socialistas, pois as leis claramente se calcavam na valorização do trabalho individual organizado em categorias profissionais³¹. Ademais, do ponto de vista político, o progressivo acolhimento desses anseios, pelo tratamento da questão social, seria o suficiente para retirar grande parte da representatividade tanto da ala revolucionária (Rosa Luxemburgo) como da reformista (Kautsky; Bebel), da semi-intervencionista (Lassale; Rodbertus; von Vollmar) e da revisionista (Bernstein)³², garantindo o amplo intervencionismo almejado pelo esquema burocrático-militar tipicamente prussiano.

Nesse sentido, as razões exteriorizadas quanto à instituição da previdência social na Alemanha pouco se diferenciam daquelas utilizadas quando das reformas sociais por Mussolini na Itália e por Franco na Espanha, pois, ao fim e ao cabo, o revestimento ideológico do discurso servia apenas para disfarçar a função central do intervencionismo e da cooptação das classes. Nada disso se modificou, aliás, quando da criação de sistemas previdenciários por países com regimes democráticos.

A imitação do paradigma tedesco – particularmente após a sistematização das leis na *Reichsversicherungsordnung* – pela Ingraterra, com o *National Insurance Act* proposto pelo liberal Lloyd George, também se deu por motivos estritamente pragmáticos semelhantes, ao se tentar preservar a base eleitoral dos whigs após a criação do Partido

29 KAUTSKY, J. H. *Political Change in Underdeveloped Countries: Nationalism and Communism*. Nov Iorque: J. Wiley & Sons, 1967. p. 82 e ss.

30 BLOCK, M. *Les Assurances Ouvrières en Allemagne*. Paris: Guillaumin & Cie., 1895. p. 8 e ss.

31 BRUCH, R. vom. *Bürgerlichkeit, Staat und Kultur im Deutschen Kaiserreich*. Munique: F. Steiner, 2005. p. 166 e ss.

32 GREBING, H. *Geschichte der Deutschen Arbeiterbewegung*. Munique: Deutscher Taschenbuch, 1968. p. 88 e ss.

Trabalhista. Mesmo nos países como Holanda, Suécia e Bélgica, em que tal absorção se deu em bases estritamente democrático-partidárias, apesar de a criação de sistemas de seguridade social ter-se devido à ascensão ao governo de partidos social-democratas organizados quando da Segunda Internacional³³, nem por isso deixaram de revestir a seguridade social desse mesmo conteúdo essencialmente ligado a uma política de regulação das relações do trabalho pela intervenção estatal.

Dado que o princípio básico era o intervencionismo, reputa-se perfeitamente compreensível que se analisasse o Direito Previdenciário como uma subseção do Direito do Trabalho – da mesma forma que anteriormente ocorrera com o Direito do Trabalho em relação ao Direito Civil – , vez que se tratava, ainda que em sentidos diametralmente diversos, de duas formas de intervenção na autonomia privada nas relações entre o capital e o trabalho. Se, porém, essa proeminência política que caracterizou as formas de intervencionismo do Welfare State então nascente não fornece critério algum por que se possam avaliar os pressupostos jurídicos básicos da cobertura previdenciária, essa situação apenas piorou com o keynesianismo.

É certo que a planificação econômica floresceu também por representar uma solução política viável, na medida em que se servia de argumentos técnicos que preservavam o capitalismo ao deslocar a discussão política sobre a igualdade material para o aumento da riqueza nacional como um todo e da segurança econômica da população em geral³⁴. Prestou-se, contudo, para neutralizar tanto a valorização do trabalho como a própria noção de seguro social, na medida em que estes foram sobrepujados pelas metas econômicas da planificação. Tornados secundários estes princípios sociais na perspectiva do intervencionismo, esvaziou-se de vez o pouco conteúdo jurídico de que ainda se revestia a cobertura previdenciária.

Surpreende, sob este aspecto, o quanto ainda é levada a sério, em debates puramente jurídicos, a oposição entre bismarckianismo e beveridgianismo – aquele “focalizado e contributivo” e este “universal” – , quando a focalização daquele tinha fundamentos políticos pragmáticos, ao passo que o programa proposto pelo Lorde Beveridge era essencialmente calcado em postulados econômicos de teor keynesiano e, como tal, via a contributividade apenas como uma forma de reduzir o grau de poupança

33 ABENDROTH, W. *A Short History of the European Working Class*. Londres: NLB, 1972. p. 51 e ss.

34 GALBRAITH, J. K. *The Affluent Society*. Boston: H. Mifflin Co., 1958. p. 78 e ss.; HANSEN, A. H. *Fiscal Policy and Business Cycles*. W. W. Norton & Co., 1941. p. 114 e ss.

das famílias³⁵, fomentando políticas de investimento, e as prestações de benefícios como forma de incremento da demanda pela vertente do consumo.

Tais concepções sobre a arquitetura da previdência e da assistência social nada tinham de propriamente jurídico, vez que se reportavam a razões políticas e econômicas imanentes a espécies diferentes de intervencionismo, sempre prevalecendo uma atuação unilateral do Estado, ainda que pelo crivo democrático. Contudo, essa unilateralidade só veio a se tornar inquestionável com as políticas keynesianas, por meio das quais surgiu a idéia de “política social” como forma de regulação estatal contínua. Nesse período, os fundamentos econômicos subjacentes às políticas sociais instrumentalizaram de tal maneira o Direito Previdenciário que o mesmo – tornado, então, autônomo – passou a ser, materialmente, uma espécie de tipificação técnica, e, em termos propriamente jurídicos, estritamente legalista-formalista³⁶ – no pior sentido da palavra.

Os ataques à técnica de planificação intrínseca às políticas desenvolvimentistas pela doutrina econômica, mormente quanto à sua eficiência comparativa ser incomensurável, por se remeter a um cálculo impraticável sobre o contexto econômico sem qualquer intervenção³⁷, bem como aos seus efeitos inflacionários e de estagnação produtiva³⁸, não alteraram esse panorama, senão que ensejaram revisões da teoria de Keynes relativamente aos seus efeitos de longo prazo – notadamente a partir das abordagens de Joan Robinson e de Samuelson.

Apenas com a superação do próprio ambiente econômico internacional o paradigma intervencionista sofreu mudanças radicais, vez que os pressupostos políticos do Estado de Bem-Estar perderam toda a sua sustentabilidade, tornando-se possível repensar o Direito Previdenciário. Há muito já se percebera as mutações do sistema econômico mundial, ao se notar que resultavam de pouco valor as análises tradicionalmente calcadas em classes sociais³⁹, pois o advento de uma sociedade tecnológica de massas mudou inteiramente os padrões de

35 KLEIN, L. R. *La Revolución Keynesiana*. Madri: RDP, 1952. p. 216 e ss.

36 Há diversos exemplos de esvaziamento doutrinário, exemplos recorrentes do qual são o legalismo de Li Si e Han Fei-zi ao defenderem a obediência cega à primeira dinastia Qin, o positivismo de Austin em relação ao utilitarismo de Bentham, e o constitucionalismo de Carl Schmitt em apoio a Hitler e de Denisov como legitimação de Stálin. Em todos esses casos, porém, se tratava de contextos políticos bem definidos pela busca da legitimação, ao passo que o Direito Previdenciário em relação às políticas sociais se deu como doutrina sistemática.

37 HAYEK, F. A. *Collectivist Economic Planning*. Clifton: A. M. Kelley, 1975. p. 135 e ss.

38 FRIEDMAN, M. *Inflation et Systèmes Monétaires*. Paris: Calmann-Levy, 1969. p. 49 e ss.

39 TOURAINE, A. *A Sociedade Post-Industrial*. Lisboa: Moraes, 1970. p. 46 e ss.

consumo⁴⁰. Vasta é a literatura sobre esse processo; mas, para os nossos propósitos presentes, podemos resumi-lo em poucas palavras.

Os paradigmas de eficiência econômica que envolviam a transposição do modelo keynesiano para a planificação estatal pressupunham que a iniciativa privada se organizava em torno de uma cadeia que ia da grande indústria aos trabalhadores-consumidores, e caberia ao Estado uma normalização dos gargalos do desenvolvimento por meio da fiscalização e condução dos agregados macroeconômicos.

Aos poucos, porém, as cadeias produtivas passaram a se pautar muito mais pelo aumento do valor agregado (qualitativo), do que pelo ganho de eficiência quantitativo. Daí que a integração vertical que caracterizara a industrialização americana e europeia desde o século XIX, bem como a dos demais países que os seguiram nesse esforço, se justificava frente a um mercado de consumo ainda voltado para bens cuja linha de produção ainda rudimentar implicava na vantagem econômica do controle das várias fases envolvidas na fabricação⁴¹.

Diante das transformações no grau de eficiência e especialização necessários à preservação de uma posição competitiva no mercado – particularmente denotado pelo surgimento de investimentos intensivos em tecnologia pelas potências orientais emergentes –, não se sustentava a lógica da verticalização – senão que, ao contrário, a da integração horizontal. Os custos do controle sobre a produção já não pagavam o seu benefício diante da complexidade exponencialmente maior de cada procedimento de agregação de valor aos bens unitários, assim como à queda dos custos de transação (destaque-se o surgimento do just-in-time ou “tempo real”).

Esse novo paradigma econômico de produção e consumo, por sua vez, gerou uma noção bem mais complexa e essencialmente nova de risco econômico, conseqüentemente forçando uma revisão da atuação por parte dos agentes que operavam no mercado financeiro, os quais passaram a securitizar seus ativos por meio de expedientes de engenharia financeira que atrelassem as dívidas de empréstimos, direta ou indiretamente, aos mercados de títulos⁴².

Com isso, os mecanismos tradicionais de intervenção estatal, calcados na concepção keynesiana de complementação de políticas monetárias, de investimento e consumo, passaram a se revelar ineficientes, pois se já ensejavam inflação, baixa competitividade e estagnação produtiva, estas acabaram minando os pressupostos políticos

40 ELLUL, J. *The Technological System*. Nova Iorque: Continuum, 1980. p. 34 e ss.

41 ARRIGHI, G. *O Longo Século XX*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 337 e ss.

42 GOLDSTEIN, L. *Repensando a Dependência*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994. p. 86 e ss.

de legitimidade das políticas intervencionistas, que convergiam para a preservação da segurança econômica no longo prazo.

A revisão das políticas assistenciais e previdenciárias, de sua parte, era de todo inevitável, pois o paradigma keynesiano sempre tomou esse tipo de auxílio estatal como um instrumento de planificação do consumo, e diante da disjunção entre as políticas de investimento e de consumo, tornou-se insustentável a relação de implicação inicial entre custeio e benefício. Já não bastava a formulação de ajustes e revisões de parâmetros, tornando-se essencial rever todos os pressupostos da ação unilateral do Estado⁴³.

Não resta dúvida de que havia diversos estudos jurídicos sobre os fundamentos e a função dos benefícios como direito social; mas mesmo estes se valiam amplamente da legalidade estrita da norma securitária, explicando a ampla diferenciação entre as categorias previdenciárias segundo considerações eminentemente políticas e econômicas e denotando suas razões jurídicas segundo definições sumárias de interesse estatal⁴⁴.

Desta feita, a discussão sobre a função precípua dos benefícios previdenciários e assistenciais, na linha do debate entre os modelos Beveridgiano (não-contributivo) e bismarckiano (contributivo), acabava se reduzindo à eficácia das prestações em face das contingências⁴⁵, nunca chegando a colocar o direito à previdência e à assistência social como direitos autônomos por seus próprios fundamentos, mas apenas descrevendo e explicando o porquê de o Estado instituir tais prestações e fazendo sugestões aleatórias de reforma, conquanto de natureza abertamente política.

Com o advento das reformas previdenciárias, tal paradigma foi substancialmente enfraquecido, vez que as amplas alterações na legislação previdenciária, ainda que por força da evolução da realidade econômica, tinham por propósito não a modificação do paradigma teórico-econômico acerca da função dos benefícios previdenciários – apenas se reviu a análise de seus impactos sobre os agregados macroeconômicos –, senão que propugnavam a sua exclusão de uma planificação do consumo.

Dessa forma, passaram a ser tomados apenas como despesa financeira a ser administrada segundo sua expansão ou retração, destinada a fazer face a obrigações em sentido próprio, não mais prevalecendo o

43 ROSANVALLON, P. *A Crise do Estado-Providência*. Goiânia: UFG, 1997.

44 Cf. DOUBLET, J. *Sécurité Sociale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1967. p. 375 e s.; DURAND, P. *La Politique Contemporaine de Sécurité Sociale*. Paris: Dalloz, 1953. p. 258 e ss.; NETTER, F. *La Sécurité Sociale et ses Principes*. Paris: Sirey, 1959, pp. 65 e s.

45 Cf. CANO, G. A. *De los Seguros Sociales a al Seguridad Social*. Cidade do México: Porrúa, 1972, pp. 287 e ss./344 e s.; DUPEYROUX, J.-J. *Droit de la Sécurité Sociale*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1975. p. 124 e ss.

ponto de vista estritamente econômico, para o qual importavam apenas as externalidades das prestações estatais em face das políticas de emprego.

Em outras palavras, tornou-se necessária uma revisão geral da política econômica social, fazendo-se necessário dissecá-la quanto ao mérito para saber por que tais contingências seriam cobertas, por que determinadas pessoas receberiam este ou aquele tipo de cobertura, bem como se se justificava onexo de causalidade entre a contingência, o custo em termos de arrecadação direta e indireta e o valor dos benefícios em face dessa contingência e desse custo. Houve, portanto, um movimento de despersonalização do Estado no âmbito da relação jurídico-previdenciária, para que se visse nele apenas um intermediário de relações entre os componentes da sociedade civil entre si, como patrocinadores e beneficiários de um mesmo tipo de cobertura⁴⁶.

