

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU MESTRADO EM  
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

ITAMAR DE ÁVILA RAMOS

**SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO: A  
INCONSTITUCIONALIDADE DE SEU SUBFINANCIAMENTO POR MEIO DA  
DESVINCULAÇÃO DE PARTE DAS RECEITAS DA UNIÃO**

VITÓRIA  
2017

ITAMAR DE ÁVILA RAMOS

**SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO: A  
INCONSTITUCIONALIDADE DE SEU SUBFINANCIAMENTO POR MEIO DA  
DESVINCULAÇÃO DE PARTE DAS RECEITAS DA UNIÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, na linha de pesquisa Jurisdição constitucional e concretização dos direitos e garantias, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Elda Coelho de Azevedo Bussinguer.

VITÓRIA

2017

ITAMAR DE ÁVILA RAMOS

**SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO: A  
INCONSTITUCIONALIDADE DE SEU SUBFINANCIAMENTO POR MEIO DA  
DESVINCULAÇÃO DE PARTE DAS RECEITAS DA UNIÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, na linha de pesquisa jurisdição constitucional e concretização dos direitos e garantias, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientador

---

Prof. Dr.  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr.  
Membro Externo

À Marilene, Stéphanie e Victor pelo amor e pela dedicação com que me sustentaram durante todos os dias deste Mestrado.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, que incontáveis vezes me sustentou. “Esforça-te, e tem bom ânimo; não temas, nem te espantes; porque o Senhor teu Deus é contigo, por onde quer que andares” (Josué, 1:9).

Aos meus pais, Gentil e Rosa, pessoas humildes que, de forma incondicional, empreenderam esforços incomensuráveis pela promoção dos estudos de seus filhos. Sem vocês a conclusão deste curso não seria possível.

A Marilene, minha esposa, e Stéphanie e Victor, meus queridos filhos, que compreenderam os vários momentos em que minha ausência física se fez necessária, sustentando-me com orações e carinho.

Aos meus amigos membros do Ministério Público Isabela Cordeiro, Marcelo Lemos, Rodrigo Monteiro e Wagner Eduardo, que compartilharam comigo as árduas tarefas do sonho do Mestrado. Os intensos revezes que ocorreram em minha dupla jornada de trabalho e de estudo foram amenizados com o as amizades que vocês me proporcionaram.

Ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo pelo suporte concedido com o custeio parcial do curso.

À minha orientadora, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, pela amizade, pelo entusiasmo, pela dedicação e pelo comprometimento com que, diuturnamente, me impulsionou rumo ao conhecimento científico.

A todos os demais professores do curso que contribuíram para este momento e a toda a equipe da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) meus agradecimentos.

*A luta pelos direitos humanos e, em geral, pela defesa e promoção da dignidade humana não é um mero exercício intelectual, é uma prática que resulta de uma entrega moral, afetiva e emocional, ancorada na incondicionalidade do inconformismo e da exigência de ação.*

Boaventura de Souza Santos.

## RESUMO

Analisa a constitucionalidade das Emendas à Constituição brasileira que desvincularam parte das receitas da União, originariamente vinculada ao Sistema de Seguridade Social brasileiro. Em uma perspectiva analítica de base histórico - dialética e por meio de um estudo exploratório descritivo, sustentado teoricamente na ideia de romance em cadeia de Ronald Dworkin e sua teoria do Direito como integridade, analisou-se o desenvolvimento da força normativa dos princípios jurídicos, desde os modelos jusnaturalista e positivista até o presente modelo de Estado Democrático de Direito. Constatou-se que o legislador constituinte originário concebeu a estrutura de financiamento do Sistema de Seguridade Social objetivando a criação de uma base sólida, estável e permanente de recursos financeiros capazes de fazer frente às grandes demandas sociais nas áreas de saúde, previdência social e assistência social existentes e vindouras. Destacou-se que os direitos fundamentais podem sofrer restrições, entretanto possuem um núcleo essencial que não pode, em caso algum, ser violado. Constatou-se que as vitórias alcançadas por meio de um longo e penoso processo de desenvolvimento da cidadania brasileira vêm sofrendo intenso revés sob a argumento de uma necessária estabilização fiscal com afronta ao princípio da vedação de retrocesso social. Conclui-se sustentando que são inconstitucionais as Emendas Constitucionais que promoveram a desvinculação de parte das receitas da União originariamente destinada ao Sistema de Seguridade Social brasileiro, por meio da ampliação da visada hermenêutica, sob o ângulo da ofensa à integridade do Direito, ao princípio constitucional da vedação de retrocesso social e ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Seguridade social. Princípio da vedação de retrocesso. Direito fundamental.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the constitutionality of Brazilian Constitution amendments that unlinked part of the Union's revenues, originally linked to the Brazilian Social Security System. In an analytical perspective of dialectical historical basis and through a descriptive exploratory study, theoretically based on Ronald Dworkin's idea of chain-romance and his theory of Law as integrity, it analyzes the normative force of legal principles, from the jusnaturalist and positivist juridical models, up to the present democratic state model of law. It was contacted that the original constituent legislator conceived the financing structure of the Social Security System aiming at establishing a solid, stable and permanent basis of financial resources able to attend the social demands in the areas of health, social security and social assistance in the present and in the future. It emphasizes that even though fundamental rights can be restricted, they have an essential core that can not be violated. It was found that the victories achieved through a long and tiring process of development of the Brazilian citizenship has suffered an intense setback under the argument of a necessary fiscal stabilization, which affronts the principle of the prohibition of social regression. It is concluded, by widening the hermeneutic view, that the constitutional amendments that unlinked part of the Union's revenues originally destined for the Brazilian Social Security System are unconstitutional because they offend the integrity of the law, the principle Social retrogression and the democratic rule of law.

Keywords: Social security. Principle of the prohibition of social regression. Fundamental right.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS</b> .....	<b>14</b>
1.1 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA FASE JUSNATURALISTA.....	15
1.2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA FASE POSITIVISTA .....	19
1.2.1 O positivismo jurídico em Kelsen.....	21
1.2.2 O positivismo jurídico em Hart .....	26
1.2.3 A crítica ao positivismo jurídico em Dworkin .....	30
1.3 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO.....	41
1.3.1 O desenvolvimento da cidadania no Brasil .....	43
1.3.2 O Estado Democrático de Direito: novo paradigma de Estado.....	47
1.4 A EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	54
1.5 LEITURA DE INTEGRAÇÃO I.....	64
<b>2 A SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA</b> .....	<b>66</b>
2.1 CONCEPÇÕES ESSENCIAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	67
2.1.1 Gerações – Dimensões dos direitos fundamentais .....	68
2.1.2 Fundamentalidade material e fundamentalidade formal.....	70
2.1.3 Dimensão subjetiva e dimensão objetiva dos direitos fundamentais .....	72
2.1.4 Funções e titularidade dos direitos fundamentais .....	75
2.2 O SISTEMA BRASILEIRO DE SEGURIDADE SOCIAL.....	80
2.3 O SUBFINANCIAMENTO DO SISTEMA BRASILEIRO DE SEGURIDADE SOCIAL.....	82
2.4 LEITURA DE INTEGRAÇÃO II.....	110
<b>3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO</b> .....	<b>113</b>

3.1	O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL.....	124
3.2	CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE: ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE .....	135
3.3	FUNDAMENTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DESVINCULAÇÃO DE PARTE DAS RECEITAS DA SEGURIDADE SOCIAL .....	140
3.3.1	<b>Inconstitucionalidade material por ofensa à cláusula pétrea.....</b>	<b>146</b>
3.3.2	<b>Inconstitucionalidade material por ofensa ao princípio da vedação de retrocesso social.....</b>	<b>156</b>
3.3.2	<b>Inconstitucionalização ou inconstitucionalidade progressiva como técnica de decisão judicial .....</b>	<b>167</b>
4	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>173</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>179</b>

## INTRODUÇÃO

A enunciação da cidadania e da dignidade da pessoa humana, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, logo no primeiro artigo da Constituição brasileira de 1988 tem, dentre suas justificativas, em especial, o período de repressão política vivenciado no Brasil, precedente à sua promulgação, que fez nascer a necessidade de que o legislador constituinte evidenciasse a todos que o Brasil emergia para um novo paradigma de Estado, com a afirmação, não apenas simbólica, mas intencionalmente transformadora da realidade.

Nesse contexto, fruto de um intenso debate realizado durante os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1988, foi instituído, então, pela Constituição brasileira de 1988, um sistema de proteção social, compreendido por um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social, objetivando a concretização de uma cidadania plena.

Esse sistema, constituído por direitos fundamentais sociais, a despeito de possuir também funções de proteção, no sentido de proibições de intervenções, como direitos de defesa, possui, como funções recorrentes, aquelas consistentes na exigibilidade de direitos a prestações materiais estatais.

Por sua vez, cômico de que, para a efetivação dos direitos fundamentais integrantes do Sistema de Seguridade Social, por meio da promoção das necessárias prestações materiais, o Estado deveria disponibilizar receitas para essa finalidade, o legislador inseriu na Constituição brasileira de 1988 a determinação de que a Lei Orçamentária Anual seria compreendida, dentre outros, por um orçamento específico para o sistema de proteção social.

Para além disso, ainda nesse projeto de concretização da cidadania plena, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu que o Sistema da Seguridade Social seria financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios, e também por uma específica e vinculada fonte de financiamento, as contribuições sociais.

Toda essa construção sistêmica tinha como fundamento o estabelecimento de uma base sólida, estável e permanente de recursos financeiros capazes de fazer frente às grandes demandas sociais nas áreas de saúde, previdência social e assistência social existentes e vindouras. Entretanto, a partir do ano de 1994, por meio da atuação do poder constituinte derivado, foi promulgada a Emenda Constitucional de Revisão nº 1, incluindo normas às disposições constitucionais transitórias, que desvincularam parte das receitas da União originariamente vinculada ao Sistema de Seguridade Social brasileiro.

A sobredita desvinculação, provisória, vem sendo prorrogada, desde então, por meio de Emendas à Constituição. A última delas tem previsão de vigência até o final do ano de 2023.

Nesse sentido, questiona-se se essa restrição imposta pelo poder constituinte derivado ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro ofende ou não o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais que o integram. A partir desse questionamento inicial, buscou-se avaliar se os limites impostos pelas restrições aos sobreditos direitos fundamentais sociais preservam ou não seus núcleos essenciais. Ou, em outras palavras: a restrição da eficácia dos direitos fundamentais sociais que integram o Sistema de Seguridade Social brasileiro, realizada pelo poder constituinte derivado, por meio da desvinculação de parte das receitas da União, originalmente vinculada pelo poder constituinte originário ao sobredito sistema, é constitucional ou é inconstitucional?

A partir de uma abordagem dialética e por meio de um estudo exploratório, bibliográfico e jurisprudencial, no marco teórico do Direito como integridade, em Ronald Dworkin, o primeiro capítulo da presente pesquisa tem início de um esforço afeto ao desenvolvimento histórico da força normativa dos princípios constitucionais. Esse estende-se desde o modelo de pensamento jusnaturalista, passando pelo modelo positivista até o atual modelo de pensamento do Estado Democrático de Direito, procurando compreender a eficácia jurídica dos princípios constitucionais.

O segundo capítulo foi dedicado à investigação do Sistema de Seguridade Social brasileiro. Nele foi conferido enfoque à temática que cuida do âmbito de proteção, do núcleo essencial e da eficácia jurídica dos direitos fundamentais que o integram. Procedeu-se à perquirição, também, sobre o subfinanciamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, por meio da desvinculação de parte das receitas da União, originariamente a ele vinculada.

O capítulo derradeiro dedicou-se, sob a perspectiva do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, à pesquisa da pertinência, constitucionalidade, entre a normatização da desvinculação de parte das receitas da União, realizada por meio do poder constituinte derivado, e a normatização estabelecida para o financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro pelo poder constituinte originário.

No cenário do Estado Democrático de Direito, procurou-se compreender as tensões entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado no tocante aos limites deste ao promover restrições aos direitos fundamentais sociais componentes do Sistema de Seguridade Social, sem a promoção do esvaziamento dos núcleos essenciais dos respectivos direitos. Essa é a temática que, em síntese, permeia a presente pesquisa.

## 1 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

As decisões judiciais proferidas, desde os juízes monocráticos até a mais alta instância judicial brasileira, vêm altamente fundamentadas em princípios jurídicos, o que evidencia o atual reconhecimento da força normativa que os acompanha.

Essa percepção, hoje incontroversa, está sumariada por Bonavides,<sup>1</sup> quando afirma que “[...] os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”, o que Ávila<sup>2</sup> denomina de “Estado Principiológico”.

Nesta etapa da pesquisa, busca-se patentear as principais características do desenvolvimento conceitual dos princípios, nos modelos jurídicos dos pensamentos jusnaturalista, positivista do Direito e do Estado Democrático de Direito.

Comparato,<sup>3</sup> ao discorrer sobre a noção filosófica de princípio, assevera que Aristóteles, em sua obra intitulada “Metafísica”, desdobrou a noção de princípio em sete acepções, com um elemento comum em todos os significados, qual seja, o de princípio ou começo de algo que provém ou é gerado, ou de onde emana o conhecimento, aduzindo que Montesquieu fundou todas as suas concepções políticas na noção de princípio como mola mestra do funcionamento de diferentes sistemas de governo.

A compreensão dos princípios, sob sua perspectiva jurídica, no constitucionalismo moderno, impõe-se e tem sua relevância anunciada por Bonavides, quando, após trazer considerações sobre a investigação doutrinária realizada por Guastini sobre seis distintos conceitos de “princípios”, leciona:

A importância do assunto é fundamental, ocupando cada vez mais a atenção e o interesse dos juristas. Sem aprofundar a investigação acerca da função

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 263.

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 484-485.

dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.<sup>4</sup>

A palavra princípios possui várias acepções etimológicas, dentre as quais a que remete “às proposições diretoras duma arte, duma ciência”.<sup>5</sup> Ater-se-á, nesta pesquisa, a essa acepção, considerando tratar-se o Direito de uma ciência social e normativa,<sup>6</sup> pois além de ter por objeto o ser humano e sua conduta, como o fazem as Ciências Sociais, o Direito vai além de ter um caráter puramente descritivo de relações de causas e efeitos, intentando determinar como a conduta humana deve processar-se ao estabelecer normas positivas.

Nesse mesmo sentido, Reale afirma:

Nosso estudo deve começar pela observação fundamental de que toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.<sup>7</sup>

A ascensão da concepção dos princípios jurídicos, desde sua formulação inicial como princípios gerais até sua atual concepção como princípios constitucionais, será inicialmente estudada sob a perspectiva de tratar-se de um valor universal.

## 1.1 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA FASE JUSNATURALISTA

A defesa da existência de um Direito Natural superior e anterior às leis humanas positivadas foi salientada pela obra do dramaturgo grego Sófocles, escrita aproximadamente no ano de 402 antes de Cristo, quando Antígona, ao ser julgada, sob a acusação de infração à lei positiva que proibia sepultar Polinice, desafiou seu tio Creonte, rei de Tebas, reclamando o direito sobre o corpo de seu irmão. “Como

---

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 263.

<sup>5</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. princípios. In: DICIONÁRIO Aurélio da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 1710.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 212.

<sup>7</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 216.

escreve Fassò, em seus versos Sófocles problematiza o eterno dilema do ser humano que luta contra a injustiça pela defesa de um direito à liberdade de consciência e ao respeito à dignidade humana”.<sup>8</sup>

Um dos pontos iniciais da edificação do modelo jurídico jusnaturalista foi manifesto por Comparato,<sup>9</sup> quando, ao discorrer sobre a criação da ciência do Direito em Roma, salienta que esse foi o primeiro sistema jurídico aplicável para além do meio social onde foi gerado, tratando-se essa característica de importante fator positivo para a unificação do vasto território advindo das conquistas do Império Romano.

Os juristas romanos, então, considerando a expansão territorial de seu império e o conseqüente conhecimento que obtiveram de outros sistemas jurídicos nacionais, bem como sob o influxo da filosofia grega, passaram a compreender o seu Direito próprio estando inserto num Direito universal, isto é, sob o prisma de um sistema mais amplo, sendo necessário, portanto, o estabelecimento de uma regulação uniforme do comércio internacional.

Realizadas essas reflexões, os juristas romanos estabeleceram a distinção entre o Direito Civil, o sistema jurídico de cada cidade e o Direito Natural, comum a todos os povos, conforme afirma Comparato:

Em suma, aceitando a visão do mundo dos estóicos, os grandes jurisconsultos de Roma reconheceram que o fundamento de legitimidade de toda a ordem jurídica encontra-se muito além da vontade humana; situa-se na natureza, considerada o princípio supremo de toda a vida no orbe terrestre, unindo o divino ao humano.<sup>10</sup>

O jusnaturalismo é, então, uma corrente de pensamento filosófico alicerçada na compreensão da existência de um Direito Natural. Barroso, ao discorrer sobre o tema, afirma:

---

<sup>8</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade à modernidade**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2006. p. 17-18.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 114-123.

<sup>10</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 122.



Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.<sup>11</sup>

Barroso<sup>12</sup> acentua que, na realidade, o jusnaturalismo apresentou variantes ao longo do tempo, donde duas das principais podem ser sublinhadas: a) a fundada na compreensão da existência de uma lei estabelecida pela vontade de Deus, pautada pela ênfase na origem divina; b) a fundada na existência de uma lei estabelecida, ditada, pela razão, num, por assim dizer, jusnaturalismo racionalista, lei marcada pela ênfase na natureza e na razão humana, consolidada a partir do século XVII e associada ao pensamento iluminista.

Posteriormente, o movimento filosófico-cultural da escola histórica do Direito, surgido na primeira metade do século XIX, contestou fortemente o Direito Natural, “dessacralizando-o”, conforme expressa Bobbio. Nesse contexto, deve ser realçada a importante contribuição ao debate advinda da obra denominada “Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo”, escrita por Gustavo Hugo, em 1798, quando, ao compreender o Direito Natural como filosofia do Direito Positivo, veio esgotar a tradição jusnaturalista.<sup>13</sup>

Discorrendo sobre esse período, afirma Barroso:

A fase jusnaturalista dominou a dogmática dos princípios por um longo período até o advento da Escola Histórica do Direito. Cedeu lugar, em seguida, a um positivismo tão forte, tão dominante, tão imperial, que ainda no século XX os cultores solitários e esparsos da doutrina do Direito Natural nas universidades e no meio forense pareciam se envergonhar do arcaísmo de professarem uma variante da velha metafísica jurídica.<sup>14</sup>

Ainda nesse contexto, apresenta Barroso considerações que, a despeito de sua extensão, constituem leitura relevante quanto às influências filosóficas, sociais e

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 257.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 258.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 45-46.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 265.

políticas que permearam o período da queda do modelo jusnaturalista, ao discorrer que:

O jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês – o Código de Napoleão –, que entrou em vigor em 1804. Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objeto. Completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se ‘domesticado e ensinado dogmaticamente’. A técnica de codificação tende a promover a identificação entre direito e lei. A Escola da Exegese, por sua vez, irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra. O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.<sup>15</sup>

A juridicidade dos princípios na fase jusnaturalista foi abordada, também, por Bonavides,<sup>16</sup> ao afirmar: “[...] aqui os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira postulados de justiça”.

Paradoxalmente, por estarem os princípios gerais de Direito impregnados pelo ideal de justiça e pautados em formulações de valores, não conseguiram, naquele momento histórico, alcançar credibilidade jurídica.

O modelo jurídico positivista, com a pretensão de que o Direito possuísse características semelhantes às ciências exatas, com objetividade científica apartada das concepções morais e dos valores transcendentais, ascendeu em sucessão ao modelo jusnaturalista.

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 260.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 264-265.

## 1.2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA FASE POSITIVISTA

A expressão “positivismo jurídico”, segundo Comparato,<sup>17</sup> não deriva da expressão “positivismo” em sentido filosófico, embora alguns positivistas jurídicos tenham sido, também, positivistas naquele sentido.

A escola positivista, sob a ótica filosófica, criada no século XIX, procurou incorporar, para o campo da Ética e da vida social, o mesmo rigor de análise e raciocínio, próprio das ciências exatas. A seu turno, a expressão positivismo jurídico deriva da locução Direito Positivo contraposta à expressão Direito Natural.

Bobbio<sup>18</sup> afirma que, até o final do século XIII, a diferenciação entre o Direito Natural e o Direito Positivo ocorria em relação aos seus planos de atuação, não em referência à qualidade de cada um. No período clássico, o Direito Natural era conhecido como Direito comum, enquanto o Direito Positivo era visto como Direito especial ou particular de cada povo, devendo este último prevalecer sobre o primeiro em caso de conflito. Por sua vez, na Idade Média, o Direito Natural era considerado superior ao Direito Positivo, conquanto fundado na própria vontade de Deus que era participada ao homem.<sup>19</sup>

A passagem da concepção jusnaturalista à positivista, segundo Bobbio,<sup>20</sup> está imbrincada à dissolução da sociedade medieval, com a formação do Estado moderno. Naquela o Direito se apresentava como um fenômeno social produzido pela sociedade, tendo posteriormente ocorrido um processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado, com uma passagem do Direito não estatal ao

---

<sup>17</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 350.

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25-26.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25-26.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26-27.

Direito estatal, de uma concepção dualista do Direito, natural e positivo, para uma concepção monista do Direito, apenas o positivo.

Soares, ao discorrer sobre a crise do positivismo jurídico, esclarece:

O positivismo jurídico representou a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca da objetividade científica, com ênfase na realidade empírica, apartou o Direito da moralidade social, concebendo o fenômeno jurídico como uma emanção imperativa e coativa do Estado.<sup>21</sup>

Antes da formação do Estado moderno, o juiz, órgão da sociedade, poderia se valer de regras de costume, de regras elaboradas pelos juristas, ou ainda de critérios equitativos, segundo princípios da razão natural, considerando-as todas num mesmo patamar de fontes do Direito.

Seguidamente, no Estado moderno, o juiz, membro do Poder Judiciário, órgão do Estado, subordinado ao Legislativo, tem limitações à função de decidir adstritas às regras emanadas pelo Estado, ou mesmo normas consuetudinárias ou do Direito Natural, reconhecidas pelo Estado. Nesse sentido, Bobbio afirma que a compreensão que predominava à época era a de que “[...] o direito positivo é, então, o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais”.<sup>22</sup>

Os princípios adentraram aos Códigos – reuniões, em uma única lei, de normas de um mesmo ramo do Direito – sob a perspectiva do positivismo jurídico, como fonte normativa subsidiária ou, segundo Cãnas, citado por Bonavides,<sup>23</sup> como “válvula de segurança”, que “garante o reinado absoluto da lei”.

Nesse prisma, Aguiar ressalta a veneração que fora conferida pelo modelo positivista à lei e o repúdio ao anterior modelo absolutista, ao lecionar que:

---

<sup>21</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A contribuição epistemológica do pós-positivismo jurídico**. p. 1. Disponível em: <<http://revistametodologiaufba.xpg.uol.com.br/arquivos/artigo017.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 29.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 267.

A colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo, atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo absolutismo.<sup>24</sup>

A compreensão dos fundamentos basilares das doutrinas de Kelsen e de Hart, dois dos principais teóricos do positivismo jurídico, especialmente sobre seus conceitos de Direito e suas concepções da hermenêutica das normas jurídicas, coloca-se nesta quadra da pesquisa para a compreensão do porquê os princípios jurídicos serem tratados como normas subsidiárias do Direito.

### 1.2.1 O positivismo jurídico em Kelsen

Kelsen procurou não deixar dúvidas quanto ao seu propósito ao escrever sua obra denominada “Teoria pura do direito”, quando, de pronto, inaugurando o prefácio à primeira edição, em 1934, esclarece que intenta acrescer pureza à ciência do Direito, sofisticando o positivismo jurídico, ao afirmar que:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.<sup>25</sup>

O filósofo austríaco foi um dos pensadores mais importantes do século XX, ao desenvolver sua teoria do Direito, com a pretensão de apresentar uma teoria geral de interpretação do Direito Positivo.

---

<sup>24</sup> AGUIAR, Roger Silva. O Positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson de Moraes (Org.). **Novos direitos**: os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004. p. 146.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Versando, então, sobre uma teoria, procurava Kelsen delimitar e conhecer seu objeto, ao formular o seguinte questionamento: o que é e como é o Direito?

Delimitado, para a teoria kelseniana, o Direito Positivo como seu objeto, o que estivesse para além dele não faria parte de seus estudos, num desiderato, como afirmado acima, de estabelecimento da pureza da ciência jurídica, ambicionando sua libertação de todos os elementos que lhe fossem considerados estranhos, como os da Psicologia, da Sociologia, da Moral e da Teoria Política.

Esse é seu princípio metodológico fundamental, delimitar o conhecimento do Direito, sem ignorar ou negar suas conexões com outras ciências, mas evitando a ocorrência de um possível sincretismo metodológico.<sup>26</sup>

A teoria kelseniana procurava descrever com objetividade o Direito e não prescrever para ele um conteúdo determinado. Por esse motivo, o Direito deveria se ocupar das normas como são, e não como deveriam ser, sem valorar conceitos de justiça ou injustiça.

Nesse sentido, afirmam Souza Neto e Sarmento:

A teoria jurídica ao longo do século XIX, realizara movimentos em direção à secularização, à positivação e à sistematização do direito. Ao final desse processo, a sua vertente hegemônica passou a conceber o Direito separadamente da Moral. O positivismo de Kelsen é a expressão máxima dessa concepção. Nessa perspectiva, não caberia à teoria do Direito avaliar o conteúdo particular de cada ordenamento, no sentido de verificar sua compatibilidade com as normas morais. A justiça ou a injustiça das normas jurídicas ou do próprio ordenamento não seria tema afeto à Ciência do Direito.<sup>27</sup>

O Direito é definido por Kelsen como uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano, no sentido do dever-ser. Partindo dessa definição, Kelsen teve que responder a questionamentos medulares para conferir harmonia à sua teoria: O que fundamenta a unidade de uma

---

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

<sup>27</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 199-200.

pluralidade de normas? Por que uma determinada norma pertence a uma determinada ordem? Por que uma norma vale? O que constitui o seu fundamento de validade?

Kelsen, então, ao procurar o fundamento de validade da ordem normativa, encontra numa norma fundamental, a Constituição, concluindo que:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.<sup>28</sup>

A aplicação do Direito, na concepção kelseniana, deveria ser precedida por uma etapa anterior de interpretação, com a fixação do sentido das normas que serão aplicadas, numa operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito.

A interpretação deveria progredir de um escalão superior para um escalão inferior, podendo ser autêntica, quando realizada pelos órgãos responsáveis pela aplicação do Direito, por exemplo, pelos juízes; ou inautêntica, quando realizada por aqueles que devem cumprir o Direito, os cidadãos, ou pelos cientistas do Direito.<sup>29</sup>

Para a interpretação-aplicação do Direito pelos órgãos jurídicos, deve ser observado o acima citado escalonamento da ordem jurídica, considerando, ainda, que a norma do escalão superior não vincula totalmente o ato por meio do qual será aplicada, deixando uma margem para a livre apreciação, o que Kelsen denominou de uma moldura a ser preenchida.

Essa margem de liberdade para apreciação pode advir de uma indeterminação intencional do Direito, estando na intenção do órgão que estabeleceu a norma a ser aplicada a concessão de uma maior discricionariedade ao aplicador do Direito, em frente ao caso concreto; ou tratar-se de uma indeterminação não intencional do

---

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 136.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 245.

Direito, quando o sentido verbal da norma não for unívoco ou quando puder o oposto da vontade do legislador.

Nesse sentido, afirma Kelsen:

Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.<sup>30</sup>

Portanto, o órgão jurídico que irá realizar a interpretação autêntica do Direito, defrontando-se com hipóteses de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, encontrará mais de uma possibilidade para a realização da interpretação-aplicação do Direito. Isso numa moldura em que todas as possibilidades seriam válidas, sendo desnecessária a realização de qualquer aferição sobre qual delas seria ou não a mais “correta”, eis que se partiria da premissa da não existência de uma única resposta correta.

O ato do intérprete autêntico do Direito, de escolha dentre as possibilidades que se encontram na moldura, seria um ato de vontade do aplicador do Direito, tratando-se de problema inserto na política do Direito e não no Direito Positivo.

A teoria de Kelsen, em relação à possibilidade de escolha do intérprete-aplicador do Direito, dentre as hipóteses possíveis presentes dentro de uma moldura, sofreu uma ampliação, quando, na edição de sua obra de 1960, o autor concebe a aplicação de hipóteses para além daquelas previstas pela ciência jurídica dentro da moldura. Esse procedimento, segundo Cattoni, promove um alargamento que “[...] irá revelar toda a instabilidade dos pressupostos teóricos kelsenianos, bem como colocará em risco a própria coerência interna da sua teoria”.<sup>31</sup>

Kelsen afirma, então:

---

<sup>30</sup> KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 47-51.



A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.<sup>32</sup>

Ponto relevante na teoria de Kelsen, em frente ao objeto da presente pesquisa, é sua objeção ao entendimento da doutrina tradicional quanto à existência de lacunas no ordenamento jurídico.

As lacunas são tratadas na doutrina tradicional como a ausência de norma jurídica geral para um caso particular, entretanto Kelsen ao se reportar às chamadas “lacunas” do Direito, entende-as impossíveis, “[...] ou o comportamento em exame está ligado a certa pena e é proibido, ou não está e é permitido”.<sup>33</sup>

Como se explicaria, em termos kelsenianos, ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, que expressamente preveem a possibilidade da existência de lacunas no sistema, indicando a utilização, dentre outros meios, dos princípios gerais de Direito, como formas de superá-las?

Sobre o tema, Coelho afirma que:

A resposta é que tais ordens jurídicas criaram uma ficção para compatibilizar os pressupostos lógico-operacionais do sistema jurídico, com a realização dos valores éticos políticos de quem o aplica. Ou seja, uma norma definindo critérios de superação de lacunas equivale à outorga de poderes para os juízes decidirem os casos submetidos à sua apreciação de acordo com seus próprios valores. Mas isso não poderia ser afirmado pela norma sem o recurso à ficção, porque a tanto equivaleria o legislador renunciar à sua competência.<sup>34</sup>

Coelho,<sup>35</sup> após trazer considerações sobre a importante contribuição de Kelsen para a filosofia jurídica, conclui tratar-se, ao final, de um subsídio paradoxal em sua hermenêutica. Suas reflexões se contrapõem ao afirmar, por uma lado, que o

---

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 250.

<sup>33</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 38.

<sup>34</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 40.

<sup>35</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 69-70.

conhecimento do Direito somente seria científico se reduzido à apresentação da relação das significações atribuíveis a cada norma jurídica, sem valoração sobre qual delas deveria prevalecer sobre as demais e, lado outro, concluir que não é função científica afirmar o sentido único da norma, afirmação que implicaria não se poder conhecer o exato conteúdo das normas.

### 1.2.2 O positivismo jurídico em Hart

Procurar apresentar um conceito de Direito, essa foi a mola propulsora dos estudos do filósofo inglês Herbert Lionel Adolphus Hart.

A obra de Hart teve significativo impacto sobre uma geração de advogados e de filósofos, quando destacou que não existiria paralelo em outras ciências, como a Medicina ou a Química, sobre persistente indagação semelhante, ao argumentar que pensadores sérios apresentavam respostas numerosas, variadas, estranhas e até mesmo paradoxais sobre a questão “O que é o Direito?”.

Hart publicou sua obra “O conceito de Direito” em 1961, quando era professor de Teoria do Direito em Oxford, num período em que o norte teórico da universidade inglesa era marcado pelo rigor, clareza, análise e atenção minuciosa à linguagem. Assim havia um interesse florescente pela teoria do Direito, em parte por causa do crescimento do número de estudantes de Direitos nas universidades inglesas.<sup>36</sup>

Ainda nessa esteira, Hart constatou que tanto advogados, quanto juízes e cidadãos comuns enfrentavam dificuldades quando eram instados a responder o que significava o termo Direito ou a apontar as principais diferenças entre o Direito e outros sistemas de regulação social, como a Moral ou a cortesia, fazendo nascer três questões recorrentes que sempre acompanhavam o citado questionamento principal, quais sejam, as relações entre o Direito e a coerção, entre o Direito e a Moral e entre o Direito e as regras.

---

<sup>36</sup> GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 10.

Essa pergunta geral tem dado lugar, segundo Hart, a três problemas recorrentes na teoria jurídica: em que se diferencia o direito e as ordens respaldadas por ameaça e que relação tem com elas? Em que se diferencia a obrigação jurídica da obrigação moral e em que medida o direito é uma questão de regras?<sup>37</sup> (Tradução nossa).

A teoria de Hart é geral, no sentido de que não pretendia analisar ou explicar um sistema jurídico particular e a perspectiva de seu trabalho era descritiva, sem considerar a justificação moral das práticas jurídicas analisadas.

Hart compartilhava dos pilares do pensamento positivista predominante à época, na Inglaterra, defendido, dentre outros, por Austin, fincado nas ideias da separação entre o Direito que “é” e o que o Direito “deve ser” e na compreensão de que os fundamentos de um sistema jurídico não devem ser buscados em nenhuma teoria moral ou justificativa.

Por outro lado, Hart divergia da conclusão daqueles positivistas que acreditavam que o critério de identificação das regras jurídicas se encontrava no hábito dos cidadãos de obedecer a um soberano.<sup>38</sup>

Hart defendeu que para compreender a ideia de obrigação, era necessário, indispensável mesmo, entender primeiro a ideia de regra, numa relação consequente, donde uma pessoa, então, teria a obrigação jurídica quando existisse uma regra que previsse essa obrigação e quando a situação da pessoa se encontrasse dentro do campo de aplicação daquela regra.

A partir dessa compreensão, Hart procurou realizar uma reconstrução do positivismo, posicionando a regra no centro do conceito de Direito e entendendo o ordenamento jurídico como um conjunto de regras que seriam divididas em dois grupos, as regras primárias e as regras secundárias.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> RODRÍGUES, Cesar. **La decision judicial**: el debate Hart – Dworkin. Estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1997. p. 20.

<sup>38</sup> RODRÍGUES, Cesar. **La decision judicial**: el debate Hart – Dworkin. Estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1997. p. 23.

<sup>39</sup> RODRÍGUES, Cesar. **La decision judicial**: el debate Hart – Dworkin. Estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1997. p. 25.

As regras primárias impõem deveres positivos – ações – e os negativos – omissões aos indivíduos. São regras primárias, por exemplo as que impõem obrigações civis às pessoas, como a obrigação dos pais de sustentar os filhos. As regras secundárias, entretanto, outorgam potestades aos particulares ou às autoridades públicas para criar, modificar, extinguir ou determinar os efeitos das regras do tipo primário.<sup>40</sup> (Tradução nossa).

Dentre as regras secundárias, Hart propôs a classificação daquela que tem alta importância em sua teoria jurídica, a regra de reconhecimento. Como visto, um dos pilares do positivismo é a possibilidade de identificar o Direito vigente numa sociedade a partir de um parâmetro independente da Moral. Nas sociedades complexas contemporâneas, as regras jurídicas vêm organizadas hierarquicamente. A validade de uma regra depende de sua conformidade com as regras de um nível hierárquico acima, numa noção de derivação hierárquica, por assim dizer, um *pedigree*.

Partindo dessa premissa, de onde, então, viria a validade da Constituição, norma localizada no ápice do sistema normativo?

Kelsen, como visto, adotou a teoria da existência de uma norma hipotética fundamental, na qual a validade da norma superior de um sistema jurídico era pressuposta.

Hart, a seu turno, entendeu a necessidade de duas condições mínimas para a existência de um sistema jurídico: de um lado, as regras primárias, as regras de comportamento; e, de outro lado, uma das espécies de regras secundárias, a regra de reconhecimento, consistente numa norma necessária que funciona como critério maior de determinação da validade das demais normas que compõem o ordenamento jurídico, que devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos e comuns de comportamento.

Ao inserir um elemento fático na regra de reconhecimento, Hart afastou o postuldo kelseniano segundo o qual essa regra ou norma básica não seria um fato, mas sim um pressuposto do esquema de validade de um sistema jurídico.

---

<sup>40</sup> RODRÍGUES, Cesar. **La decision judicial**: el debate Hart – Dworkin. Estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1997. p. 25-26.

A regra de reconhecimento de Hart, em consequência, tem um caráter 'jurídico-social': de um lado, é a fonte de validez do critério supremo e, portanto, é a regra última do sistema jurídico; de outro lado, é a enunciação de um fato social consistente na aceitação prática do critério supremo e de critérios subordinados como parâmetros de identificação das normas do dito sistema <sup>41</sup> (Tradução nossa).

Hart destacou as características humanas e da linguagem que inviabilizam o estabelecimento de todas as previsões possíveis de normas gerais, concluindo que, para a comunicação de padrões gerais de comportamento, quer seja pela legislação, quer seja por precedentes, haverá casos em que aqueles padrões se revelarão como indeterminados. Em certos pontos em que sua aplicação esteja em questão, em função da textura aberta do Direito, permitiria, aos juízes, nos casos difíceis, isto é, naqueles em que exista mais de uma possibilidade de solução, criar o Direito aplicável ao caso concreto, atuando com discricionariedade.<sup>42</sup>

A discricionariedade dos juízes, na compreensão de Hart, teria dois limites nos chamados casos difíceis. Em primeiro lugar, os juízes não poderiam ditar qualquer solução, eis que a decisão a ser tomada estaria circunscrita pelo texto das normas aplicáveis, se existentes, ou pelas normas e precedentes judiciais que tratem de temas similares, em caso contrário.

Em segundo lugar, Hart sugeria um limite consistente nas virtudes judiciais, como a imparcialidade, a neutralidade ao examinar as alternativas possíveis, a ponderação, como esforços para fazer justiça em meio a conflitos.<sup>43</sup>

A impossibilidade de existência de uma resposta correta em casos difíceis e os limites à discricionariedade descritos são duas das consequências importantes da teoria hartiana.

Em relação aos princípios jurídicos, Hart, no posfácio de sua obra "O conceito de Direito", reconheceu que não lhes dispensou a atenção necessária em sua teoria do

---

<sup>41</sup> RODRÍGUES, Cesar. **La decision judicial**: el debate Hart – Dworkin. Estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1997. p. 25-26.

<sup>42</sup> HART, Hebert. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 137-149.

<sup>43</sup> RODRÍGUES, Cesar. **La decision judicial**: el debate Hart – Dworkin. Estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1997. p. 71-72.

Direito. Esse foi um dos pontos mais discutidos por Dworkin, crítico severo do positivismo jurídico.

### 1.2.3 A crítica ao positivismo jurídico em Dworkin

A implementação de uma segurança jurídica pautada no arcabouço das ciências naturais, numa pretensa pureza do Direito, tendo por premissa uma atitude descritiva de como ele é e não de como ele deveria ser associada ao afastamento da análise de sua concepção moral ou mesmo da definição do conteúdo das normas, não alcançou os objetivos que dela se esperavam.

Pelo contrário, conforme afirma Cunha,<sup>44</sup> “[...] o homem terminou por ser transformado em uma coisa, pela falta de significado para o que veio a ser o que se entendia como científico, ao limitar-se a ser uma ciência objetiva”.

A ciência do Direito descritiva como se encontrava, em sua busca por neutralidade, promovendo uma separação tecnicista dos conceitos valorativos da Moral, não conseguiu trazer fundamentos críticos para uma oposição aos regimes autoritários e totalitários da primeira metade do século XX, que terminaram por utilizar o próprio Direito como instrumento para a imposição de suas políticas.

A crise do positivismo jurídico e de sua pretensa racionalidade impulsionou o surgimento de teorias do Direito que Souza Neto e Sarmiento<sup>45</sup> afirmam não serem consensuais, mas que possuíam dois objetivos convergentes, a procura pela reaproximação do Direito à Moral e a reabilitação do uso prático da razão na metodologia jurídica.

Entre as teorias do Direito que criticaram as bases do positivismo jurídico, destacou-se a elaborada por Ronald Myles Dworkin, filósofo norte-americano. Por que é

---

<sup>44</sup> CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores: 2012. p. 60-61.

<sup>45</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 200.

importante o modo como os juízes decidem os casos? O que os juízes pensam sobre o Direito? Que tipos de divergências os juízes têm quando decidem um caso? Essas e outras perguntas impulsionaram Dworkin a oferecer duras censuras às teorias positivistas que identificavam o Direito com as regras.

Nesse prisma, Dworkin enunciou sua teoria do Direito como integridade, ao afirmar que:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quando para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.<sup>46</sup>

As proposições jurídicas, na teoria do Direito como integridade, são consideradas verdadeiras se contam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Dworkin destacou a insuficiência do conceito de Direito estabelecido apenas como conjunto de regras, quando, na realidade, deveriam ser, também, considerados como um de seus elementos os princípios.

O desenvolvimento da teoria dworkiniana foi iniciado, como visto, com a apresentação de críticas ao positivismo jurídico, elegendo a obra “O conceito de Direito”, escrita por Hart, como seu alvo principal.

Dworkin afirmou que o Direito seria constituído por três elementos, quais sejam: a) as regras que concedem direitos e impõem obrigações aos membros da comunidade; b) os argumentos de política, que são padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social

---

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 271.

da comunidade; e c) os princípios, que são padrões que devem ser observados, não porque promoveriam ou assegurariam uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque seriam exigências de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade.<sup>47</sup>

Especificamente em relação à distinção entre a aplicação dos princípios e das regras, Dworkin apresentou sua compreensão sobre o tema, ao afirmar que:

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>48</sup>

Para além da distinção supracitada entre princípios e regras, Dworkin tratou da presença, nos princípios, da dimensão do peso ou da importância, acentuando que:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou política particular é mais importante que outro frequentemente será objeto de controvérsia.<sup>49</sup>

A compreensão da teoria do Direito como integridade remete ao pressuposto de que os direitos e deveres de uma comunidade foram criados por um único autor – a comunidade personificada – por meio de uma expressão coerente de justiça e de equidade.<sup>50</sup>

Ponto relevante na teoria dworkiniana é que os cidadãos têm Direito a que as decisões das autoridades públicas estejam baseadas em princípios aplicados de maneira consistente. No caso concreto, os princípios e as regras que proporcionam a solução adequada são aqueles que resultam da aplicação consistente de decisões políticas

---

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

<sup>48</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 270-273.



passadas, de acordo com uma interpretação que lhes ofereça a melhor justificação política e moral.

A teoria do Direito como integridade confere especial importância à história, indo além de uma possível interpretação das decisões do passado como vinculantes das decisões a serem tomadas no presente e considerando, ao final, que a compreensão do Direito deve começar no presente, só se voltando para o passado, na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine.<sup>51</sup>

Nesse contexto, mas ocupando-se da trajetória histórica da cidadania brasileira, é relevante a compreensão da importância de estarem os olhos voltados em direção ao passado, conforme as palavras de Veloso e Madeira,<sup>52</sup> ao afirmarem que “[...] o conhecimento do que somos e a consciência crítica de nossa formação social e de nossa história devem servir de aliados para o enfrentamento dos desafios contemporâneos”.

Retomando a teoria do filósofo norte-americano, para a adequada compreensão dos institutos jurídicos e das decisões jurídicas no tempo, Dworkin apresentou a metáfora do romance em cadeia, sob o ponto de vista da elaboração de um projeto, lecionando que:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.<sup>53</sup>

A pertinência entre o Direito e a literatura, sob o enfoque do processo interpretativo, foi realçada por Dworkin, ao conceber a metáfora do romance em cadeia, enfatizando o necessário desiderato de que cada autor de um novo capítulo desse romance considere sua importante responsabilidade de continuidade do que já fora escrito,

---

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 274.

<sup>52</sup> MARIZA, Veloso; MADEIRA, Angélica. **Leituras brasileiras**: itinerários no pensamento social e na literatura. 2. ed., São Paulo: Paz e Terra S. A., 2000. p. 29.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 276.

cuidando tratar-se de uma obra conjunta, em que devem objetivar a promoção da melhor qualidade possível.

O que se espera nesse exercício literário é que o romance seja escrito como um texto único, integrado, e não simplesmente como uma série de contos espaçados e independentes, que somente têm em comum os nomes dos personagens. Para tanto, deve partir do material que seu antecessor lhe deu, daquilo que ele próprio acrescentou e – dentro do possível – observando aquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. O Direito segue a mesma lógica: tanto na atividade legislativa, quanto nos processos judiciais de aplicação, o que se chama de Direito nada mais é do que um produto coletivo de uma determinada sociedade em permanente (re) construção.<sup>54</sup>

Os juízes, então, exerceriam função semelhante à dos romancistas de um texto escrito num intervalo de tempo.

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos possivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos, por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é o seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.<sup>55</sup>

Assim, nesse âmbito, para a compreensão e valoração da importância da integridade do Direito, sob o aspecto da história, devem ser observadas as considerações de Dworkin sobre três modelos de associações políticas e os comportamentos de seus membros em frente a esses modelos.

O primeiro modelo de associação política supõe que os membros de uma comunidade entendem que sua associação advém apenas de um acidente de fato da história e da geografia, dentre outras, numa comunidade que nada tem de verdadeira.

---

<sup>54</sup> PEDRON, Flavio Quinaud. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo**: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Junger Habermas e Klaus Gunther. Belo Horizonte: Ed. Club de Autores, 2013. p. 71.

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 283.

Um segundo modelo supõe que os membros de uma comunidade aceitam o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas de um certo modo que é específico desse grupo, numa comunidade convencionalista, baseada em acordos obtidos por meio de negociações, que devem ser respeitadas até que sejam alteradas por um novo acordo.

Por fim, o terceiro modelo de associação política supõe que os membros de uma comunidade reconhecem que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por acordo político, numa aceitação da integridade sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema.<sup>56</sup>

Retomando ao anteriormente dito, a teoria hartiana compreendeu que há uma regra de reconhecimento em termos da existência de uma prática social de aceitação de uma norma jurídica suprema, sustentando que essa base sociológica oferecia uma solução adequada ao problema recorrente das teorias positivistas.

Dworkin, a seu turno, sustentou que as normas pertencentes ao sistema jurídico de uma comunidade são aquelas que derivam da moralidade política pressuposta pelas legislações e instituições da comunidade.

A concepção da teoria do Direito como integridade, notadamente quanto às relações entre o Direito e a Moral, deve ser esclarecida, considerando as objeções formuladas por alguns autores, dentre os quais Ingeborg Maus,<sup>57</sup> ao argumentarem que Dworkin, em sua teorização, acaba por confundir Direito com Moral. Ommati, ao discorrer sobre o tema, esclarece:

Essa crítica, mais uma vez, é fruto de uma má interpretação da obra de Dworkin. É verdade que Dworkin fala de exigências morais. No entanto, essas exigências morais só ganham consistência para o Direito quando incorporadas a esse sistema específico. E essa incorporação se dá através dos direitos fundamentais. Na medida em que essas exigências morais são

---

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 251-255.

<sup>57</sup> MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**: Cebrap, n. 58, p. 186, 2000.

transcritas para o Direito através dos direitos fundamentais, perdem seu caráter inicial de exigências morais e ganham densidade jurídica própria.<sup>58</sup>

Daí uma consequência fundamental se depreende da proposta de Dworkin: o Direito, ao contrário do entendimento do positivismo jurídico, não é conceitualmente independente da Moral.

Pode-se afirmar, então, que ‘a regra de reconhecimento’ em Dworkin – ainda que ele nunca tenha utilizado essa expressão, em seu critério de identificação do direito – estabelece duas condições de pertinência para o sistema jurídico: por um lado, exige que as normas sejam parte das instituições reconhecidas na comunidade – por exemplo, que estejam incluídas nas leis ou nas sentenças – e, por outro lado, é necessário que sejam consistentes com a moralidade política que justifica essas instituições<sup>59</sup> (Tradução nossa).

Em relação aos casos difíceis, Hart apresentou uma descrição da solução que compreendia como adequada, ao conceber que, dentro das limitações acima dispostas, o juiz poderia escolher, de acordo com as opções possíveis, qual seria a correta para aquele caso concreto.

Dworkin, no entanto, além de criticar esse ponto da teoria hartiana, vai além para criticar seu valor moral e político, ao afirmar que a teoria da discricionariedade judicial não pode ser justificada num Estado Democrático de Direito.

Dworkin criticou a discricionariedade defendida por Hart, argumentando que o exercício de poderes legislativos por juízes, ao criar normas em casos difíceis, desvirtua o princípio democrático e significa uma ocupação do âmbito de competência de outros poderes públicos. Além disso, a tese de Hart contrariaria o princípio da legalidade, ocupante de centralidade no Estado de Direito, que dispõe que uma pessoa apenas pode ser sancionada com base numa lei vigente no momento dos fatos que dão lugar à sanção e não por uma norma criada posteriormente e aplicada retroativamente.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 164.

<sup>59</sup> RODRÍGUES, Cesar. **La decision judicial**: el debate Hart – Dworkin. Estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1997. p. 59.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 132.

A teoria do Direito como integridade vem diluir dois dos dilemas do positivismo jurídico. O primeiro deles consiste na desimportância entre a dicotomia de criação ou descobrimento do Direito, durante a atividade decisória de um juiz. Afirma que, ao decidir uma demanda, o juiz faz, na realidade, as duas coisas e não faz nenhuma delas ao mesmo tempo.

Atentando para a metáfora do romance em cadeia, Dworkin dispõe que tanto o juiz como o escritor devem ter em conta o sentido da história anterior, para poderem redigir o passo posterior.

A etapa de descobrimento do sentido da história, isto é, das regras, dos princípios e dos antecedentes jurisprudenciais, está unida à etapa de criação do próximo capítulo por parte do juiz.

A teoria do Direito como integridade diluiu outro dilema do positivismo jurídico ao destruir a distinção entre os casos fáceis e os casos difíceis, à medida que a teoria de Dworkin defende que, em quaisquer casos, o juiz deve examinar as regras, os princípios e os antecedentes relevantes e decidir qual a solução que melhor se encaixa às práticas jurídicas e está mais bem justificada pelos valores supostos por eles.<sup>61</sup>

Outro ponto que deve ser esclarecido é que a teoria do Direito, como integridade de Dworkin, foi concebida para países que adotam o *common law*, sistema anglo-saxão, como os Estados Unidos da América, país de origem do filósofo; mas, com a observância das distinções entre aquele sistema jurídico e o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o *civil law*, sistema romano-germânico, pode ter neste também aplicação.

Portanto, o sistema jurídico do *common law*, na Inglaterra e nos Estados Unidos, deve ser compreendido, mesmo que sinteticamente, para que ocorra a adequada aplicação

---

<sup>61</sup> RODRÍGUES, Cesar. **La decision judicial**: el debate Hart – Dworkin. Estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1997. p. 81.

da teoria do Direito como integridade de Dworkin no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Considerando as finalidades do objeto da pesquisa aqui traçadas, os pontos principais do sistema jurídico do *common law* na Inglaterra podem ser, resumidamente, assim elencados:<sup>62</sup>

- a) trata-se de um sistema jurídico histórico, sem rupturas entre o passado e o presente, levando em conta que a Inglaterra não conheceu Revoluções, Declarações de Independência ou Codificações;
- b) possui jurisprudência que exerce grande importância nesse sistema jurídico, tanto em sua origem quanto em sua evolução. A fonte primária do Direito são as decisões judiciais, tratando-se de um Direito primordialmente prático, pragmático, casuístico;
- c) é um Direito judiciário, isto é, a autoridade do Direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações, o que torna admissível a autoridade do Direito construído jurisprudencialmente;
- d) é um Direito não codificado e que sofreu pouca influência do Direito romanista;
- e) tem a jurisprudência, em primeiro lugar, as leis, de forma secundária e suplementar da jurisprudência e o costume, com papel bastante secundário em relação às anteriores, são as fontes do Direito inglês.

Barboza destaca que, diferentemente da França, onde se buscou limitar a atuação do Poder Judiciário, reservando-o apenas a aplicar a lei, na Inglaterra e nos Estados Unidos, desenvolveu-se outro tipo de tradição judicial, o que justificaria o peso atribuído às decisões judiciais nesses países, assim como a inexistência de um eventual temor de que o Judiciário assumisse funções legislativas. “Naqueles países

---

<sup>62</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44-46.

os juízes, com frequência, tiveram uma atuação ao lado dos indivíduos contra o abuso de poder do Legislativo, tendo, também, importante atuação na centralização do poder do governo e no término do feudalismo”.<sup>63</sup>

Os Estados Unidos, por sua vez, em que pese a influência que receberam da Inglaterra, desenvolveram um sistema jurídico do *common law* diferente e peculiar que, em frente as considerações de Barboza,<sup>64</sup> poderia ser, resumidamente, assim compreendido:

- a) possui como seus pilares centrais as doutrinas de respeito ao precedente judicial e dos direitos humanos fundamentais;
- b) apresenta a Constituição como seu parâmetro de legitimidade das leis, com a limitação do Parlamento por meio dos princípios constitucionais do *common law*, que estariam representados na Constituição;
- c) possui uma Constituição escrita, hierarquicamente superior às leis ordinárias, em que a intenção do povo deve prevalecer sobre a de seus agentes. O poder do povo é superior aos poderes do judiciário e do legislativo;
- d) apresenta um aperfeiçoamento do sistema de freios e contrapesos do princípio da separação de poderes;
- e) possui uma proteção dada às liberdades individuais pela Constituição, indicador de que o individualismo é a base do constitucionalismo americano, plenamente justificável pelo momento histórico, cuja maior preocupação era impor limites à Coroa Inglesa, garantindo direitos de liberdade aos cidadãos do novo continente;

---

<sup>63</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53.

<sup>64</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55-67.

- f) compatibiliza a adoção de uma Constituição escrita com a construção jurisprudencial do Direito, comum à tradição do *common law*.

As considerações acima sobre as características do sistema do *common law* são importantes, em especial porque a teoria de Dworkin, conforme anteriormente vista, concebia um modelo trifásico das normas jurídicas, composto por regras, princípios e políticas públicas.

As políticas públicas estariam associadas à definição de objetivos a serem alcançados ou mantidos, sempre relacionadas com aspectos sociais, políticos ou econômicos da comunidade.

Dworkin, então, defende que as decisões judiciais não devem ser geradas por argumentos de política, mas sim por argumentos de princípios,<sup>65</sup> o que inviabilizaria, então, a judicialização de políticas públicas, como as referentes aos direitos fundamentais sociais, saúde, previdência social e assistência social, que compõem o Sistema de Seguridade Social brasileiro.

Fonte, após trazer considerações sobre o fato de que o Brasil acabou recepcionando com mais intensidade a teoria bipartida das normas jurídicas, que compreende que o Direito seria composto por regras e por princípios, esclarece que a separação específica proposta por Dworkin, entre argumentos de princípios e argumentos de política, não tem relevância no Brasil. Não ocorre nenhuma usurpação da função legislativa pelos juízes brasileiros, quando estes realizam o controle judicial de políticas públicas, afirma o autor:

É sabido que a Constituição norte-americana não consagrou, em seu bojo, direitos sociais, diferentemente da Constituição brasileira. Logo, não é correto afirmar que o juiz brasileiro estaria investido na condição de legislador caso recorresse às polícias para julgar um caso concreto, exatamente porque elas estão radicadas no texto constitucional – aliás, este é o argumento predominante nos acórdãos analisados para fundamentar o controle de políticas públicas. Afirmar que as metas sociais, econômicas e políticas inseridas no principal texto jurídico da comunidade, que as define como fundamentais, não são princípios jurídicos, seria defender um passo atrás em

---

<sup>65</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127-132.



relação à teoria constitucional brasileira, que muito insistiu na efetividade das normas constitucionais.<sup>66</sup>

Em frente a essa compreensão, resta aplicável a teoria do Direito como integridade no Estado Democrático de Direito, na medida de sua relevância e compatibilidade.

### 1.3 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

A compreensão do papel dos princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito brasileiro será precedida pelo estudo de um de seus fundamentos, qual seja, a cidadania, considerando a relevância da necessidade constante da rememoração da história, revendo as lutas que culminaram com a promulgação da Constituição brasileira de 1988.

Todas as sociedades políticas, historicamente, possuíram uma forma de organização, com a presença de instituições mínimas delimitadoras de suas estruturas, entretanto a aceção de Constituição, advinda da modernidade, é fruto dos movimentos constitucionalistas, ocorridos nos séculos XVII e XVIII, fundamentados, em especial, nos ideais iluministas. Sob essa perspectiva, Bonavides enaltece a Constituição, ao afirmar que:

Nas formas democráticas, a Constituição é tudo: fundamento do Direito, ergue-se perante a Sociedade e o Estado como o valor mais alto, porquanto de sua observância deriva o exercício permanente da autoridade legítima e consentida. Num certo sentido, a Constituição aí se equipara ao povo cuja soberania ela institucionaliza de modo inviolável. E o povo, em sua potencialidade, numa aceção política mais genérica, deixa de ser unicamente o elemento ativo e militante que faz nas urnas, de modo direto, e nos parlamentos, pelas vias representativas, a vontade estatal, para incluir em seu raio de abrangência toda a nação como um corpo de ideias, sentimentos, opiniões e valores.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 347-348.

Os movimentos constitucionalistas, calcados na ideologia liberal, objetivavam a limitação do poder do Estado, o que vem patentado por meio da leitura do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que associa a necessidade da presença da separação de poderes estatais e da garantia dos direitos à existência de uma Constituição numa sociedade.

Desde suas origens, num caminhar do constitucionalismo liberal até o constitucionalismo social, a Constituição vem sofrendo uma evolução em sua percepção finalística para seus destinatários. Nesse sentido, leciona Barroso que:

O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para o constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social.<sup>68</sup>

Nesse cenário de transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, no Brasil, em 5 de outubro de 1988, o deputado federal Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, proferiu, entusiasmado e esperançoso, discurso por ocasião da promulgação da atual Constituição brasileira, a qual denominava de Constituição cidadã, realçando a mudança de rumos pelos quais o Brasil estava passando, conforme trecho abaixo:

Senhoras e senhores constituintes.  
Dois de fevereiro de 1987. Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. São palavras constantes do discurso de posse como presidente da Assembleia Nacional Constituinte.  
Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. (Aplausos). A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos Poderes. Mudou restaurando a federação, mudou quando quer mudar o homem cidadão. E é só cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa.  
Num país de 30 milhões, 401 mil analfabetos, afrontosos 25 por cento da população, cabe advertir a cidadania começa com o alfabeto. Chegamos, esperamos a Constituição como um vigia espera a aurora.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107.

<sup>69</sup> BRASIL. Acervo da Câmara dos Deputados. **Íntegra do discurso do presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-(10-23).html)>. Acesso em: 12 ago. 2015.

A Constituição de 1988 foi, no Brasil, o coroamento do processo de transição do regime autoritário rumo ao regime democrático. Souza Neto e Sarmiento<sup>70</sup> afirmam que seu texto apresenta um compromisso com a concretização dos direitos fundamentais e com a inclusão social, destacado já em seu preâmbulo, assim como na localização topográfica da enunciação dos direitos e garantias fundamentais dentre seus capítulos iniciais.

A compreensão dos obstáculos para que os desideratos expostos nos discursos esperançosos dos constituintes de 1988 não tenham sido, em sua totalidade, concretizados, considerando que, passados 28 de sua promulgação, a Constituição de 1988 ainda não alcançou a resolutividade dos problemas sociais brasileiros passa pela percepção de que o Brasil foi um país de modernidade tardia, onde a cidadania ainda carece de considerável desenvolvimento. Nesse sentido, Moreira<sup>71</sup> apregoa que a “[...] Constituição não pode ser entendida como uma entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias”.

Nessa perspectiva, a cidadania deve ocupar papel central na construção e no fortalecimento do Estado Democrático de Direito como forma de inclusão social e para o combate às desigualdades sociais.

### 1.3.1 O desenvolvimento da cidadania no Brasil

O Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito. A cidadania é um de seus fundamentos, conforme disposto no inciso II, do art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse prisma, Guerra realça a relação entre a cidadania e a democracia, ao assentar que:

A cidadania como um status do sujeito, um direito a ter direitos, é indispensável para a concretização da democracia. Ela é corolário do princípio democrático, pois reforça a dimensão do poder emanado pelo povo e nele fundamentado, como fonte de legitimação. A estrutura política e social

---

<sup>70</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 170-171.