2 REPENSANDO A NORMA DE BENEFÍCIO

2.1 A desconstrução das políticas econômicas sociais

Para que se compreenda essa transição quanto aos paradigmas jurídicos da norma de benefício, forçoso que se analise, antes disso, a transição havida quanto aos paradigmas econômicos em face das crises das décadas de 1970 e 1980. Isso porque o surgimento das novas idéias sobre o fundamento jurídico das normas previdenciárias só se tornou possível, por um lado, com sua desvinculação das técnicas de dirigismo estatal econômico, e, por outro, com a juridicização do contexto das relações econômicas em que o ordenamento previdenciário se insere. Nesse sentido, o principal efeito das referidas crises foi, sem dúvida, o estiolamento das ambições quanto à existência de uma racionalidade econômica de caráter universal.

Em verdade, há muito já se dirigiam críticas ao utilitarismo/marginalismo que, para além de curiosidades históricas como a doutrina política e a deontologia de Bentham, ou o homo oeconomicus de Stuart Mill, tornara-se um dogma da racionalidade econômica a partir dos economistas pós-ricardianos – desde a “matemática social” de Condorcet e a “aritmética política” de Petty até a “mecânica da utilidade e do interesse próprio” em Jevons –, e, sendo ínsito ao planejamento econômico como tal, simplesmente tolhia por completo a discussão político-democrática⁴⁷. Esta, por sua vez, restava cooptada por um discurso eminentemente técnico e eivado de promessas de resultados; as quais, embora já se afigurassem

46 WALZER, M. “Socializing the Welfare State.” In: GUTMANN, A. (ed.). *Democracy and the Welfare State*. New Jersey: Princeton University Press, 1988. p. 16 e ss.

47 PARETO, V. *Corso di Economia Politica*. v. 2. Turim: P. Boringhieri, 1948. p. 20 e ss.

insustentáveis com o episódio do crash de 1929, foram repensadas por Keynes segundo a teoria marginalista de Alfred Marshall.

Essa desconstrução da teoria da racionalidade econômica tomou vários caminhos na esteira dos movimentos de Direitos Humanos e do pluralismo político do Pós-Guerra, desde os continuadores da sociologia de Max Weber, passando Psicologia Social⁴⁸ e até mesmo pela antropologia, com destaque para Clifford Geertz⁴⁹ e Darcy Ribeiro⁵⁰. Mesmo na teoria econômica as críticas de Pareto e da Ordnungspolitik de Walter Eucken havia muito já questionavam a funcionalidade do determinismo econômico baseado no “bem estar geral”, dada sua ineficácia na realização prática dos propósitos das políticas econômicas a partir de variáveis puramente macroeconômicas.

A sobrevivência desse modelo de planejamento por mais de um século se explica, em primeiro lugar, pela premissa utilitarista da otimização individual, de que se extraem critérios objetivos pelos quais se agrupam as expectativas subjetivas dos diversos componentes de uma sociedade em categorias, identificando os anseios gerais segundo esses blocos de indivíduos e equacionando-os de modo a encontrar a solução que promova o “bem estar do maior número”.

Como se não bastasse a legitimação oriunda desta supressão das preferências individuais em favor da sociedade como um todo, conferindo o descrédito da parcialidade à sua contestação, os petrechos técnicos utilizados para sua obtenção sempre gozaram de razoável complexidade – mais do que suficiente para torná-las insuscetíveis de questionamento por não-especialistas, menos ainda de sujeição a um amplo debate democrático.

Entre os métodos de planejamento econômico afetados aos ideais mercantilistas, cameralistas e fisiocráticos – posteriormente aprimorados por James Mill e pelo utilitarista Edgeworth – e as políticas de desenvolvimento de Schmoller, de André Gide e de Keynes, de fato houve uma grande ruptura, porquanto já restara provado que nem toda oferta gera sua própria demanda (Lei de Say), a função da moeda não se restringia a um meio de se atingir o equilíbrio econômico e a riqueza da nação não poderia mais ser considerada do ponto de vista estático das políticas orçamentárias e monetárias.

Por outro lado, o equilíbrio dinâmico da relação entre emprego, consumo, poupança e investimento não poderia se limitar ao resultado

48 JOST, J. T. & KAY, A. C. “Social Justice.” In: FISKE, S. T. et alii (eds.). *Handbook of Social Psychology*. V. 2. 5. ed. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010. p. 1122 e ss.

49 GEERTZ, Clifford. *Paddlers and Princes*. Chicago: University of Chicago Press, 1963.

50 RIBEIRO, Darcy. *As Américas e a Civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 464 e ss.

positivo ou negativo de um balanço anual, como ponto de partida para a fixação de políticas cíclicas e anticíclicas. Todavia, o desenvolvimento em si, evidentemente não atende ao equacionamento da pluralidade de valores de uma sociedade democrática, pois parte de suposições erradas quanto aos seus efeitos sobre a estrutura econômica em seus diversos níveis.

Por décadas essa presunção de que o crescimento econômico promovia distribuição de renda e aumento do bem-estar se sustentou pela hipótese já suscitada por Keynes⁵¹ e estabelecida por Kuznets, a qual servia de justificativa para praticamente qualquer modelo desenvolvimentista. Ao surgir a estagflação das décadas de 1970 e 1980, fez-se presente, simultaneamente, não apenas a oportunidade de rever todos os dogmas do utilitarismo – que, antes disso, se homiziavam na argumentação técnica especializada –, como de verificar se se justificava o tratamento direto das questões sociais, independentemente de sua intermediação pela política econômica.

A revisão da amplitude de aplicação do marginalismo nas análises macroeconômicas por economistas como Gunnar Myrdal, Hirschman e Braudel acabou por deixar claro que a acuidade desse instrumento teórico tem sua precisão vinculada a pressupostos e níveis de aplicabilidade bastante específicos, onde é menor a influência das variáveis sociológicas e culturais. É nestes âmbitos de análise que se neutralizam os efeitos colaterais das ideologias econômicas⁵².

Mais ou menos na mesma época a sociologia progressivamente deixava de procurar teorias fundamentais para se voltar a “teorias de médio alcance”⁵³, cuja base conceitual permitisse tanto a positividade científica dos conhecimentos empíricos assimilados quanto a sua utilização prática – no que foi desde logo seguida pela antropologia⁵⁴ –, na esteira dos primeiros movimentos definitivamente voltados à abordagem interdisciplinar de problemas sociais específicos – valendo mencionar, sob este aspecto, a teoria dos sistemas de Talcott Parsons como tentativa de unificação do método de abordagem multidisciplinar que envolveu os diversos departamentos de ciências sociais na Universidade de Chicago⁵⁵.

Como era de se esperar, todas essas tendências convergiram para o surgimento da public policy, desde o seu início pautada por uma

51 Cf. KEYNES, J. M. “Poverty in Plenty: is the economic system self-adjusting?” In: MOGGRIDGE, D. D. *The Collected Writings of John Maynard Keynes*. v. 13. Londres: Macmillan, 1973.

52 MYRDAL, G. *Aspectos Políticos da Teoria Econômica*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 162 e ss.

53 MERTON, R. K. *Sociologia: Teoria e Estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 71 e ss.

54 RAAB, L. M. & GOODYEAR, A. C. “Middle-Range Theory in Archaeology: A Critical Review of Origins and Applications” in *American Antiquity*. v. 49, abr. 1984. p. 255-268.

55 LUHMANN, N. *Einführung in die Systemtheorie*. 4. ed. Heidelberg: Carl-Auer, 2008. p. 28 e ss.

técnica de ponderação das consequências práticas de sua implementação/não-implementação segundo uma série de valores-objetivo (goal values)⁵⁶, buscando-se a identificação dos diversos cenários envolvidos na combinação de resultados da decisão política lançada⁵⁷. A interdisciplinariedade inata a essa nova técnica de solução de problemas políticos lhe garantiu eficácia mais do que suficiente para que em pouco tempo se expandisse, tomando espaço dos analistas econômicos setoriais.

Com as crises econômicas, inverteram-se os termos da complementariedade dos instrumentos de análise fornecidos pela teoria das políticas públicas em face das teorias do crescimento econômico, hipertrofiando-se aquela na mesma medida da perda da validade universal destas. Embora as variáveis macroeconômicas ainda sejam fundamentais à óptica de análise perfilhada pelas políticas econômicas setoriais e intersetoriais, donde estas ainda influenciarem as políticas públicas pela via da administração financeiro-orçamentária, a autonomia técnica destas é incontestavelmente maior do que outrora.

Ao se promover essa progressiva encampação do planejamento econômico pelas políticas públicas vinculadas às grandes áreas temáticas de atuação estatal, restou estilhaçado o propósito central das políticas econômicas anteriores – que era o desenvolvimento econômico como valor em si –, bem como a idéia de que os efeitos sociais ocupariam posição subalterna no planejamento, como meras externalidades do incremento da atividade econômica.

Apesar de o aporte de novos instrumentos teóricos ter aumentado sensivelmente a complexidade do discurso técnico produzido em torno da public policy, em comparação ao já razoavelmente sedimentado jargão dos economistas neoclássicos e keynesianos, o direcionamento da ação estatal se tornou bem mais claro quanto aos seus objetivos e metas, desmistificando-se o modus operandi da análise técnica e o tornando substancialmente mais suscetível de controle tanto democrático quanto jurídico.

Por fim, os próprios termos de integração entre políticas de crescimento econômico e políticas públicas de cunho social passou a se dar pelo estabelecimento de objetivos e metas convergentes. Com efeito, pois o próprio fenômeno do desenvolvimento econômico passou a ser assimilado por uma perspectiva de maximizações multidimensionais, buscando-se dissolver as variáveis até que pudessem as mesmas atingir a utilidade individual em termos objetivos⁵⁸.

56 LASSWELL, H. D. *National Security and Individual Freedom*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1950. p. 56 e ss.

57 LINDBLOM, C. E. *O Processo de Decisão Política*. Brasília: EDUnB, 1981. p. 19 e ss.

58 PERROUX, F. *A Filosofia do Novo Desenvolvimento*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981. p. 211 e ss.

Surgiu deste movimento a noção de um “desenvolvimento baseado em direitos” (rights-based development), consagrado na Conferência de Viena (1993), pelo qual os indicadores de utilidade como “bem estar do maior número” não mais se resumiriam aos índices de atividade econômica, senão que, inversamente, seriam apurados pelas externalidades proporcionadas pelo crescimento econômico em termos de efetivo bem-estar geral, segundo os anseios da sociedade como um todo.

Seguindo essa vertente, ausente o atendimento desses objetivos gerais, medidos pelos direitos sociais básicos, sequer se pode falar em desenvolvimento, donde surgir a discussão sobre até que ponto a materialização desses direitos se dá de forma mais adequada por políticas de crescimento econômico ou políticas públicas estritamente focalizadas.⁵⁹ Em qualquer caso, abstraindo-se a discussão metodológica de fundo, mesmo em se mantendo o desenvolvimento como simples incremento da atividade econômica nacional, em diversas instâncias foi observado que a própria ampliação do acesso a direitos como educação, saúde, moradia e serviços de fornecimento de energia elétrica e saneamento básico têm, por si só, repercussões importantes sobre o crescimento econômico.

Nessa esteira, deu-se uma revisão do utilitarismo que, ao fim e ao cabo, passou a representar uma importante vertente das teorias sobre políticas públicas, pois os resultados da alocação de recursos continuam sendo medidos objetivamente⁶⁰, e se os valores-resultado abstratos guiam a implementação e podem mesmo levar à extensão de projetos a outros objetivos, tal implementação se dá com foco em objetivos específicos⁶¹. Ademais, se a utilidade não pode ser tomada por seu caráter absoluto e independentemente dos anseios individuais⁶², a apuração dos efeitos do planejamento sobre as diversas espécies de esferas finalísticas de ação não se dá mediante a multiplicação dos planos segundo preferências, mas a partir de noções objetivas sobre as opiniões exteriorizáveis (preference laundering)⁶³ valores pelos quais o “bem estar do maior número” se materializa.

De resto, o questionamento visceral das teorias keynesianas sobre a pauperização e o desemprego por economistas como Amartya Sen e Kenneth Arrow a partir de uma teoria da exploração das capacidades individuais retomou a idéia da “igualdade de oportunidades” pela potencialização

59 SEYMOUR, J. & PINCUS, D. “Human Rights and Economics: the Conceptual Basis for their Complementarity.” In: *Development Policy Review*. v. 26. p. 387-405.

60 YOUNG, M. *The Rise of Meritocracy*. Londres: Thames & Hudson, 1958. p. 93 e ss.

61 DYE, T. R. *Understanding Public Policy*. Nova Jersey: Prentice-Hall, 1972. p. 298 e ss.

62 MILL, J. S. *Sobre a Liberdade*. Lisboa: Europa-América, 1997. p. 28.

63 GOODIN, R. E. *Utilitarianism as a Public Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 145 e ss.

comparativa segundo resultados, abrindo o caminho para que mesmo as políticas macroeconômicas pudessem ser analisadas tanto jurídica como politicamente. Dessa forma, restou plenamente viabilizada a apropriação desse discurso técnico pelas teorias jurídicas, as quais progressivamente foram abandonando a inércia da argumentação estritamente normativa para adentrar no cerne da ação estatal em matéria social.

2.2 Surgimento e Evolução das Normas de Direitos Sociais

O discurso jurídico com certeza não seguiu de perto toda essa evolução quanto à teoria do desenvolvimento econômico, e, infelizmente, até hoje está bem longe de atingir um nível adequado de tratamento das questões previdenciárias. No tocante aos seus fundamentos constitucionais e internacionais, a principal razão disso está na ausência de uma diferenciação adequada do direito à previdência social em relação aos direitos sociais em geral, como resultado inevitável da indistinção que perdurou ao longo da vigência das políticas keynesianas.

Quando estas passaram a ser revistas por razões de cunho econômico, certamente não houve retrocesso ao ponto de se vincular o seguro social ao Direito do Trabalho. Contudo, em vez de se buscar o fio condutor das instituições previdenciárias através da história – encontrando, assim, a teoria dos seguros – as políticas públicas e as políticas econômicas foram interceptadas, sem maior cautela, por toda uma teoria da interpretação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, perdendo-se por completo a noção da proteção securitária ao se nivelar todos os direitos sociais como “direitos de segunda geração”.