<sup>71</sup> MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente**. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010. p. 99.

ergue-se através da cidadania e dela não pode prescindir se, de fato, pretende manter-se fiel ao modelo de Estado Democrático de Direito.<sup>72</sup>

Carvalho, a seu turno, propõe um conceito de cidadania ampla, consistente na possibilidade de pleno exercício dos direitos civis, políticos e sociais, numa aquisição histórica sequencial, evidenciando tratar-se a cidadania de um fenômeno social, ao declarar que:

Direitos civis são os fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei [...]. Sua pedra de toque é a liberdade individual. É possível haver direitos civis sem direitos políticos. Estes se referem à participação do cidadão no governo da sociedade. [...]. Sua essência é a idéia de autogoverno. Finalmente, há os direitos sociais. Se os direitos civis garantem a vida em sociedade, se os direitos políticos garantem a participação no governo da sociedade, os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva. Elas incluem o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, à aposentadoria.<sup>73</sup>

Descrevendo as conclusões explicitadas por Marshall, que foram obtidas pelas análises baseadas no desenvolvimento histórico da cidadania na Inglaterra, Carvalho<sup>74</sup> concluiu que os direitos civis foram consagrados durante o século XVIII, ao passo que o período de formação dos direitos políticos foi no século XIX e o advento dos direitos sociais, no século XX.

Esclarece, ainda, Carvalho<sup>75</sup> que o caminho rumo à cidadania plena foi percorrido de formas diversas pelos Estados, dentre os quais o Brasil não foi uma exceção. Neste último, o caminho percorrido apresentou duas distinções marcantes em relação ao referencial inglês, quais sejam, a maior ênfase em relação aos direitos sociais e a alteração na sequência em que os direitos foram adquiridos.

No tocante ao desenvolvimento da cidadania na sociedade brasileira, Carvalho apresenta uma subdivisão quadripartida, que será exposta resumidamente a seguir.

---

<sup>72</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Atlas S.A., 2012. p. 62.

<sup>73</sup> CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 9-10.

<sup>74</sup> CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 11.

<sup>75</sup> CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 11.

Inicialmente, o cientista político aborda o período que denominou de primeiros passos, entre os anos de 1822 e 1930, realçando as marcas duradouras que esses anos deixaram na sociedade brasileira, ao discorrer que:

Ao proclamar sua independência de Portugal em 1822, o Brasil herdou uma tradição cívica pouco encorajadora. Em três séculos de colonização (1500-1822), os portugueses tinham construído um enorme país dotado de unidade territorial, linguística, cultural e religiosa. Mas tinham também deixado uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária, um Estado absolutista. À época da independência, não havia cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira.<sup>76</sup>

O fator mais negativo para a cidadania brasileira no período da colônia foi a escravidão. Estima-se que, no ano de 1822, ano da declaração da independência do Brasil, a população era de cerca de 5 milhões, constituída em sua quinta parte por escravos. Estes, até mesmo por ocasião de sua posterior libertação, permaneceram marcados pelo sofrimento, quando abandonados foram à própria sorte. Nesse contexto, afirma Jesse de Souza:

O dado essencial de todo o processo de desagregação da ordem servil e senhorial foi, como nota corretamente Florestan, o abandono do liberto à própria sorte (ou azar). Os antigos senhores, na sua maioria, o Estado, a Igreja, ou qualquer outra instituição, jamais se interessaram pelo destino do liberto.<sup>77</sup>

Quanto aos índios, ponto deveras negativo também a ser destacado nesse processo de desenvolvimento da cidadania brasileira, foi o fato de que, à época do descobrimento, estima-se que seriam, no Brasil, em torno de quatro milhões, enquanto, em 1823, restaria apenas um milhão de índios em solo brasileiro, fruto do processo de conquista, dizimação física e violência cultural, iniciado pelos portugueses e perpetuado, posteriormente, pela população brasileira.

Carvalho<sup>78</sup> destaca, também, que, nesse período, existiu grande contraste entre a colonização desenvolvida pela Espanha e a colonização de Portugal, em relação à

---

<sup>76</sup> CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 18.

<sup>77</sup> SOUZA, Jesse. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 154.

<sup>78</sup> CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 18-24.

educação superior. Enquanto o último nunca permitiu a criação de universidades em suas colônias, na parte espanhola da América foram criadas 23 universidades.

Ainda, conforme Carvalho, entre os anos de 1822 e 1930, a independência, promovida de forma relativamente pacífica, sem o surgimento de um grande “libertador”, pautada por uma negociação entre a elite nacional, a Coroa portuguesa e a Inglaterra, não introduziu mudanças significativas em relação à situação anteriormente citada.

O Brasil herdou a escravidão, que negava a condição humana do escravo, herdou a grande propriedade rural, fechada à ação da lei; e herdou um Estado comprometido com o poder privado.

O papel do povo, se não foi de simples espectador, como queria Eduardo Prado, que o comparou ao carreiro do quadro Independência ou morte!, de Pedro Américo, também não foi decisivo, nem tão importante como na América do Norte ou mesmo na América espanhola. Sua presença foi maior nas cidades costeiras; no interior, foi quase nula.<sup>79</sup>

A seguir, no período compreendido entre os anos de 1930 e 1964, a sociedade brasileira foi marcada por períodos ditatoriais e democráticos, com avanços significativos nos direitos sociais, com evolução complexa dos direitos políticos e progressão lenta dos direitos civis. Silva, ao discorrer sobre o direito à igualdade e sobre os direitos sociais nesse período, esclarece:

Foi só com a Constituição de 1934 que, pela primeira vez, se esboçou um embrião do que seria o direito à inclusão, no art. 138, que dispunha incumbir à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas, assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação deveriam coordenar. Ocorreu, então, retrocesso do tema da disciplina jurídica da Carta de 1937, que voltou a cuidar apenas da igualdade, em termos genéricos, no art. 122, I, e legou aos dois textos constitucionais seguintes, de 1946 e 1967, essa mesma indiferença.<sup>80</sup>

O desenvolvimento da cidadania brasileira, no período compreendido entre os anos de 1964 e 1985, conforme Carvalho, pode ser interpretado em três momentos: o primeiro, entre os anos de 1964 e 1968, caracterizado por intensa atividade repressiva

---

<sup>79</sup> CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 27-28.

<sup>80</sup> SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a prestações positivas e igualdade: a deficiência em perspectiva constitucional**. São Paulo: LTr, 2007. p. 39.

seguida de sinais de abrandamento; o segundo, entre os anos de 1969 e 1974, com os anos mais sombrios da história do país, do ponto dos direitos civis e políticos; e o terceiro, entre os anos de 1975 e 1985, caracterizado por uma lenta e gradual revogação das leis repressivas e com o crescimento da voz de uma oposição política.<sup>81</sup>

Após o ano de 1986, teve início no Brasil um processo de redemocratização, com a realização da eleição para a formação da Assembleia Nacional Constituinte, que trouxe, como fruto de seu trabalho de mais de um ano, após a realização de amplas consultas a especialistas e setores organizados e representativos da sociedade, a elaboração do texto do que veio a se tornar a nova Constituição brasileira.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana integram, assim, o rol dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito no Brasil, possuindo uma relação solidária e complementar, realçada também por Piovesan, ao afirmar:

Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem função democratizadora.<sup>82</sup>

A cidadania, enfim, conforme pautada na Constituição de 1988, vai além da titularidade de direitos políticos, devendo ser compreendida como um dos fundamentos sobre o qual repousa o Estado Democrático de Direito brasileiro.

### **1.3.2 O Estado Democrático de Direito: novo paradigma de Estado**

A acepção adotada nesta pesquisa para a palavra paradigma será aquela esposada por Thomaz Kuhn, relacionando-a com as “[...] realizações científicas universalmente

---

<sup>81</sup> CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 157-158.

<sup>82</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.<sup>83</sup>

Após as ascensões e quedas dos modelos de pensamento, dos paradigmas, do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, o conceito de Direito, a sua função social e a sua interpretação passaram a ser compreendidos num novo modelo jurídico que vem sendo denominado de pós-positivismo. Sobre esse novo modelo, Barroso esclarece:

O pós-positivismo é a designação genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.<sup>84</sup>

O pós-positivismo, não desprezando o Direito posto, procura empreender uma leitura moral das leis e da Constituição, sem recorrer a categorias metajurídicas, tratando-se, na dicção de Barroso, de uma terceira via entre as concepções acima referenciadas:

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de trata-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.<sup>85</sup>

Antes de ser focado diretamente o Estado Democrático de Direito e suas características, serão apresentadas as concepções conceituais de dois modelos de Estado que o precederam, quais sejam, o Estado de Direito e o Estado de Bem-Estar Social. Conforme destaca Menelick,<sup>86</sup> “[...] eles se inter-relacionam e se sucedem historicamente num processo de superação e de subsunção”.

---

<sup>83</sup> KUHN, Thomaz Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998. p.13.

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 264.

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 270.

<sup>86</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 4, 2000.



Menelick<sup>87</sup> aponta algumas das características do paradigma do Estado de Direito, que são elencadas resumidamente abaixo:

- a) relaciona-se com a concepção de Estados nacionais, em que o Direito, como normatividade específica, era caracterizado por um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizado;
- b) reconhece os direitos fundamentais à liberdade e à igualdade formal, perante à lei, com substrato no Direito Natural;
- c) atribui ao direito público o dever de assegurar o não retorno ao Absolutismo, mediante a limitação do Estado à lei e a adoção do princípio da separação de poderes;
- d) reconhece que a atividade hermenêutica do juiz deve ser realizada de forma mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação deve ser evitada até mesmo pela consulta ao legislador, na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados.

O paradigma do Estado Social, a seu turno, tem algumas de suas características, também apresentadas por Menelick,<sup>88</sup> a seguir sintetizadas.

- a) a redefinição, em linhas gerais, dos direitos de primeira dimensão, vinculados ao ideal da liberdade, com a inclusão dos direitos sociais, numa perspectiva de igualdade material;

---

<sup>87</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 5-7, 2000.

<sup>88</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 8-9, 2000.

- b) a existência de uma divisão apenas didática entre direitos individuais e direito público, sem uma distinção ontológica;
- c) a instituição do conceito de função social da propriedade e a ampliação da atuação estatal a finalidades econômicas e sociais, com um ganho de complexidade;
- d) a tarefa do juiz passa a ser bem mais complexa, pois deveria atuar para garantir a concretização das finalidades sociais do Estado, com o aprofundamento das análises teleológica, sistêmica e histórica do ordenamento jurídico e não mais apenas como “boca da lei”.<sup>89</sup>

Neste contexto, aduz Fabriz<sup>90</sup> que “[...] o Estado Social não se contrapõe aos direitos conquistados no âmbito do paradigma liberal, mas tão somente busca a realização daqueles valores, em um novo momento, com base em um novo ideário”.

Ainda nesse contexto, Krohling e Ferreira destacam a mudança operada nas atribuições estatais no paradigma do Estado Social:

Este momento histórico denominado Estado Social apresenta dimensões políticas e econômicas diferenciadas focalizando o Estado como agente de produção e organização da economia.

Desta maneira o pacto conformador do Estado Social destaca que cabe ao Estado fazer as intervenções na sociedade, desenvolvendo políticas sociais e intervenção estatal para equilibrar o contraste do modelo liberal que lhe foi antecessor.<sup>91</sup>

Menelick,<sup>92</sup> ao discorrer sobre o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, afirma que ocorreu um incremento das exigências relativas à postura do

---

<sup>89</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 8-9, 2000.

<sup>90</sup> FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: A bioconstituição como paradigma do biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 259.

<sup>91</sup> KROLING, Aloísio; FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade. Do liberalismo clássico ao estado democrático de direito: as mudanças constitucionais. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). **Direitos humanos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 34.

<sup>92</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 10, 2000.

aplicador da lei e do responsável pela tutela jurisdicional, em função de uma crescente capacidade de sofisticação da doutrina e da jurisprudência. Isso para fazer frente aos desafios decorrentes do processo de contínuo aumento da complexidade da sociedade moderna, procurando satisfazer, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica e certeza do Direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, é exigível uma necessária conexão interna entre a democracia e o Estado de Direito, articulada pela soberania popular, daí concluir Canotilho<sup>93</sup> que “O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de Direito Democrático”.

Em relação ao Direito Constitucional, no Estado Democrático de Direito, Barroso<sup>94</sup> explicita três grandes transformações que modificaram o conhecimento referente àquele ramo do Direito, consistentes: no reconhecimento da força normativa da Constituição; na expansão da jurisdição constitucional; e na reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.

Às citadas mudanças devem ser acrescentadas as considerações de Souza Neto e Sarmiento<sup>95</sup> quanto à constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados com os direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; quanto à sobredita reaproximação entre o Direito e Moral; e quanto à judicialização da política e das relações sociais.

Pedra<sup>96</sup> esclarece que o paradigma do Estado Democrático de Direito, sem abandonar as ideias dos paradigmas anteriores:

---

<sup>93</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 93.

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 284-289.

<sup>95</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 202.

<sup>96</sup> PEDRA, Adriano Sant'ana. **A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 6.

[...] apresenta uma revolução como nunca antes vista, concedendo novos direitos – os direitos difusos, exercidos por uma coletividade indeterminada, como os direitos ambientais, do consumidor, questões relativas ao patrimônio histórico-cultural da humanidade, etc. – , ampliando a noção de cidadania, modificando a relação existente entre a sociedade e o Estado, vendo as duas realidades como interdependentes e ligadas por um objetivo comum: a realização do Direito.

Esta mudança paradigmática referente à interpretação constitucional expôs a necessidade de, ao lado de uma interpretação tradicional – apegada à norma jurídica que deveria ser interpretada numa crença de objetividade e neutralidade interpretativa – vir à tona a interpretação moderna, com o reconhecimento, dentre outras questões, da normatividade dos princípios, conforme anunciado por Barroso:

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra-positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.<sup>97</sup>

Nesse mesmo sentido, a força normativa dos princípios no modelo do Estado Democrático de Direito brasileiro restou evidenciada por Bussinguer, ao afirmar que:

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 – resultado de uma luta política pela democratização do País, transição de um Estado autoritário para um Estado em construção e busca democrática – trouxe também uma nova perspectiva para o posicionamento do Judiciário, fincada em um ideário direcionado sobretudo para efetivação e garantia dos Direitos Humanos e Sociais, a partir de uma base principiológica, focada na igualdade, na liberdade e na justiça. A transição das normas-regras para as normas-princípios traz, para a sociedade e para o Judiciário, em particular, uma exigência de reposicionar os antigos modos de pensar e decidir o que é justo em uma sociedade plural, sincrética, desigual e complexa, como a sociedade brasileira.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 340.

<sup>98</sup> BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A teoria da proporcionalidade de Robert Alexy: uma contribuição epistêmica para a construção de uma bioética latina americana**. p. 27. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19803/1/2014\\_EldaCoelhodeAzevedoBussinguer.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19803/1/2014_EldaCoelhodeAzevedoBussinguer.pdf)>. Acesso em: 1 dez. 2015.

Souza Neto e Sarmiento<sup>99</sup> afirmam que o reconhecimento da normatividade dos princípios adveio em paralelo à crise do positivismo jurídico, iniciada após o final da Segunda Grande Guerra Mundial, e as seguintes promulgações das constituições principiológicas, que possuíam fortes mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Aduzem, ainda, que no Brasil os princípios eram considerados mera fonte subsidiária do Direito, citando, como exemplo, o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/1942, que positivava essa compreensão e que deve ser revisitado no atual modelo de Estado Constitucional.

Discorrendo sobre o Estado Democrático de Direito, Piovesan<sup>100</sup> destaca que, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, como marca das constituições europeias e latino-americanas do pós-Guerra, foram adotados textos constitucionais abertos à princípios, com grande carga axiológica, sobressaindo o valor da dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma direção, Krohling e Ferreira destacam a reaproximação entre o Direito e a Moral no Estado Democrático de Direito:

Dessa forma, o neoconstitucionalismo representa importante aproximação entre direito e moral, significando também aderência entre direito e ética na perspectiva de temperar o legalismo escrito, demonstrando relevante sutileza com a leitura do direito, sem ser contudo, metafísico. Isto por que a garantia constitucional dos direitos individuais não se restringe somente à aplicação de direitos defensivos clássicos. A garantia constitucional engloba uma ordem complexa de direitos.<sup>101</sup>

Bonavides, a seu turno, após discorrer sobre a teoria dos princípios constitucionais na fase pós-positivista, conclui:

---

<sup>99</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 380.

<sup>100</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85.

<sup>101</sup> KROLING, Aloísio; FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade. Do liberalismo clássico ao estado democrático de direito: as mudanças constitucionais, p. 31-41. In: BUSSINGUER, Eida Coelho de Azevedo (Org.). **Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 34.

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a vigamestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.<sup>102</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, instituindo o Estado Democrático de Direito, possui princípios jurídicos que direcionam a interpretação de suas normas, tendo Bonavides<sup>103</sup> exposto à luz que, “[...] em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valorização de sua ordem normativa”.

A concepção normativa dos princípios constitucionais, com o conseqüente atributo da eficácia jurídica de assegurar a realização do efeito por ele proposto, é uma das características marcantes do paradigma do Estado Democrático de Direito brasileiro, que será aprofundada adiante.

#### 1.4 A EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O ordenamento jurídico, conforme acima patenteado, é um sistema constituído por normas, as regras e os princípios, tendo em seu ápice, como norma fundamental, a Constituição que, no Estado Democrático de Direito, vem caracterizada por seu caráter compromissário, conforme apontado por Fabriz:

A Constituição, hoje, deve ser estudada como um sistema aberto de regras e princípios, como instância informadora de direitos e garantias fundamentais contextualizados no paradigma do Estado democrático de direito; como compromisso fundamental político-social; como cartografia das práticas comunicativas socialmente realizáveis.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 300-301.

<sup>103</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 294.

<sup>104</sup> FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 181.

Nesse âmbito, a Constituição brasileira de 1988 incorporou ao seu texto valores e ideologias, que direcionam a atuação estatal, ao estabelecer, em seu art. 3º, expressamente, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

Para que sejam alcançados os objetivos fundamentais previstos na Constituição as normas constitucionais devem ser dotadas da capacidade de impor, até pela força, se necessário, a realização de seus efeitos pretendidos ou, ainda, a capacidade de associar algum tipo de consequência ao descumprimento de suas determinações que, por via transversa, alcancem o efeito pretendido ou seu equivalente.

Essa capacidade, alicerçada na imperatividade e na sindicabilidade, é conceituada e denominada por Barcellos<sup>105</sup> como eficácia juridicamente qualificada.

Antes do aprofundamento das modalidades de eficácia jurídica dos princípios, é preciso compreender três premissas apresentadas por Barcellos,<sup>106</sup> para sua concepção da distinção entre as regras e os princípios jurídicos, quais sejam:

- a) existe uma distinção entre o enunciado normativo (conjunto de frases, signos linguísticos, que compõem o dispositivo legal ou constitucional e descrevem uma formulação geral e abstrata) e a norma (comando específico que dará solução ao caso concreto, incidindo especificamente sobre determinada circunstância de fato);
- b) todo enunciado normativo pretende produzir efeitos, simples ou complexos, a depender das características do efeito ou das circunstâncias de fato, sobre a realidade;

---

<sup>105</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36-37.

<sup>106</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 55-61.

- c) o conteúdo de uma norma construído a partir de um enunciado é descrito por cada conduta que se identifique como necessária e exigível relativamente a um efeito.

Ainda tratando da distinção entre regras e princípios, desta feita quanto à complexidade dos efeitos pretendidos, avança Barcellos<sup>107</sup> afirmando que, a despeito da variedade das condutas, o efeito pretendido pela regra encontra-se definido e as condutas decorreriam logicamente dele. Os princípios jurídicos, por sua vez, funcionam diversamente, eis que:

Se há um caminho que liga o efeito às condutas no caso das regras, há uma variedade de caminhos que podem ligar o efeito do princípio a diferentes condutas, sendo que o critério que vai definir qual dos caminhos escolher não é exclusivamente jurídico ou lógico.<sup>108</sup>

Após expor as premissas e considerações acima, apresenta Barcellos sua proposta de distinção entre as regras e os princípios jurídicos, esclarecendo que tal critério não intenta substituir ou excluir os demais critérios doutrinários sobre o tema, mas objetiva agregar-se a eles. Assim, os princípios se diferenciam das regras porque:

- 1) seus efeitos são indeterminados a partir de certo ponto, ao contrário das regras, e/ou porque
- 2) os meios para atingir os efeitos pretendidos pelo princípio (mesmo que estes sejam definidos) são múltiplos.<sup>109</sup>

As modalidades de eficácia jurídica que serão aprofundadas nesta pesquisa, pela pertinência ao seu objeto, serão a negativa, a vedativa de retrocesso e a interpretativa, todas fruto de construção doutrinária, com o objetivo de incrementar a necessária capacidade de realização dos efeitos pretendidos pelos princípios constitucionais.

Logo de início, deve ser assentado que a eficácia jurídica negativa vem associada à ideia da existência de um núcleo mínimo essencial do princípio jurídico, consistente

---

<sup>107</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 62.

<sup>108</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 64.

<sup>109</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.68.



em certos efeitos contidos de forma inexorável na descrição do princípio ou em certas condutas absolutamente indispensáveis para a realização do fim indicado por ele. Partindo desse corolário, devem ser declaradas inválidas todas as normas ou atos que obstem a produção dos efeitos pretendidos pelo enunciado de um princípio jurídico constitucional.

Por sua vez, a eficácia vedativa de retrocesso pode ser considerada como derivação ou como aprofundamento da anterior. Entretanto, considerando que sobre ela incidem controvérsias doutrinárias quanto à sua extensão, estas deverão ser esquadrihadas logo após a enunciação dos pontos incontroversos do tema.

Os pontos onde há um acordo doutrinário quanto à modalidade de eficácia jurídica vedativa de retrocesso dos princípios podem ser assim expostos, conforme as lições de Barcellos:<sup>110</sup>

- a) os princípios constitucionais sobre os quais incide essa modalidade de eficácia dizem respeito aos direitos fundamentais – ou ao menos boa parte deles – que devem ser concretizados por meio de regulamentação infraconstitucional;
- b) dois dos efeitos pretendidos por tais princípios são: a) a aplicação imediata/e ou a efetividade dos direitos fundamentais; e b) a progressiva ampliação de tais direitos fundamentais;
- c) o enunciado normativo sobre o qual incidirá a eficácia vedativa de retrocesso será aquele que revogar um outro enunciado normativo que fora instituído para regulamentar o princípio constitucional, ensejando-lhe a aplicação/fruição ou ampliação dos direitos fundamentais;
- d) o enunciado normativo revogador não deve dispor sobre a instituição de uma política substitutiva à prevista no enunciado normativo revogado;

---

<sup>110</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.84.

- e) a eficácia vedativa de retrocesso dos princípios constitucionais, preenchidos os itens anteriores, propõe que se possa exigir do Poder Judiciário a declaração de invalidade, por inconstitucionalidade, do enunciado que revogou a regulamentação do direito fundamental e que não dispôs sobre uma política substitutiva à que fora revogada.

Essa eficácia em comento vem jungida à ideia de que o legislador infraconstitucional está vinculado, por meio dos princípios constitucionais, à Constituição e, quando vier a promover a regulamentação de direitos fundamentais, deverá realizá-la no mesmo sentido estipulado pela norma fundamental.

Há controvérsia doutrinária, quando, diversamente da supressão total de uma regulamentação, que disciplina a aplicação e/ou efetivação de um direito fundamental, ocorra uma regulamentação intermediária supressiva, isto é, uma regulamentação restritiva da proteção oferecida anteriormente pelo direito fundamental, sem excluí-la totalmente.

Barcellos<sup>111</sup> compreende que o ponto central do debate diz respeito ao fato de que uma defesa rígida da aplicação da eficácia vedativa do retrocesso terminaria por promover a ocorrência de uma vinculação de um legislador infraconstitucional em face do posterior, que assim ficaria obstado de realizar novas disciplinas do direito fundamental, salvo se fosse para ampliar o alcance do Direito ou a proteção e as prerrogativas por ele conferidas.

Prosseguindo, Barcellos, após apresentar considerações sobre a complexidade da sobredita controvérsia, que envolve questões relacionadas, dentre outros pontos, com consenso sobre a existência de um mínimo material acerca dos direitos fundamentais, que devem ser observados pelos legisladores infraconstitucionais, oferece uma proposta para a identificação dos limites de aplicação da eficácia vedativa do retrocesso. Tem por parâmetro definidor da compatibilidade da nova regulamentação a disciplina direito fundamental realizada pela Constituição.

---

<sup>111</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.86.

A proposta apresentada por Barcellos<sup>112</sup> é baseada em um teste, com pelo menos três questionamentos que, se respondidos afirmativamente, inviabilizam a utilização da eficácia vedativa do retrocesso àquela regulamentação aferida nos seguintes termos:

- a) a nova disciplina pretendida é compatível com a garantia constitucional, tendo em conta o sentido em que ela é compreendida contemporaneamente?
- b) a nova regulamentação realiza de forma minimamente adequada o bem jurídico tutelado pelo direito fundamental constitucionalmente previsto?
- c) a regulamentação pretendida garante a aplicabilidade real e efetiva, isto é, a fruição por seus destinatários do Direito Constitucional?

A eficácia vedativa de retrocesso está associada à compreensão da existência de um núcleo essencial a ser preservado. Canotilho,<sup>113</sup> discorrendo sobre o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, especificamente sobre o regime das leis restritivas de Direito, cuidou do princípio da salvaguarda do núcleo essencial, afirmando que “[...] existe um núcleo essencial dos direitos e garantias que não pode, em caso algum ser violado”.

Quanto ao princípio da vedação de retrocesso social e o limite do legislador infraconstitucional, Canotilho afirma que:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’), deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o

---

<sup>112</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.89-90.

<sup>113</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 458.

núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.<sup>114</sup>

Posteriormente, esse tema será retomado e serão desenvolvidas outras considerações sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a vedação de retrocesso, quando forem abordadas as características dos direitos fundamentais.

Por fim, nesta etapa da pesquisa, tratar-se-á da eficácia jurídica interpretativa dos princípios, consistente na possibilidade de se exigir do Poder Judiciário que, ao interpretar os comandos normativos, utilize como parâmetro referencial vinculativo o comando normativo superior que lhe confere legitimidade e validade, selecionando, dentre as interpretações possíveis da norma hierarquicamente inferior, aquela que melhor realiza a superior.<sup>115</sup>

Segundo Barroso, “[...] a interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente com o fim de solucionar problemas”. Além dessa atividade limitada à exploração do texto, o intérprete deve “[...] tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados, realizando uma construção, que vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas”.<sup>116</sup>

Etimologicamente, a palavra hermenêutica possui aproximação com a palavra interpretar. Conforme apregoa Fernandes:

A palavra Hermenêutica’ tem sua origem, simultaneamente, no verbo grego *hermeneuein* e no substantivo grego *hermeneia*, que são traduzidos comumente como ‘interpretação’; ou seja, tornar algo compreensível ou conduzir algo à compreensão.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 340-341.

<sup>115</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 94-95.

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 292.

<sup>117</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 148.

A mitologia grega remonta à história de Hermes, deus olímpico, ao qual era conferida, dentre outras, a tarefa de transmissão das mensagens dos deuses aos homens. Daí, os destinatários conheceriam o que Hermes lhes transmitiria e não, exatamente, a mensagem original dos remetentes. Advinda dessa metáfora, a hermenêutica pode ser compreendida como a arte de interpretação de mensagens, com a descoberta de seus significados.

A interpretação faz parte do cotidiano do ser humano, donde compreender e interpretar corretamente as informações que são recebidas sempre foi um dos temas que mais instigaram os filósofos.

Nesse sentido, Schimidt afirma que:

Interpretamos romances, poemas, peças e filmes. Interpretamos a Bíblia, o Torá, o Alcorão. Será que deveríamos interpretar estes textos? Será que é possível fazer algo com eles que não seja interpretá-los? Nós interpretamos a lei. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é encarregado de interpretar a Constituição brasileira. Um ator interpreta o papel que ele deve representar. Um maestro interpreta uma peça musical.<sup>118</sup>

Segundo Fernandes,<sup>119</sup> a hermenêutica, que inicialmente possuía um caráter instrumental, com o tempo, passou por uma resignificação, podendo, hoje, ser compreendida como um conjunto de teorias voltadas para a interpretação de algo, e não apenas de um texto escrito, mas de tudo a que se possa atribuir sentido e significado, um filme, uma música, uma pintura, até mesmo uma conversa entre amigos.

Gilmar Mendes, apresentando obra de Peter Häberle referente à interpretação da Constituição, enfoca o fato de o professor da Universidade de Augsburg entender que aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete, o que denota a relevância da hermenêutica, ao afirmar que:

Essa concepção exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que

---

<sup>118</sup> SCHIMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 11.

<sup>119</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 148.

relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituíram forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, com pré-intérpretes (Vorinterpreten) do complexo normativo constitucional.<sup>120</sup>

Em seu momento inicial, segundo Fernandes,<sup>121</sup> a hermenêutica era utilizada como um instrumento, assimilada como uma ferramenta que possibilitava ao leitor alcançar os objetivos que estariam ocultos pelo criador da obra literária, bem como o sentido objetivo de um texto, possibilitando uma compreensão uniforme sobre o que o texto objetiva transmitir.

No período acima citado, surgiram as denominadas hermenêuticas setoriais, tais como a hermenêutica bíblica, para a interpretação dos textos sagrados; a hermenêutica jurídica, para a interpretação dos textos legislativos; e a hermenêutica vulgar ou filológica, para a interpretação dos demais textos.

No século XVI, o movimento protestante, na Alemanha, tendo como um de seus líderes Martin Lutero, teve relevante importância para o desenvolvimento da hermenêutica, conquanto procurasse discutir qual seria a correta interpretação dos textos bíblicos e quem os poderia interpretar.

Outros pontos, além dos citados, foram contrastados pelos reformistas, em especial aqueles afetos ao afastamento dos líderes da Igreja Católica dos ensinamentos dispostos na Bíblia, merecendo destaque a compreensão dos participantes da reforma de que a Bíblia poderia e deveria ser interpretada por todas as pessoas.

As eventuais dificuldades linguístico-gramaticais dos leitores, alçados à categoria de intérpretes, poderiam ser solucionadas pela disponibilização de exemplares do texto sagrado traduzidos para as línguas de origem dos que se aproximassem das letras sagradas.

---

<sup>120</sup> HEBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p 9.

<sup>121</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 148-149.

Posteriormente, no século XVIII, outro movimento, desta feita, o Iluminismo, centrado na França, buscando a defesa do uso sistemático da razão, tornou-se um movimento com vertentes filosóficas, políticas, sociais, econômicas e culturais, que contribuiu para o desenvolvimento da hermenêutica.