Vale notar que muito disso se deve à prevalência implícita de teorias ultrapassadas que se baseavam em uma noção equivocada sobre o significado da teoria dos direitos individuais, fruto da ausência de transição clara entre os diversos paradigmas envolvidos. Com efeito, o principal motivo de ainda haver ampla controvérsia tanto sobre a noção de direitos individuais de natureza social como sobre sua exigibilidade está em se estender a estes – consciente ou inconsciente – o mesmo modelo conceitual oferecido pelos direitos patrimoniais e políticos.

Abstraindo-se análises de historiadores marxistas sobre a ideologia burguesa, a mais falsa das alegações em defesa deste seccionamento histórico das “gerações” de direitos parte do pressuposto de que não havia qualquer preocupação com a justiça social durante o Iluminismo. Porém, não é verdade que os próceres da Revolução Francesa nela não acreditassem, apenas criam bastar à realização desta

que se resguardasse a liberdade individual contra a opressão do Estado, dadas as peculiaridades de seu tempo.

Não por acaso o verbete da *Encyclopédie* de Diderot sobre a Igualdade se resumia a tratar da “igualdade moral”, como pressuposto pelo qual o resultado das ações individuais seriam fruto do mérito pessoal, quase como anverso tautológico da liberdade. Esta, sim, era o fundamento essencial e imprescindível à justiça segundo as façanhas de cada cidadão, outorgando um significado estritamente individual ao ganho econômico, e se atribuindo à criação de privilégios toda e qualquer perda para a sociedade⁶⁴.

Se observarmos as ponderações de Montesquieu sobre o luxo⁶⁵, ou de Voltaire sobre a igualdade⁶⁶, ambos reprovam a ostentação por ser não apenas fruto do trabalho alheio, mas principalmente por ser prestado em condição de sujeição, e como reprodução de relações de sujeição contrárias à *recta ratio*. Inversamente, esse mesmo tipo de reverência geral pela opulência era tida por Adam Smith como prejudicial à racionalidade econômica individual e contrário à “ordem natural”⁶⁷, servindo à estruturação das formas culturais de dominação⁶⁸.

Décadas depois do Iluminismo, essa mesma tendência à valorização servil do poder e da riqueza foi estudada por Nietzsche sob o prisma filológico, no intuito de criticar a moral burguesa⁶⁹, assim como, já no século XX, Thorstein Veblen via na cultura da opulência e da servidão uma característica essencial ao funcionamento do capitalismo⁷⁰. Todavia, durante esse Movimento não se vislumbrava qualquer necessidade de se abordar direitos sociais de caráter universal, pois a economia era uma técnica sumamente calcada no individualismo, sendo-lhe suficiente que o Estado, como pressuposto desse mecanismo natural de realização da justiça, não cerceasse a liberdade e que velasse por ela contra a interferência abusiva dos demais indivíduos.

A sociedade só faria sentido enquanto soma de indivíduos livres, e só haveria genuína racionalidade quando o indivíduo fosse capaz de usar suas energias em prol de vontades compatíveis com sua liberdade.

64 CONSTANT, B. “De la Liberté Industrielle.” In: LOUANDRE, C. *Oeuvres Politiques de Benjamin Constant*. Paris: Charpentier et Cie., 1874. p. 239 e ss.

65 MONTESQUIEU, C. L. de S., Baron de. *De L'Ésprit des Loix*. Paris: Garnier, 1961. VII, 1.

66 VOLTAIRE, F. M. A. *Dictionnaire Philosophique*. Paris: Garnier-Flammarion, 1964..

67 SMITH, A. *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. v. 1. Oxford: Clarendon Press, 1976. III, 1.

68 VEBLLEN, T. *Theory of the Leisure Class*. Nova Iorque: Penguin, 1979. III, 2, 1 e ss.

69 NIETZSCHE, F. *A Genealogia da Moral*. São Paulo: Escala, 2013. p. 63 e ss.

70 VEBLLEN, T. *Theory of the Leisure Class*. Nova Iorque: Penguin, 1979.

A função do Estado, por sua vez, continuava sendo em Locke, Rousseau e Kant – como, antes deles, em Hobbes⁷¹ ou Spinoza⁷² – a preservação da ordem contra o individualismo exacerbado, só que não mais em benefício da ordem geral como valor em si, mas principalmente da liberdade reciprocamente determinada entre os indivíduos. Reconhecendo-se os benefícios do egoísmo e mesmo da ganância⁷³, competiria ao Estado o controle e intermediação dos conflitos entre duas ou mais esferas privadas de direitos.

Até a Reforma, a organização do poder político sempre foi tomada como um fato, donde predominarem teorias legitimadoras – como a tradição que vai de Santo Agostinho até Dante Alighieri e Bossuet – e as críticas baseadas em sociedades utópicas – como as de Thomas More e Campanella. Desde o surgimento de teorias do tiranicídio – com destaque para o John of Salisbury⁷⁴ – já se insinuava ser o monarca um mandatário natural de seus súditos, teoria esta que veio a ser formalizada pelos Monarcômacos, particularmente por Althusius.

A discussão sobre o “estado de natureza” não se prestou a muito mais do que alinhar essa função representativa do Estado aos direitos do indivíduo em sociedade – concebida esta como um aglomerado de indivíduos, já que os círculos intermediários não seriam muito mais do que resultado da opressão causada pela tradição irracional. Afóra Rousseau – que realmente acreditava ser historicamente verdadeira sua teoria da formação da sociedade moderna – , cuidava-se, sob este aspecto, de um instrumento de lógica ou de retórica voltado a apresentar, diacronicamente, os motivos da transição do “estado selvagem” para a “ordem civil”⁷⁵.

Nesse sentido, o contratualismo iluminista, em comparação com o idealizado pelos Monarcômacos, se limitou a ampliar o rol das liberdades – que em geral se restringiam à crença, à expropriação e ao encarceramento arbitrários – , reuni-las em torno de um conceito comum e retirar do Estado qualquer prerrogativa incompatível com a necessária preservação dessa mesma liberdade individual⁷⁶ – ou seja, só se justificaria a existência do Estado para resguardá-las. Continuava-

71 HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: M. Claret, 2007. . p. 70 e ss.

72 SPINOZA, B. *Traité Politique*. In: SAISSET, É. *Oeuvres de Spinoza*. v. 2. Paris: Charpentier, 1861. p. 358 e ss.

73 KANT, I. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 9 e ss.

74 SALISBURY, J. de. *Policraticus*. Nova Iorque: Octagon Books, 1972. IV, 1; VII, 23; VIII, 17.

75 NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 8 e ss.; LOCKE, J. *Second Treatise on Civil Government*, I, 11.

76 ATGER, F. *Histoire des Doctrines du Contrat Social*. Nîmes: La Laborieuse, 1906. p. 244 e ss.; JELLINEK, G. *La Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*. Paris: A. Fontemoing, 1902. p. 64.

se, contudo, a organizar toda a existência humana em torno de uma relação estritamente travada entre o indivíduo e o Estado, ficando este de mediador entre os diversos cidadãos tomados em sua individualidade.

A necessidade de proteção do indivíduo contra os efeitos das relações econômicas só faz sentido quando se reconhece que a própria organização da infra-estrutura econômica se alterou substancialmente – como no caso do advento de uma sociedade industrial –, e o significado da proteção ao uso e gozo do patrimônio não mais pode ser tomado como imprescindível à subsistência e à própria identidade do indivíduo; vez que, diante do novo panorama econômico e civilizatório, o emprego ocupa esta posição.

Revelado o surgimento desses novos valores culturais, pelos quais se reconhece que o empobrecimento não resulta da indisposição para o trabalho, mas sim das condições em que o mesmo é prestado⁷⁷, o papel a ser desempenhado pelo Estado precisa ser contextualizado em termos de balanceamento entre o individualismo e a solidariedade – e não mais por puro altruísmo cristão, mas sim porque a estabilidade das relações econômicas pressupõem não apenas a liberdade como gozo da propriedade, senão que, em certa medida, esta é pressuposto daquela⁷⁸.

A sociedade, antes vista como ambiente opressor da liberdade individual, passa a ser o meio de “propriedade coletiva” pelo qual se garante que a própria liberdade individual no uso e gozo da propriedade não possa ser, em si mesma, uma forma de opressão⁷⁹. Alterada sensivelmente a estrutura social, os resultados sociais do funcionamento do capitalismo segundo uma liberdade interindividual consagrada nos direitos humanos setecentistas, esses mesmos direitos passam a prescindir de revisão e contextualização econômica.

2.3 Conjunção entre Legalidade Estatal e Técnica Econômica na Norma de Direitos Sociais

Apesar da necessidade de revisão e adequação dos direitos fundamentais às novas realidades sociais, o entusiasmo do positivismo científico predominante nas teorias econômicas e sociológicas em muito

77 Pode-se mesmo dizer que a situação piorou, vez que as proteções inerentes aos regimes de servidão, de patriarcado e das corporações foram substituídas por um salário que simplesmente não as supria. Cf. LE PLAY, M. F. *La Réforme Sociale*. v. 2. Paris: H. Plon, 1864. p. 15 e ss.

78 DUGAVE, P. *Le Problème Social*. Paris: Berger-Levrault, 1920. p. 20 e ss.; GIDE, A. “L’Idée de Solidarité em tant que Programme Économique.” In: *Revue Internationale de Sociologie*, n.º 5, set./out.1893.

79 BOURGEOIS, L. *Solidarité*. Paris: A. Colin, 1906. p. 52 e ss.; BECQUERELLE, S. *Individualisme et Solidarité*. Amiens: E. Cornely, 1903. p. 25 e ss.;

reduziu a disputa entre socialistas, anarquistas e liberais a uma discussão muito mais técnica do que jurídica, permanecendo o individualismo como princípio jurídico a ser contemporizado pela dinâmica das leis econômicas e sociais⁸⁰ – e isso certamente fez com que a justificativa dos direitos sociais implícitos só ocorresse como solução política ou econômica, pouco importando seu conteúdo jurídico.

Em contrapartida, o Estado continuava a ser visto como um ente que compunha esses interesses políticos segundo fundamentos técnicos, e se o surgimento dessas novas realidades sociais exigia uma ação estatal específica, nem por isso sua concepção estritamente jurídica – tal qual extraída da teoria geral do Estado – restaria prejudicada⁸¹. Continuava-se, assim, a tratar a ação estatal segundo os princípios do estado de direito e da legalidade democrática, não se contemplando, do ponto de vista jurídico, a necessidade ou o cabimento de sua substituição – como veio a ocorrer com o advento da Constituição de Weimar – por um estado social de direito (*soziale Rechtsstaat*) abertamente despido de neutralidade quanto às suas funções de solucionador de conflitos entre classes sociais⁸².

Ao servir à consolidação dessa nova perspectiva de atuação do Estado, a Constituição de 1919 sem dúvida representou uma evolução relativamente ao paradigma francês, pois já se vislumbrava uma função constitucional específica para o Estado, que não mais se resumiria à preservação das liberdades civis, senão que passaria a ter um papel inequívoco na efetivação de um equilíbrio entre essas garantias e os efeitos individuais destas sobre o status social dos cidadãos em geral, também definidos segundo direitos fundamentais.

Ainda assim, o Estado, como ente soberano e autônomo, permanecia sendo a figura essencial nesse processo, pois seria responsável pelas medidas correspondentes a esse equilíbrio, as quais se ordenariam pela mesma concepção tradicional de pessoa jurídica correspondente a uma comunidade política, por oposição às teorias contratualistas clássicas⁸³. Seguiria, nesse mister, todo o formalismo imanente à legalidade democrática e ao estado de direito, no que pouco se diferenciaria o modelo alemão de direitos sociais, em princípio, do formalismo legal clássico pregado pelos administrativistas franceses.

80 WALRAS, L. *L'Économie Politique et la Justice*. Paris: Guillaumin et Cie., 1860. p. 64 e ss.; GIDE, A. *Économie Sociale*. Paris: Sirey, 1905. p. 63 e ss.

81 JELLINEK, G. *L'Élément Juridique dans la Science de l'État*. Paris: A. Fontemoing, 1903. p. 9 e ss.

82 Cf. HEINIG, H. M. *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008. p. 42 e ss.

83 HAURIOU, op. cit., p. 19 e ss.; GIERKE, O. *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*. Berlin: Weidmannsche, 1868. p. 81 e ss.

Com efeito, pois inicialmente a doutrina da *puissance publique* – de que foi tributária a teoria geral do Estado tedesca, pela influência de Otto Mayer – foi construída em torno da idéia de que a lei evitaria os abusos do Executivo, mas sempre partiu do pressuposto de que qualquer atividade pública assim solenemente designada, por definição se desempenhava em benefício da soberania popular, bastando que determinados poderes fossem outorgados para que a pessoalização quanto ao seu exercício fosse tida como suficiente a garantir a supremacia de tais atos sobre os interesses privados⁸⁴. Como a função pública necessariamente pressupõe um dever de servir tanto do administrado quanto do agente público perante o Estado, não se aplica este atributo aos atos praticados pelos particulares que assistiam os agentes públicos nesse mister⁸⁵.

A partir daí, em vez de se direcionar a discussão à realização do interesse público independentemente da natureza do agente, como fato material⁸⁶, a pessoalização permaneceu sendo o critério essencial, desenvolvendo-se o debate em torno de estarem os atos fundados na competência assim atribuída dotados do atributo de supremacia, extraindo sua força cogente do tipo de regime legal a que estivessem adstritos (atos *ius imperii*/*ius gestionis*). Assim, as funções desempenhadas pelos agentes que, designados por lei, representavam o Estado, poderiam não se direcionar ao exercício de uma autoridade legal impositiva à esfera dos interesses privados, a depender de seu propósito, e independentemente de os respectivos atos estarem enquadrados na atividade genericamente descrita em lei.

Após essa separação dos atos administrativos dotados de supremacia, o refinamento dessa noção de *fonction publique* levou à sua recondução a uma finalidade pretendida pela lei e, conseqüentemente, à construção da teoria do *détournement de pouvoir*, pela qual não apenas a validade subjetiva do ato seria suscetível de questionamento perante a lei, mas também a compatibilidade de seu conteúdo material com esta.