Fernandes<sup>122</sup> afirma que, durante o Iluminismo, foi instituída a Escola de Exegese, na França, voltada para a interpretação de textos jurídicos, pautada na objetividade, característica do período, e na interpretação do Direito, restrita à realização de uma interpretação passiva e mecânica do Código Napoleônico, comentando artigo por artigo, procurando alcançar qual seria a real intenção do legislador.

A hermenêutica passou, então, por um processo de desenvolvimento que teve início em sua relação com a religião, consistente na preocupação acerca da adequada interpretação dos textos bíblicos, passando, posteriormente, à filosofia.

Para Mendes *et al.*, o grande desafio atual da hermenêutica jurídica é a aproximação entre a norma geral e a realidade fática, uma superação do abismo entre o abstrato e o concreto, ao afirmarem que:

Se é verdade, como em geral se afirma, que o problema fundamental para o operador do direito não é a distância cronológica entre a elaboração da norma e a sua aplicação, mas a distância material existente entre a generalidade do seu enunciado e a singularidade do caso a decidir – uma distância que alguns juristas, ao limite, consideram irredutível –, então o trabalho do interprete apresenta-se não apenas, como uma tarefa de desocultamento ou de fixação de significados que, até certo ponto, permanecem escondidos, mas também como uma tentativa de mediação e de superação daquela distância real, daquele abismo que separa o geral e o particular, o abstrato e o concreto.<sup>123</sup>

A interpretação constitucional, modalidade de interpretação jurídica, a seu turno, possui peculiaridades, especificidades, apontadas por Barroso,<sup>124</sup> que a diferenciam da interpretação das normas infraconstitucionais, em especial quanto à(s): a) posição hierárquica da Constituição no ordenamento jurídico; b) linguagem da Constituição,

---

<sup>122</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 150.

<sup>123</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.55.

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 294-295.

caracterizada por uma textura aberta e com a vagueza dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados; c) matérias disciplinadas no texto constitucional, eis que cuidam da organização do poder político, da definição dos direitos fundamentais e da indicação de valores e fins públicos e d) extensão política da Constituição, fazendo-a transição entre o poder constituinte originário e a ordem instituída.

Miranda, ao discorrer sobre a interpretação da Constituição, alerta para o postulado da máxima efetividade, ao afirmar que:

[...] à norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Ou seja: tem que lhe ser conferida, ligada a todas as outras, a máxima capacidade de regulamentação e concretização. Vejam-se, no domínio dos direitos fundamentais, a preservação do conteúdo essencial, em especial, dos direitos, liberdades e garantias, o carácter essencial das restrições e o carácter excepcional da sua suspensão; e, em especial, no domínio dos direitos sociais, a garantia, pelo menos, de não retrocessos abrogantes.<sup>125</sup>

O aprofundamento do tema referente à eficácia jurídica e os limites restritivos que lhe podem ser impostos serão mais adiante retomados, desta feita em relação aos direitos fundamentais, notadamente, os sociais.

## 1.5 LEITURA DE INTEGRAÇÃO I

Apresenta-se, nesta subsecção, uma síntese conclusiva das exposições traçadas neste capítulo, objetivando o fortalecimento da compreensão dos relacionamentos entre os temas abordados e o objetivo da pesquisa.

Uma das premissas adotadas nesta pesquisa consiste na necessária compreensão de parâmetros mínimos de desenvolvimento histórico dos institutos jurídicos, sob a perspectiva da teoria do Direito como integridade de Dworkin, procurando atentar para a interpretação das decisões do passado, não como uma amarra para as decisões a serem tomadas no presente, mas compartilhando do pensamento de que a

---

<sup>125</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2007. t. 2. p. 306.



compreensão do Direito começa no presente e só deve ser voltada para o passado, na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine, objetivando alcançar a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade política.

A história relata que os modelos de pensamento do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, cada qual em seu tempo, ascenderam e declinaram, sem conseguirem promover os ideais de justiça e de segurança jurídica ao mesmo tempo.

Hodiernamente, numa terceira via, o Estado Democrático de Direito, modelo jurídico pós-positivista, caracterizado pelo desiderato da promoção da legitimidade democrática do Direito e da concretização dos direitos fundamentais, procura reaproximar as ordens sociais do Direito e da Moral, assim como a segurança jurídica desempenhada pelas regras à realização da justiça representada pelos princípios jurídicos.

Os princípios jurídicos, outrora considerados fonte subsidiária do Direito, hoje, no Estado Democrático de Direito, são reconhecidos como possuidores de força normativa, compondo, juntamente com as regras, o ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico, por sua vez, deve ser compreendido e aplicado sob a concepção do Direito como integridade, como num romance em cadeia, sob a dimensão de uma leitura moral da Constituição e dos direitos fundamentais.

Aos princípios jurídicos deve ser conferida a máxima eficácia jurídica, observando-se, notadamente, os postulados dispostos nas modalidades de eficácia jurídica negativa, vedativa de retrocesso social e interpretativa.

Delimitadas as compreensões anteriores e firmada a força normativa dos princípios jurídicos, no próximo capítulo, serão apresentadas as concepções essenciais do Sistema de Seguridade Social brasileiro, considerando-o como um sistema de proteção social que acompanha o ser humano desde seu nascimento, com reflexos jurídicos para além de sua morte.

## 2 A SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA

Em 28 de junho de 1985, em meio ao processo de redemocratização do Brasil, o então presidente da República, José Sarney, encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem nº 48, convocando uma Assembleia Nacional Constituinte.

Parte do texto do chamamento, abaixo transcrito, destacava dois sentimentos que o impulsionaram naquele momento, a fé e a coragem, e que patenteavam a esperança dos brasileiros de conhecer dias melhores.

MENSAGEM Nº 48, de 1985-CN (Nº 330/85, na origem)

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional: É com a mais profunda confiança no discernimento e na vocação do povo brasileiro, para organizar-se pacificamente em regime de liberdade e justiça, que proponho a Vossas Excelências a convocação da Assembléia Nacional Constituinte. Compromisso histórico firmado no curso do movimento cívico que congregou brasileiros de todas as condições, com o propósito de democratizar a sociedade e o Estado, é a convocação da Assembléia Nacional Constituinte ato de coragem e fé.

De coragem, porque pressupõe, por parte de cada indivíduo que constitui a comunhão nacional, a disposição de submeter ao escrutínio da Nação direitos e situações, quantas vezes duramente conquistados, para vê-los disciplinados por novas regras, de conteúdo e alcance não conhecidos, que se espera mais justas, equânimes e conformes ao ciclo histórico que reponta no presente e se projeta em um futuro de extensão desconhecida.

Ato de fé é a convicção da Constituinte, porque todos os anseios e temores do futuro repousam, afinal, na confiança que cada cidadão deposita nos sentimentos de seus irmãos, de procurarem, juntos, uma lei fundamental que a todos proporcione os bens necessários à vida digna, vivida em paz e liberdade.<sup>126</sup>

Daí ter Miranda afirmado, em momento posterior, ao referir-se à Constituição brasileira de 1988, que “[...] a Constituição não é apenas a Constituição-cidadã, de que falava Ulysses Guimarães, é, igualmente, a Constituição da esperança”.<sup>127</sup>

Foi, então, formalizado, naquele ano de 1985, o começo do procedimento de elaboração da nova Constituição brasileira, que, três anos depois, veio a ser

<sup>126</sup> BRASIL. **Ato de convocação da Assembleia Nacional Constituinte**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/emenda.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

<sup>127</sup> MIRANDA, Jorge. **A Constituição de 1988**: uma constituição de esperança. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160459/Constituicao\\_1988\\_esperan%C3%A7a.pdf?sequence=3](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160459/Constituicao_1988_esperan%C3%A7a.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 25 set. 2016.

promulgada, permeada por princípios jurídicos que, constitucionalizados, se tornaram princípios constitucionais, normas constitucionais, com força irradiante por todo o ordenamento jurídico.

Logo em seus quatro iniciais artigos, o texto constitucional de 1988 enuncia os princípios fundamentais do novel Estado Democrático de Direito brasileiro, para, sucessivamente, do quinto ao décimo sétimo artigo, dispor sobre os direitos e garantias fundamentais.

É sobre o inter-relacionamento entre princípios constitucionais e direitos fundamentais sociais componentes do Sistema de Seguridade Social brasileiro que serão tecidas as reflexões seguintes.

## 2.1 CONCEPÇÕES ESSENCIAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Sistema de Seguridade Social brasileiro é composto pelos direitos fundamentais à saúde, à previdência social e à assistência social. Então, necessária a compreensão de temas essenciais referentes aos supracitados direitos.

Adotar-se-á, nesta pesquisa, a distinção traçada por Sarlet,<sup>128</sup> ainda que de cunho predominantemente para fins didáticos, entre as expressões “direitos do homem”, no sentido de direitos naturais, ou de direitos não positivados; “direitos humanos”, aqueles positivados na esfera do Direito Internacional; e “direitos fundamentais”, aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo Direito Constitucional interno de cada Estado.

---

<sup>128</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 30.

Reis<sup>129</sup> predizia que os direitos humanos, inerentes a cada um dos homens, pelo simples fato de ser homem, conforme acima apontado, vêm de um modelo de pensamento bem antigo, entretanto seu reconhecimento internacional formal veio apenas a partir da segunda metade do século XX, após a barbárie ocorrida durante a Segunda Grande Guerra Mundial, quando a sociedade internacional reconheceu sua responsabilidade pela vida digna, independente da nacionalidade do titular desse direito imanente.

Nesse contexto, ocorreram as assinaturas das Cartas de Fundação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e da Fundação do Tribunal de Nuremberg, em 1945-1946, bem como da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, consideradas os marcos fundadores do Direito Internacional dos direitos humanos.

Os direitos fundamentais têm como ponto de partida, como caminho e como ponto de chegada a pessoa humana. Ainda que seja compreendido que os direitos fundamentais possam dizer respeito às pessoas jurídicas, desde que compatíveis com sua natureza jurídica, entretanto, ao final, pretende-se é proteger e garantir os direitos fundamentais da pessoa humana.

### 2.1.1 Gerações – Dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais foram, e ainda estão sendo, consagrados, numa sucessão histórica e espacial incrementalmente de direitos, doutrinariamente, enunciados em gerações ou dimensões de direitos fundamentais.

Sarlet<sup>130</sup> alerta para a existência de fundadas críticas, no sentido de que o emprego da expressão “gerações” de direitos fundamentais poderia ensejar uma falsa compreensão de substituição gradativa de uma geração por outra, quando, na

---

<sup>129</sup> REIS, Rossana Rocha. Os direitos humanos e a política internacional, p. 33-42. **Revista Sociologia Política**, Curitiba. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n27/04.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

<sup>130</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 144-145.

realidade, “[...] o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância”.

Consideradas as ponderações acima, utilizar-se-á, nesta pesquisa, a expressão “geração-dimensão”, com o objetivo de evidenciar o viés histórico-evolutivo-complementar dos direitos fundamentais.

A primeira geração-dimensão de direitos fundamentais diz respeito aos denominados direitos de defesa, direitos civis individuais clássicos, formalizados na Revolução Francesa de 1789/1799, que possuem, como traço característico comum, a função de proteção da liberdade do indivíduo em face do Estado.

A segunda geração-dimensão trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, formalizados em textos constitucionais, como decorrência do processo de industrialização e dos problemas sociais dele decorrentes, possuindo, como traço característico comum, a produção para o Estado de uma obrigação de fazer, um dever de agir, sob uma perspectiva de promoção da igualdade material.

A terceira geração-dimensão, ligada aos ideais de solidariedade e de fraternidade, caracteriza-se pelos bens que procura tutelar. Conforme Mendes *et al.*:

[...] peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.<sup>131</sup>

Existem outras enunciações doutrinárias de categorias de direitos fundamentais, que chegam até a sétima geração-dimensão, donde essas classificações vêm com a finalidade de situar os diferentes momentos em que esses direitos foram positivados, como fruto das longas lutas sociais. Partindo dessa premissa, Lima ressalta a importante característica da indivisibilidade dos direitos fundamentais, ao afirmar:

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão

---

<sup>131</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 268.

individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.<sup>132</sup>

O tempo, as lutas das sociedades, os contextos históricos de cada uma delas, bem como outros fatores relevantes trazem uma noção evolutiva dos direitos fundamentais, apregoada por Bobbio, ao afirmar que:

[...] nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.<sup>133</sup>

Sob a perspectiva do desenvolvimento da cidadania brasileira, desde seu início até a atual quadra do Estado Democrático de Direito, a compreensão do caráter histórico-evolutivo dos direitos fundamentais traz consigo a importância da constante atitude reflexiva, pautada numa necessária valoração das lutas pelas quais aqueles direitos foram conquistados.

Necessário, neste momento, traçar considerações em relação aos apontamentos doutrinários sobre as características e as classificações dos direitos fundamentais que possuam maior pertinência com o objeto da pesquisa.

### 2.1.2 Fundamentalidade material e fundamentalidade formal

Sarlet *et al.*<sup>134</sup> destacam que a fundamentalidade formal de um direito se encontra ligada ao Direito Constitucional positivo, resultando dos seguintes aspectos:

---

<sup>132</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005. p. 239. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

<sup>133</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

<sup>134</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 319-320.

- a) os direitos vêm insertos na Constituição escrita, situando-se no ápice do ordenamento jurídico, tratando-se de direitos de natureza supralegal;
- b) os direitos possuem procedimento de alteração qualificado, cuidando-se de cláusulas pétreas;
- c) os direitos possuem aplicabilidade imediata e vinculante às entidades públicas e privadas.

Canotilho,<sup>135</sup> ao discorrer sobre a fundamentalidade, desta feita, sob o aspecto material, leciona que sua ideia “[...] insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”.

Nesse sentido, Mendes *et al.*<sup>136</sup> alertam sobre a complexidade do tema afeto à fundamentalidade material dos direitos fundamentais, afirmando que “[...] as razões mesmas da dificuldade de encontrar um fundamento último para os direitos humanos se somam para que também se torne difícil uma conceituação de direitos humanos, que se revele abrangente e com conteúdo significativo proveitoso”.

Prosseguem Mendes *et al.*,<sup>137</sup> apresentando considerações sobre a inevitável subjetividade que permeia as tentativas de compreender a fundamentalidade material de um direito, concluindo que é o princípio da dignidade da pessoa humana que inspira os direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Sarlet,<sup>138</sup> após desenvolver extensa argumentação sobre a nota da fundamentalidade material dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, apresenta algumas considerações que serão a seguir resumidamente pontuadas:

---

<sup>135</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 379.

<sup>136</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 269.

<sup>137</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 271.

<sup>138</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 75-116.

- a) as opções do constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, baseiam-se na forte importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, o que ressalta a dimensão axiológica dos direitos fundamentais;
- b) o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado critério basilar – mas não exclusivo – para a construção de um conceito material de direitos fundamentais, devendo ser, também, considerados os demais princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Sarlet *et al.* apresentam uma conceituação de direitos fundamentais, que compreendem compatível com as peculiaridades da ordem constitucional brasileira, definindo-os como:

Todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparadas, tendo ou não assento na constituição formal.<sup>139</sup>

### 2.1.3 Dimensão subjetiva e dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos, também, sob as perspectivas subjetiva e objetiva. Em relação à perspectiva subjetiva, Mendes *et al.* afirmam:

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou então essa dimensão se expressa no poder de vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 345.

<sup>140</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 290.



Sarlet *et al.*, a seu turno, após trazerem considerações sobre a complexidade dos direitos fundamentais na sua perspectiva jurídico-subjetiva, destacando a existência de acirrada controvérsia nessa seara, concluem que:

[...] a noção de uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais engloba a possibilidade de o titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão, ainda que tal exigibilidade seja muito variável e careça de uma apreciação à luz de cada direito fundamental em causa, dos seus limites, entre outros aspectos a serem considerados.<sup>141</sup>

A outra perspectiva em que os direitos fundamentais podem ser visualizados é a perspectiva objetiva, que evidencia tratarem-se de decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, espraiando sua eficácia para todo o ordenamento jurídico, fornecendo, também, diretrizes para os Poderes Executivos, Legislativos e Judiciários.

A despeito da extensão do texto, deve-se atentar para as considerações de Sarlet *et al.* sobre a percepção dos valores que compõem a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais:

Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura. Posta a questão em outros termos, os direitos fundamentais, desde sua dimensão objetiva, operam, como bem averba Miguel Presno Linera, não propriamente como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 347.

<sup>142</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 149.

Neste contexto, três desdobramentos ligados à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais são apontados por Sarlet *et al.*<sup>143</sup> e podem ser, assim, resumidamente, elencados:

- a) os direitos fundamentais devem ter sua eficácia valorada não só sob o ponto de vista individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, comunidade na sua totalidade, já que cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar;
- b) os direitos fundamentais contêm uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais;
- c) os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de Direito objetivo, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais.

A perspectiva objetiva autônoma dos direitos fundamentais, isto é, a perspectiva desapegada de quaisquer considerações sobre sua carga valorativa, também possui desdobramentos apontados por Sarlet *et al.*,<sup>144</sup> dentre os quais são citadas: a) a existência de uma eficácia irradiante, fornecendo impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do Direito infraconstitucional; b) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; c) as garantias institucionais; d) o dever de proteção do Estado, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, em face de agressões advindas dos Poderes Públicos, de particulares e de outros Estados; e e) o fato de serem parâmetros para a criação e constituição de organizações estatais e para o procedimento.

---

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 150-153.

<sup>144</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 153-157.

### 2.1.4 Funções e titularidade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser, ainda, compreendidos, no tocante às suas funções, como direitos de defesa, como direitos a prestações, como direito à participação, como direitos de proteção perante terceiros e como direitos à não discriminação:<sup>145</sup>

- a) **os direitos fundamentais de defesa:** dizem respeito à proteção da pessoa humana e de sua dignidade perante os poderes do Estado. Possuem a perspectiva objetiva de normas de competência negativa para os Poderes Públicos, consistente na proibição de ingerências destes na esfera jurídica individual. Têm, também, a perspectiva subjetiva, conferindo o direito ao seu titular de exercer positivamente os direitos fundamentais que, se vierem a ser, ilicitamente violados, fazem nascer para seu titular a pretensão de reparação;<sup>146</sup>
- b) **os direitos fundamentais a prestações:** partem da premissa de que o Estado, diversamente dos direitos de defesa, deve atuar para a promoção de igualdade entre os membros da comunidade política. Mendes *et al.* apresentam uma divisão entre direitos à prestação jurídica, que consiste na obtenção de uma normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental e direitos a prestações materiais, resultantes da concepção social do Estado, com o propósito de atenuar as desigualdades sociais de fato na sociedade;<sup>147</sup>
- c) **os direitos fundamentais à participação:** correspondem aos direitos orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do país, correspondendo ao capítulo da Constituição Federal relativo aos direitos políticos;<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> Classificação baseada nas catalogações dos autores referenciados.

<sup>146</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 408.

<sup>147</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 291-298.

<sup>148</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 299.

- d) **os direitos fundamentais de proteção perante terceiros:** impõem o dever do Estado de adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas aos mesmos praticadas por particulares. Determinam, também, como dever do Estado, a concretização de normas reguladoras das relações jurídico-civis de forma a assegurar, nas relações entre particulares, a observância dos direitos fundamentais;<sup>149</sup>
- e) **Os direitos fundamentais de não discriminação:** asseguram que o Estado trate os cidadãos como fundamentalmente iguais.<sup>150</sup>

Sarlet *et al.*,<sup>151</sup> ao discorrerem sobre as funções dos direitos fundamentais, defendem a existência de uma multifuncionalidade de funções na ordem jurídica constitucional, mediante uma compreensão contextualizada e sob a realização de uma indispensável filtragem constitucional.

Fundamentando e avançando em seu posicionamento e discorrendo sobre a classificação dicotômica das funções dos direitos fundamentais, em direitos de defesa e direitos a prestações, Sarlet *et al.* rechaçam-na, considerando tratarem-se os direitos fundamentais de um complexo heterogêneo de posições jurídicas subjetivas, característica essa que viabiliza que um mesmo direito fundamental possa ter as duas funções simultaneamente.

Ao final, apresenta o jurista gaúcho sua proposta de classificação do tema, ao concluir que os direitos fundamentais, considerados em sentido amplo, cumprem, em regra, uma dupla função. Todavia, de acordo com o objeto de cada posição subjetiva atribuída ao titular do direito, podem receber a classificação de direitos de defesa e de direitos à prestação.

---

<sup>149</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 409.

<sup>150</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 410.

<sup>151</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 351-354.

Antes de adentrar diretamente ao tema da titularidade dos direitos fundamentais, será necessária a compreensão das considerações doutrinárias que dizem respeito à distinção entre a titularidade e a capacidade jurídica regulada pelo Código Civil. Nesse sentido, lecionam Farias e Rosenvald:

A capacidade jurídica é dividida em capacidade de direito (também dita de aquisição ou de gozo), reconhecida indistintamente a toda e qualquer titular de personalidade, seja a pessoa natural ou jurídica; e capacidade de fato (ou de exercício) que é a aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os atos da vida civil.<sup>152</sup>

Canotilho<sup>153</sup> afirma que, sobre a distinção entre a titularidade de direitos e a capacidade jurídica, além do fato de não ter grande sentido para o reconhecimento de direitos fundamentais por um lado e a insusceptibilidade de seu exercício, de outro, a admissibilidade dessa distinção poderia ocasionar a restrição inconstitucional de direitos fundamentais.

Acrescentam Sarlet *et al.*<sup>154</sup> o argumento fundado na perspectiva de que a titularidade de direitos fundamentais deve ser aferida de forma individualizada, à luz de cada direito fundamental, levando em conta quem figura nos polos da relação jurídica e as circunstâncias do caso concreto em análise.

Avançando sobre o tema, deve ser compreendida a dicção do trecho contido no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988, que confere titularidade de direitos fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, doutrinariamente denominado de princípio da universalidade dos direitos fundamentais.

A sobredita universalidade, atrelada à noção de que todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos fundamentais, terá sua extensão, maior ou menor, de acordo com a postura do legislador constituinte, que deverá atuar sempre pautado no necessário respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

---

<sup>152</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 248-249.

<sup>153</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 425.

<sup>154</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 355.

Em relação às pessoas jurídicas, levando em conta as considerações expostas por Sarlet *et al.*<sup>155</sup> sobre as peculiaridades e discussões que envolvem o tema, em especial no tocante às pessoas jurídicas de direito público, todas podem ser titulares de direitos fundamentais, desde que compatíveis com sua natureza e com seus fins.

Para além da enunciação acima de algumas das características, classificações e perspectivas dos direitos fundamentais, o que se espera deles é que possuam eficácia jurídica, consistente, na exposição proferida por Barcellos,<sup>156</sup> no atributo associado aos enunciados normativos, consistente naquilo que se pode exigir, judicialmente, se necessário, com fundamento em cada um deles.

Sob esse prisma eficaz, Piovesan,<sup>157</sup> alerta caber aos Poderes Públicos conferir a eficácia máxima e imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, em atendimento ao ditame previsto pelo princípio insculpido pelo § 1º, do art. 5º, da Constituição de 1988.

A compreensão do citado parágrafo da Constituição de 1988 deve ser realizada atentando, em especial, aos ditames previstos nos §§ 2º e 3º, do mesmo art. 5º, que tratam do processo de incorporação do Direito Internacional dos direitos humanos pelo direito brasileiro, assim dispostos.

Art. 5º

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

---

<sup>155</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 363-365.

<sup>156</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 73.

<sup>157</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal, ao realizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703,<sup>158</sup> sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, decidiu que aqueles tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo que não sejam aprovados pelo Congresso Nacional, por meio do procedimento qualificado necessário à aprovação das emendas constitucionais, têm o *status* da supralegalidade, estando abaixo da Constituição, mas acima do ordenamento jurídico infraconstitucional que não teria qualquer efetividade quando conflitasse com aqueles.

Essa percepção é importante, como adiante veremos, pois a tutela de direitos fundamentais deve ser realizada, nos termos em que estamos defendendo, sob a perspectiva da teoria do Direito como integridade.

A temática da eficácia dos direitos fundamentais possui acentuada pertinência com o reconhecimento de que os direitos fundamentais de segunda geração-dimensão, em regra, tais como os direitos à saúde, à previdência social e à assistência social, necessitam de recursos orçamentários para que possam ser efetivados.

Sendo assim, para que os titulares dos direitos os tenham de fato concretizados, o Estado necessita realizar prestações positivas que impliquem a destinação de recursos orçamentários para seus financiamentos. Nesse sentido, Pinto afirma:

Os direitos fundamentais, além de representarem limites jurídicos que vinculam negativamente a ação do Estado, são verdadeiras 'diretivas positivas', tal como bem assevera Canotilho, razão pela qual indiscutivelmente ganharam a estatura de princípios no paradigma do Estado Democrático de Direito. Segundo essa linha de raciocínio, os princípios constitucionais operam como fundamento material que conforma a adequação constitucional das leis, atos administrativos e decisões judiciais.<sup>159</sup>

Administrar os recursos públicos requer planejamento, estabelecimento de priorização de serviços públicos a serem efetivados, em frente à limitação fática de recursos, realizando escolhas, notadamente considerando os objetivos enumerados

---

<sup>158</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário conhecido e não provido. RE nº 349.703. Banco Itaú S.A. e Armando Luiz Seganinazzi. **Diário da Justiça Eletrônico**, 5 de junho de 2009.

<sup>159</sup> PINTO, Élida Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 43.

no texto constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro e com os olhos voltados para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a garantia do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A efetivação dos direitos previstos no Sistema de Seguridade Social brasileiro pelo Estado tem sido realizada de forma insuficiente e desproporcional às expectativas e necessidades dos brasileiros, muito por conta do subfinanciamento promovido pela União que, com essa conduta, priva o sistema dos recursos necessários para fazer frente às crescentes demandas sociais.

## 2.2 O SISTEMA BRASILEIRO DE SEGURIDADE SOCIAL

A Constituição de 1988 conferiu relevante valor à proteção social, estabelecendo um Sistema de Seguridade Social constituído pelos direitos fundamentais à saúde, à previdência social e à assistência social, no que foi apontada por Fleury, equiparando-a, em relação aos avanços operados quanto aos direitos individuais, à Constituição de 1946, ao lecionar que:

O fato de ter, pela primeira vez, destacado a Ordem Social da Ordem Econômica, além de inovador, expressa o compromisso nacional com a questão social ao atribuir-lhe um protagonismo ímpar.

Nesse sentido, podemos dizer que a Constituição Federal de 1988 representou para os direitos sociais o mesmo avanço democrático que a Constituição Federal de 1946 representara para os direitos individuais. As Constituições anteriores à de 1988 trataram conjuntamente a ordem econômica e a social, o que tornava coerente a subsunção dos direitos sociais aos direitos trabalhistas. O único direito social garantido fora desta condição, em todas as Constituições desde 1934, foi o direito à educação.<sup>160</sup>

---

<sup>160</sup> FLEURY, Sonia. **Seguridade social**: um novo patamar civilizatório. p. 1. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-seguridade-social-um-novo-patamar-civilizatorio>>. Acesso em: 3 out. 2016.



Nesse sentido, é perceptível que o constituinte estabeleceu, com a citada opção, a relevância da positivação dos valores que a comunidade entende por mais importantes, o que Piovesan realça como uma decisão básica, ao afirmar que:

A Constituição vem a concretizar, desse modo, a concepção de que ‘os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sociopolíticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado, ou entre si’, no dizer de Antonio Enrique Pérez Luño.<sup>161</sup>

Os direitos fundamentais à saúde, à previdência social e a assistência social vêm insertos, nos termos dos arts. 194 a 204, da Constituição de 1988, num Sistema da Seguridade Social, surgindo, assim, não um tripé de direitos, mas um verdadeiro direito unificado à proteção social a ser assegurado pelo Estado, conforme leciona Pinto.<sup>162</sup>

Os objetivos a serem perseguidos pela instituição do Sistema de Seguridade Social brasileiro vêm previstos no parágrafo único, do art. 194, da Constituição de 1988: a) a universalidade da cobertura e do atendimento; b) a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; c) a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; d) a irredutibilidade do valor dos benefícios; e) a equidade na forma de participação no custeio; f) a diversidade da base de financiamento; g) o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Delgado *et al.* realçam a importância da instituição do Sistema de Seguridade Social brasileiro:

A definição da Seguridade Social como conceito organizador da proteção social brasileira foi uma das mais relevantes inovações do texto constitucional de 1988. A Constituição Federal ampliou a cobertura do sistema previdenciário e flexibilizou o acesso aos benefícios para os trabalhadores

---

<sup>161</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91.

<sup>162</sup> PINTO, Élida Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 85.

rurais, reconheceu a Assistência Social como política pública não contributiva que opera tanto serviços como benefícios monetários, e consolidou a universalização do atendimento à saúde por meio da criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Desta forma, a Seguridade Social articulando as políticas de seguro social, assistência social, saúde e seguro-desemprego passa a estar fundada em um conjunto de políticas com vocação universal.<sup>163</sup>

Sob a perspectiva da promoção do bem de todos, como previsto no inciso IV do art. 3º, da Constituição brasileira de 1988, Balera<sup>164</sup> afirma que “[...] a proteção social nada mais é do que o conjunto de ações mais ou menos institucionalizadas de que se vale a sociedade humana para intentar superar a pobreza, a marginalização e outras formas de exclusão social”.

O capítulo da Ordem Social foi pela primeira vez inserto em textos constitucionais brasileiros pela Constituição de 1988, apresentando a promoção do bem-estar e a justiça social como seus objetivos.

Sob o prisma do Sistema da Seguridade Social brasileira, trata-se o princípio da solidariedade de um de seus fundamentos, na medida em que abrange um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar a concretização dos direitos fundamentais sociais que o compõem.

## 2.3 O SUBFINANCIAMENTO DO SISTEMA BRASILEIRO DE SEGURIDADE SOCIAL

O dever de financiamento do Sistema da Seguridade Social vem estabelecido no art. 195 da Constituição brasileira de 1988 como dever de toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos

---

<sup>163</sup> DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. Seguridade social: redefinindo o alcance da cidadania. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise**, v. 1, n. 17, p. 17, 2009. Série Vinte anos da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps\\_completo\\_1.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps_completo_1.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2016.

<sup>164</sup> BALERA, Wagner. Previdência e assistência social, p. 438-506. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 439.

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais enumeradas em seus incisos.

Nessa perspectiva de custeio da seguridade social, Balera<sup>165</sup> adverte que “A sociedade, para além de proteger apenas aqueles que podem custear um sistema protetivo, deve dar cobertura a todos os que padeçam necessidades. Como todos serão protegidos, o custeio recairá, igualmente, sobre o conjunto da sociedade”.