84 Quanto ao tema, só se distinguem os primeiros constitucionalistas franceses de autores de dois séculos antes, como Bodin ou Domat, pela substituição da soberania do monarca pela soberania popular, já que até mesmo a legalidade já há muito era suscitada como fundamento de sua autoridade, independentemente das qualidades ou vícios pessoais do ocupante do cargo. Cf. *Six Livres de la République*, III, 5, 1; *Le Droit Public*. V. 5. Paris: Pierre Emery, 1701. p. 57.

85 BLUNTSCHLI, J. K. *The Theory of the State*. Oxford: Clarendon Press, 1885. p. 495 e ss.; SIMONET, J-B. *Traité Élémentaire de Droit Public et Administratif*. 2. ed. Paris: F. Pichon, 1893. p. 163; MAYER, O. *Droit Administratif Allemand*. v. 4. Paris: Giard & Brière, 1906. p. 10 e ss.

86 Tal discussão se limitou à distinção, constante do Código Napoleão, entre instituições de utilidade pública e instituições públicas, mas sem tocar em momento algum sobre a natureza unilateral dos atos administrativos, mas apenas sobre a competência do Conseil d'État para apreciar de recursos contra atos praticados pelas primeiras. Cf. JÈZE, G. *Cours de Droit Public*. Paris: Giard, 1924. p. 294 e ss.

Ainda assim, a atuação dos agentes da Administração Pública, para além de sua pessoalidade, continuava a ser vista como prática legitimada apenas nos termos do escopo da lei, colocando o Executivo como servo do Legislativo⁸⁷ e fazendo com que todas as questões se reportassem, ao fim e ao cabo, a uma discussão sobre o princípio da separação de poderes⁸⁸ – sempre sob um prisma estritamente formalista.

Foi nessa esteira que se desenvolveu toda a jurisprudência do Conseil d'État acerca da validade de atos administrativos praticados no exercício de competências delegadas – ou por meio de avocação de competência – à revelia de permissão expressa consagrada em lei, em desconformidade com tal permissão. Tais situações eram analisadas, então, a partir de uma compreensão bastante estrita da atividade administrativa como mero exercício de obediência à lei⁸⁹, e nada além disso – pois, de outra forma, estaria o Executivo usurpando funções legislativas. O legislador devia obediência apenas à constituição – embora não houvesse controle de constitucionalidade das leis –, e os encarregados das funções administrativas do Poder Executivo – para além dos respectivos agentes políticos, que continuavam diretamente vinculados pela constituição⁹⁰ –, se pautariam exclusivamente pela lei e pelos regulamentos destinados à sua execução⁹¹.

O advento da doutrina do *service public*, inclusive em suas versões institucionalistas, muito pouco alterou esse panorama. A pessoalização dos atos administrativos continuava sendo o fator principal, a partir do qual o fato de se tratar ou não de um “serviço público” atrairia o regime unilateral ou negocial aplicável, em substituição ao casuísmo do binômio *ius imperii/ius gestionis*. A necessidade de que haja uma regra de competência pela qual se fixem os termos de representatividade do Estado continua sendo necessária em qualquer caso; apenas os atributos do ato administrativo variam conforme a finalidade consignada em lei⁹².

Em uma palavra, tais doutrinas avaliam a finalidade como algo secundário, tomando-se a regra de competência como ordem pura e simples, direcionada ao Executivo para ser cumprida em busca de

87 HAURIUO, M. *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Sirey, 1930. p. 150 e ss.

88 BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: A. Rousseau, 1900. p. 15 e s.; LAFERRIÈRE, É. *Traité de la Juridiction Administrative*. v. 2. Berger-Levrault et Cie., 1888. p. 471.

89 MARIENHOFF, M. S. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. p. 261 e ss.

90 MICHOD, L. *Des Actes de Gouvernement*. Grenoble: F. Allier, 1889. p. 11 e ss.; JÈZE, G. *Principes Généraux du Droit Administratif*. Paris: Berger-Levrault et Cie, 1904. p. 30 e ss.

91 ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel*. Paris: L. Larose, 1896. p. 500 e ss.

92 DUGUIT, L. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. Paris: F. Alcan, 1908. p. 70 e ss.

resultados práticos (finalidade imediata)⁹³, estritamente definidos em seus aspectos objetivos e subjetivos, sendo o escopo legal (finalidade mediata), firmado em conceitos indeterminados – “interesse público”, “serviço público”, “interesses coletivos da sociedade”⁹⁴, etc – importavam apenas na medida em que delineavam seus efeitos jurídicos. Fala-se em equilíbrio entre privilégios e garantias⁹⁵ como se o ato de constituição das autoridades públicas fosse uma atribuição singular de parte da soberania popular, a que apenas as liberdades civis seriam objetáveis – privilégios e garantias seriam, portanto, regalias de espécies diferentes e contrapostas, vez que inteiramente despidas de qualquer conteúdo finalístico suprapessoal.

Com certeza a doutrina e a jurisprudência tedesca, já havia algum tempo, seguiam um caminho metodológico diverso da francesa, pois ainda que o Estado continuasse a ser visto como um servidor da soberania popular cujos atos se impunham aos administrados, já se constituíra um mecanismo de controle baseado na discricionariedade como contemporização de técnica das medidas possíveis segundo a relação entre fins e meios (*Zweckmässigkeit*) completamente diferente do *détournement de pouvoir*⁹⁶.

Essa técnica, por sua vez, foi aplicada ao Direito Constitucional com a introdução da teoria de Smend⁹⁷ sobre a organização dos direitos fundamentais como valores culturais, na esteira da filosofia neokantiana de Windelband, Rickert e, principalmente, Hartmann. A crítica lançada por Richard Thoma e Carl Schmitt, apontando a imprecisão dos valores como simples perspectivas decisórias⁹⁸, levou ao desenvolvimento da técnica de ponderação de valores (*Güterabwägung*)⁹⁹, pela qual a legitimação dos agentes públicos está no preenchimento dos espaços de contemporização definidos na hierarquia normativa¹⁰⁰ segundo a competência de cada

93 LABAND, P. *Le Droit Public de L'Empire Allemand*. v. 2. Paris: Giard & Brière, 1901. p. 515 e ss.

94 Cf. JACQUELIN, R. *Une Conception d'Ensemble du Droit Administratif*. Paris: Giard & Brière, 1899. p. 20 e ss.

95 ENTERRÍA, E. G. de. *Curso de Derecho Administrativo*. V. 1. Madrid: Civitas, 1999. p. 46 e ss.

96 FLEINER, F. *Droit Administratif Allemand*. Paris: Delagrave, 1933. p. 96; LAUN, R. *Das freie Ermessen und seine Grenzen*. Leipzig: F. Deuticke, 1910; STIER-SOMLÒ, F. *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*. Berlin: Mohr, 1908. p. 457 e ss.

97 SMEND, R. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madri: CEC, 1985. p. 17 e ss.

98 SCHMITT, C. *La Tiranía de los Valores*. Buenos Aires: Hydra, 2010.

99 HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 41 e ss.; HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 281 e ss.

100 BVerfGE 21, 73, 79; 35, 79, 117; 31, 255, 264; 37, 132, 142; 82, 6, 12; 83, 130, 145; 90, 1, 16; 96, 375, 394; 109, 190, 252; 111, 333, 355; 113, 88, 103; 127, 87, 116.

Poder¹⁰¹, sempre se sujeitando tal ato, em qualquer caso, a ser testado no caso concreto quanto à sua proporcionalidade (Verhältnismässigkeit).

Dessa forma, o “interesse público” não se impõe apenas pela legitimação pessoal do agente do Estado, senão que esta é condição do próprio ato de ponderação tanto no tocante à competência formal¹⁰² quanto em relação ao conteúdo¹⁰³. Tampouco se pode falar, de antemão, em supremacia do interesse público sobre o privado em razão do mero preenchimento dos requisitos formais, senão que tudo passa a depender da forma como esse âmbito constitucional de ponderação é preenchido.

Todavia, a transposição desses corolários ao controle de constitucionalidade em face das normas de direitos fundamentais para os direitos sociais rapidamente se revelou problemática, não apenas por não se ter desenvolvido uma perspectiva de análise econômica desses direitos – que continuavam sendo tomados como os direitos os principalmente por ainda se ter o Estado como ponto de partida na materialização desses direitos. Há muito já se dirimira a questão da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais a outros entes que não o Estado (Drittwirkung), mas nem por isso o protagonismo do Estado deixa de ocorrer na função de mediador desses conflitos¹⁰⁴.

Não resta dúvida sobre tal mediação ser inevitável em vista do “monopólio da violência”; mas nem por isso se torna menos obscura a compreensão tanto do papel do Estado como da função dos direitos fundamentais em face deste, da sociedade e do indivíduo.

2.4 As novas idéias sobre a causalidade imanente às normas de direitos sociais

A alteração desse impasse inevitavelmente impunha tanto a superação do Estado como sujeito passivo por excelência das normas de direitos fundamentais como a concepção de direitos especificamente calcados no posicionamento do indivíduo diante da realidade econômica dos novos tempos, dada a insuficiência da vinculação entre liberdade e prosperidade individual no contexto das sociedades industriais. Muito embora isso só tenha vindo a ocorrer com a tradução jurídica das teorias

101 BVerfGE 77, 170, 214; 79, 174, 202; 92, 26, 46; BverfG, 1 BvR 2270/05 (83), em 11/09/05; 357/05 (120), em 15/02/06.

102 BÖCKENFÖRDE, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madri: Tratta, 2000. p. 62 e ss.

103 2 BvR 133/10, em 18/01/12, 80 e ss.; 2 BvR 2433/04, em 20/12/07, 152 e ss.; 2 BvL 5/98, em 5/12/02, 135 e s.; BVerfGE 47, 253, 275; 52, 95, 130; 77, 1, 40; 83, 60, 72; 93, 37, 66. Cf. ÖSSENBUHL, F. *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschlands*. v. 5. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2007. p. 336.

104 TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 183.

necontratualistas de Rawls e Gauthier por Ronald Dworkin, as primeiras teorias contratualistas modernas versando direitos humanos, apesar de não reconhecerem a existência de direitos sociais, já traziam consigo a noção dos direitos individuais como normas de interação recíproca entre indivíduos, atribuindo ao Estado mera função operacional.

Desde o debate havido entre Edmund Burke e Thomas Paine ficara claro que a divergência estava não tanto na existência de direitos por força da tradição institucional (“entailed inheritance”)¹⁰⁵ ou pela “natureza humana”, mas sim na fixação de direitos como princípios de organização das relações entre governo, sociedade e indivíduo¹⁰⁶. De tal maneira o foco estava na consideração dos direitos individuais como princípios que regem essas relações jurídicas que os founding fathers tiveram por dispensáveis uma declaração na Constituição de 1787, julgando ser suficiente à preservação da liberdade o sistema de checks and balances. Homens como James Madison entendiam ser até mesmo perigoso lançar uma declaração de direitos que poderia levar o Judiciário a tomá-las como normas positivas¹⁰⁷, quando, de fato, são princípios que devem guiar o Estado, muito mais do que limitá-lo.

É certo que, a despeito de tentativas como a de Dworkin e Alexy, a distinção entre regras e princípios está muito longe de ter um mínimo de precisão conceitual que lhe outorgue operacionalidade em termos de metodologia jurídica, e sequer tem qualquer valor para além de uma mudança de perspectiva quanto à experiência hermenêutica¹⁰⁸. Porém, se tal distinção tem qualquer importância no que diz respeito à interpretação dos direitos fundamentais, isto se deve ao fato de estes disporem sobre o conteúdo teleológico mínimo das relações jurídicas ordinárias entre o Estado, a sociedade e o indivíduo, no que têm aplicação ampla e operam de forma ambivalente, tanto na fixação de finalidades como na estipulação de limites e obrigações a todos estes¹⁰⁹. Pouco importa, sob este aspecto, qual a categoria a que determinado direito fundamental supostamente pertence, pois os direitos fundamentais evidentemente só poderão ser considerados direitos subjetivos públicos na medida em que se revelarem em uma relação jurídica específica.

105 BURKE, E. *Reflections on the Revolution in France*. Londres: Penguin, 2004. p. 119 e ss.

106 PAINE, T. *Senso Comum*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009. p. 82 e ss.

107 SCHWARTZ, B. *The Bill of Rights: a Documentary History*. v. 2. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1971. p. 1031.

108 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 337 e ss. (post scriptum).

109 COHN, H. “A Human Rights Theory of Law: Prolegomena to a Methodology of Instruction.” In: IIDH. *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*. V. 4. Paris: A. Pedone, 1972. p. 55 e s.

Somente com o advento das teorias neocontratualistas foi possível retomar essa perspectiva, vez que, até então, o Estado continuava sendo contemplado como um ente autônomo, e, embora sujeito a diversos controles constitucionais e metas, permanecia, para todos os efeitos, diverso da nação – com exceção da teoria pura do direito, que sustentava a hipostasia dessa figura –, e inclusive do próprio ordenamento jurídico.

Apenas quando se vislumbra os direitos fundamentais como princípios fundantes essenciais à validade de toda e qualquer relação jurídica – seja ela de ordem social, política, econômica ou cultural –, relegando ao Estado o papel de simples intermediador das respectivas pretensões de validade, se passa a compreender como se operam as relações jurídicas em que este figura na condição de coadjuvante. Embora essa perspectiva de análise já estivesse evidenciada na filosofia política do pluralismo democrático¹¹⁰, e fosse até possível inferi-la de autores como Rudolf Smend, a associação clara e sistemática entre o Estado, os direitos fundamentais e os indivíduos vivendo em sociedade – sob o prisma de suas relações de cooperação econômica, e não mais do direito à propriedade – só veio a ocorrer com o neocontratualismo.

O debate que contextualizou esse novo movimento teórico começou com as controvérsias em torno dos direitos humanos no pós-Guerra, os quais gradualmente passaram a se centrar em princípios de organização política. Percebe-se dessas primeiras tentativas o fato de hesitarem diante do nível de abstração dos discursos metaéticos, esbarrando em inúmeras indefinições que exigiam a multiplicação de conceitos abstratos. Bons exemplos são o artigo de Bernard Williams sobre a Igualdade e o discurso de Isaiah Berlin sobre as liberdades positiva e negativa¹¹¹.