Para a compreensão do financiamento da seguridade social, necessário é entender as concepções essenciais da atividade financeira do Estado e da tributação, que vêm, em grande medida, enunciadas pela Constituição brasileira de 1988.

A atividade financeira do Estado, a tributação e os direitos humanos estão intimamente relacionadas, segundo Scaff,<sup>166</sup> por duas razões principais:

[...] a primeira em razão de que se está a tratar de tributação, e não apenas de direito tributário. Desta forma, também o âmbito da destinação dos valores tributários arrecadados encontra-se inserido neste tema. E, em segundo lugar, porque este assunto se inscreve na necessidade de controle público e social do Estado, a fim de verificar se os valores arrecadados estão sendo utilizados nas finalidades alegadas. E este tipo de atividade encontra-se inserido no âmbito dos direitos humanos de terceira dimensão, que dizem respeito aos direitos difusos, única maneira de tratar do presente tema.

O estudo da atividade financeira do Estado é realizado pela Ciência das Finanças que, segundo Baleeiro:<sup>167</sup>

[...] é a disciplina que, pela investigação dos fatos, procura explicar os fenômenos ligados à obtenção e dispêndio do dinheiro necessário ao funcionamento dos serviços a cargo do Estado, ou de outras pessoas de direito público, assim como os efeitos outros resultantes dessa atividade governamental.

---

<sup>165</sup> BALERA, Wagner. Previdência e assistência social, p. 438-506. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 463.

<sup>166</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Direitos humanos e a desvinculação de receitas da União**. p. 34. Disponível em: <DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v236.2004.44670>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>167</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. ver. e atual. por Dejalma Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 8.

A atividade financeira do Estado, conforme Torres,<sup>168</sup> é “[...] o conjunto de ações do Estado para a obtenção de receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas”. Por sua vez, necessidade pública é:

Toda aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo do serviço público. É a intervenção do Estado para provê-la, segundo aquele regime jurídico, que lhe dá o colorido inconfundível. A necessidade torna-se pública por uma decisão dos órgãos políticos.<sup>169</sup>

Campos<sup>170</sup> discorre que “[...] a missão primordial do Estado é assegurar ao homem os meios necessários para que ele possa viver com dignidade. Esta procura de meios para satisfazer as necessidades públicas é denominada de atividade financeira do Estado”.

A Constituição brasileira de 1988 traz, em seu Título VI, que dispõe sobre a tributação e o orçamento, nos arts. 145 a 169, grande parte da disciplina da atividade financeira do Estado. Torres<sup>171</sup> esclarece que inúmeras outras normas presentes na Constituição brasileira de 1988, em outros capítulos, como as previstas nos arts. 70 a 75, que abrangem normas e princípios que tenham relação com o fenômeno financeiro, devem ser compreendidas como insertas, no que denominou de Constituição Financeira.

A atividade financeira do Estado vem, pormenorizadamente, disciplinada na Lei Complementar nº 101/2000,<sup>172</sup> conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, e na Lei nº 4.320/64,<sup>173</sup> que estabelece normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

---

<sup>168</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 3

<sup>169</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. ver. e atual. por Dejalma Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 4.

<sup>170</sup> CAMPOS, Dejalma de. **Direito financeiro e orçamento**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 23.

<sup>171</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 38.

<sup>172</sup> BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>173</sup> BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

Sob a perspectiva da atividade financeira do Estado, a receita pública será todo ingresso de montante pecuniário aos cofres públicos, independentemente de sua natureza, fundamento ou finalidade. A realização da receita pública se estende no tempo, dividindo-se em quatro fases distintas: previsão, lançamento, arrecadação e recolhimento.<sup>174</sup>

Especificamente em relação à primeira fase, a Lei Complementar nº 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, conhecida popularmente como Lei de Responsabilidade Fiscal, dispõe que as previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas.

Dentre as classificações doutrinárias das receitas públicas, possui pertinência com a presente pesquisa a classificação que as distingue em receitas originárias e em receitas derivadas, no tocante ao grau de coercibilidade necessário às suas realizações.<sup>175</sup>

As receitas originárias decorrem da exploração econômica do patrimônio público ou da atuação do Estado como agente de mercado, dividindo-se em patrimoniais, decorrentes do patrimônio mobiliário ou imobiliário do Estado, ou em empresariais, quando oriundas da exploração de atividades industriais, comerciais ou de serviços.

Por sua vez, as receitas derivadas resultam da atuação do Estado como ente soberano, dotado de poder para exigir a entrega de determinada quantia de forma

---

<sup>174</sup> PORTELLA, André. Sistema orçamentário e finanças públicas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 283-286.

<sup>175</sup> PORTELLA, André. Sistema orçamentário e finanças públicas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 283-285.

compulsória, com base em lei. Neste grupo, encontram-se as contribuições sociais, que são uma das fontes de financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro.

Ao lado das receitas públicas, a atividade financeira do Estado cuida das despesas públicas que, segundo Baleeiro, consiste na “[...] aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro de uma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo”.<sup>176</sup>

Despesas públicas “[...] seriam, portanto, os desembolsos efetuados pelo Ente público, tendo por finalidade a satisfação das necessidades públicas, a garantia do patrimônio estatal ou a sua ampliação”.<sup>177</sup>

Baleeiro<sup>178</sup> destaca o que as despesas públicas devem ser compreendidas sobre dois aspectos: o político, que diz respeito à escolha de seus objetivos, fundado em critérios políticos pautados em ideias, convicções, aspirações e interesses revelados no entrosque dos grupos detentores do poder; e o aspecto técnico, que impõe a necessidade de obter o máximo de eficiência e de conveniência social com o mínimo de sacrifício pecuniário correspondente.

A realização da despesa pública se estende no tempo, dividindo-se nas fases de empenho, de liquidação e de pagamento.

Especificamente, em relação à primeira fase, Portella<sup>179</sup> alerta:

Trata-se o empenho de importante instrumento de planejamento e controle da despesa pública. É por meio dele que tem a Administração Pública condições de controlar os fluxos de caixa, prevendo eventuais desequilíbrios e indicando as medidas necessárias ao seu saneamento.

---

<sup>176</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. ver. e atual. por Dejalma Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 73.

<sup>177</sup> PORTELLA, André. Sistema orçamentário e finanças públicas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 298.

<sup>178</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. ver. e atual. por Dejalma Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 78.

<sup>179</sup> PORTELLA, André. Sistema orçamentário e finanças públicas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 300.

A Constituição brasileira de 1988, ao tratar da disciplina da atividade financeira, da obtenção de receitas e da realização das despesas públicas, em seu art. 165, dispõe que leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o Plano Plurianual, as Diretrizes Orçamentárias e os Orçamentos Anuais.

O Plano Plurianual, segundo Portella,<sup>180</sup> “[...] é um instrumento legislativo que visa ao planejamento financeiro de longo prazo. Dentro da estrutura orçamentária tem a função de atuar como paradigma para a elaboração das demais leis orçamentárias”.

A vigência da Lei que estabelece o Plano Plurianual é de quatro anos, iniciando-se em 1º de janeiro do segundo ano de exercício do mandato do chefe do Poder Executivo até 31 de dezembro do primeiro ano do mandato posterior àquele que se iniciou, com a finalidade de manutenção da estabilidade e promoção de planejamento financeiro de longo prazo.<sup>181</sup>

Nesse sentido, a Lei nº 13.249/2016<sup>182</sup> instituiu o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019, como o instrumento de planejamento governamental que define diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, com o propósito de viabilizar a implementação e a gestão das políticas públicas.

O art. 4º, da Lei nº 13.249/2016,<sup>183</sup> prevê que as diretrizes do Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019 serão:

- a) o desenvolvimento sustentável orientado pela inclusão social;

---

<sup>180</sup> PORTELLA, André. Sistema orçamentário e finanças públicas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 318.

<sup>181</sup> PORTELLA, André. Sistema orçamentário e finanças públicas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 318.

<sup>182</sup> BRASIL. **Lei nº 13.249, de 13 de janeiro de 2016**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13249.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>183</sup> BRASIL. **Lei nº 13.249, de 13 de janeiro de 2016**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13249.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

- b) a melhoria contínua da qualidade dos serviços públicos;
- c) a garantia dos direitos humanos com redução das desigualdades sociais, regionais, étnico-raciais, geracionais e de gênero;
- d) o estímulo e a valorização da educação, ciência, tecnologia e inovação e competitividade;
- e) a participação social como direito do cidadão;
- f) a valorização e o respeito à diversidade cultural;
- g) o aperfeiçoamento da gestão pública com foco no cidadão, na eficiência do gasto público, na transparência e no enfrentamento à corrupção;
- h) a garantia do equilíbrio das contas públicas.

As diretrizes da inclusão social, da melhoria contínua da qualidade dos serviços públicos e da garantia dos direitos humanos, especialmente no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais sociais, impõem o financiamento adequado e progressivo do Sistema de Seguridade Social, sem o qual se tornariam letras mortas as disposições constitucionais atinentes à Ordem Social.

Nessa perspectiva, Portella,<sup>184</sup> ao discorrer sobre Sistema Orçamentário e Finanças Públicas, tratando, especificamente do Plano Plurianual, alerta:

É importante registrar que as Diretrizes não podem ser vistas como meras declarações de vontade, ou mesmo como peças de propaganda política. Assim, como as demais características tanto do PPA, como da LOA e da LDO, as diretrizes vinculam a Administração, estando submetidas ao controle financeiro por parte das instâncias competentes.

---

<sup>184</sup> PORTELLA, André. Sistema orçamentário e finanças públicas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 319.



Por sua vez, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, conforme dispõe o § 2º, do art. 165, da Constituição brasileira de 1988,<sup>185</sup> compreenderá as metas e prioridades da Administração Pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente e orientará a elaboração da Lei Orçamentária Anual.

A Lei nº 13.242/2015<sup>186</sup> dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária Anual da União de 2016, tratando, nos arts. 38 e 39, do orçamento da Seguridade Social.

Ao final, a Lei Orçamentária Anual, conforme previsto no § 5º, do art. 165, da Constituição brasileira de 1988, compreenderá:

- a) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
- b) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
- c) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

A Lei nº. 13.255/2016<sup>187</sup> disciplinou a Lei Orçamentária Anual da União para o exercício financeiro de 2016, apresentando a estimativa da receita e a fixação da despesa para o período, devendo ser exaltado que a Lei Orçamentária é para a

---

<sup>185</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

<sup>186</sup> BRASIL. **Lei nº 13.242, de 20 de dezembro de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13242.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13242.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>187</sup> BRASIL. **Lei nº 13.255, de 14 de janeiro de 2016**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13255.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13255.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

Administração Pública, logo abaixo da Constituição, a lei mais importante, conforme considerações do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Brito.<sup>188</sup>

Sob o mesmo viés, ao discorrer sobre as interfaces entre as finanças públicas, o orçamento público e as políticas públicas, Fonte <sup>189</sup> destaca: “O processo orçamentário público encontra-se no epicentro dos sistemas políticos atuais, porquanto nele são definidas as prioridades sociais e delimitada a ação do Estado no futuro”.

Baleeiro,<sup>190</sup> referindo-se às origens históricas do orçamento, afirma que, a despeito de tratar-se de um quadro de técnica contábil, para coordenar comparativamente receitas e despesas públicas, sua origem vem de penosa e multissecular cadeia de lutas políticas, tornando a elaboração orçamentária indispensável ao equilíbrio dos interesses antagônicos em volta do poder.

O objetivo da presente pesquisa inviabiliza a exposição pormenorizada de todas as etapas de evolução histórica do orçamento público, entretanto deve restar consolidada que, modernamente, segundo Fonte,<sup>191</sup> “A função da lei orçamentária é servir de planejamento para a execução de ações estatais e de veículo da vontade democrática no que tange às escolhas alocativas, que somente se consolida entre a terceira e a quinta décadas do século XX”.

A Constituição brasileira de 1988<sup>192</sup> estabeleceu, por meio do inciso III, do § 5º, do art. 165, um orçamento específico para o Sistema de Seguridade Social, definindo seu conteúdo nos arts. 194 a 204, no título que trata da Ordem Social.

---

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento, em parte, de ação direta de inconstitucionalidade. ADIN nº 2.925. Confederação Nacional de Transporte e Presidente da República. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: Diário da Justiça n. 43, do dia 4 de março de 2005.

<sup>189</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 66.

<sup>190</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. ver. e atual. por Dejalma Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 412.

<sup>191</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 69.

<sup>192</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

Pinto destacou dois pontos relevantes na estruturação constitucional do sistema de proteção social, que objetivaram assegurar sua coerência e integração sistêmica de custeio.<sup>193</sup> O primeiro ponto foi a disposição prevista no citado inciso III, do § 5º, do art. 165, da Constituição de 1988, consistente na formulação de um orçamento para o Sistema de Seguridade Social, como uma das peças autônomas constantes do orçamento geral da União. O segundo ponto indicado foi a determinação prevista no art. 59 das disposições constitucionais transitórias para que os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício fossem apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição de 1988 ao Congresso Nacional.

O Sistema da Seguridade Social possui um orçamento próprio, com a especificação constitucional dos recursos que o devem financiar, numa indicação da relevância que foi atribuída à proteção social.

Nesta perspectiva de condicionamento de sua aprovação aos fins eleitos pela sociedade, o caráter político do orçamento vem evidenciado por Baleeiro<sup>194</sup> quando, após apresentar em linhas sumárias a evolução do princípio de que o tributo deve ser consentido pelos representantes dos contribuintes, conclui: “Assim nasceu a concepção do orçamento moderno, graças ao qual os representantes dos contribuintes condicionavam sua aprovação ao emprego dos fundos aos fins que mais interessavam ao povo representado”.

O art. 195 da Constituição de 1988 dispõe que o Sistema da Seguridade Social brasileiro será financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

---

<sup>193</sup> PINTO, Élide Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 86-87.

<sup>194</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. rev. e atual. por Dejalma Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 419.

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;
- II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;
- III - sobre a receita de concursos de prognósticos.
- IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.<sup>195</sup>

As contribuições sociais, conforme Ibrahim,<sup>196</sup> possuem natureza jurídica de tributo em decorrência, basicamente, de seu enquadramento no conceito disposto no art. 3º, da Lei nº 5.172/66,<sup>197</sup> no Código Tributário Nacional e no regime jurídico que lhe é atribuído pelo Sistema Tributário Nacional, disciplinado pela Constituição brasileira de 1988.

Logo de início, deve ser conferida especial atenção ao fato de que a Constituição brasileira de 1988, diversamente da maioria das Constituições dos outros países, disciplina muitos princípios e regras atinentes ao Direito Tributário, o que, nas lições de Navarro Coelho,<sup>198</sup> traz três importantes conclusões:

- a) os fundamentos do Direito Tributário brasileiro estão enraizados na Constituição de onde se projetam sobre as ordens jurídicas parciais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- b) o Direito Tributário posto na Constituição deve, antes de tudo, merecer as primícias dos juristas e dos operadores do Direito, porquanto é o texto fundante da ordem jurídico-tributária;
- c) as doutrinas forâneas devem ser recebidas com cautela, tendo em vista as diversidades constitucionais.

---

<sup>195</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

<sup>196</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 87.

<sup>197</sup> BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5172.htm)>. Acesso em: 4 out. 2016.

<sup>198</sup> NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. **Curso de direito tributário brasileiro**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 43-44.

Por sua vez, o poder de tributar, conforme leciona Navarro Coêlho,<sup>199</sup> é exercido pelo Estado por delegação do povo, estando, modernamente, disciplinado nas Constituições, porque o exercício da tributação é fundamental aos interesses do Estado e porque tamanho poder há de ser disciplinado e contido em prol da sociedade.

Shoueri, ao discorrer sobre o histórico da tributação na evolução da civilização, leciona:

De um instrumento de opressão e preço de liberdade dos antigos até instrumento da liberdade coletiva do Estado Fiscal, houve por certo uma mudança nas relações entre o soberano e seus súditos. O que no passado se achava legítimo, como decorrência das conquistas da guerra, hoje seria intolerável. Nos dias atuais, não mereceria a denominação de "tributo" tal instrumento de opressão. O surgimento do Estado de Direito definitivamente exigiu que o poder de tributar se conformasse aos ditames constitucionais, dando origem ao Direito Tributário.<sup>200</sup>

O conceito de tributo vem estampado no art. 3º, da Lei nº. 5.172/66,<sup>201</sup> que dispõe que tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Por sua vez, existe divergência doutrinária em relação à classificação das espécies tributárias, isto é, entre se tratar de duas, de três, de quatro ou de cinco espécies, conforme esclarece Fischer:

Assim, pela existência de alguns dispositivos constitucionais (Art. 145, 148, 149), acabamos por nos defrontar com quatro posições sobre o número de figuras tributárias autônomas em nosso ordenamento jurídico, quais sejam, a teoria bipartida, a teoria tripartida, a teoria quadripartida e a teoria quinqüipartida. A primeira defende a existência autônoma dos impostos e das taxas; a segunda, embora com algumas divergências entre os autores que a ela se filiam, adota a distinção entre tributos vinculados (impostos) e não vinculados (taxas e contribuições ou contribuição de melhoria); a terceira tem, em geral, como espécies autônomas, os impostos, as taxas, a contribuição

---

<sup>199</sup> NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. **Curso de direito tributário brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 34.

<sup>200</sup> SCHOEURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 132.

<sup>201</sup> BRASIL, **Lei nº 5.172/66, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso em: 4 out 2016.

de melhoria e os empréstimos compulsórios e a quarta autonomiza todas as espécies contidas nos dispositivos constitucionais supracitados.<sup>202</sup>

Nesta pesquisa será adotada a classificação proposta por Schoueri,<sup>203</sup> que será adiante aprofundada, notadamente, em relação às contribuições sociais, por referir-se ao objeto da pesquisa.

O Estado necessita de receitas para financiar suas despesas, daí cogitar-se, conforme acima apontado, da classificação das receitas públicas em originárias ou em derivadas. Dentre as espécies de receitas derivadas, encontram-se os tributos, que são a principal fonte de recursos para o financiamento do Estado.

São variados os meios pelos quais podem ser realizadas as classificações dos tributos, entretanto, nesta pesquisa, ater-se-á à classificação baseada na combinação dos critérios intrínseco e extrínseco a seguir sumariados.

O critério intrínseco diz respeito à vinculação ou não de uma atividade estatal, isto é, do aspecto material da hipótese de incidência de um tributo a uma atuação estatal específica. Trata-se de um critério científico tradicional da doutrina. Ao lado do critério intrínseco de classificação das espécies tributárias, o critério extrínseco, por sua vez, é afeto à destinação legal ou à restituibilidade dos tributos, conforme esclarece Diniz.<sup>204</sup>

Realizada a combinação dos critérios intrínseco e extrínseco acima resumidos, Schoeuri<sup>205</sup> propõe a classificação das espécies tributárias em impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios, contribuições especiais e contribuições sociais, esclarecendo que, especificamente em relação à última

---

<sup>202</sup> FISCHER, Octavio Campos. **As espécies tributárias no ordenamento jurídico brasileiro**. p. 1. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/9379/6472>>. Acesso em: 6 out. 2016.

<sup>203</sup> SCHOEURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 171-240.

<sup>204</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Tributo e classificação das espécies no Sistema Tributário Brasileiro**. p. 8. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2013/10/Direito-Tributario-Tributo-e-classificacao-das-especies-no-Sistema-Tributario-Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2016.

<sup>205</sup> SCHOEURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 181.

espécie, em função de o constituinte ter-lhe reservado um regime jurídico próprio, adota a classificação que as considera como uma espécie de tributo<sup>206</sup>.

O primeiro ponto destacado por Shoeuri, quanto ao especial regime jurídico das contribuições sociais, é a afetação de sua receita aos gastos sociais relacionados com a Ordem Social, indicados no art. 193 da Constituição de 1988, lecionando, ainda, que:

Dentre os campos inseridos na Ordem Social, a Constituição de 1988 elegeu alguns para os quais previu especificamente a instituição de contribuições sociais: a seguridade social (artigo 195), seguro desemprego (artigo 239) e a educação (artigo 212, parágrafo 5º).<sup>207</sup>

Amaro,<sup>208</sup> nesse mesmo sentido, afirma:

O que importa sublinhar é que a Constituição caracteriza as contribuições sociais pela sua destinação, vale dizer, são ingressos necessariamente direcionados a instrumentar (ou financiar) a atuação da União (ou dos demais entes políticos, na específica situação prevista no § 1º do art. 149) no setor da ordem social.

E qual é a justificação das contribuições sociais?

Shoeuri esclarece que, possuindo a relação tributária uma natureza obrigacional e considerando que toda obrigação tem uma causa, então, também a relação tributária tem a sua. Sua argumentação tem início ao discorrer sobre a teoria da causa da obrigação na França e na Itália, ao afirmar que:

No campo obrigacional, quem se obriga a uma prestação, com base num negócio jurídico, deve ter um motivo externo (causa da obrigação). Inexistindo este, entende-se sem causa a diminuição patrimonial, podendo ser repetida, sob o fundamento do enriquecimento ilícito

[...]

Se toda relação jurídica obrigacional encontra-se baseada em uma causa, então também a relação tributária deve buscar seu elemento causal. Investigar a causa da obrigação tributária é perquirir sua justificação; o resultado de tal pesquisa permite captar a função do tributo investigado.<sup>209</sup>

<sup>206</sup> SCHOEURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 224.

<sup>207</sup> SCHOEURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 226.

<sup>208</sup> AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 75.

<sup>209</sup> SCHOEURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 181.

Reconhecida a noção de causa nas relações obrigacionais, os tributaristas empreenderam esforços para investigar a causa das obrigações tributárias. Shoeuri,<sup>210</sup> após discorrer sobre algumas teorias referentes ao tema, ao final, afirma que a importância de uma justificação constitucional está na busca pela concretização do princípio da igualdade, que impõe que haja uma fundamentação para toda a diferenciação entre os contribuintes, isto é, uma causa que responda aos questionamentos relacionados com o porquê de determinados contribuintes terem sido eleitos para pagar determinado tributo e outros não, bem assim como sobre o que justificaria essa escolha.

Respondendo ao questionamento sobre qual é a justificação das contribuições sociais, Shoeuri<sup>211</sup> afirma que sua justificação advém de servirem para atender aos reclamos da Ordem Social, o que legitimaria sua cobrança de toda a sociedade, sendo aplicável a elas o princípio da solidariedade.

Realizadas as considerações anteriores e assentada a premissa de que as contribuições sociais possuem uma finalidade constitucionalmente prevista, merece ser aclarado tratar-se a destinação da arrecadação do sobredito tributo tema pertinente ao Direito Constitucional Tributário ou ao Direito Constitucional Financeiro.

Navarro Coelho<sup>212</sup> aponta que “O tributo, em última análise, é uma forma de financiar o Estado. É a finalidade de todo tributo”. Tratando-se, assim, as contribuições sociais de espécie de tributo, teria, então, a finalidade de financiar o Estado.

A exigência prevista no art. 165, § 5º, III, da Constituição de 1988,<sup>213</sup> de formulação de um orçamento da seguridade social, como uma das peças autônomas constantes do orçamento geral da União, e a determinação prevista no art. 59 das disposições constitucionais transitórias para que os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício fossem apresentados no

---

<sup>210</sup> SCHOEURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 181-187.

<sup>211</sup> SCHOEURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 226.

<sup>212</sup> NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. **Curso de direito tributário brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 91.

<sup>213</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2015.



prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição de 1988 ao Congresso Nacional, foram destacadas por Pinto como dois pontos relevantes na estruturação constitucional do sistema de proteção social, que objetivaram assegurar sua coerência e integração sistêmica de custeio.<sup>214</sup>

Entretanto, conforme leciona Pinto,<sup>215</sup> o cumprimento das disposições do art. 59, das disposições constitucionais transitórias, ao final promoveu uma segmentação setorial no Sistema da Seguridade Social, com o acirramento de um processo competitivo por fontes seguras de financiamento entre os direitos fundamentais à saúde, à previdência social e à assistência social.

Nesse mesmo sentido, Delgado *et al.* discorreram sobre a competição desagregadora no custeio do Sistema de Seguridade Social brasileiro:

Um dos fatores para as dificuldades encontradas no processo de consolidação do princípio da Seguridade Social é o fato de a legislação infraconstitucional ter regulado separadamente as várias políticas setoriais. Suas leis orgânicas, definindo diretrizes específicas, não explicitam elementos que permitissem criar vínculos operacionais entre os componentes da Seguridade. De fato, as políticas setoriais, tais como o SUS, foram implantadas sem que seus gestores se sentissem participantes e beneficiários de um sistema maior. Neste processo, as políticas setoriais se consolidaram institucionalmente, com a criação e o fortalecimento de ministérios específicos, e com a criação de conselhos próprios de controle social.<sup>216</sup>

No tocante ao financiamento do Sistema da Seguridade Social, o art. 195, da Constituição de 1988, procurou assegurar uma base sólida e diversificada, atribuindo-lhe não apenas os recursos orçamentários regulares, mas também uma fonte própria de receita, qual seja, as contribuições sociais. Entretanto, ainda conforme as lições de Pinto,<sup>217</sup> paradoxalmente, por ser detentora de fonte própria de receita e vinculada de

---

<sup>214</sup> PINTO, Élide Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 86-87.

<sup>215</sup> PINTO, Élide Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 87-90.

<sup>216</sup> DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. Seguridade social: redefinindo o alcance da cidadania. **Políticas Sociais**: acompanhamento e análise. v. 1, n. 17, p. 27, 2009. Série Vinte anos da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps\\_completo\\_1.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps_completo_1.pdf)>. Acesso em: 5 out. 2016.

<sup>217</sup> PINTO, Élide Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 91-93.

recursos, a seguridade social deixou de ser financiada de forma integrada e solidária, com uma conseqüente e irreversível tendência de especialização dos instrumentos de financiamento para cada qual das áreas da seguridade.

O modelo de financiamento do Sistema de Seguridade Social vem disciplinado pelo citado art. 195 da Constituição, nos seguintes termos:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.<sup>218</sup>

A diversificação das fontes de financiamento do Sistema de Seguridade Social, conforme apontado por Fleury,<sup>219</sup> objetivava a implementação de “[...] mecanismos de solidariedade e de estabilização do sistema, buscando romper com a arraigada noção do seguro social, para a qual se requer a existência de uma relação inexorável entre contribuição e benefício”.

A ocorrência da fragmentação do Sistema da Seguridade Social foi, também, evidenciada por Delgado *et al.* que afirmaram:

[...] a instituição da Seguridade Social exigia significativa expansão da responsabilidade pública na proteção social e, com ela, do gasto social. Contudo, a trajetória política posterior à promulgação da Carta Constitucional teve um impacto desorganizador na estrutura de financiamento proposta para

<sup>218</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

<sup>219</sup> FLEURY, Sonia. **Seguridade social**: um novo patamar civilizatório. p. 12. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-seguridade-social-um-novo-patamar-civilizatorio>>. Acesso em: 03 out. 2016.

a Seguridade Social, seja devido à disputa entre as três políticas, à implantação de medidas de desvinculação de recursos exclusivos da Seguridade Social, seja à ausência da plena regulamentação do princípio das fontes diversificadas de financiamento. De fato, ocorreu uma progressiva vinculação de receitas às diversas áreas e uma desestruturação do conceito original de financiamento solidário entre as políticas componentes, com o surgimento gradativo de uma competição interburocrática por recursos.<sup>220</sup>

O que deveria, então, ser um Sistema de Seguridade Social, solidário e atuando de forma integrada, financiado direta e indiretamente por toda a sociedade, com recursos provenientes tanto de contribuições sociais, quanto dos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios, na realidade, nunca funcionou nesses termos, como bem apontado por Fleury, quando afirmou:

No entanto, este mecanismo nunca funcionou como previsto no artigo 195, inciso segundo, ocorrendo uma especialização das fontes de financiamento, ficando a previdência com os recursos das contribuições sobre a folha de salários de empregados e empregadores, a saúde com os recursos do Finsocial, questionado juridicamente, e a assistência com recursos da receita de concursos de prognósticos. A disposição transitória da Constituição Federal que destinava 30% do orçamento da seguridade social para a saúde jamais se efetivou, gerando uma crise sem precedentes no setor, com a concomitante universalização da cobertura e a redução dos recursos financeiros necessários para isto. A tentativa de criar uma contribuição específica e exclusiva para o setor saúde – CPMF – foi também frustrada. Só no ano 2000, foi finalmente aprovada a Emenda Constitucional 29, que assegura recursos das três esferas de governo para o setor saúde, rompendo mais de uma década de crise financeira e instabilidade do setor.<sup>221</sup>

O contexto histórico que sucedeu à Constituição brasileira de 1988 deve ser rememorado, objetivando a compreensão dos objetivos que impulsionaram a edição de normas que desvincularam parte das receitas da União, originariamente vinculada ao financiamento da seguridade social.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), fundação pública vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por ocasião da publicação da 13ª edição de seu periódico “Políticas Sociais: acompanhamento e análise”, apresentou

---

<sup>220</sup> DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. Seguridade social: redefinindo o alcance da cidadania. **Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise**. v. 1, n. 17, p. 27, 2009. Série Vinte anos da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps\\_completo\\_1.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps_completo_1.pdf)>. Acesso em: 5 out. 2016.

<sup>221</sup> FLEURY, Sonia. **Políticas Sociais e redemocratização do poder local**. p. 10. Disponível em: <[http://app.ebape.fgv.br/comum/arq/pp/peep/cap\\_liv/pol%C3%ADticas\\_sociais.pdf](http://app.ebape.fgv.br/comum/arq/pp/peep/cap_liv/pol%C3%ADticas_sociais.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2016.

um balanço da política social brasileira na esfera federal entre os anos de 1995 e 2005, dedicando um capítulo à seguridade social.

A Constituição brasileira de 1988, conforme acima exposto, instituiu um sistema de proteção social a ser financiado por recursos públicos para sua implementação. Entretanto, a efetivação dos direitos sociais demandava a regulamentação infraconstitucional da legislação e foi nessa etapa que ocorreram reações aos avanços sociais.