Em todos esses casos fica claro que, ao contrário do que acontecia com os autores dos séculos XVII e XVIII, a discussão não se centrou na preservação da liberdade individual como razão da existência do Estado – e, por conseguinte, sua função precípua –, se estendendo à igualdade tanto na distribuição dos resultados individuais como na definição de méritos, necessidades e obstáculos comparativos. Os princípios da liberdade e da igualdade se materializariam, portanto, segundo a construção de contextos hipotéticos, pelos quais esses valores se evidenciariam como processos de identificação de hipóteses abstratas em que se verificaria sua preservação ou violação.

110 LASKI, H. *Authority in the Modern State*. Kitchener: Batoche, 2000.

111 WILLIAMS, B. A. O. "The Idea of Equality." In: POJMAN, L. P.; WESTMORELAND, R. *Equality: Selected Readings*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997. p. 91-102; BERLIN, I. "Two Concepts of Liberty." In: *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969; GALTUNG, J. ;

Logo ficou claro – como já ocorrera com as teorias de direitos fundamentais – que não se poderia mais partir de princípios esparsos como “liberdade”, “igualdade” ou “paz” de modo a se obter sistemas coerentes de pensamento, pois a extensão indefinida de sua aplicabilidade inevitavelmente os desfigurava por completo, donde a necessidade de se estabelecer a justiça como conceito unificador¹¹². A teoria de John Rawls preencheu essa lacuna com vantagem, no que foi seguida, criticada e desenvolvida por Buchanan, Gauthier, Scanlon, Brandt, Martha Nussbaum e Amartya Sen, entre outros.

Abstraindo dos méritos dessas teorias, correto dizer que, ao contrário dos contratualistas clássicos, cuida-se de teorias relacionais, as quais promovem, pela combinação, composição e decomposição de processos decisórios, reflexões metaéticas sobre o funcionamento de uma sociedade democrática. Preocupam-se, portanto, não tanto com a justificação do Estado ou com a definição de suas funções precípuas, mas principalmente com os parâmetros de moralidade objetiva envolvidos, por um lado, na intervenção da sociedade sobre a esfera individual – de modo a garantir que este desenvolva suas capacidades –, e, por outro, na maneira como se daria a justa redistribuição dos resultados das benesses da sociedade entre os indivíduos.

Cuida-se, portanto, de especulações pelas quais se investigam os parâmetros mais básicos e mais abstratos que possam servir de fundamento positivo e baliza moral às relações entre os indivíduos entre si e entre estes e a sociedade. Nesse sentido, trata-se, sem dúvida, de guinada substancial quanto às teorias precedentes, na medida em que, depurando os interesses e subjetivismos valorativos, coloca os indivíduos, tomados em sua singularidade ou coletivamente, no centro da discussão sobre a organização política da sociedade segundo seus interesses econômicos.

Se os direitos e deveres recíprocos antes eram vistos sob a perspectiva do jusnaturalismo, reputando-se inquestionáveis na condição de revelação da *recta ratio*, a legitimidade desses parâmetros de inter-relação entre indivíduos e de redistribuição social das benesses que são produto do esforço coletivo se dá por processos deliberativos guiados por valores fundamentais – particularmente a liberdade e a igualdade. Embora a secularização democrática dos direitos fundamentais já tivesse sido propugnada pelos doutrinadores envolvidos com a Constituição de Weimar, apenas com os debates que se cingiram à justiça equitativa de Rawls (“justice as fairness”) encontrou-se um paradigma seguro para os direitos sociais – não mais como máximas políticas unilaterais ou

112 RAKOWSKI, E. *A Critique of Welfare Egalitarianism*. In: POJMAN; WESTMORELAND, op. cit., p. 242-261.

valores vinculados a classes econômicas, mas como direitos fundados nas relações econômicas entre cada indivíduo singular e a sociedade, segundo contextos democrático-liberais.

Não tardou para que essa nova perspectiva de análise fosse apropriada pelo discurso jurídico. Apesar de diversos juristas da Critical Legal Studies terem passado a desenvolver teses em torno dessa nova maneira de identificação de direitos fundamentais derivados da igualdade e da liberdade no âmbito de uma democracia liberal capitalista (“rights debate”), sem dúvida Ronald Dworkin foi, com sobra, o principal doutrinador na matéria – ele mesmo, um participante ativo na discussão com John Rawls¹¹³.

A partir de então, iniciou-se a convergência entre a ponderação de direitos fundamentais e políticas públicas em que a participação do Estado ocupa posição meramente subsidiária – paralelamente à doutrina e jurisprudência alemães, que continuaram tomando-o como protagonista, seguindo sua tradição histórica. Nesse sentido, a crítica ao utilitarismo foi transposta para a seara jurídica ao se colocar os direitos fundamentais como esfera individual insuscetível de negociação ou preferência por razões supostamente coletivas – ou seja, conceitualmente só faz sentido se falar em o direito a partir de seu conteúdo inegociável¹¹⁴, à semelhança do “núcleo essencial” (Wesenkern) da doutrina tedesca.

Em face dessa intangibilidade dos direitos fundamentais, as considerações sobre justiça distributiva devem – tal como defendido pelo rights based development model – partir desses mesmos direitos como propósito inequívoco de qualquer ação coletiva, vez que os mesmos representam um prius na definição da validade jurídica de qualquer iniciativa da sociedade, e não um objeto de composição segundo preferências havidas na consideração recíproca desses mesmos direitos, mas a estes alheias¹¹⁵.

Apesar de essa convergência ter diversas vantagens do ponto de vista da justificação e da análise crítica da atuação estatal, apresentava, todavia, falhas notórias no tocante à teoria econômica subjacente – principalmente porque, derivando de bases aristotélicas ou kantianas, partiam de uma perspectiva eminentemente estática no tocante ao ambiente econômico, vez que focavam no bem-estar individual segundo

113 RAWLS, John. “What is Equality? Part 2: Equality of Resources.” In: *Philosophy and Public Affairs*. v. 10, 1981. p. 285-331.

114 DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 193 e ss.

115 Idem, p. 272 e ss.

direitos individuais, e estes, ao fim e ao cabo, se reportavam a juízos igualmente individuais de necessidade¹¹⁶.

Em outras palavras, a realização da justiça estava vinculada à composição de interesses com foco na maximização individual e perfeitamente racional – já que o “véu da ignorância” de Rawls só valeria para a “posição original”¹¹⁷ –, independentemente da realidade de sua inserção em uma economia de mercado, quando é exatamente nesta que os interesses, direitos e necessidades fazem qualquer sentido, surgindo, desaparecendo ou se modificando.

Como se não bastassem as dificuldades de o paradigma rawlsiano lidar com as questões relativas às incapacidades individuais que necessitariam de auxílio prévio de modo a permitir o desenvolvimento de suas potencialidades – pois pressupunha um nível razoavelmente idêntico de participação cooperativa complementar¹¹⁸ –, apresentava problemas ao ter de reconhecer a existência de atividades voltadas ao bem-estar coletivo, independentemente dos interesses individuais (princípio da diferença). Tais atividades, sempre consideradas essenciais ao ordenamento da sociedade para além de juízos individuais de preferência e do curso normal das atividades econômicas em um ambiente de mercado¹¹⁹, acabavam rompendo com a idéia de uma titularidade à redistribuição proporcional das vantagens coletivas, pois nesses casos os indivíduos são tomados como aglomerados, e não em sua singularidade¹²⁰.

Como esse tipo de atuação se reputa essencial à própria justiça distributiva em sentido apropriado, e não se cogita do retrocesso às filosofias do Estado como ente superior à própria sociedade¹²¹, o ideal de acordo da sociedade quanto ao *modus procedendi* das ações coletivas deve se dar pela busca da imparcialidade objetiva nas decisões políticas e econômicas quanto à definição dos objetivos focais¹²², e não pela busca do consenso de todos os indivíduos em abstrato quanto a qualquer espécie de ação coletiva.

116 Cf. WALDRON, J. “Rights and Needs: the Myth of Disjunction.” In: SARAT, A.; KEARNS, T. R. (eds.). *Legal Rights*. Ann Arbor: The University of Michigan Press. p. 93 e ss.

117 RAWLS, *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. p. 136 e ss.

118 NUSSBAUM, M. *Fronteiras da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 135 e ss.

119 GALBRAITH, J. K. *A Sociedade Justa*. Rio de Janeiro: Campus, 1996. p. 22 e s.

120 NOZICK, op. cit., p. 240 e ss.

121 Além da *volonté générale* de Rousseau, destaque-se, aqui, as filosofias do Estado de Fichte e de Hegel, que influenciaram diretamente a formação jurídica da teoria geral do Estado.

122 SEN, A. *A Idéia de Justiça*. Londres: Penguin, 2009. p. 174 e ss.

Conquanto seja perfeitamente possível que toda e qualquer ação social seja analisada a posteriori, segundo seu contexto, à luz dos direitos fundamentais de um ponto de vista estático, certamente não é possível pressupor que toda e qualquer ação dessa espécie parta, a priori, do exercício consciente de um direito de conteúdo predeterminado que é imposto unilateralmente ao indivíduo ou à sociedade, pois a função dos diversos círculos de convivência da sociedade civil está nas transações recíprocas pelas quais se opera a mutação da própria noção desses direitos¹²³. Denotado esse defeito na apreensão do efetivo exercício dos direitos, bem como em relação à percepção da radical alteração de seu conteúdo em cada contexto econômico, promoveu-se desde logo a revisão do paradigma dworkiano; a qual se deu, primordialmente, pelos juristas vinculados à Law and Economics.

Embora esta Escola derive do realismo norte-americano de Karl Lewellyn e tenha seguido em muito a sociologia jurídica de Eugen Ehrlich, se afastando por completo da discussão sobre a aplicabilidade das normas jurídicas para analisar a jurisprudência *in fieri*, também seguiu de perto a vertente de Oliver Wendell Holmes e Benjamin Cardozo no que diz respeito aos pressupostos da decisão judicial. Em outras palavras, apesar de se vincular ao Critical Legal Studies, não seguia a tradição de Julius Stone, da *freies Rechtsfindung* de Kantorowicz e do realismo escandinavo de Karl Olivecrona, preferindo desprezar a tentativa de desmascarar as motivações inerentes ao formalismo positivista pela indicação de suas predisposições morais e econômicas para partir do pressuposto de que os juízes não fixam limites peremptórios e definitivos entre liberdade e autoridade¹²⁴, nem conduzem os rumos da civilização¹²⁵, mas apenas o ajustam à realidade econômica em que cada situação se encontra inserida¹²⁶.

Por isso, se opunham esses autores veementemente às insinuações de Dworkin de que, diante das incertezas quanto à precisão econômica do desfecho de suas decisões, os juízes deveriam em qualquer caso se ater à ponderação de valores morais sob a perspectiva individual de forma a encontrar soluções principiológicas sustentáveis para os litígios¹²⁷, quando os direitos fundamentais – particularmente os de cunho social – expressam, antes de tudo, ideais nacionais pautados na realidade

123 COASE, R. H. "The Problem of Social Cost." In: *The Journal of Law & Economics*. v. 3, out. 1960. p. 17.

124 FRANKFURTER, F. *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1961. p. 43.

125 CARDOZO, B. *The Paradoxes of Legal Science*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1928. p. 57 e ss.

126 POSNER, R. A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 400.

127 DWORKIN, *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

econômica subjacente¹²⁸, e não obrigações objetivamente exequíveis a despeito do funcionamento do mercado, sendo certo que as incertezas dos julgadores relativamente a esse funcionamento tornam sua postura tradicionalmente pragmática plenamente justificável¹²⁹.

Em princípio suas avaliações não teriam maior pertinência para a contextualização jurídica dos direitos sociais, pois se limitavam à desconstrução econômica da teoria de Dworkin ao provar a insustentabilidade de decisões econômicas institucionais baseadas em direitos diante do mercado capitalista, em sentido denodadamente destrutivo. Todavia, a indicação dessas falhas indubitavelmente serviu à renovação da teoria dos direitos sociais na medida em que desvinculou os méritos redistributivos da participação individual para, suplantando a teoria das preferências ou necessidades segundo direitos (individual welfare), colocá-la em função de sacrifícios econômicos impostos à sociedade como um todo ou parte dela.

Em suma, a impossibilidade material de que todas as preferências em termos de, por um lado, liberdade de ação, e, por outro, de ganho redistributivo, bem como a inviabilidade da própria distinção objetiva dessas preferências diante de situações em que a moralidade torna a ação economicamente irracional¹³⁰, obrigam a que a relação entre ação individual e a participação na redistribuição não sejam tomados como uma causalidade necessária e inexorável. Pelo contrário: como a ampliação do nível geral de liberdade individual de ação é o fator que engendra a necessidade de redistribuição em face do mecanismo de mercado, assim como, inversamente, cada redistribuição gera um custo que impacta negativamente essa mesma liberdade de ação, compete ao Estado equilibrar ambas as funções segundo considerações jurídicas estritas¹³¹.

Dessa forma, provado que “levar os direitos a sério” não anula a subjetividade das pretensões calcadas em direitos fundamentais, e tomar essas pretensões como prius da ação coletiva – como no caso da equiparação do mercado a um “leilão”, tal como realizada por Dworkin – é incompatível com a definição de seu custo no próprio mercado, a solução está em partir de uma noção essencialmente econômica dos direitos sociais para se chegar ao seu “núcleo essencial”¹³².

128 SUNSTEIN, C. R. *Free Markets and Social Justice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997. p. 213 e ss.

129 POSNER, R. A. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 404 e ss.

130 KAHNEMAN, D. et alii. “Fairness and the Assumptions of Economics.” In: *Journal of Business*. v. 54, 1986. p. 285-300.