Essa reação vai ocorrer no momento seguinte à promulgação da Constituição, com a rearticulação do bloco conservador que vai se tornar ainda mais forte no começo dos anos 1990, quando ganham impulso no Brasil as propostas neoliberais e conservadoras restauradas com a vitória de Collor de Mello, em 1990. As manobras políticas que foram efetuadas tinham como principal objetivo a obstrução à consumação dos novos direitos sociais que haviam sido inscritos na Constituição de 1988. Na ocasião, o governo aproveitou-se do momento da tramitação da legislação complementar, quando se consolidariam as regras constitucionais.<sup>222</sup>

Posteriormente, após o afastamento do Presidente da República Collor de Mello, com a assunção de Itamar Franco, as forças políticas dominantes brasileiras, influenciadas pelas políticas macroeconômicas da década de 1990, compreendiam as vinculações de recursos às políticas sociais como um obstáculo ao equilíbrio orçamentário.

Nesse cenário e durante o processo de revisão constitucional previsto pelo art. 3º, das disposições constitucionais transitórias, da Constituição brasileira de 1988, dentre as medidas que objetivavam a promoção de estabilização da economia nacional, foi instituído, em 1994, o Fundo Social de Emergência (FSE).

Os objetivos do FSE foram conter despesas e promover flexibilidade operacional no orçamento federal, não tendo o propósito de reforço à política social, mas sim o de conferir maior liberdade de ação à política fiscal e financeira do Estado.<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Políticas sociais, acompanhamento e análise, edição especial.** Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas\\_sociais/BPS\\_13\\_completo13.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas_sociais/BPS_13_completo13.pdf)>. p. 30. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>223</sup> BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Políticas sociais, acompanhamento e análise, edição especial.** Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas\\_sociais/BPS\\_13\\_completo13.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas_sociais/BPS_13_completo13.pdf)>. p. 31. Acesso em: 30 dez. 2016.

A estruturação constitucional do financiamento do Sistema de Seguridade Social sofreu significativo impacto, por meio da Emenda Constitucional de Revisão nº 01, com a instituição do FSE, com caráter de provisoriedade e vigência prevista para os exercícios financeiros dos anos de 1994 e 1995, tendo por objetivo ser um instrumento para a promoção do saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica.

Os recursos obtidos com a criação do FSE tinham por destinação normativa o custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social.

Dentre as fontes de recursos que compoariam o Fundo Social de Emergência, o inciso IV, do então incluído art. 72, das disposições constitucionais transitórias da Constituição brasileira de 1988, especificou o percentual de 20% do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, excetuado o previsto nos incisos I, II e III do supracitado artigo.

Pinto esclarece que essa desvinculação teve, na realidade, outra finalidade, qual seja, tentar equilibrar, ou ao menos atenuar, o déficit das finanças públicas federais e promover maior flexibilidade na elaboração e execução do orçamento, com a consequente redução no montante de recursos exclusivamente destinados ao custeio dos direitos que integram a seguridade social, concluindo que:

Ora, não era necessário criar um mecanismo de desvinculação de receitas se o FSE tratasse, efetivamente, de destinar recursos às ações de saúde, previdência e assistência sociais, porque a seguridade social, com lastro no art. 195 da CR/1988, já justificava a instituição e cobrança de amplo rol de contribuições sociais. Aliás, a autonomia jurídica dessa espécie tributária, por concepção, funda-se em sua destinação à seguridade social.<sup>224</sup>

O objetivo principal da instituição da desvinculação de parte das receitas da União, na realidade, era promover um superávit primário nas contas da União, isto é, um

---

<sup>224</sup> PINTO, Élide Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 107-108.

resultado positivo de todas as receitas e despesas do governo, excetuando gastos com pagamento de juros.

Scaff<sup>225</sup> evidenciou que um aspecto importante das disposições contidas na Emenda Constitucional de Revisão nº 1 foi a inaplicabilidade das disposições contidas na parte final do inciso II, do § 9º, do art. 165, da Constituição brasileira de 1988,<sup>226</sup> que determina caber à Lei Complementar estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como as condições para a instituição e funcionamento de fundos.

A citada inaplicabilidade fez com que tanto as normas da Lei nº 4.320/64,<sup>227</sup> que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, como as demais normas existentes a respeito, inclusive a posterior Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000,<sup>228</sup> deixaram de ser aplicadas à gestão do Fundo Social de Emergência.

Tinha início, assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a desvinculação de parte das receitas da União, adredemente vinculada pelo poder constituinte originário como fontes de receitas para o financiamento do Sistema de Seguridade Social.

Pinto leciona que a regra é que as receitas públicas não tenham vinculação, o que evidencia a importância que fora conferida às vinculações de receitas ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, ao afirmar que:

Vale lembrar que, em regra, as receitas públicas não têm destinação alguma, por força da vedação expressa do art. 167, IV, da CF/1988, qual seja, a de que não se pode vincular impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as próprias previsões constitucionais que garantem (1) as transferências tributárias intergovernamentais a que se referem os arts. 158 e 159; (2) a

---

<sup>225</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Direitos humanos e a desvinculação de receitas da União**. p. 37. Disponível em: <DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v236.2004.44670>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>226</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

<sup>227</sup> BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>228</sup> BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, na forma do art. 198, §2º; (3) a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, de acordo com o já citado art. 212; (4) a destinação de recursos para realização de atividades da administração tributária (art. 37, XXII), conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 42/2003; e (5) a prestação de garantia às operações de crédito por antecipação de receita, segundo os arts. 165, § 8º, e 167, § 4º.

Mas, no que se refere às contribuições sociais de que trata o art. 149 da Constituição de 1988, não se aplica a citada regra geral de não se poder vincular a órgãos, fundos ou despesas as receitas com impostos. Contudo, não é demasiado lembrar que impostos e contribuições sociais são espécies tributárias diferentes e precisamente é a destinação vinculada das contribuições sociais que lhes confere identidade própria e perfaz sua natureza jurídica. É que, como acentua Derzi (2002, p. XII, grifo da autora), '[...] a norma tributária, matriz das contribuições sociais, quer em seus fundamentos, quer em sua estrutura lógica, está integrada pelos elementos finalísticos com que a própria Constituição dotou a espécie contribuições'.<sup>229</sup>

A sobredita desvinculação de parte das receitas da União, especialmente por conta de sua incongruência com o projeto político institucional elaborado pelo poder constituinte originário para a criação de um financiamento firme e solidário da seguridade social, ofende os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação de retrocesso social e a própria natureza jurídica das contribuições sociais, conforme a seguir será aprofundado.

A desvinculação de parte das receitas da União, que seriam provisórias, eis que previstas nas disposições constitucionais transitórias, foram, posteriormente, em 1996, prorrogadas até 30 de junho de 1997, por meio da Emenda Constitucional nº 10, sob a denominação de Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), que expressou adequadamente seu real objetivo.

Uma vez mais, em 1997, por meio da Emenda Constitucional nº 17, foi prorrogada a desvinculação de parte das receitas da União, para o período compreendido entre o segundo semestre de 1997 e 1999.

---

<sup>229</sup> PINTO, Elida Graziane. **Seis vezes dru**: flexibilidade orçamentária ou esvaziamento de direitos sociais ?, DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. p. 523. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/120/Seis%20vezes%20DRU\\_Pinto.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/120/Seis%20vezes%20DRU_Pinto.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 5 out. 2016.

Em 2000, ocorreu nova prorrogação da desvinculação de parte das receitas da União, por meio da Emenda Constitucional nº 27, sob a denominação de Desvinculação de Receitas da União (DRU), para o período compreendido entre o ano de 2000 e 2003.

Duas alterações significativas foram determinadas por meio da Emenda Constitucional nº 27. A primeira foi a incidência da desvinculação sobre os impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. A segunda foi que a desvinculação não incidiu sobre:

- a) as bases de cálculos das transferências aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, na forma dos arts. 153, § 5º; 157, I; 158, I e II; e 159, I, alíneas "a" e "b", e II, da Constituição brasileira de 1988;
- b) a base de cálculo das aplicações em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste a que se referem o art. 159, I, alínea "c", da Constituição brasileira de 1988;
- c) a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o art. 212, § 5º, da Constituição brasileira.

Merece ser dedicada atenção à não incidência da desvinculação de parte das receitas da União sobre o salário-educação, considerando tratar-se de uma contribuição social destinada ao financiamento do direito fundamental à educação, nos termos dispostos no § 5º, do art. 212 da Constituição brasileira de 1988.

A educação, a saúde, a previdência social e a assistência social estão elencadas pelo art. 6º da Constituição de 1988 dentre os direitos fundamentais sociais. Entretanto, o legislador constituinte reformador promoveu tratamento diferenciado aos respectivos financiamentos, ao manter a desvinculação de parte das receitas da União sobre as contribuições sociais destinadas originariamente à seguridade social, excluindo, por sua vez, o salário-educação de sua incidência.



Conforme acentuado acima, a teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin compreende que as proposições jurídicas são consideradas verdadeiras se contam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que ofereçam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade, diferentemente do que foi promovido pelas Emendas Constitucionais acima citadas.

A atuação desfiguradora do projeto constituinte originário foi uma das motivações que impulsionaram Abe<sup>230</sup> a escrever sobre a seguridade social e a trazer considerações sobre a ocorrência de uma desconstrução gradativa no sistema operada pelo legislador constituinte reformador, concluindo que:

Outro fator estimulante, foi a desconstrução gradativa do sistema estabelecido pela Constituição brasileira, que tem ocorrido por intermédio de emendas constitucionais, que tem como fim somente o cumprimento das determinações econômicas, negligenciando por completo o seu sentido original, que é a busca do bem-estar social.

A incongruência legislativa, pela promoção de tratamento inconstitucional diferenciado, operada pelo poder constituinte derivado entre o financiamento do direito fundamental à educação e o financiamento do Sistema da Seguridade Social restou patenteada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 59. Isso veio a reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da desvinculação das receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, até totalmente excluí-lo no ano de 2011.

Em 2003, a Emenda Constitucional nº 42 promoveu nova prorrogação da desvinculação de parte das receitas da União para o período compreendido entre 2003 e o ano de 2007, incluindo a contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) dentre as contribuições que teriam parte de sua receita desvinculada.

---

<sup>230</sup> ABE, Maria Inês Miya. (Edição digital). **A seguridade social em função dos direitos humanos**. São Paulo: IELD, 2014. p. 12.

Em 2007, a Emenda Constitucional nº 56 promoveu nova prorrogação da desvinculação de parte das receitas da União para o período compreendido entre 2008 e 2011.

Em 2011, a Emenda Constitucional nº 68 promoveu nova prorrogação da desvinculação de parte das receitas da União para o período compreendido entre 2011 e 2015.

Ao final, a Emenda Constitucional nº 93, de 2016, realizou nova prorrogação da desvinculação de parte das receitas da União, desta feita elevando-a ao patamar de 30% e acrescentando dois novos artigos às disposições constitucionais transitórias. Foram instituídas as normas disciplinadoras das desvinculações de receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cujos prazos de vigência irão até o ano de 2023.

A tabela a seguir apresenta uma síntese histórica das desvinculações de parte das receitas da União.

Tabela 1 – Desvinculação de parte das Receitas da União

Nomenclatura adotada	Emenda Constitucional	Vigência
Fundo Social de Emergência - FSE	de Revisão nº 01	1994-1995
Fundo de Estabilização Fiscal - FEF	nº 10	1996-1997 1º sem
Prorrogação - FEF	nº 17	1997 2º sem-1999
Desvinculação de Receitas da União - DRU	nº 27	2000-2003
Prorrogação - DRU	nº 42	2003-2007
Prorrogação - DRU	nº 56	2008-2011
Prorrogação - DRU	nº 68	2011-2015
Prorrogação - DRU	nº 93	2016-2023

Fonte: Elaboração própria.

A tramitação da proposta de Emenda Constitucional nº 4, de 2015, desde seu início da Câmara dos Deputados até sua promulgação pelo Senado Federal por meio da Emenda Constitucional nº 93, deve ter alguns de seus pontos compreendidos.

A justificação da proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 2015,<sup>231</sup> que posteriormente veio a constituir a Emenda Constitucional nº 93, traz uma síntese sobre o desenvolvimento da desvinculação de parte das receitas da União, a partir da Emenda Constitucional nº 56, apresentando, ao final, uma proposta de gradativa extinção de sua incidência sobre as contribuições sociais destinadas à seguridade social, conforme os termos abaixo:

#### Justificação

Sabemos todos que o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) trata, desde a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 56, de 2007, da Desvinculação de Receitas da União (DRU). Desde, então, passou a ser desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, o percentual de 20% da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

Estamos, pois, convivendo já há algum tempo com uma medida que os conservadores teimam em elogiar sob o ângulo meramente fiscal, mas que tem sido, na realidade, bastante prejudicial no que concerne ao financiamento das ações e serviços públicos essenciais à população, nas áreas de educação, de saúde, de previdência e de assistência social.

Os parlamentares nas duas Casas Legislativas ao longo dos anos se empenharam em mitigar os efeitos perversos sobre as áreas sociais de governo provocados pela vigência de mecanismos como o acima citado, desde a vigência dos famigerados Fundos Social de Emergência e de Estabilização Fiscal.

[...]

A Proposta de Emenda Constitucional que estamos submetendo ao exame de nossos Pares nesta Casa com o intuito de prorrogar a vigência da DRU até 31 de dezembro de 2019 preserva integralmente todas estas conquistas. Nada obstante, vamos além disto, na direção de novas e importantes conquistas. Estamos propondo também a retirada escalonada da incidência da desvinculação de receita a que se refere o caput do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da arrecadação das contribuições sociais de que tratam os incisos I, II, III e IV do art. 195 da Constituição Federal, que, como sabemos, destina-se ao financiamento da seguridade social, que engloba as ações e serviços de previdência, saúde e assistência social.

Adotamos, nesse escalonamento, o mesmo critério utilizado na PEC nº 59, de 11 de novembro de 2009, que permitiu excetar-se da desvinculação a área da educação.

Posteriormente, foram pensadas à proposta de Emenda Constitucional nº 4 de 2015 as propostas de Emendas Constitucionais nº 87 e 112, ambas de 2015. Os prazos de

---

<sup>231</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 4 de 2015**. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1300563&filename=Tramitacao-PEC+4/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1300563&filename=Tramitacao-PEC+4/2015). Acesso em: 30 dez. 2016.

prorrogação da desvinculação e o percentual a ser desvinculado são pontos divergentes entre as emendas e que devem ser destacados.

Os prazos de prorrogação eram, respectivamente, em relação às propostas de Emendas Constitucionais, até 2019, 2023 e 2016.

Quanto aos percentuais de receitas da União a serem desvinculados, a proposta de Emenda Constitucional nº 87, de 2015, diferentemente das outras duas que mantinham o patamar de 20%, propunha a elevação do valor de receitas da União a ser desvinculado para 30%.

Durante o processo legislativo na Câmara dos Deputados, na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, além do voto do relator da proposta de Emenda Constitucional nº 4, de 2015, deputado Marcos Rogério, do Partido Democrático Brasileiro, do Estado de Rondônia, foram apresentados três votos em separado, dentre os quais o voto do deputado Elmar Nascimento, do Partido Democratas, do Estado da Bahia.

Em seu voto, o deputado Elmar Nascimento alerta para a inconstitucionalidade material da citada proposta de Emenda Constitucional, sob a perspectiva da violação à cláusula pétrea disposta no § 4º, do art. 60 da Constituição brasileira de 1988, votando por sua inadmissibilidade, ao afirmar que:

[...]

Ora, ao desvincular parte das receitas da União provenientes de contribuições sociais, a parcela que teria destinação específica para a saúde, previdência ou assistência social passa a ter destino indefinido. Ou seja, o investimento das receitas angariadas com as contribuições fica a livre critério do governante, que poderá utilizar em programas do seu interesse em detrimento de áreas prioritárias e com vinculação constitucional. Ademais, o desvirtuamento da destinação das receitas destinadas a seguridade social põe em risco todo o sistema constitucional da seguridade social, considerando que pode aniquilar direitos fundamentais, como o direito a saúde, previdência e assistência social, o que afeta a dignidade humana. Nesse sentido, o desvio da arrecadação das contribuições- DRU para outras finalidades que não as previstas originariamente pela Constituição de 1988 viola o art.60, §4º, IV da Constituição, tendo em vista que fere princípios fundamentais do sistema constitucional da seguridade social, especialmente,

quando visam a concretização dos direitos fundamentais previstos nos artigos 1º, 3º, 195, 196, 201, 204 da CF.<sup>232</sup>

Ao final, foi publicada a redação para o segundo turno de discussão da proposta de Emenda Constitucional nº 4, de 2015, na Câmara dos Deputados, com a extensão da desvinculação, outrora limitada às receitas da União, às receitas dos Estados e dos Municípios, nos seguintes termos:<sup>233</sup>

[...]

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda Constitucional:

Art. 1º O art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, trinta por cento da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data. Parágrafo único. Excetua-se da desvinculação de que trata o caput a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal.”

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 76-A e 76-B:

“Art. 76-A. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, trinta por cento das receitas dos Estados e do Distrito Federal relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes.

Parágrafo único. Excetuam-se da desvinculação de que trata o caput:

I – recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198 e art. 212, da Constituição Federal;

II – receitas que pertencem aos Municípios decorrentes de transferências previstas na Constituição Federal;

III – receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores;

IV – demais transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei;

V – fundos instituídos pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelas Defensorias Públicas e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.”

<sup>232</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 4 de 2015**. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1300563&filename=Tramitacao-PEC+4/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1300563&filename=Tramitacao-PEC+4/2015)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>233</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 4 de 2015**. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1300563&filename=Tramitacao-PEC+4/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1300563&filename=Tramitacao-PEC+4/2015)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

“Art. 76-B. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, trinta por cento das receitas dos Municípios relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes. Parágrafo único. Excetuam-se da desvinculação de que trata o caput:

I – recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198 e art. 212, da Constituição Federal;

II – receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores;

III – transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei;

IV – fundos instituídos pelo Tribunal de Contas do Município”.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.

Posteriormente, em 8 de setembro de 2016, foi promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a Emenda Constitucional nº 93, sem alterações em relação ao texto aprovado pela Câmara dos Deputados.

## 2.4 LEITURA DE INTEGRAÇÃO II

A instituição de um Sistema de Seguridade Social, pela Constituição brasileira de 1988, objetivou a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente, com a promoção de mudanças nos paradigmas das políticas públicas de saúde, previdência social e assistência social.

Durante a apresentação deste capítulo, restou explicitado que o Sistema de Seguridade Social brasileiro é constituído pelos direitos fundamentais de segunda geração-dimensão à saúde, à previdência social e à assistência social. Estes possuem o traço característico comum da produção para o Estado de uma obrigação de fazer, um dever de agir, sob uma perspectiva de promoção da igualdade material.

Os direitos que integram o Sistema de Seguridade Social brasileiro possuem uma fundamentalidade material inspirada no princípio da dignidade da pessoa humana, assim como nos demais princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito,

baseada na forte importância conferida pela comunidade aos respectivos direitos, sob o viés axiológico.

Sob a perspectiva objetiva, os direitos fundamentais à saúde, previdência social e assistência social podem ser visualizados como frutos de decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, espraiando sua eficácia para todo o ordenamento jurídico, fornecendo, também, diretrizes para os Poderes Executivos, Legislativos e Judiciários.

A Constituição brasileira de 1988 determinou que o Sistema de Seguridade Social deve ser financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e por meio das contribuições sociais listadas nos incisos de seu art. 195.

As contribuições sociais são espécies de tributos e possuem como traço marcante a destinação de suas arrecadações que, no que diz respeito à seguridade social brasileira, encontra-se disposta no art. 195 da Constituição brasileira de 1988.

A compreensão do financiamento do Sistema de Seguridade Social deve estar fundamentada sob o ângulo do Direito como integridade, em Ronald Dworkin, atentando para os termos do Direito Constitucional e do Direito Financeiro, sob a perspectiva da proteção social dos cidadãos brasileiros.

A compreensão das relações jurídicas atinentes às contribuições sociais destinadas ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro realizada com suporte apenas nos institutos do Direito Tributário peca por sua limitação, ignorando todo o arcabouço constitucional que fora instituído para a sobredita proteção social brasileira.

O histórico das desvinculações de parte das receitas da União, iniciadas em 1994 e previstas até o ano de 2023, objetivando a promoção de formação de superávit primário nas contas do Estado, reiteradamente realizadas por meio de Emendas à Constituição, caracterizam-se pela utilização abusiva, inconstitucional e desfiguradora do financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro

Demarcadas as compreensões anteriores, no próximo e derradeiro capítulo, serão apresentadas as concepções essenciais sobre a constitucionalidade das normas jurídicas, sobre os princípios constitucionais da vedação de retrocesso social e da proporcionalidade, para, ao final, abarcando os conceitos e as considerações presentes nos dois capítulos iniciais, responder ao questionamento inicial da presente pesquisa.



### 3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO

As concepções essenciais e as relações entre o poder constituinte, o constitucionalismo, a Constituição e a reforma constitucional são importantes para a compreensão do que defenderemos, adiante, quanto à inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais que desvinculam parte das receitas da União instituídas pelo poder constituinte originário para o financiamento do sistema da Seguridade Social brasileiro.

Como ponto de partida, convém averbar que o poder constituinte, consistente no ato de uma sociedade estabelecer os fundamentos de sua organização, sempre houve; por sua vez, a teoria do poder constituinte foi inicialmente formulada nos fins do século XVIII.

O poder constituinte, segundo Bonavides,<sup>234</sup> é uma teoria da legitimidade do poder, pautada na razão humana, substituindo Deus pela nação, como titular da soberania, em oposição ao poder das monarquias de Direito divino, num processo de institucionalização ou despersonalização do poder.

Canotilho,<sup>235</sup> após expor que a problemática do poder constituinte envolve questões complexas sobre a Teoria Política, a Filosofia, a Ciência Política, a Teoria da Constituição e o Direito Constitucional, elenca quatro perguntas fundamentais necessárias à compreensão do tema em comento:

- a) O que é o poder constituinte?
- b) Quem é o titular desse poder?
- c) Qual o procedimento e forma de seu exercício?

---

<sup>234</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 143-148.

<sup>235</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 65.

d) Existem ou não limites jurídicos e políticos quanto ao exercício desse poder?

Procurando responder ao primeiro dos questionamentos, Canotilho<sup>236</sup> afirma que “[...] o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de autoridade política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição”.

O poder constituinte é um poder pré-jurídico e mesmo extrajurídico, não se tratando de um poder jurídico. O poder constituinte, segundo Sarlet *et al.*, “[...] pode ser definido como uma potência, no sentido de uma força em virtude da qual determinada sociedade política se dá uma nova constituição e, com isso, (re) cria e/ou modifica a estrutura jurídica e política de um Estado”.<sup>237</sup>

A resposta ao segundo questionamento é permeada por intensa controvérsia, em especial, conforme Sarlet *et al.*, quando vinculada à questão de sua legitimidade.

Souza Neto e Sarmento,<sup>238</sup> ao discorrerem sobre a titularidade do poder constituinte, apresentam duas das principais concepções que marcaram a evolução constitucional sobre o tema:

a) a concepção esposada por Emmanuel-Joseph Sieyès,<sup>239</sup> referente à teoria da soberania nacional, que compreendia que o titular do poder constituinte era a nação. À nação pertence o poder soberano, que se expressa no momento da elaboração da Constituição. Essa ideia foi recepcionada pelo art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A nação é compreendida como uma “unidade orgânica permanente”, não se confundindo com o conjunto de indivíduos que a compõem em determinado momento da vida nacional;

---

<sup>236</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 65.

<sup>237</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.100.

<sup>238</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 247-249.

<sup>239</sup> Foi um político, escritor e eclesiástico francês, com participação no desenvolvimento do constitucionalismo em seu país, ao escreveu a obra “O que é o terceiro Estado?”.

- b) a concepção concebida classicamente pelo filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau,<sup>240</sup> referente à autonomia pública, que tem lugar quando as normas jurídicas são elaboradas por seus destinatários. Daí, como a vontade é escrita na lei do próprio cidadão, este não obedece senão à sua própria vontade, como realização de um ideal democrático de liberdade política. Foi a concepção encampada pela doutrina constitucional norte-americana, em que o titular do poder constituinte é o povo.

Barroso afirma que o poder constituinte se situa:

[...] na confluência entre o Direito e a Política, e sua legitimidade repousa na soberania popular. Modernamente, a reaproximação entre o Direito e a ética, assim como a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, inspiram a percepção da existência de limites ao poder constituinte, a despeito das dificuldades teóricas que o tema suscita e das complexidades de sua efetivação.<sup>241</sup>

O debate sobre a titularidade do poder constituinte, segundo Barroso,<sup>242</sup> “[...] não tem por objeto a descrição da força material que o exerce, mas a sua valoração ética”. Enquanto as normas constitucionais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade e de legalidade, o poder constituinte pode ser aferido quanto à sua legitimidade.

A Constituição brasileira de 1988 enuncia, em seu preâmbulo e no § 1º, do art. 1º, que o titular do poder constituinte é o povo que o exerce diretamente ou por meio de representantes, ao dispor que: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático” e “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

---

<sup>240</sup> Foi um filósofo, teórico político e escritor. Autor da obra “O contrato social”.

<sup>241</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 120.

<sup>242</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127.

Souza Neto e Sarmento alertam que não é incomum a invocação em textos constitucionais do povo como titular do poder constituinte, sem que sua participação efetiva venha a ocorrer no processo constituinte, concluindo que:

Porém, é fora de dúvida que efetivamente se abram os espaços para a participação popular na elaboração da Constituição. É muito mais nisso do que nas abstrações e mistificações sobre a titularidade do poder constituinte que está a diferença entre o constitucionalismo democrático e autoritário. O poder constituinte do povo não pode ser concebido como categoria metafísica, desencarnada da realidade: ele não se manifesta por meio de uma “decisão política fundamental”, tomada, como por quem decreta o *fiat lux*, num momento estanque da vida do Estado.<sup>243</sup>

Em relação ao terceiro questionamento, isto é, sobre qual deve ser o procedimento e forma de seu exercício, Canotilho<sup>244</sup> apresenta duas opções de respostas: poderá ser por meio de um procedimento legislativo-constituinte, com a convocação de uma assembleia constituinte exclusivamente eleita para a elaboração de uma nova constituição ou poderá ser por meio de um procedimento referendário-plebiscitário, quando o povo aprovaria, mediante um plebiscito ou referendo, o texto da nova Constituição.

Por fim, quanto ao quarto questionamento, relacionado com o conteúdo e a legitimidade de uma Constituição e dos limites do poder constituinte, leciona Canotilho:

[...] o poder constituinte, embora se afirme como poder originário, não se exerce num vácuo histórico cultural. Ele “não parte do nada” e, por isso, existem certos princípios – dignidade da pessoa humana, justiça, liberdade, igualdade – através dos quais poderemos aferir a *bondade* ou *maldade* intrínsecas de uma constituição.<sup>245</sup>

O poder constituinte pode ser compreendido, em relação ao momento de sua atuação, em originário ou derivado. Trata-se de uma distinção relevante para esta pesquisa, como adiante será mais profundamente refletido, no que diz respeito aos limites do

---

<sup>243</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 251.

<sup>244</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 66.

<sup>245</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 66.

poder constituinte derivado ao emendar a Constituição, isto é, ao promover uma reforma constitucional.

O poder constituinte originário, poder político ou extrajurídico, conforme apregoam Mendes *et al.*,<sup>246</sup> “[...] é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”. Adiante, elencam suas características básicas, que podem ser assim resumidas: a) é inicial, eis que está na origem do ordenamento jurídico; b) é ilimitado, já que não pertence a nenhuma ordem jurídica anterior que o constranja; e c) é incondicionado, porque não pode ser regido em suas formas de expressão pelo Direito preexistente.<sup>247</sup>

A característica de tratar-se ilimitado o poder constituinte originário deve ser compreendida com reservas, considerando que sua teoria original foi desenvolvida no pensamento histórico e filosófico jusnaturalista, portanto, além da realidade fática, devem ser sopesados como suas limitações os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça.

Sarlet *et al.*<sup>248</sup> acrescentam às características do poder constituinte originário acima citadas seu aspecto de permanência e inalienabilidade, que não desaparece com a entrada em vigor de uma nova Constituição.

Lado outro, o poder constituinte derivado, não é inicial, nem incondicionado e nem ilimitado, pois está subordinado ao poder constituinte originário. “Aqui toma o poder constituinte feição jurídica e se exercita necessariamente dentro de um quadro de limitações tácitas ou expressas”.<sup>249</sup>

A necessidade da previsão da existência de um procedimento para que ocorra a reforma de uma Constituição é ressaltada por Barroso, quando afirma que as

---

<sup>246</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 231-232.

<sup>247</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 232.

<sup>248</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.103.

<sup>249</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 347.

Constituições não podem ser imutáveis em função da evolução histórica, da mudança da realidade e das demandas sociais. Adverte, entretanto, que a Constituição não pode ser volúvel, ao sabor das circunstâncias; é necessária a busca pelo equilíbrio entre estas duas necessidades, de estabilidade e de adaptabilidade.<sup>250</sup>

Em síntese: o poder reformador, frequentemente referido como poder constituinte derivado, é um poder de direito, e não um poder soberano. Por via de consequência, somente poderá rever a obra materializada na Constituição originária observando as formas e parâmetros nela estabelecidos. Essa é a prova, aliás, de que o poder constituinte originário, mesmo na sua latência, continua presente.<sup>251</sup>

Avançando e, dessa feita, discorrendo a respeito do Constitucionalismo, deve ser firmado, conforme Canotilho,<sup>252</sup> que, “[...] em termos rigorosos, não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês)”. Portanto, é preferível a compreensão da existência de movimentos constitucionais, com características nacionais e com alguns momentos de aproximação entre si.

Bonavides,<sup>253</sup> ao discorrer sobre a formação do Estado moderno, em especial quanto ao período de transição entre o Estado absoluto e o Estado constitucional, aponta a importância do jusnaturalismo, a saber, do Direito Natural, desvinculado da divindade e articulado com a razão, como base filosófica para o Constitucionalismo.

O Constitucionalismo significa, em essência, segundo Carvalho,<sup>254</sup> limitação do poder para que se evite o arbítrio. Representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do Direito e não do mero poder, nem sempre se identificando com a existência de uma Constituição escrita.

---

<sup>250</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 163-164.

<sup>251</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171.

<sup>252</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 51.

<sup>253</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 45-47.

<sup>254</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 213.

Nesse sentido, Barroso<sup>255</sup> aponta três ordens de limitações de poder no Estado constitucional, quais sejam: a) as limitações materiais, consistentes em valores básicos e nos direitos fundamentais que não de ser sempre preservados; b) a existência de uma específica estrutura orgânica de separação das funções estatais de legislar, de administrar e de julgar em órgãos distintos, independentes e que se controlem reciprocamente; e, por fim, c) a existência de limitações processuais, compostas pelo devido processo legal procedimental e substantivo.

Quando for utilizada, neste capítulo, a expressão “Constituição”, esta diz respeito à Constituição no Estado Moderno, fruto das revoluções liberais, que concederam novos sentido, forma e conteúdo à expressão.

A Constituição da época moderna vem compreendida por Canotilho<sup>256</sup> como “[...] a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito”.

Barroso, por sua vez, apresenta uma visão esquematizada e simplificadora do conceito de Constituição, em seus sentidos material e formal, como reproduzido abaixo, considerando, em especial, o relevo do ponto de vista jurídico, sob a dimensão material:

- a) do ponto de vista político, como conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade;
- b) do ponto de vista jurídico, é preciso distinguir duas dimensões:
  - i) **em sentido material, isto é, quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados;**
  - ii) em sentido formal, isto é, quanto à sua posição no sistema, a Constituição é a norma fundamental e superior, que regula o modo de

---

<sup>255</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: 2011. p. 27-28.

<sup>256</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 107.

produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo<sup>257</sup> (grifos nossos).

Em relação às funções das Constituições, Sarlet *et al.*<sup>258</sup> apresentam a seguinte enunciação, desvinculada de critérios hierárquicos ou cronológicos:

- a) função de limitação jurídica e controle do poder, mediante uma separação de poderes e da garantia de direitos fundamentais;
- b) função de ordem e ordenação, ao configurar jurídico-politicamente o Estado e o modo de sua atuação pelo Direito, como fundamento de validade e eficácia das demais normas jurídicas;
- c) função de organização e estruturação do poder, criando os órgãos constitucionais, fixando suas competências e estabelecendo os princípios estruturantes da organização do poder político;
- d) função de legitimidade e legitimação da ordem jurídico-constitucional, guardando conformidade com uma ideia de Direito e de valores substanciais de um povo em determinado momento histórico;
- e) função de estabilidade, que trata de uma ordem fundamental de caráter duradouro, mas que também permite alterações nos casos da mutação constitucional ou de sua reforma, desde que atendidas as limitações formais e materiais;
- f) função de garantia e afirmação da identidade política, instaurada mediante o processo constituinte;
- g) função de reconhecimento e garantia da liberdade e dos direitos fundamentais;

---

<sup>257</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: 2011. p. 97.

<sup>258</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 87.



h) função de imposição de programas, fins e tarefas estatais vinculantes dos poderes constituídos.

Considerando que a Constituição não se pretende eterna, a reforma constitucional, no Estado Democrático de Direito brasileiro, efetiva-se por meio de um procedimento de elaboração das normas constitucionais mais complexo que o procedimento para a elaboração das normas infraconstitucionais, característica essa das Constituições rígidas.

No Brasil, o art. 60 da Constituição de 1988 estabeleceu limitações ao poder constituinte derivado relacionadas com a forma e o conteúdo das emendas que vierem a ser inseridas no texto constitucional, nos seguintes termos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;  
II - do Presidente da República;  
III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.  
§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.  
§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.  
§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
I - a forma federativa de Estado;  
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;  
III - a separação dos Poderes;  
IV - os direitos e garantias individuais.  
§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.<sup>259</sup>

As limitações ao poder constituinte derivado podem ser assim elencadas:

---

<sup>259</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

- a) **Temporais e circunstâncias:** a constituição não pode sofrer reformas em determinados períodos e situações jurídicas, por exemplo, a disposição prevista no § 5º, do art. 60;
- b) **Formais:** a) iniciativa: a reforma depende de iniciativa de 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; ou de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados; b) o quórum de aprovação de 3/5 dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional; c) procedimento: discussão e votação em cada casa, em dois turnos;
- c) **Materiais:** a) explícitos: cláusulas pétreas, que perfazem um núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário, que deve ser preservado de quaisquer mudanças institucionalizadas. Vêm dispostas por exemplo, na disposição prevista no § 4º, do art. 60, da Constituição brasileira de 1988; b) implícitos: estão fora do alcance do poder de revisão as normas que digam respeito ao titular do poder constituinte (soberania popular), ao titular do poder reformador e ao procedimento que disciplina o poder de reforma,

Ponto que merece destaque, conforme leciona Sarlet,<sup>260</sup> em relação às limitações materiais ao poder de reforma constitucional, é que as cláusulas pétreas não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si mesmos, mas sim os princípios neles plasmados, que são estes os que não devem ser esvaziados com eventuais reformas constitucionais.

O grau de proteção de cada direito fundamental, por sua vez, irá depender da delimitação de seu núcleo essencial, daí que as características dos direitos sociais não deverão ser desprezadas ou ignoradas, pelo contrário, por se tratar de direitos que, em regra, demandam recursos econômicos para sua concretização, deverão ter suas peculiaridades sopesadas por ocasião da realização daquela delimitação.

---

<sup>260</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 438.

Registro deve ser feito, nos termos em que compreendem Sarlet *et al.*,<sup>261</sup> que, em princípio, não apenas os direitos fundamentais expressamente elencados no Título II, da Constituição de 1988, mas também os direitos dispersos pelo Texto Constitucional correspondem, no plano subjetivo, a direitos e garantias fundamentais, encontrando-se sob a proteção do poder de reforma constitucional.

Deve ser firmada, ainda, neste momento, uma relação relevante entre os direitos sociais e a norma contida no inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição brasileira de 1988,<sup>262</sup> que afirma que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, no sentido de que direitos sociais são direitos fundamentais e, conseqüentemente, integram o inciso IV, acima citado, conforme, dentre outros, os argumentos de Sarlet *et al.*:<sup>263</sup>

- a) A Constituição brasileira, diferentemente de outras ordens constitucionais, como é o caso da Constituição da República Portuguesa, não traça uma genérica e expressa diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos;
- b) Os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa;
- c) Para além disso, relembremos que uma interpretação que limita o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no artigo 60, § 4º, inc. IV, de nossa lei Fundamental.

Nesse mesmo sentido, Sarlet *et al.*<sup>264</sup> destacam que “[...] já nos Preâmbulo da Constituição de 1988 encontra-se referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado”.

---

<sup>261</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 87.

<sup>262</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

<sup>263</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.144-145.

<sup>264</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.146.

Nesse escopo, Piovesan afirma, ao discorrer sobre a construção histórica dos direitos humanos, que os direitos sociais, econômicos e culturais são de direitos exigíveis judicialmente, ao afirmar:

Sob a ótica internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.<sup>265</sup>

Mendes *et al.*<sup>266</sup> esclarecem, ao discorrerem sobre a postura que o Estado adotou em relação aos direitos sociais, que estes nem sequer eram pensados durante o Estado Liberal, passando a merecer atenção e a ser implementados, ainda que seletivamente, no Estado Social e, no Estado Democrático de Direito, tornaram-se exigências crescentemente satisfeitas.

Os direitos sociais componentes do Sistema da Seguridade Social brasileiro, a saúde, a previdência social e a assistência social são direitos fundamentais e não devem ser objeto de deliberação a proposta de Emenda à Constituição tendente a abolir seus núcleos essenciais.

### 3.1 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

As concepções essenciais da eficácia das normas constitucionais já foram anteriormente elencadas, ao serem abordadas as eficácias negativa, vedativa de retrocesso e interpretativa, especificamente no tocante aos princípios constitucionais.

Neste momento, será realizado um aprofundamento do tema. Desta feita, atentando para a eficácia dos direitos fundamentais, em especial dos direitos fundamentais

---

<sup>265</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). **Manual de direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 557.

<sup>266</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 758.

sociais, em sua vertente de proteção de vedação de retrocesso, contra limitações inconstitucionais.

No momento anterior, restou consignado tratar-se a eficácia jurídica da capacidade – associada à imperatividade e sindicabilidade – das normas de associarem algum tipo de consequência ao descumprimento de suas determinações que, por via transversa, promovam o alcance do efeito originariamente pretendido ou seu equivalente.

Todas as normas jurídicas, nas quais se incluem as constitucionais, possuem eficácia jurídica. Daí Sarlet *et al.*<sup>267</sup> discorrerem sobre uma relação de efeitos jurídicos gerados por normas constitucionais, nos seguintes termos resumidos:

- a) acarretam a revogação ou não recepção dos atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo e, via de consequência, sua não aplicação, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade;
- b) possuem imposições que vinculam permanentemente o legislador, no sentido de que este tem o dever de concretizar programas, tarefas, fins e ordens mais ou menos concretos estabelecidos pela Constituição;
- c) implicam a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição e que violem os princípios e regras constitucionais;
- d) constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das demais normas jurídicas, influenciando o sentido, toda a ordem jurídica. Ademais, implicam um dever de interpretação conforme a Constituição;
- e) geram a possibilidade de impugnação, pela via jurisdicional, das ações e omissões que violam a Constituição.

---

<sup>267</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 189-190.

A positivação de determinados direitos no seio constitucional, concedendo-lhes as sobreditas fundamentalidades formal e material, vem revestida do propósito do poder constituinte originário de concretização de determinados bens jurídicos e valores, por meio de transformações na realidade da sociedade.

Considerado esse propósito, assim como a concepção de que não existem direitos fundamentais absolutos, deve haver um arcabouço de institutos jurídicos apto a disciplinar a normatização dos direitos fundamentais, em face de suas eventuais imposições de limites e restrições. Nesse prisma, Sarlet *et al.*<sup>268</sup> apresentam três elementos, categorias dogmáticas, que atuam nesse sentido, quais sejam, o âmbito de proteção, os limites e os limites dos limites.

O âmbito de proteção de um direito fundamental, segundo Canotilho,<sup>269</sup> diz respeito tanto ao momento descritivo, à descrição em termos materiais, isto é, a articulação de um direito fundamental com determinado âmbito da realidade social; quanto ao âmbito de proteção normativo, consistente num recorte limitativo do conteúdo merecedor de garantia jurídico-constitucional.

A citada distinção traz consigo importante conclusão de que o conteúdo juridicamente protegido está associado às mediações jurídicas feitas em torno de um direito fundamental em concreto.

Sarlet *et al.*<sup>270</sup> apontam que, concernente à restringibilidade dos direitos fundamentais, estão em contraposição as teorias interna e externa dos limites aos direitos fundamentais, que influenciam a compreensão de uma maior ou menor amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

---

<sup>268</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 379-399.

<sup>269</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 448-450.

<sup>270</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 380-383.

A teoria interna, associada à ideia de limites imanentes, em síntese, defende que um direito existe desde sempre com seu conteúdo determinado, definindo, então, desde o início, seus próprios limites.

Discorrendo sobre a teoria interna, Pereira afirma:

Essa vertente teórica – também denominada de concepção estrita do conteúdo dos direitos – considera que os direitos fundamentais cuja restrição não é expressamente autorizada pela Constituição não podem ser objeto de autênticas limitações legislativas, mas apenas de delimitações, as quais devem cingir-se a desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto.<sup>271</sup>

Sarlet *et al.* prosseguem, afirmando que a teoria externa, diversamente, faz a distinção entre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e os limites ao âmbito de proteção, defendendo, que os direitos e suas normas garantidoras nascem primeiro e depois se estabelecem normas restritivas de direitos.

Nesse mesmo sentido, discorrendo sobre a teoria externa, aduz Pereira<sup>272</sup> que a interpretação constitucional, objetivando determinar as situações que são protegidas pelos direitos fundamentais, deve ser realizada, então, em duas etapas: primeiramente identificar o conteúdo do direito, seus contornos máximos, sua esfera de proteção e, posteriormente, precisar os limites externos que decorrem da necessidade de conciliá-lo com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos.

Nessa perspectiva, ainda Sarlet *et al.* lecionam que os limites dos direitos fundamentais podem ser compreendidos como:

[...] as ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo ou Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais.<sup>273</sup>

---

<sup>271</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140.

<sup>272</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140.

<sup>273</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 383.

Canotilho,<sup>274</sup> a seu turno, denota que podem ser realizadas restrições a direitos fundamentais: a) por meio de restrições feitas diretamente pela Constituição; b) por meio de restrições feitas por lei, mas expressamente autorizadas pela Constituição – reserva de lei restritiva; e c) por meio de leis, mas sem expressa autorização da Constituição.

Um ponto importantíssimo que deve ser considerado sobre as restrições a direitos fundamentais, quer sejam diretas quer sejam indiretas, conforme o alerta formulado por Sarlet *et al.*,<sup>275</sup> é a exigência de que elas venham acompanhadas de um fundamento constitucional.

Considerando, assim, que os direitos fundamentais podem sofrer restrições, Mendes *et al.*<sup>276</sup> discorrem que essas restrições devem ter limites, lecionando que “[...] esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”.

Ainda no contexto dos limites aos limites de restrições aos direitos fundamentais, encontra-se a necessidade da percepção da garantia do núcleo essencial do direito. “Existe um núcleo essencial dos direitos, liberdade e garantias que não pode, em caso algum ser violado”, conforme apontado por Canotilho.<sup>277</sup>

As considerações acima formuladas sobre a existência de limites aos limites de restrições aos direitos fundamentais são aplicáveis a todos os direitos fundamentais, o que inclui os direitos fundamentais sociais.

Duque afirma que a teoria dos limites dos limites é direcionada, em primeiro lugar, ao legislador, ao afirmar que:

---

<sup>274</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 450-451.

<sup>275</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 384.

<sup>276</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 349.

<sup>277</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 458.



Nesse contexto, o conceito de limites dos limites refere-se aos limites que vigem para o legislador, no momento em que ele, no curso de sua competência constitucional, restringe direitos fundamentais. Tem como fundamento, portanto, impedir que o legislador aja livremente – desprovido de qualquer medida ou moderação – na restrição de direitos fundamentais, a fim de que um conteúdo, considerado como essencial, reste preservado, mesmo após a incidência dessas restrições.<sup>278</sup>

Piovesan,<sup>279</sup> ao discorrer sobre a proteção dos direitos sociais e econômicos na Constituição de 1988, alerta sobre o alargamento das funções estatais na nova ordem constitucional, que veio incorporar fins econômicos e sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica.

Nesse ensejo de imposição de limites aos limites, em especial quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais, ganha relevo o princípio da proibição de retrocesso, que terá seus contornos principais esmiuçados a seguir.

A característica da cumulatividade dos direitos fundamentais sociais e seu inter-relacionamento com o princípio da vedação de retrocesso social vem apregoada por Brega Filho,<sup>280</sup> ao afirmar que:

Os direitos sociais, por serem direitos fundamentais, têm como característica a cumulatividade, ou seja, dentro de uma ideia de patrimônio político-jurídico, os direitos sociais reconhecidos pelo Estado passam a constituir um verdadeiro patrimônio dos indivíduos, que não pode ser suprimido. Fala-se, então, que o estágio dos direitos sociais não pode retroceder, reconhecendo-se a existência do princípio da proibição de retrocesso, também conhecido por proibição da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais.

Sarlet *et al.*<sup>281</sup> destacam que, sob um aspecto bem amplo, isto é, como proteção a qualquer forma de restrição a direitos fundamentais em face de condutas do Poder

---

<sup>278</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 282.

<sup>279</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. p. 56. In: CANOTILHO, José Gomes (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53-69.

<sup>280</sup> BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)**, Jacarezinho, n. 19, p. 104-105, jul./dez. 2003.

<sup>281</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos sociais. In: CANOTILHO, José Gomes (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71-109.

Público, o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo sob outra denominação, já possui, de longa data, institutos que adotam essa acepção, dentre os quais elenca a garantia do constitucional do direito adquirido, da coisa julgada e dos atos jurídicos perfeitos, as ditas cláusulas pétreas.

Entretanto, a especialização e manutenção de uma acepção restritiva é importante, em especial, por conta das considerações a seguir apresentadas:

Dessa forma, verifica-se que a designação proibição de retrocesso social, que opera precisamente na esfera dos direitos sociais, especialmente no que diz com a proteção 'negativa' (vedação da supressão ou diminuição) de direitos a prestações sociais, além de uma ideia-força importante (a iluminar a ideia de que existe de fato um retrocesso – e não um simples voltar a trás, portanto uma medida de cunho regressivo), poderia ser justificada a partir de algumas peculiaridades dos direitos sociais, o que, importa sempre frisar, não se revela incompatível com a substancial equivalência – referente a sua relevância para a ordem constitucional – entre os direitos sociais (positivos e negativos).<sup>282</sup>

A Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu art. 18.3, traz previsão expressa sobre a proibição de retrocesso, nos seguintes termos: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.<sup>283</sup>

A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, não possui previsão expressa sobre o princípio da proibição de retrocesso social, entretanto o princípio se encontra implícito no Texto Constitucional.

Os elementos para uma fundamentação jurídico-constitucional de uma proibição de retrocesso, especialmente em matéria de direitos sociais, vem propostos por Sarlet,<sup>284</sup>

---

<sup>282</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos sociais. In: CANOTILHO, José Gomes (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71-109.

<sup>283</sup> PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2016.

<sup>284</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos sociais. In: CANOTILHO, José Gomes (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71-109.

ao elencar os princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional dos quais decorre o sobredito princípio, resumido nos seguintes termos:

- a) do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, que impõe a manutenção de um patamar mínimo de segurança jurídica e de proteção social, que abrange a garantia de um mínimo existencial;
- b) do princípio da dignidade da pessoa humana que impõe prestações positivas para a concretude de uma existência condigna para todos;
- c) do princípio e dever da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, reforçado pelos ditames previstos no § 1º, do art. 5º, da Constituição de 1988;
- d) da insuficiência da proteção conferida pelos exemplos citados acima sobre a acepção ampla de a proibição de retrocesso não alcançar todo o universo de situações que integram um conceito amplo de segurança jurídica, que encontra seu alicerce no Estado Democrático e Social de Direito, previsto no *caput* do art. 5º, da Constituição de 1988;
- e) do princípio da confiança, elemento nuclear do Estado de Direito, impõe a boa-fé nas relações com os particulares e a estabilidade e continuidade da ordem jurídico-objetiva;
- f) da necessidade do princípio para evitar a frustração da efetividade constitucional, em casos em que o legislador vier a revogar uma norma referente à concretude de direitos fundamentais e promover, com isso, o retorno a uma situação de omissão inconstitucional anterior;
- g) do sistema de proteção internacional – art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil – que impõe a progressiva concretização da proteção social por parte dos Estados, o que faz com que esteja implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados;

Sarlet *et al.*<sup>285</sup> realçam que toda e qualquer medida que suprima ou restrinja o âmbito de proteção de um direito fundamental social deve ser considerada “suspeita” de promover uma violação do direito e deve ser submetida ao controle de legitimidade constitucional. Para tanto, propõe uma análise do tema, nos seguintes termos sumariados:

- a) a medida estatal que restringir ou suprimir um bem e/ou serviço protegido com base em um direito fundamental social deve buscar atender à finalidade constitucionalmente legítima, portanto deverá ter por objetivo a proteção ou promoção de outro direito fundamental ou salvaguardar interesse constitucionalmente relevante;
- b) a medida restritiva não poderá afetar o núcleo essencial do direito fundamental social – núcleo que compreende o conjunto de elementos essenciais à configuração de um direito como tal, insuscetíveis de supressão ou alteração – sem que, com isso, ocorra a descaracterização do conteúdo e/ou estrutura do direito;
- c) a observância das exigências da proporcionalidade (tanto a que proíbe excessos, quanto a que veda a proteção insuficiente) é indispensável;
- d) o controle, quando couberem limitações em matéria de direitos sociais, no que diz respeito às reservas legais e ao conteúdo do princípio da segurança jurídica e das respectivas garantias da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, assim como aos requisitos da proteção à confiança legítima.

Pinto<sup>286</sup> defende que a compreensão de vedação de retrocesso compreende, também, um dever social de ação governamental para um incremento sistemático do estágio inicial, consistente numa vedação de estagnação, em que todos os entes de Federação devem promover um financiamento progressivo dos direitos fundamentais.

---

<sup>285</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 384.

<sup>286</sup> PINTO, Élica Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 231-232.

Nesse contexto de proteção dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45,<sup>287</sup> assentou premissas que disciplinam sua interpretação quanto ao tema da concretização dos direitos fundamentais sociais, notadamente em frente aos recursos públicos, e que merecem ser apontadas pela pertinência com a presente pesquisa.

A ação de índole constitucional foi ajuizada pelo Partido da Social Democracia (PSDB) em face de veto emanado pelo então Presidente da República, que incidiu sobre o § 2º, do art. 55, posteriormente renumerado para art. 59, da proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003,<sup>288</sup> Lei de Diretrizes Orçamentárias, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da Lei Orçamentária Anual de 2004.

O autor da supracitada ação constitucional sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Posteriormente, o objetivo perseguido na ADPF foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777/2003,<sup>289</sup> promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à Emenda Constitucional nº 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas, e sempre em benefício da população brasileira, os recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Independente da promulgação da supracitada Lei, que culminou com a perda do objeto da ADPF em comento, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do voto proferido pelo ministro relator Celso de Mello, explicitou, em seu voto, ponto que deve

---

<sup>287</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgada prejudicada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 45. Presidência da República e Partido da Social Democracia Brasileira. Disponível em: **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 4 de maio de 2004.

<sup>288</sup> **Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.707.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.707.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>289</sup> **Lei nº 10.777, de 24 de novembro de 2003.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.777.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.777.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

ser destacado na presente pesquisa, qual seja, a relação entre a concretização da dignidade da pessoa humana e os gastos públicos, conforme trecho abaixo:

[...] A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.<sup>290</sup>

O Supremo Tribunal Federal vem interpretando a Constituição brasileira de 1988, no que diz respeito ao princípio da proibição de retrocesso social, como um princípio constitucional implícito aplicável aos direitos fundamentais sociais.

Uma das oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o princípio da proibição de retrocesso social foi por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745,<sup>291</sup> de Minas Gerais, sob a relatoria do ministro Celso de Mello, tendo por agravante o município de Belo Horizonte e por agravado Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

A questão central do julgamento foi verificar se se revela possível ao Judiciário, sem que incorra em ofensa ao postulado do princípio da separação de poderes, determinar a adoção, pelo município, quando injustamente omissos no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais.

O ministro Celso de Mello consignou em trecho de seu voto:

[...] Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente

---

<sup>290</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgada prejudicada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 45. Presidência da República e Partido da Social Democracia Brasileira. Disponível em: **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 4 de maio de 2004.

<sup>291</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao recurso de agravo. ARE nº 745.745. Município de Belo Horizonte e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: ministro Celso de Mello. Disponível em: **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 19 de fevereiro de 2014.

aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.<sup>292</sup>

O princípio da proibição de retrocesso social será retomado quando se adentrar ao tema da constitucionalidade da desvinculação de parte das receitas da União originariamente destinada ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro.

Por fim, traçados os contornos essenciais do princípio da vedação de retrocesso social, resta constatada sua pertinência, no Estado Democrático de Direito brasileiro, à concretização da cidadania, sob a perspectiva de promoção de um crescente desenvolvimento social inclusivo, nos termos dispostos no preâmbulo constitucional.

### 3.2 CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE: ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Como apontado, o ordenamento jurídico é constituído por regras e por princípios, espécies do gênero normas jurídicas, que devem coexistir sob o ângulo da integridade, da coerência, concedendo a harmonia necessária para funcionamento do sistema, tendo por fundamento de validade uma norma superior, a qual todas as normas inferiores hierarquicamente devem uma pertinência qualificada.

Ocorrendo incongruências entre as normas jurídicas hierarquicamente inferiores e a norma paradigma, a norma fundamental, a Constituição, será necessário que o próprio sistema jurídico possua mecanismos de estabilização e de correção dessa

---

<sup>292</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao recurso de agravo. ARE nº 745.745. Município de Belo Horizonte e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: ministro Celso de Mello. Disponível em: **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 19 de fevereiro de 2014.

anomalia, objetivando a retomada da harmonia, da estabilização do conjunto, sem a qual as finalidades da lei fundamental não serão alcançadas em sua integralidade.

Nesse sentido, segundo Barroso, “O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição”.<sup>293</sup>

A supremacia da Constituição e a rigidez constitucional são as duas premissas elencadas pela doutrina como necessárias para a existência do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Bonavides afirma que, em relação à rigidez constitucional, deve-se atentar para o fato de que “O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos”.<sup>294</sup>

Barroso,<sup>295</sup> em referência à supremacia da Constituição, discorre que essa premissa revela a posição hierárquica mais elevada da Constituição dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis.

Miranda<sup>296</sup> esclarece que:

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base.

Sarlet <sup>297</sup> *et al.*, ao discorrerem sobre o surgimento do controle judicial de constitucionalidade no Direito comparado e sua evolução no Direito brasileiro, relatam que o controle judicial da constitucionalidade das leis surgiu nos Estados Unidos.

---

<sup>293</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 23.

<sup>294</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 303.

<sup>295</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

<sup>296</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo VI**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 9.

<sup>297</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 881-928.



O controle de constitucionalidade não está previsto na Constituição dos Estados Unidos, tendo seus contornos enunciados na obra "O federalista", consistente numa série de 85 capítulos, publicados entre os anos de 1787 e 1788, primeiramente no "Independent Journal", de Nova Iorque, e logo a seguir em vários jornais dos Estados Unidos. Posteriormente, foram publicados em forma de livro.

Alexander Hamilton foi o autor do capítulo nº 78, intitulado "Da inamovibilidade do Poder Judiciário", que promoveu um exame sobre o Poder Judiciário, segundo o plano proposto para o novo governo dos Estados Unidos, cujos trechos abaixo transcritos apresentam parte das premissas do controle de constitucionalidade em comento:

Algumas dúvidas têm sido suscitadas sobre o direito atribuído aos Tribunais de Justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos produzidos pelo Corpo Legislativo; porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a Legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior.

Como esta doutrina é de grande importância em todas as Constituições da América, não será fora de propósito discutir os princípios em que se funda.

Todo o ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos da comissão, é nulo. Este princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do Corpo Legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isto seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que estes poderes autorizam, como para o que eles proíbem.

[...] A Constituição é, e deve ser considerada pelos juizes como, lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais, judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do Corpo Legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado, que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto, ou a intenção do povo à dos seus agentes (tradução nossa).<sup>298</sup>

Em 1803, foi proferida, nos Estados Unidos, uma decisão judicial emblemática para a sedimentação do controle de constitucionalidade judicial naquele país, no caso *Marbury versus Madison*, quando, pela primeira vez, a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu sua competência para declarar inválidos atos legislativos contrários à Constituição.

---

<sup>298</sup> HAMILTON; MADISSON; JAY. **O federalista**, publicado em inglês. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840. 3. v. p. 157-159. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>>. Acesso em: 31 dez. 2016.

Influenciada pela teoria e pela jurisprudência dos Estados Unidos, a Constituição brasileira de 1891, ao instituir a Federação e a República, sedimentou no país a teoria do controle de constitucionalidade.

Hodiernamente, a Constituição brasileira de 1988 disciplina em vários artigos o controle de constitucionalidade a ser realizado pelos membros do Poder Judiciário, num sistema, segundo Sarlet *et al.*,<sup>299</sup> difuso, conjugando os controle incidental e principal e os controles concreto e abstrato.

Sarlet *et al.*<sup>300</sup> esclarecem que, considerando o modo como a questão da constitucionalidade é levada à apreciação do Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade pode ser principal, quando o objeto do processo é a própria questão constitucional, ou incidental, quando é arguida a inconstitucionalidade da lei que configura pressuposto à tutela jurisdicional do direito.

Neste contexto de controle de constitucionalidade, a inconstitucionalidade pode ser apreciada sob diversos ângulos, dentre os quais alguns serão expostos a seguir, em frente ao objetivo da presente pesquisa.

O controle de constitucionalidade abstrato ocorre em processo voltado unicamente à análise da constitucionalidade da norma, não dizendo respeito à solução de um litígio específico, no qual as partes sejam identificáveis, desvinculado de direitos subjetivos numa situação concreta de litígio.

O controle de constitucionalidade concreto é realizado em demandas em que a questão constitucional é decidida como um pressuposto à resolução de uma demanda. É associado à aferição de direito subjetivo ou interesse legítimo, cuja tutela jurisdicional dela dependa.<sup>301</sup>

---

<sup>299</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 946.

<sup>300</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 934-944.

<sup>301</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 940.

A inconstitucionalidade pode ser formal ou material. Mendes *et al.*<sup>302</sup> discorrem que a inconstitucionalidade é formal quando um ato normativo é viciado nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação ou na sua forma final.

A ausência de pertinência qualificada, entre o ato normativo e a Constituição, ocorre quando o ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico, conforme Barroso.<sup>303</sup>

A inconstitucionalidade material ou substantiva diz respeito à existência de uma incompatibilidade entre o conteúdo de um ato normativo infraconstitucional e uma regra ou princípio constitucional.

Ocorrendo o reconhecimento de quaisquer uma das inconstitucionalidades, formal ou material, juntas ou isoladas num mesmo ato normativo infraconstitucional, a consequência jurídica será a invalidade da norma, com reflexos sobre sua eficácia.

A inconstitucionalidade poderá, também, ocorrer por ação, isto é, quando existe uma norma que não se conforma com o texto constitucional, ou por omissão, caracterizada, segundo Sarlet *et al.*,<sup>304</sup> “[...] pela falta ou ausência de norma infraconstitucional reputada, ainda que não clara e expressamente, essencial para a realização de norma constitucional ou para a satisfação de direito fundamental”.

Duas considerações ainda devem ser feitas: as normas que estão sujeitas ao controle de constitucionalidade são qualquer lei ou ato normativo advindo do Poder Público, dentre os quais, as Emendas à Constituição; e será considerado nesta pesquisa o controle de constitucionalidade judicial, isto é, aquele realizado pelos membros do Poder Judiciário.

---

<sup>302</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1061.

<sup>303</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

<sup>304</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 955-956.

Miranda,<sup>305</sup> ao tratar da inconstitucionalidade de normas constitucionais afirma que “É possível a inconstitucionalidade de normas constitucionais em caso de revisão constitucional que pretira regras orgânicas ou procedimentais ou que infrinja limites materiais”.

Foram apresentadas neste momento as considerações essenciais sobre o controle de constitucionalidade dos atos normativos realizado pelo Poder Judiciário, considerando o objeto da presente pesquisa.

Adiante, alguns outros pontos serão abordados sobre o tema, no que diz respeito à compreensão da constitucionalidade das Emendas à Constituição que desvincularam parte das receitas da União originariamente destinada ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro.