131 SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 166 e ss.

132 HOLMES, S. & SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: Norton & Co., 1999.

3 A JUSTIÇA CONTRIBUTIVA COMO FUNDAMENTO DA CAUSALIDADE DA NORMA DE BENEFÍCIO

3.1 Âmbito de aplicação da norma previdenciária

No tocante às políticas sociais em geral, os primeiros efeitos da crise do Estado de Bem-estar foram vaticínios de ordem econômica. Assim, Rosanvallón¹³³ e Esping-Andersen¹³⁴ verificaram nas alterações do ambiente econômico internacional, em pleno movimento de integração, a necessidade de serem revistas as contingências, dado que estas, praticamente inalteradas desde os estatutos dos socorros públicos, estas já não mais correspondiam aos parâmetros de previsibilidade do indivíduo diante da sociedade.

Por outro lado, Bob Jessop viu nesse movimento da integração vertical para a acumulação flexível os sinais de uma transição da ideologia econômica keynesiana para outra schumpeteriana, a qual, baseada no empreendedorismo e no valor da iniciativa individual, faria com que o welfare, caracterizado pelos sacrifícios coletivos em prol da riqueza de todos, passasse ao workfare, o qual – pelo menos em seu delineamento nos Estados Unidos – tem por base o condicionamento do auxílio estatal à disponibilidade para a contraprestação pelo trabalho em prol da sociedade¹³⁵.

Com o advento de uma sociedade pós-industrial, a própria concepção de segurança patrimonial se alterou radicalmente, deixando de ser uma preservação da capacidade de prover à própria subsistência e de sua família para se alçar à manutenção de um padrão de vida adequado¹³⁶. O trabalho, por sua vez, deixa de ser visto como um valor em si, na medida em que se presta à preservação da subsistência, para se tornar um meio de inserção em uma sociedade de consumo¹³⁷. Em suma, a própria maneira de o trabalhador encarar as repercussões das contingências sobre o trabalho também se modificou substancialmente.

De tal modo a percepção dos riscos se modificou ao longo da história que a própria idéia do benefício como forma de suprir o prejuízo causado pela contingência, prevalente no debate tradicional sobre os fundamentos jurídicos da contributividade, passou a ser questionada diante das mudanças no ambiente econômico. Segundo essa vertente, as contingências colocadas nos seguros

133 ROSANVALLON, *A Nova Questão Social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. p. 31 e ss.

134 ESPING-ANDERSEN, *Social Foundations of Postindustrial*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003. p. 145 e ss.

135 JESSOP, B. "Towards a Schumpeterian Workfare State? Preliminary Remarks on Post-Fordist Political Economy." In: *Studies in Political Economy*. v. 40, spr/1993. p. 7-39.

136 TAWNEY, R. H. The Acquisitive Society in ADLER, M. J. (ed.). *Great Books of the Western World*. v. 57. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1996. p. 208 e ss.

137 BAUDRILLARD, J. *La Société de Consommation*. Paris: Danöel, 1970. p. 72 e ss.

sociais em geral, surgidas ainda na época dos socorros públicos assistenciais, não mais atenderiam aos verdadeiros riscos a que se encontravam expostos os indivíduos, vez que o advento da idade, por exemplo, é perfeitamente previsível e, conseqüentemente, suscetível de planejamento.

Essa foi a tônica das reformas previdenciárias promovidas na década de 1990 no mundo inteiro – à qual também se alinhou o Brasil – mantendo-se as contingências consagradas pela tradição, mas firmando a subsidiariedade da previdência social como mecanismo de proteção securitária situado entre as previdências privada e complementar e a proteção assistencial não-contributiva.

Estes últimos, por não se estriarem nos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, e sim na proteção do indivíduo contra o advento da extrema vulnerabilidade social e miséria, não têm seu valor relacionado à substituição da renda do trabalho – pois seu pressuposto é o depauperamento pela contínua impossibilidade material de prover ao próprio sustento – e sim na prevenção da irreversibilidade das situações de marginalização pelo empoderamento¹³⁸.

Por outro lado, a vulnerabilidade não pode ser considerada um risco em sentido apropriado, vez que se trata de um status social consolidado em que a maior ou menor previsibilidade só importa para fins de fixação de políticas de emprego, devendo-se o auxílio estatal à necessidade de reintegração social e conseqüente retomada da condição de auto-sustentabilidade¹³⁹. Assim, os riscos implicados na vulnerabilidade – ao contrário da proteção previdenciária – não dizem com a subtração da remuneração e com a conseqüente perda do auto-sustento, se reputando incogitáveis por sua extrema gravidade exatamente por já se encontrar o indivíduo destituído de condições mínimas de subsistência¹⁴⁰.

Dáí não haver a estipulação de contingências como pressupostos da prestação estatal, pois, não havendo risco de perda do auto-sustento – cuja ausência é pressuposto da vulnerabilidade –, a legislação assistencial nivelam seu público-alvo a situações objetivamente caracterizadas como de marginalização social por ausência de condições imediatas de retomada do auto-sustento pelo trabalho.

138 BRONZO, C. "Vulnerabilidade, Empoderamento e Metodologias Centradas na Família: Conexões e uma Experiência para Reflexão." In: *Concepção e Gestão da Proteção Social Não Contributiva no Brasil*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/UNESCO, 2009. p. 177 e s.

139 BOSCHETTI, I. *Assistência Social no Brasil: um Direito entre Originalidade e Conservadorismo*. 2. ed. Brasília: Ivanete Boschetti, 2003. p. 83 e s.

140 SPOSATI, A. "Modelo Brasileiro de Proteção Social Não Contributiva: concepções fundantes." In: *Concepção e Gestão da Proteção Social Não Contributiva no Brasil*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/UNESCO, 2009. p. 35

Por outro lado, foi dito anteriormente que o seguro social se diferenciava do seguro privado por ser fundado em lei, e por ter servido a propósitos primeiro político-pragmáticos e, depois, político-econômicos. Subtraídos esses pressupostos intervencionistas, em que poderia influenciar o fato de estar instituído em lei? Há, entre nós, diversas espécies de seguros obrigatórios cujo propósito jamais foi social – como é o caso seguro contra acidentes de trânsito (Lei 6.194/74), desenhado para estimular a incipiente indústria de seguros –, assim como há seguros sociais não-previdenciários – como o FGTS, baseado em capitalização de longo prazo – e houve seguros sociais previdenciários – a exemplo dos benefícios acidentários, que por muito tempo não se submeteram às regras da Lei Orgânica da Previdência Social¹⁴¹.

Nenhum deles, todavia, tem ou teve função de substituição da remuneração do trabalho pela impossibilidade ou inexigibilidade do auto-sustento decorrente do advento da contingência, se restringindo a indenizações patrimoniais individuais ou a poupança individual obrigatória, resumindo-se a relação jurídica entre a instituição responsável e o segurado, sem qualquer mutualidade no âmbito de uma coletividade de segurados. Entretanto, esta é – como já tratado acima – uma característica essencial da proteção previdenciária, na medida em que o Estado apenas administra os termos da cobertura contra a perda do auto-sustento por cada segurado segundo as contingências estipuladas, permanecendo a relação jurídica de fundo imanente ao pacto intergeracional.

Em contrapartida, o caráter social dessa função substitutiva do benefício não serve de esteio à afirmação de que nos seguros privados se previne quanto aos prejuízos de um dano, ao passo que, no seguro social, garante-se uma renda de subsistência¹⁴². Do ponto de vista meramente formal, ambos são riscos perfeitamente enquadráveis na tipificação básica do seguro, sendo que tarifação do prêmio por lei e a maior elasticidade quanto à fixação do risco, conquanto incompatíveis com um seguro privado, nem por isso lhe subtraem o caráter securitário. Tanto é assim, que a previdência

141 Os seguros coletivos contra acidentes de trabalho foram tornados obrigatórios com o Decreto 24.637/34, os quais, por terem sido contratados pelas próprias empresas até o advento da Lei 1.985/53, e pelas CAP e IAP a partir da Lei 1.985/53 até o advento dos Decretos-Lei 72/66 e 293/67, demandavam regulamentação específica quanto a valores por tipo de acidente/profissão (Decreto-Lei 7.036/44, a Portaria SAT n.º 04/59) e a taxas de risco para fins de prêmios (Resolução s/n.º, do MTIC, publicada no DOU de 16/03/35; Decreto 18.809/45, arts. 46 e ss.; Portarias DSA n.ºs 32/45 e 08/47). Apenas com a Lei 5.316/67 houve a integração da proteção de riscos decorrentes de acidentes laborais ao sistema de cobertura instituído pela Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807/60) baseando-se o valor das prestações não mais no binômio perda funcional/ocupação, mas apenas na perda funcional em face do salário-de-benefício ou do salário-de-contribuição vigente na data do sinistro, sendo que a assunção plena da administração desses benefícios pela Previdência Social só veio a ocorrer com a Lei 6.367/76.

142 PINTO, S. B. *El Seguro*. Santiago: EJC, 1978. p. 36 e s.

privada cobre exatamente o mesmo tipo de risco que a pública, apenas variando quanto à abrangência e os termos da remuneração do risco.

Na esteira do quanto anteriormente tratado, a característica diferencial da previdência pública está no fato de se organizar em torno de contingências tidas por indisponíveis, em relação às quais a garantia da substituição da remuneração do trabalho pela renda do benefício realmente encerra direito fundamental. Essa indisponibilidade, haurida na valorização social do trabalho, subtrai a neutralidade dos mecanismos tradicionais de avaliação do risco em contratos de seguros, obrigando tanto à fixação tanto de parâmetros de substituição como de condições de acesso ao benefício diferenciados. Este é o contexto em que se inserem as relações entre cada segurado e a coletividade de segurados, jungidos por causalidades tipicamente focadas no risco social.

3.2 Causalidade entre custeio e benefício

Tal prioridade quanto à garantia dos benefícios, vigente nos sistemas de repartição simples, por óbvio não significa a total desinflência dos parâmetros contributivos individuais sobre as prestações previdenciárias. Há, de fato, uma causalidade entre o custeio e o benefício em que os segurados são tomados em sua integralidade, simultaneamente como contribuintes e beneficiários, pela qual são estabelecidos os critérios mínimos de acesso à cobertura previdenciária de modo a garantir a sustentabilidade do sistema segundo seu planejamento contábil sem prejuízo da continuidade do pagamento dos benefícios.

Afora essa perspectiva de conjunto, a participação individual no custeio e no benefício passa a ser objeto de conflitos entre as pretensões genericamente reconhecidas à coletividade de segurados e as peculiaridades do status cada um desses segurados tomados individualmente. Embora tais conflitos se reportem a pretensões individuais das mais diversas espécies, todas elas se cingem à natureza securitária das regras que densificam o direito à previdência social.

Nesse sentido, ao se mencionar a contributividade como um atributo do sistema previdenciário, tende-se a desconsiderar que o propósito do legislador ou do constituinte não é outro senão atrelar a sustentabilidade da cobertura dos riscos sociais a fontes de custeio específicas, entre as quais a principal é aquela incidente sobre a remuneração dos trabalhadores – como, entre nós, pela tributação dos ganhos habituais que compõem o salário-de-contribuição (CF/88, arts. 195, II, e 201, § 11). Longe de servir de simples auxílio à cobertura dos gastos com benefícios, a prévia participação do beneficiário no custeio, para além de se remeter ao adimplemento de

uma obrigação tributária de cunho individual, é a fonte de custeio por excelência, servindo as demais, isso sim, à cobertura complementar da despesa decorrente de oscilações do custeio de contribuições individuais e do pagamento de benefícios que pontualmente possam vir a ultrapassar a margem de erro do planejamento financeiro.

Por outro lado – e reciprocamente –, somente pela consideração da expansão ou retração do valor e do volume de contribuições é possível calcular o custo da segurança patrimonial e projetar a despesa com benefício. Daí que mesmo em sistemas previdenciários não-contributivos em que as fontes de custeio são exclusivamente estatais – como os sistemas de matriz soviética – os valores de remuneração são computados para a projeção da despesa, pois a sustentabilidade financeira do sistema não se dá a despeito da segurança patrimonial ocasionada pela cobertura securitária.

Desta feita, o direito individual à previdência social, conquanto direito fundamental, não pode ser gratuito na exata medida em que é contributivo. Isso porque a segurança patrimonial quanto ao advento de contingências que é proporcionada a cada trabalhador segurado importa em um custo coletivo, decorrente dos gastos oriundos da materialização desses riscos em determinados casos tomados individualmente; donde o custo da segurança quanto a cada espécie de contingência pressupor o preenchimento de determinados requisitos essencialmente contributivos.

Assim, o caráter contributivo do direito ao benefício, ao se o condicionar ao preenchimento de determinados requisitos – entre os quais, o recolhimento de um número mínimo de contribuições a título de carência – fixa não apenas padrões mínimos de sustentabilidade do sistema como um todo, senão que também estabelece o mínimo de participação no custeio devida por cada segurado, individualmente, para que se lhe possa assegurar a respectiva cobertura contra os riscos sociais abrangidos. Em contrapartida, preenchidos os requisitos mínimos ao gozo do direito ao benefício, a análise de cada pretensão individual deve ser promovida a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais da equidade na participação no custeio, por um lado, e, por outro, da seletividade e distributividade. Apenas assim se pode falar em justiça contributiva.

Em tais hipóteses, a causalidade entre a participação individual no custeio e, advinda a contingência, o gozo de benefício, deve observar, no âmbito da esfera individual de cada segurado, determinados parâmetros de justiça contributiva na relação jurídico-previdenciária, da mesma forma que na relação tributária¹⁴³. Com efeito, pois mesmo em não havendo uma correspondência direta entre os tributos e os serviços

143 NOTHELLE-WILDFEUER, U. "Was ist eigentlich Steuergerechtigkeit?" In: *Die Neue Ordnung*. v. 66, 2012. p. 325 e ss.

públicos prestados – excetuadas as taxas –, sem dúvida prevalece, ainda que indiretamente, uma concepção normativa de causalidade¹⁴⁴.

Como princípio que permeia a relação jurídico-previdenciária individualmente, se manifesta a necessidade de preservação da justiça contributiva, por exemplo, ao não se permitir que a organização e alteração do sistema previdenciário se dê em detrimento da proteção já é garantida. Para além da garantia constitucional inerente à segurança jurídica, que se realiza pelas consequências concretas da proibição do arbítrio, restando contrariado o estado de direito na ausência de razões coletivas suficientes¹⁴⁵, proíbe-se veementemente o retrocesso substancial quanto à cobertura prevista¹⁴⁶, assim como o incisivo cerceamento das posições jurídicas individuais, asseguradas pelo caráter contributivo das prestações¹⁴⁷.

Desta feita, a compatibilização entre as receitas de custeio e as despesas com benefícios certamente não é mera operação financeira-contábil que se dá segundo o arbítrio do Estado. A validade de tal compatibilização releva por suas repercussões sobre o status previdenciário dos segurados tomados individualmente, devendo se pautar pela justiça contributiva cada medida estatal voltada a esse ajuste pelo qual se alcança o equilíbrio econômico-financeiro. A vedação ao arbítrio estatal na compatibilização entre custeio e benefício no tocante a cada relação jurídico-previdenciária representa, portanto, uma maneira pela qual a justiça contributiva se manifesta individualmente, promovendo a interface entre o equilíbrio geral entre custeio e benefício e a participação de cada espécie de segurado nas duas faces desse mesmo equilíbrio.

Há que se atentar, de fato, para a forma como se expressa a causalidade custeio/benefício no âmbito de cada relação jurídico-previdenciária que se forma com o preenchimento dos requisitos do benefício. Nesse sentido, à semelhança do que ocorre quanto à relação tributária, prevalece o critério da capacidade contributiva como forma de ensejar o custeio dos serviços públicos de acesso universal, em contrapartida à garantia de uma cobertura securitária indisponível.

Entretanto, no caso da relação jurídico-previdenciária, a lógica redistributiva dos critérios de seletividade e distributividade, imanente ao vínculo de solidariedade, também não pode ser tomada aleatoriamente – precisamente por se inserir num contexto de equidade na participação

144 VANONI, E. *Natureza e Interpretação das Leis Tributárias*. Rio de Janeiro: Financeira, 1932. p. 117 e ss.

145 2 BvR 305/93, em 05/02/02 (29).

146 ADI 3.104/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 08/11/07.

147 BVerfGE 53, 257, 291 e ss; 58, 81, 122 e ss.; 100, 138, 182; RE 610.290/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 15/08/13.

no custeio da segurança patrimonial, e não de mera isonomia formal no gozo dos benefícios. Em suma, se não há uma correspondência paritária entre a participação individual no custeio e no gozo de benefícios, pois a garantia da segurança patrimonial a todos os segurados é o primado de qualquer sistema de repartição simples, decididamente deve haver uma proporção adequada entre ambos.

Ultrapassados os requisitos mínimos de concessão, o direito a que haja uma proporção adequada entre custeio e benefício no âmbito de cada relação jurídico-previdenciária, tomada individualmente, já ocorre na medida em que o direito ao benefício pressupõe o direito à substituição da renda oriunda da remuneração do trabalho em face do advento de uma contingência. Em se tratando de cobertura securitária, onde a retributividade das contribuições individuais ao par pressupõe a total ausência de riscos, não tem qualquer cabimento pregar que tal substituição deve ocorrer segundo uma paridade pelo valor – como em um sistema de capitalização –, assim como não se cogita, inversamente, a total ausência de regras objetivas que desconsiderem inteiramente a efetiva participação no custeio.

Não obstante, a proporção entre custeio e benefício estabelecida individualmente, já descontados das contribuições vertidas o custo coletivo da segurança patrimonial permanente a todos os segurados – correspondente tanto à efetiva ocorrência de contingências como à sua previsão no futuro – deve ser preservada¹⁴⁸, sob pena de ofensa à justiça contributiva. Inversamente, a pretensão de obtenção de benefício em valor desproporcionalmente superior à participação individual no custeio importa, igualmente, supina afronta à justiça contributiva, pois transfere à coletividade dos segurados, no todo ou em parte, o custo individual da segurança patrimonial, apurado em termos da expectativa de substituição da remuneração do trabalho pelo benefício segundo as hipóteses e nos termos do ordenamento previdenciário.

Em suma, o direito à previdência social, como direito individual à cobertura previdenciária, se exerce em relação à coletividade dos segurados que, como tais, estão sujeitos aos mesmos riscos e são potenciais usuários desses serviços públicos. Daí a necessidade de que, ao se levar em consideração eventuais peculiaridades de situações individuais, sob argumentos subjetivos de justiça segundo improvisos de ocasião, tenha-se em mente que, afora o parâmetro mais básico de sustentabilidade financeira do sistema – a todos aplicável – o reconhecimento de pretensões individuais, quando incompatível com as regras a que se submete toda

148 ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 16/05/03.

a coletividade de segurados, projeta-se sobre esta coletividade o custo individual pela segurança patrimonial.

Disso se extrai ser necessário verificar se cada uma dessas alterações casuísticas na concepção da cobertura podem ser validamente estendidas a todo e qualquer segurado em situação objetivamente idêntica, bem como se cada uma dessas hipóteses, tornada abstrata e ampliada à coletividade de segurados, prejudica a equação original de equilíbrio do sistema – a qual, como visto, deve ser analisada, antes de tudo, sob o prisma individual. Sem isso, fere-se o princípio da imprescindibilidade da prévia fonte de custeio.

3.3 Causalidade entre contingência e benefício

Até o momento foi tratada a causalidade entre a participação individual no custeio e no benefício em vista da necessária distribuição homogênea do custo da segurança patrimonial, correspondente à efetiva materialização das contingências tidas por indisponíveis. Entrementes, a forma como as contingências intermediam essa causalidade entre a participação individual no custeio e no benefício, também é de suma importância; pois se deve haver uma distribuição homogênea do custo da segurança patrimonial, este se define pelo nível de imprevisibilidade da contingência, devendo sempre seguir critérios objetivos de remuneração de risco.

A proporção entre a participação individual no custeio e no benefício fixa uma perspectiva de análise pela qual o custo da segurança patrimonial é identificado em termos abstratos, já se pressupondo a ausência de assimetrias graves quanto à percepção individual da probabilidade imanente ao risco. Nesse sentido, a estruturação dos diversos tipos de cobertura previdenciária em torno da combinação entre as espécies de categoria de segurado tomadas genericamente e de benefícios enumerados segundo as contingências abrangidas pelo sistema, diferenciados estes segundo requisitos mínimos de acesso e nexos de substituição da remuneração do trabalho pela renda do benefício, parte de uma dosimetria essencialmente calcada na expectativa de materialização do risco e na identificação dessa materialização pelo advento da contingência.

Além de variarem segundo a espécie de prova dos requisitos de acesso, cada um desses elementos tem influência diversa sobre a percepção individual do risco e, conseqüentemente, sobre a imprevisibilidade da contingência; donde servir sua combinação no âmbito da norma de benefício à neutralização das assimetrias individuais tanto em relação à imprevisibilidade do risco quanto no tocante à forma de comprovação dessa imprevisibilidade. Sem isso, resta inteiramente subvertida a lógica da proteção securitária, subtraindo-se à norma de benefício sua função

de intermediação de conflitos entre pretensões de segurados tomados em sua individualidade e por sua coletividade, relegando ao sistema previdenciário à mais exultante anarquia.

Vale notar, antes de tudo, que a causalidade entre o advento da contingência e o benefício se pauta pela preservação da contribuição como ato cuja realização pressupõe um risco puro e a priori imprevisível. Assim, por exemplo, no ordenamento pátrio não são computadas para fins de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez as contribuições realizadas posteriormente ao advento da própria incapacidade laboral, nem tampouco se admite o recolhimento de contribuições posteriormente ao óbito do instituidor como forma de garantir o direito à pensão para os dependentes.

Admiti-lo importaria subverter a própria noção de seguro, substituindo o fundamento do benefício, que é a materialização de um risco, em uma remuneração direta de investimento financeiro. Toda a administração de riscos, porém, parte da distribuição do custo de incertezas quanto ao advento de contingências, e, suprimida ou substancialmente prejudicada tal incerteza, a remuneração de investimento, em substituição à remuneração da materialização do risco imprevisito, tem por efeito fazer com que o retorno desse investimento – às expensas da coletividade dos segurados – seja muitíssimo maior do que de fato seria em circunstâncias ordinárias. O efeito inelutável dessa deturpação do risco, por sua vez, é a insustentabilidade financeira do sistema.

Por outro lado, as categorias de segurados ocupam no arranjo sistêmico do ordenamento previdenciário uma posição central, na medida em que servem de elo entre o custeio, como figuras que delimitam a hipótese de incidência tributária, e o benefício, na medida em que fixam os termos de correspondência entre os critérios contributivos e a cobertura previdenciária a ser garantida. São, em suma, pontos de convergência das causalidades que regem a justiça contributiva imanente ao sistema como vínculo de solidariedade, pouco importando a relação jurídica pela qual se deu o trabalho remunerado.

Assim, se tomarmos exemplos do ordenamento previdenciário pátrio, os segurados especiais, segundo a morfologia de sua atividade produtiva, seria um contribuinte individual, ao passo que o empregado doméstico e o avulso não deixariam de ser empregados como quaisquer outros, vez que trabalham sob subordinação. Ocorre, porém, que cada uma dessas categorias está marcada por uma capacidade contributiva média diferente, além de se reportar sua relação jurídica-padrão a uma estrutura burocrática completamente diversa, donde a cobertura previdenciária também variar tanto em sua extensão (tipos de

benefícios garantidos) como em relação ao seu montante (valor das prestações), bem assim no tocante à prova do trabalho, como fato essencial à filiação.

Dessa forma, embora sejam uniformemente preservados os prazos de carência relativamente a cada espécie de prestação previdenciária, os segurados especiais, a título de exemplo, contribuem obrigatoriamente sobre a receita bruta da comercialização, mas em princípio gozam apenas de alguns benefícios de valor mínimo, ao passo que os contribuintes individuais e os empregados domésticos só têm seu tempo de serviço contado para a carência a partir do recolhimento da primeira contribuição em dia.

Por fim, as contingências variam consideravelmente quanto à sua previsibilidade, não sendo possível tratar a invalidez e a morte acidentárias, por exemplo, nos mesmos termos das aposentadorias. Todavia, a imprevisibilidade pressupõe a ocorrência, no futuro, do fato que ocasiona a subtração da remuneração do trabalho, e se o advento de contingências como óbito, encarceramento, desemprego involuntário ou invalidez são razoavelmente identificáveis quanto às suas características, o mesmo já não ocorre quanto à idade avançada, como contingência a que se remetem todas as espécies de aposentadoria – excetuada a aposentadoria por invalidez.

Dessa contextualização do risco segundo a maior ou menor previsibilidade da contingência decorre a diferenciação tanto das carências mínimas de cada benefício – ou sua dispensa, a exemplo do óbito e do encarceramento – como da consideração de períodos contributivos na composição da renda do benefício – tanto para o cálculo do valor-síntese para fins de substituição da remuneração do trabalho, como efeito da composição do período básico de cálculo, quanto para a equalização da renda mensal à participação no custeio a partir do coeficiente e do fator previdenciário, incidentes sobre o salário-de-benefício.

Em suma, o núcleo da causalidade entre o custeio e o benefício, em se tratando de uma proteção securitária, está na apuração do risco efetivo, homogeneamente atribuído a cada contingência segundo sua imprevisibilidade, desta última derivando a maior ou menor necessidade de se ampliar a participação individual no custeio, ou a representatividade desta participação em termos de benefício para fins de estabelecimento do nexo de substituição da remuneração decorrente do trabalho.

4 CONCLUSÃO

Para se compreender o quanto releva ao direito à previdência social a incidência das normas de direitos fundamentais e humanos de cunho

social, reputa-se imprescindível, antes de tudo, compreender o próprio conteúdo da norma de benefício. Em se tratando de norma pautada pela técnica securitária, impõe-se à sua compreensão a tradução jurídica dessa técnica, ultrapassando a tipicidade hermética e estritamente legal.

Ademais, como a norma de benefício se caracteriza por ser, simultaneamente, norma securitária e norma de direito social, a composição de ambas as perspectivas no âmbito dos arranjos político-econômicos do Welfare State torna necessário desfazer esse hibridismo pelo qual se protraí essa noção equivocada de tipicidade normativa. A norma de benefício concebida nesses termos simplesmente não se justifica perante o direito à previdência social, como direito fundamental e humano, levando a reiteradas perplexidades e incongruências.

Retomando a noção de seguro social, diferenciando-a da assistência social e compondo-a aos instrumentos de análise de direitos sociais mais recentes, percebe-se que o melhor caminho metodológico das questões previdenciárias está no dimensionamento da análise das pretensões individuais na condição de conflitos entre as situações peculiares em que se encontra cada segurado em face da coletividade de segurados.

Para tanto, afiguram-se essenciais a qualquer avaliação de sistemas de repartição simples as categorias causais de custeio/benefício e contingência/benefício, as quais além de servir de fio condutor a toda a estrutura normativa do ordenamento previdenciário, permitem o alinhamento das normas de benefício e das normas de direitos fundamentais e humanos versando o direito à previdência social.

REFERÊNCIAS

ABENDROTH, W. *A Short History of the European Working Class*. Londres: NLB, 1972.

ARRIGHI, G. *O Longo Século XX*. São Paulo: UNESP, 2009.

ATGER, F. *Histoire des Doctrines du Contrat Social*. Nîmes: La Laborieuse, 1906.

BADURA, P. "Öffentliches Wirtschaftsrecht." In: MÜNCH, I. von. *Besonderes Verwaltungsrecht*. 13. ed. Berlim: Schmidt-Assmann, 2005.

BAUDRILLARD, J. *La Société de Consommation*. Paris: Danöel, 1970.

BECQUERELLE, S. *Individualisme et Solidarité*. Amiens: E. Cornely, 1903.

- BERLIN, I. "Two Concepts of Liberty". In: *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.
- BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: A. Rousseau, 1900.
- BLANC, L. *Organisation du Travail*. 5. ed. Paris: Société de L'Industrie Fraternelle, 1847.
- BLOCK, M. *Les Assurances Ouvrières en Allemagne*. Paris: Guillaumin & Cie., 1895.
- BLUNTSCHLI, J. K. *The Theory of the State*. Oxford: Clarendon Press, 1885.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madri: Tratta, 2000.
- BODIN, J. *Six Livres de la République*. Paris: J. du Puys, 1576.
- BOSCHETTI, I. *Assistência Social no Brasil: um Direito entre Originalidade e Conservadorismo*. 2. ed. Brasília: Ivanete Boschetti.
- BOURGEOIS, L. *Solidarité*. Paris: A. Colin, 1906.
- BRAVO, P. *Socialismo Premarxista*. Caracas: UCV, 1961.
- BRONZO, C. "Vulnerabilidade, Empoderamento e Metodologias Centradas na Família: Conexões e uma Experiência para Reflexão." In: *Concepção e Gestão da Proteção Social Não Contributiva no Brasil*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/UNESCO, 2009.
- BRUCH, R. v. *Bürgerlichkeit, Staat und Kultur im Deutschen Kaiserreich*. Munique: F. Steiner, 2005.
- BURKE, E. *Reflections on the Revolution in France*. Londres: Penguin, 2004.
- CANNELLA, G. *Corso di Diritto della Previdenza Sociale*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1970.
- CANO, G. A. *De los Seguros Sociales a al Seguridad Social*. Cidade do México: Porrúa, 1972.
- CARDOZO, B. *The Paradoxes of Legal Science*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1928.

- CASTEL, R. *As Metamorfoses da Questão Social*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- COASE, R. H. "The Problem of Social Cost." In: *The Journal of Law & Economics*. v. 3, out.1960.
- COHN, H. "A Human Rights Theory of Law: Prolegomena to a Methodology of Instruction." In: IIDH. *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*. v. 4. Paris: A. Pedone, 1972.
- CONSTANT, B. "De la Liberté Industrielle." In: LOUANDRE, C. *Oeuvres Politiques de Benjamin Constant*. Paris: Charpentier et Cie., 1874.
- DOMAT, J. *Le Droit Public*. v. 5. Paris: Pierre Emery, 1701.
- DOUBLET, J. *Sécurité Sociale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1967.
- DREHER, M. *Die Versicherung als Rechtsprodukt*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1991.
- DUGAVE, P. *Le Problème Social*. Paris: Berger-Levrault, 1920.
- DUGUIT, L. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. Paris: F. Alcan, 1908.
- DUPEYROUX, J-J. *Droit de la Sécurité Sociale*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1975.
- DUPIN, B. *Histoire de L'Administration des Secours Publics*. Paris: Alexis-Eymery, 1821.
- DURAND, P. *La Politique Contemporaine de Sécurité Sociale*. Paris: Dalloz, 1953.
- DWORKIN, R. "What is Equality? Part 2: Equality of Ressources." In: *Philosophy and Public Affairs*. v. 10, 1981.
- _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- _____. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- DYE, T. R. *Understanding Public Policy*. Nova Jersey: Prentia-Hall, 1972.
- ELLUL, J. *The Technological System*. Nova Iorque: Continuum, 1980.
- ENTERRÍA, E. G. de. *Curso de Derecho Administrativo*. v. 1. Madrid: Civitas, 1999.

- ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel*. Paris: L. Larose, 1896.
- ESPING-ANDERSEN, G. *Social Foundations of Postindustrial*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.
- FLEINER, F. *Droit Administratif Allemand*. Paris: Delagrave, 1933.
- FRANKFURTER, F. *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1961.
- FRIEDMAN, M. *Inflation et Systèmes Monétaires*. Paris: Calmann-Levy, 1969.
- GALBRAITH, J. K. *The Affluent Society*. Boston: H. Mifflin Co., 1958.
- _____. *A Sociedade Justa*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- GEERTZ, C. J. *Paddlers and Princes*. Chicago: University of Chicago Press, 1963.
- GIDE, A. “L’Idée de Solidarité em tant que Programme Économique.” In: *Revue Internationale de Sociologie*, n. 5, set./out. 1893.
- _____. *Économie Sociale*. Paris: Sirey, 1905.
- GIERKE, O. *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*. Berlin: Weidmannsche, 1868.
- GOLDSTEIN, L. *Repensando a Dependência*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.
- GOODIN, R. E. *Utilitarianism as a Public Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- GREBING, H. *Geschichte der Deutschen Arbeiterbewegung*. Munique: Deutscher Taschenbuch, 1968.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- HAMON, G. *Histoire Générale de L’Assurance em France et à L’Étranger*. Paris: L’Assurance Moderne, 1895.
- HANSEN, A. H. *Fiscal Policy and Business Cycles*. W. W. Norton & Co., 1941.

- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HAURIOU, M. *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Sirey, 1930.
- HAYEK, F. A. *Collectivist Economic Planning*. Clifton: A. M. Kelley, 1975.
- HEINIG, H. M. *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008.
- HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
- HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: M. Claret, 2007.
- HOLMES, S. & SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: Norton & Co., 1999.
- JACQUELIN, R. *Une Conception d'Ensemble du Droit Administratif*. Paris: Giard & Brière, 1899.
- JELLINEK, G. *La Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*. Paris: A. Fontemoing, 1902.
- _____. *L'Élément Juridique dans la Science de l'État*. Paris: A. Fontemoing, 1903.
- JESSOP, B. "Towards a Schumpeterian Workfare State? Preliminary Remarks on Post-Fordist Political Economy." In: *Studies in Political Economy*. v. 40, spr/1993.
- JÈZE, G. *Cours de Droit Public*. Paris: Giard, 1924.
- _____. *Principes Généraux du Droit Administratif*. Paris: Berger-Levrault et Cie, 1904.
- JOST, J. T. & KAY, A. C. "Social Justice." In: FISKE, S. T. et alii (eds.). *Handbook of Social Psychology*. v. 2. 5. ed. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010.
- KAHNEMAN, D. et alii. "Fairness and the Assumptions of Economics." In: *Journal of Business*. v. 54, 1986.
- KANT, I. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KAUTSKY, J. H. *Political Change in Underdeveloped Countries: Nationalism and Communism*. Nov Iorque: J. Wiley & Sons, 1967.

KERN, C. A. *Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2013.

KEYNES, J. M. "Poverty in Plenty: is the economic system self-adjusting?" In: MOGGRIDGE, D. D. *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, v. 13. Londres: Macmillan, 1973.

KLEIN, L. R. *La Revolución Keynesiana*. Madri: RDP, 1952.

KOPP, P. *Selbstverschuldete Arbeitslosigkeit nach Arbeitsloserversicherungsrecht*. Berna: P. G. Keller, 1960.

LABAND, P. *Le Droit Public de L'Empire Allemand*. v. 2. Paris: Giard & Brière, 1901.

LACUÉE-SAINTE-JUST, J-C. *Histoire du Paupérisme et des Caisse d'Épargne in The French Revolution Research Collection*. Oxford: Pergamon Press, 1990.

LAFERRIÈRE, É. *Traité de la Juridiction Administrative*. v. 2. Berger-Levrault et Cie., 1888.

LASKI, H. *Authority in the Modern State*. Kitchener: Batoche, 2000.

LASSALLE, F. *Manifesto Operário e Outros Textos Políticos*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1999.

LASSWELL, H. D. *National Security and Individual Freedom*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1950.

LAUN, R. *Das freie Ermessen und seine Grenzen*. Leipzig: F. Deuticke, 1910.

LEGA, C. *Il Rapporto Giuridico di Previdenza Sociale*. Milão: Giuffrè, 1969.

LE PLAY, M. F. *La Réforme Sociale*. v. 2. Paris: H. Plon, 1864.

LERMINA, J. *Histoire de la Misère*. Paris: Décembre-Alonnier, 1869.

LINDBLOM, C. E. *O Processo de Decisão Política*. Brasília: EDUnB, 1981.

- LOCKE, J. Second Treatise on Civil Government. In: TEGG, T. *Works of John Locke*. v. 3. Aalen: Scientia, 1963.
- LUHMANN, N. *Einführung in die Systemtheorie*. 4. ed. Heidelberg: Carl-Auer, 2008.
- LYON-CAEN, G. *Traité de Droit du Travail*. v. 2. Paris: Dalloz, 1967.
- MARIENHOFF, M. S. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.
- MAYER, O. *Droit Administratif Allemand*. v. 4. Paris: Giard & Brière, 1906.
- MENGER, A. *El Derecho al Producto Íntegro del Trabajo en su Desarrollo Histórico*. Buenos Aires: Americalee, 1944.
- MERTON, R. K. *Sociologia: Teoria e Estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- METZ, K. H. *Die Geschichte der Sozialen Sicherheit*. Stuttgart: Kohlhammer, 2008.
- MICHOUD, L. *Des Actes de Gouvernement*. Grenoble: F. Allier, 1889.
- MILL, J. S. *Sobre a Liberdade*. Lisboa: Europa-América, 1997.
- MIRANDA, F. C. P. de. *Tratado de Direito Privado*. v. 45. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.
- MOLLAT, M. *Les Pauvres au Moyen Âge*. Bruxelas: Complexe, 1992.
- MONTESQUIEU, C. L. de S., Baron de. *De L'Éprit des Lois*. Paris: Garnier, 1961.
- MYRDAL, G. *Aspectos Políticos da Teoria Econômica*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- NETTER, F. *La Sécurité Sociale et ses Principes*. Paris: Sirey, 1959.
- NIETZSCHE, F. *A Genealogia da Moral*. São Paulo: Escala, 2013.
- NOTHELLE-WILDFEUER, U. "Was ist eigentlich Steuergerechtigkeit?" In: *Die Neue Ordnung*. v. 66, 2012.
- NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

- NUSSBAUM, M. *Fronteiras da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- ÖSSENBUHL, F. *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschlands*. v. 5. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2007.
- PAINE, T. *Senso Comum*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009.
- PARETO, V. *Corso di Economia Politica*. v. 2. Turim: P. Boringhieri, 1948.
- PERROUX, F. *A Filosofia do Novo Desenvolvimento*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1981.
- PINTO, S. B. *El Seguro*. Santiago: EJC, 1978.
- POSNER, R. A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- _____. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- PROUDHON, P.-J. *La Révolution Sociale in Oeuvres Complètes de P.-J. Proudhon*. v. 7. Paris: A. Lacroix, Verboeckhoven & Cie., 1868.
- RAAB, L. M. & GOODYEAR, A. C. "Middle-Reange Theory in Archaeology: A Critical Review of Origins and Applications." In: *American Antiquity*. v. 49, abr. 1984.
- RAKOWSKI, E. "A Critique of Welfare Egalitarianism." In: POJMAN, L. P. & WESTMORELAND, R. *Equality: Selected Readings*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.
- RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- _____. *Political Liberalism*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005.
- REGO, M. L. *Contrato de Seguro e Terceiros*. Coimbra: Almedina, 2010.
- RIBEIRO, D. *As Américas e a Civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- RODRIGUEZ, A. P. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.
- ROSANVALLON, P. *A Crise do Estado-Providência*. Goiânia: UFG, 1997.

- _____. *A Nova Questão Social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.
- SAINT-SIMON, H. *Du Système Industriel*. Paris: Antoine-Augustin Reouard, 1821.
- SALISBURY, J. de. *Policraticus*. Nova Iorque: Octagon Books, 1972.
- SCHMID, F. *Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit*. Berlim: Duncker & Humblot, 1981.
- SCHMITT, C. *La Tiranía de los Valores*. Buenos Aires: Hydra, 2010.
- SCHWARTZ, B. *The Bill of Rights: a Documentary History*. v. 2. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1971.
- SEN, A. *A Idéia de Justiça*. Londres: Penguin, 2009.
- SEYMOUR, J. & PINCUS, D. “Human Rights and Economics: the Conceptual Basis for their Complementarity.” In: *Development Policy Review*. v. 26.
- SIMONET, J-B. *Traité Élémentaire de Droit Public et Administratif*. 2. ed. Paris: F. Pichon, 1893.
- SMEND, R. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madri: CEC, 1985.
- SMITH, A. *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. v. 1. Oxford: Clarendon Press, 1976.
- _____. *Theory of Moral Sentiments*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- SPINOZA, B. *Traité Politique*. In: SAISSET, É. *Oeuvres de Spinoza*. v. 2. Paris: Charpentier, 1861.
- SPOSATI, A. “Modelo Brasileiro de Proteção Social Não Contributiva: concepções fundantes.” In: *Concepção e Gestão da Proteção Social Não Contributiva no Brasil*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/UNESCO, 2009.
- STIER-SOMLÒ, F. *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*. Berlim: Mohr, 1908.
- SUNSTEIN, C. R. *Free Markets and Social Justice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.

_____. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

TAWNEY, R. H. The Acquisitive Society. In :ADLER, M. J. (ed.). *Great Books of the Western World*. v. 57. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1996.

TOURAINÉ, A. *A Sociedade Post-Industrial*. Lisboa: Moraes, 1970.

TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VANONI, E. *Natureza e Interpretação das Leis Tributárias*. Rio de Janeiro: Financeira, 1932.

VEBLEN, T. *Theory of the Leisure Class*. Nova Iorque: Penguin, 1979.

VILLARD, A. *Histoire du Proletariat Ancien et Moderne*. Paris: Guillaumin & Cie, 1882.

VOLTAIRE, F. M. A. *Dictionnaire Philosophique*. Paris: Garnier-Flammarion, 1964.

WALDRON, J. "Rights and Needs: the Myth of Disjunction." In: SARAT, A. & KEARNS, T. R. (eds.). *Legal Rights*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2007.

WALRAS, L. *L'Économie Politique et la Justice*. Paris: Guillaumin et Cie., 1860.

WALZER, M. "Socializing the Welfare State." In: GUTMANN, A. (ed.). *Democracy and the Welfare State*. New Jersey: Princeton University Press, 1988.

WILLIAMS, B. A. O. "The Idea of Equality." In: POJMAN, L. P. & WESTMORELAND, R. *Equality: Selected Readings*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.

YOUNG, M. *The Rise of Meritocracy*. Londres: Thames & Hudson, 1958.