### 3.3 FUNDAMENTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DESVINCULAÇÃO DE PARTE DAS RECEITAS DA SEGURIDADE SOCIAL

O art. 1º, da Emenda Constitucional nº 93, dispõe:

Art. 1º O art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.

§ 1º (Revogado).

§ 2º .....

---

<sup>305</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Coimbra: Coimbra, 2008. t. vi, p. 15.

§ 3º (Revogado)<sup>306</sup>.

A tese defendida na presente pesquisa é que a Emenda Constitucional nº 93, ao desvincular 30% da arrecadação das receitas da União originariamente destinadas ao Sistema de Seguridade Social brasileiro, até o dia 31 de dezembro de 2023, é materialmente contrária à Constituição de 1988, dentre outros motivos, pelos fundamentos que a seguir serão explicitados.

A primeira premissa a ser considerada nesta pesquisa é que o Estado Democrático de Direito brasileiro, instituído pela Constituição de 1988, traz expressamente o desiderato da promoção da igualdade material, por meio de um Sistema de Seguridade Social, tendo a dignidade humana como um de seus fundamentos.

A segunda premissa da tese ora sustentada é baseada na compreensão de que a Constituição brasileira de 1988, no tocante à seguridade social, segundo Abe,<sup>307</sup> promoveu a emancipação da ordem social da ordem econômica, objetivando a criação de um “[...] sistema de proteção amplo, com perspectivas universalizantes e fundado na ampliação da cidadania social, atendendo a linha de evolução universal e nacional do instituto”.

Sob as premissas acima, o financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro é o instrumento de concretização do sistema de proteção social constituído pelos direitos à saúde, à previdência social e à assistência social, tendo recebido um amplo regramento pelas normas constitucionais originárias para a instituição de um conjunto permanente, solidário e diversificado de obtenção de receitas públicas destinadas às respectivas despesas que, na realidade, devem ser concebidas como investimentos na concretização de uma cidadania plena.

---

<sup>306</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 93, de 8 de setembro de 2016**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc93.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc93.htm#art1)>. Acesso em: 06 out. 2016.

<sup>307</sup> ABE, Maria Inês Miya. (Edição digital). **A seguridade social em função dos direitos humanos**. São Paulo: IELD, 2014. p. 86.

A Constituição brasileira de 1988, segundo Scaff,<sup>308</sup> estabeleceu um sistema de federalismo participativo, por meio do qual determinadas receitas da União deveriam ser compartilhadas com Estados e Municípios. Além disso, determinou a vinculação de parcela das receitas arrecadadas a certas finalidades que reconheceu como fundamentais para o desenvolvimento do país.

No âmbito do federalismo participativo, parte da arrecadação dos impostos da União sobre o produto industrializado, sobre a renda, sobre a propriedade rural e sobre operações financeiras e sobre o ouro deve ser compartilhada com os Estados e Municípios.

No mesmo sentido de vinculações constitucionais de receitas públicas, existem disposições constitucionais, como a prevista no art. 212 da Constituição brasileira de 1988, que determinam que a União aplicará, anualmente, nunca menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A Constituição brasileira de 1988, ao tratar das disposições gerais da seguridade social, é constituída por dois artigos. O art. 194 estabeleceu os objetivos do Sistema de Seguridade Social, enquanto o art. 195, a forma de seu financiamento.

O financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro deve ser realizado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais lá enumeradas.

Firmados esses pontos, deve ser reconhecido que o Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema da inconstitucionalidade da desvinculação de parte das receitas da União, originariamente destinada ao financiamento do Sistema da Seguridade Social brasileira pela Constituição de 1988.

---

<sup>308</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Direitos humanos e a desvinculação de receitas da União**, p. 35-36 Disponível em: <DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v236.2004.44670>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

Por sua vez, a compreensão das questões fático-jurídicas que se fizeram presentes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema em análise é necessária, levando em consideração que os pontos constitucionais nevrálgicos atinentes ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, sob as perspectivas dos Direitos Constitucional e Financeiro, não foram ainda enfrentados pela Corte Suprema brasileira em profundidade.

O Recurso Extraordinário nº 537.610<sup>309</sup> é o caso paradigma julgado pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à constitucionalidade da desvinculação de parte das receitas da União destinada originariamente ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro.

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal, em 1º de dezembro de 2009, ao julgar o citado Recurso Extraordinário, tendo por reclamante uma pessoa jurídica de direito privado e por reclamada a União, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso, enfrentou o tema, negando seguimento ao recurso, com a seguinte ementa:

Ementa 1: TRIBUTO: Contribuição social. Art. 76 do ADCT. Emenda Constitucional nº 27/2010. Desvinculação de 20% do produto da arrecadação. Admissibilidade. Inexistência de ofensa a cláusula pétrea. Negado seguimento ao recurso. Não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional.<sup>310</sup>

Em outra oportunidade, em 4 de dezembro de 2009, nos autos do Recurso Extraordinário nº 537.668, tendo por reclamante uma pessoa jurídica de direito privado e por reclamada a União, o ministro Carlos Brito proferiu decisão monocrática negando seguimento ao recurso, concluindo que a mudança da destinação de parte dos recursos arrecadados não desnatura a finalidade das contribuições sociais, que

---

<sup>309</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário. RE nº 537.610. Bistex Alimentos Ltda. e União. Relator: ministro Cezar Peluso. **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 18 de dezembro de 2009.

<sup>310</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário. RE nº 537.610. Bistex Alimentos Ltda. e União. Relator: ministro Cezar Peluso. **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 18 de dezembro de 2009.

permanece sendo a de financiar a seguridade social, conforme estabelece o *caput* do art. 195 da Constituição brasileira de 1988.<sup>311</sup>

Posteriormente, em 13 de novembro de 2014, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 566.007, tendo por reclamante uma pessoa jurídica de direito privado e por reclamada a União, sob a relatoria da ministra Carmem Lúcia, proferiu acórdão assim ementado:

Ementa: DIREITOS CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO – DRU. ART. 76 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA DRU E O DIREITO À DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA PROPORCIONAL À DESVINCULAÇÃO. ILEGITIMIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A questão nuclear deste recurso extraordinário não é se o art. 76 do ADCT ofenderia norma permanente da Constituição da República, mas se, eventual inconstitucionalidade, conduziria a ter a Recorrente direito à desoneração proporcional à desvinculação das contribuições sociais recolhidas.

2. Não é possível concluir que, eventual inconstitucionalidade da desvinculação parcial da receita das contribuições sociais, teria como consequência a devolução ao contribuinte do montante correspondente ao percentual desvinculado, pois a tributação não seria inconstitucional ou ilegal, única hipótese autorizadora da repetição do indébito tributário ou o reconhecimento de inexistência de relação jurídico-tributária.

3. Não tem legitimidade para a causa o contribuinte que pleiteia judicialmente a restituição ou o não recolhimento proporcional à desvinculação das receitas de contribuições sociais instituída pelo art. 76 do ADCT, tanto em sua forma originária quanto na forma das alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais n. 27/2000, 42/2003, 56/2007, 59/2009 e 68/2011. Ausente direito líquido e certo para a impetração de mandados de segurança.

4. Negado provimento ao recurso extraordinário.<sup>312</sup>

A decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 566.007<sup>313</sup> foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como um “leading case”, uma decisão importante, criadora de um precedente com força obrigatória para casos semelhantes futuros.

<sup>311</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário. RE nº 537.668. Irmãos Niemeyer & Cia Ltda. e outro e União. Relator: Carlos Ayres Brito. **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 2 de fevereiro de 2010.

<sup>312</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário nº 566.007. Rodoviário Nova Era Ltda. e União. Relatora: ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2563761>>. Aceso em: 30 dez. 2016.

<sup>313</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário nº 566.007. Rodoviário Nova Era Ltda. e União. Relatora: ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2563761>>. Aceso em: 30 dez. 2016.



O Supremo Tribunal Federal, assim, estabeleceu a Tese de Repercussão Geral nº 277, nos seguintes termos:

I - A eventual inconstitucionalidade de desvinculação de receita de contribuições sociais não acarreta a devolução ao contribuinte do montante correspondente ao percentual desvinculado, pois a tributação não seria inconstitucional ou ilegal, única hipótese autorizadora da repetição do indébito tributário;

II - Não é inconstitucional a desvinculação, ainda que parcial, do produto da arrecadação das contribuições sociais instituídas pelo art. 76 do ADCT, seja em sua redação original, seja naquela resultante das Emendas Constitucionais 27/2000, 42/2003, 56/2007, 59/2009 e 68/2011.<sup>314</sup>

As Emendas Constitucionais citadas na Tese da Repercussão Geral nº 277 dizem respeito ao período compreendido entre os anos de 2000 e 2015. Posteriormente, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 93/2016, atualmente em vigor, a que, também, são aplicáveis as considerações referentes à contrariedade material em face da Constituição brasileira de 1988, a seguir explicitadas.

Um esclarecimento se mostra necessário. A repercussão geral, instituto previsto no § 3º, do art. 102, da Constituição brasileira de 1988 é, segundo o glossário jurídico do Supremo Tribunal Federal:

[...] um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos.<sup>315</sup>

Por sua vez, a Lei nº 13.105/2015, atual Código de Processo Civil brasileiro, no § 1º, de seu art. 1.035, dispõe que: “Para efeito de repercussão geral, será considerada a

---

<sup>314</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Teses de Repercussão Geral**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>315</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.<sup>316</sup>

Retornando aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre a desvinculação de parte das receitas da União, em 23 de março de 2010, em nova decisão monocrática, o ministro Ricardo Lewandowski negou seguimento ao Recurso Extraordinário nº 596.724, tendo por reclamante uma pessoa jurídica de direito privado e por reclamada a União, sob o fundamento de que: “A pretensão recursal não merece acolhida. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a desvinculação de parte da receita das contribuições sociais, nos termos do art. 76 do ADCT, é constitucional”.<sup>317</sup>

Existem outras manifestações do Supremo Tribunal Federal em julgamentos concernentes ao tema, entretanto a característica de todas elas focarem as questões suscitadas sob o ângulo exclusivo do Direito Constitucional Tributário indica ser despidianda uma enumeração maior de decisões a serem listadas neste momento.

O Direito deve ser interpretado em sua integralidade, conforme preconizado por Dworkin. Por conta disso, a despeito da existência de uma Tese de Repercussão Geral editada pelo Supremo Tribunal Federal, entende-se que há necessidade de uma visada mais ampla sobre a constitucionalidade da desvinculação de parte das receitas da União destinada originariamente ao Sistema de Seguridade Social que alcance a temática concernente ao Direito Constitucional e ao Direito Financeiro, conforme adiante procuraremos expor.

### **3.3.1 Inconstitucionalidade material por ofensa à cláusula pétrea**

---

<sup>316</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 29 dez. 2016.

<sup>317</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário. RE nº 596.724. Supermaia supermercado Ltda. e outro e União. Relator: ministro Ricardo Lewandowsk. **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 29 mar. 2010.

A Emenda Constitucional n° 93 possui a pecha da inconstitucionalidade material por ofensa direta ao inciso IV, do § 4º, do art. 60 e aos arts. 6º, 165, § 5º, 194 e 195, todos da Constituição brasileira de 1988.

As cláusulas pétreas, segundo Pedra:<sup>318</sup>

[...] são conteúdos especialmente protegidos. Constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Com isto, assegura-se que as conquistas jurídico-políticas essenciais não serão sacrificadas em época vindoura.

O inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição de 1988, dispõe:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.<sup>319</sup>

Trata-se, conforme visto acima, de disposição que estabelece limitação material expressa ao poder constituinte derivado de sequer deliberar sobre proposta tendente a abolir os direitos e garantias individuais, quanto mais aprovar Emenda à Constituição nesse sentido.

Acima, restou consignado que a limitação ao poder de reforma constitucional presente no inciso IV, em comento, é extensível a todos os direitos e garantias fundamentais, conseqüentemente, aos direitos fundamentais sociais que compõem o Sistema de Seguridade Social brasileiro.

---

<sup>318</sup> PEDRA, Adriano Sant'ana. **A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 50.

<sup>319</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

A eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais é intrinsecamente dependente do financiamento das respectivas políticas públicas que, uma vez subfinanciadas, promovem uma fratura direta dos direitos subjetivos de seus titulares.

A proposta de Emenda Constitucional nº 4, de 2015, ao ser recebida pelo Senado Federal, passou a ser denominada proposta de Emenda Constitucional nº 31, de 2016. Durante o processo legislativo no Senado Federal, na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, além do voto do relator da proposta de Emenda Constitucional nº 31 de 2016, senador José Maranhão, do Estado da Paraíba, foi apresentado um voto em separado do senador Randolfe Rodrigues, do Partido Rede, do Estado do Amapá.

Em seu voto, o senador Randolfe Rodrigues alerta para a inconstitucionalidade material da citada proposta de Emenda à Constituição, votando por sua rejeição, ao afirmar, dentre outros pontos do extenso voto proferido:

[...] Portanto, a desvinculação das receitas da União tratada na PEC nº 31, de 2016, incorpora vício de constitucionalidade material, pois restringe e prejudica a efetivação desses direitos sociais. Ou seja, com a proposta em exame, 30% da renda auferida pela Administração Pública Federal por meio das contribuições sociais não serão utilizadas para fins de financiamento da seguridade social.

A desvinculação dessas verbas afetadas demarca ações inconstitucionais, uma vez que, nitidamente, conflita e desobedece aos ditames da Constituição Federal. Trata-se, assim, de emenda que descumpra preceito constitucional, uma vez que agride a consecução dos direitos humanos incorporados nesses direitos sociais, a partir do afastamento de receita destinada ao seu custeio, manutenção e desenvolvimento.<sup>320</sup>

A expressão presente no supracitado inciso IV, “tendente a abolir”, deve ser compreendida em sua extensão constitucional. Os titulares dos direitos fundamentais sociais, que integram o Sistema de Seguridade Social brasileiro, têm direitos subjetivos a um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social, integrante do âmbito de proteção dos respectivos direitos fundamentais sociais.

---

<sup>320</sup> BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda à Constituição nº 31 de 2016**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126094>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

A supressão de parte das receitas do Sistema de Seguridade Social brasileiro ofende diretamente o programa social firmado pelo poder constituinte originário e gravado expressamente na Constituição brasileira de 1988.

O estabelecimento de um orçamento exclusivo para o Sistema de Seguridade Social, com contribuições sociais específicas para o seu financiamento, deve ser o norte direcionador da compreensão da importância dos valores sociais que foram positivados na Constituição brasileira de 1988.

Neste contexto de proteção social, a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 537.610,<sup>321</sup> paradigma das posteriores decisões do Supremo Tribunal Federal, deve ter seu histórico esquadrihado para a compreensão de sua inconsistência constitucional no tocante aos direitos fundamentais sociais integrantes do Sistema de Seguridade Social brasileiro. Deve ser pautada, em especial, por sua visada de fundamentação limitada às relações jurídicas tributárias.

A reclamante do Recurso Extraordinário em comento impugnou uma decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, ao julgar um Mandado de Segurança, espécie de ação de índole constitucional, concluiu que as contribuições sociais, ao terem parte de sua destinação alterada temporariamente, não deixaram de ser contribuições sociais, porquanto continuaram com sua função primordial no sentido de atender ao objetivo da seguridade social fixado no art. 194 da Constituição brasileira de 1988, qual seja, assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social.

A reclamante, então, fundamentada na alínea “a”, do inciso II, do art. 102, da Constituição brasileira de 1988, argumentou que a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região contrariou dispositivo da Constituição brasileira de 1988, porque a desvinculação de parte das receitas das contribuições sociais, na concepção da reclamante, na realidade, criava imposto novo e inconstitucional, motivo

---

<sup>321</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário. RE nº 537.610. Bistex Alimentos Ltda. e União. Relator: ministro Cezar Peluso. **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 18 de dezembro de 2009.

pelo qual requereu a desoneração do valor de 20%, à época, que compreendeu ser-lhe devido.

O pedido da reclamante foi no sentido de ser desonerada do pagamento do percentual das contribuições sociais que foram desvinculadas por meio de Emenda Constitucional, porque as compreendeu inconstitucionais. Eis que a desvinculação mudaria a natureza jurídica do tributo, transformando-a num imposto que, por não ter obedecido aos ditames constitucionais para sua instituição, seria inconstitucional.

Diferentemente das contribuições sociais, “O imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”<sup>322</sup>

Portanto, toda a fundamentação da reclamante, no Recurso Extraordinário em comento, diz respeito à questão relativa ao Direito Constitucional Tributário, às relações jurídicas tributárias entre o sujeito passivo, devedor, e o sujeito ativo, credor, de uma obrigação tributária.

Não foram realizados, em momento algum, pelo Supremo Tribunal Federal, quaisquer debates ou fundamentações sobre a ocorrência de inconstitucionalidade nas Emendas Constitucionais que promoveram as desvinculações de parte das receitas da União, por violação às disposições constitucionais atinentes ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro com a perspectiva ampla que o tema impõe.

A reclamante, pessoa jurídica de direito privado, procurava defender interesse próprio e não fundava seus argumentos em eventual inconstitucionalidade da desvinculação por ofensa aos direitos fundamentais sociais integrantes do Sistema de Seguridade Social brasileiro.

Outro ponto que merece ser considerado é que, a despeito de não fazer parte da argumentação da reclamante, o voto do ministro relator do Recurso Extraordinário em

---

<sup>322</sup> BRASIL. Lei nº 5.172/66, de 25 de outubro de 1966.

Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso em: 4 out. 2016.

análise afirmou que a norma que determina a vinculação do produto da arrecadação das contribuições sociais não assume caráter de cláusula pétrea, uma vez que não é contemplada pelo § 4º, do art. 60, da Constituição brasileira de 1988.

Esta conclusão é fruto de uma compreensão limitada da limitação material ao poder constituinte derivado.

Conforme acima exposto, o esvaziamento do financiamento adequado das ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social, que integra o âmbito de proteção dos respectivos direitos fundamentais sociais, ofende diretamente os núcleos essenciais desses direitos e suas consequentes eficácias jurídicas.

A tredestinação de receitas públicas originariamente destinadas ao financiamento do Sistema de Seguridade Social, para serem utilizadas objetivando o aumento da flexibilidade de alocação de receitas públicas ou para a promoção de superávit primário nas contas públicas ofende frontalmente as disposições contidas nos arts. 194 e 195 da Constituição brasileira de 1988.

Avançando no debate, deve ser questionado se o Recurso Extraordinário nº 566.007,<sup>323</sup> que é o “leading case” referente à edição da Tese de Repercussão Geral nº 277, enfrentou ou não o a questão da inconstitucionalidade da desvinculação de parte das receitas da União originariamente destinada ao financiamento do Sistema de Seguridade Social, sob o viés do Direito Constitucional e do Direito Financeiro.

A resposta ao questionamento acima é negativa.

A reclamante do Recurso Extraordinário nº 566.007<sup>324</sup> impugnou uma decisão proferida também pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, ao julgar um

---

<sup>323</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário nº 566.007. Rodoviário Nova Era Ltda. e União. Relatora: ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2563761>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>324</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário nº 566.007. Rodoviário Nova Era Ltda. e União. Relatora: ministra Carmem Lúcia. Disponível em:

Mandado de Segurança, concluiu que, ainda que tecnicamente inadequada e inconveniente, a desvinculação do produto de arrecadação das contribuições sociais, tendo advindo das Emendas Constitucionais nº 27/2000 e 42/2003, é válida e legítima.

No Recurso Extraordinário em comento, foram apresentados os seguintes argumentos pela reclamante sobre a inconstitucionalidade do art. 76 das Disposições Constitucionais Transitórias, alterado pela Emenda Constitucional nº 27/2000:

- a) as contribuições sociais são, por força do texto constitucional, tributos com destinação específica;
- b) o art. 76 das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 27/2000, ao deixar 20% daqueles tributos sem qualquer destinação, tornou-os impostos inominados (naquele percentual);
- c) a Constituição brasileira de 1988 não institui tributos, mas apenas determina competências;
- d) a Emenda Constitucional não poderia instituir impostos inominados, matéria afeta à lei, por força do texto da Constituição brasileira de 1988.

Em suas argumentações finais, a reclamante argumentou que o legislador constituinte derivado se voltou contra a Constituição brasileira de 1988, ao tentar desvincular 20% da arrecadação das contribuições sociais. Assim atuando, o legislador constituinte derivado terminou, inexoravelmente, retirando a razão de ser desses tributos, atentando contra o direito fundamental do cidadão de possuir um sistema constitucional tributário reconhecido.

Deve ser observado que o debate, como nas anteriores decisões comentadas, continua atrelado às questões referentes ao Direito Constitucional Tributário, às relações jurídicas entre o contribuinte e o Estado.



A ministra relatora do Recurso Extraordinário, sempre visualizando a lide sob a lente do Direito Constitucional Tributário, constatou existirem na demanda apenas argumentos que diziam respeito a uma relação jurídica tributária.

Ao olhar para um lado da demanda, a magistrada constatou a presença de um sujeito passivo de uma relação jurídica tributária, uma pessoa jurídica de direito privado. Quando voltou seu olhar para o outro lado da demanda, a magistrada constatou a presença de um sujeito ativo da relação tributária, a União.

Assim compreendeu, em frente à limitação tributária da visada empregada, como não poderia deixar de ser, que faltaria à reclamante legitimidade para a causa, pois a consequência do vício constitucional alegado não a beneficiaria, nem alcançaria ela o resultado almejado com a impetração do Mandado de Segurança, qual seja, a desoneração tributária proporcional ao percentual desvinculado.

A ministra relatora avançou em seu voto e apresentou ponto de grande relevância para a presente pesquisa, ao afirmar que o núcleo da questão posta no Recurso Extraordinário em julgamento não era se o art. 76 das Disposições Constitucionais Transitórias, que fora alterado por Emenda Constitucional, ofenderia a Constituição brasileira de 1988; mas se, em caso de inconstitucionalidade, teria a pessoa jurídica de direito privado, o sujeito passivo da relação jurídica tributária, direito à desoneração proporcional à desvinculação das contribuições sociais recolhidas.

A conclusão da ministra relatora é no sentido de que, se a inconstitucionalidade fosse da desvinculação de parte das receitas da União, a única consequência cabível seria o retorno à situação anterior, ou seja, a observância da vinculação originariamente estabelecida pela Constituição brasileira de 1988.

Não caberia, assim, qualquer direito à reclamante de devolução do montante correspondente ao percentual de receitas da União desvinculado, pois a tributação não seria inconstitucional ou ilegal, única hipótese em que se autorizaria a repetição do indébito tributário ou o reconhecimento de inexistência de relação jurídico-tributária.

A seguir, a ministra relatora do Recurso Extraordinário nº 566.007<sup>325</sup> afirmou que, embora desnecessária a análise da constitucionalidade da desvinculação de receitas da União (DRU) no caso, dada a ausência de legitimidade e de direito líquido e certo demonstrado, faria, como fez, menção à decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que julgou caso idêntico – o Recurso Extraordinário nº 537.610,<sup>326</sup> paradigma acima citado – , no qual também se pleiteava a desoneração proporcional à desvinculação das receitas de contribuições sociais, bem como outros semelhantes.

Ao final, a ministra Carmem Lúcia apresentou seu voto no sentido do desprovimento do Recurso Extraordinário, por carência de legitimidade da contribuinte-reclamante.

Repise-se, considerando sua relevância, que a fundamentação do voto proferido pela ministra relatora por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.007<sup>327</sup> sempre transitou pelo terreno do Direito Constitucional Tributário, sem qualquer olhar para as disposições constitucionais que dizem respeito ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro.

A citação inserta no acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.007,<sup>328</sup> assim como em outras decisões monocráticas ou colegiadas de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, referente à conclusão constante no acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 537.610<sup>329</sup> – o sempre citado Recurso Extraordinário

---

<sup>325</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário nº 566.007. Rodoviário Nova Era Ltda. e União. Relatora: ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2563761>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>326</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário. RE nº 537.610. Bistex Alimentos Ltda. e União. Relator: ministro Cezar Peluso. **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 18 de dezembro de 2009.

<sup>327</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário nº 566.007. Rodoviário Nova Era Ltda. e União. Relatora: ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2563761>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>328</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário nº 566.007. Rodoviário Nova Era Ltda. e União. Relatora: ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2563761>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

<sup>329</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário. RE nº 537.610. Bistex Alimentos Ltda. e União. Relator: ministro Cezar Peluso. **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 18 de dezembro de 2009.

paradigma –, quanto à constitucionalidade da desvinculação de parte das contribuições sociais por meio das Emendas Constitucionais, parece ter o condão de conceder-lhes uma fundamentação imune a questionamentos.

Entretanto, deve ser considerado que o voto do ministro relator do Recurso Extraordinário paradigma possui quatro páginas, mas apenas em uma delas foi realizada a fundamentação sobre a constitucionalidade da desvinculação de parte das receitas da União, por meio das Emendas Constitucionais, nos seguintes termos:

[...] Foram as Emendas Constitucionais nº 27/2000 e 42/2003 que, alterando o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinaram a desvinculação das receitas de impostos e contribuições sociais da União e sua aplicação na Conta Única do Tesouro Nacional, se que aqui desponte incompatibilidade com o restante do texto constitucional. Ademais, é de se observar que a norma que determina a vinculação da destinação do produto da arrecadação das contribuições sociais não assume caráter de cláusula pétrea, uma vez não contemplada pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal:

‘Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
I - a forma federativa de Estado;  
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;  
III - a separação dos Poderes;  
IV - os direitos e garantias individuais”.

Destarte, nada impede que Emenda Constitucional estatua desvinculação de receitas, como fizeram as Emendas Constitucionais nº 27/2000 e 42/2003<sup>330</sup>.

A compreensão da constitucionalidade da desvinculação de parte receitas da União originariamente destinadas ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro envolve um debate mais amplo e aprofundado, que deve perpassar os âmbitos de proteção, os núcleos essenciais, as eficácias jurídicas dos direitos fundamentais sociais que integram o Sistema de Seguridade Social brasileiro, bem como as disposições constitucionais que dizem respeito à proteção social e seu financiamento adequado, dentre outros pontos.

---

<sup>330</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário. RE nº 537.610. Bistex Alimentos Ltda. e União. Relator: ministro Cezar Peluso. **Diário da Justiça Eletrônico**, publicado em 18 dezembro de 2009.

As receitas públicas, as despesas públicas, o orçamento público e o crédito público integram a atividade financeira do Estado, impondo a compreensão de que a atuação sobre um desses parâmetros importará em consequências sobre os demais. A supressão de receitas destinadas ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, sem que sejam realizadas compensações ou ajustes referentes às despesas do sistema, resultará em um consequente inadimplemento na prestação adequada de suas ações e serviços públicos.

### **3.3.2 Inconstitucionalidade material por ofensa ao princípio da vedação de retrocesso social**

Outro ponto que deve ser considerado para a compreensão da ocorrência da inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais que desvincularam parte das receitas da União originariamente destinada ao Sistema de Seguridade Social diz respeito ao princípio da vedação de retrocesso social que, conforme apontado acima, trata-se de um limite ao poder de reforma constitucional dos direitos sociais.

Dessa forma, a eficácia vedativa de retrocesso está associada à compreensão da existência de um núcleo essencial dos direitos fundamentais a ser preservado, que não pode, em caso algum, ser violado.

Ainda restou consignado que, considerando que não existem direitos fundamentais absolutos, deve existir um arcabouço de institutos jurídicos apto a disciplinar a normatização dos direitos fundamentais, em face de suas eventuais imposições de limites e restrições, constituído pelo âmbito de proteção, os limites e os limites dos limites.

Sendo necessária restrição a um direito fundamental, restrições diretas ou indiretas, ela deverá vir acompanhada de um fundamento constitucional que a legitime.

Restou, também, apontado que as restrições aos direitos fundamentais devem ter limites que decorram da própria Constituição, tanto no que diz respeito à necessidade

de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Não deve ser ignorado que a eficácia do princípio da vedação de retrocesso social vem sendo repensada pela doutrina, em especial, quando presentes momentos de crise econômica e financeira.

Botelho<sup>331</sup> apresenta considerações sobre a evolução da compreensão do princípio da vedação de retrocesso social em Portugal, país onde o princípio vem disciplinado expressamente pela Constituição, ao afirmar que o Tribunal Constitucional português, no Acórdão n° 509/2002, deixou claro que adere a uma leitura restritiva na matéria e que o apelo à proibição de retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, considerando o princípio da alternância democrática.

Avançando em sua compreensão sobre o tema, a professora da Universidade Católica Portuguesa apresenta sua compreensão sobre os principais argumentos contrários à proibição, absoluta, do retrocesso social, nos seguintes termos:

- [...]
- 1) há que atender, desde logo, ao facto de a proibição do retrocesso social apenas poder ser encarada como um mote de luta política, ao jeito de um expressivo e ecoante “nem um passo atrás”, mas não constituir um princípio jurídico-constitucional;
  - 2) O “princípio da auto-revisibilidade” é uma marca distintiva do poder legislativo, num Estado democrático, no qual vigoram os princípios da maioria e da periodicidade (119). Nesta sede, é importante salientar a “liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade” como características endógenas à função legislativa, sendo imperativo existir uma abertura a todas as opções políticas que se movam dentro do marco constitucional;
  - 3) Entende-se igualmente que esta admissibilidade conduz a uma “confusão na hierarquia normativa”, promovendo uma “quasi-constitucionalização” da legislação ordinária. A Constituição seria uma espécie de novo totem, que tudo regularia, até à exaustão, em desrespeito pelo princípio da essencialidade — ou seja, a ideia de que o texto da Constituição deverá ser seletivo e não exaustivo — que resulta umbilicalmente conexionado com a vocação de permanência e de normatividade da Constituição;
  - 4) Ironicamente, a aplicação da proibição do retrocesso social teria um efeito perverso, porquanto acabaria por tornar os direitos sociais “mais imunes ao legislador” do que os próprios direitos, liberdades e garantias,

---

<sup>331</sup> BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da vedação do retrocesso social? **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. I/II, p. 287, jan./jun. 2015.

visto que estes últimos podem ser restringidos, nos termos dos n.os 2 e 3 do art. 18.º;

- 5) Poderia cercear a atividade legislativa de promoção dos direitos sociais, perante uma eventual impossibilidade de assumir futuramente esses compromissos;
- 6) A proibição do retrocesso social ‘nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica)’;
- 7) Por último, a invocação do princípio da proibição do retrocesso social parece ter constituído uma daquelas situações menos felizes de importação de uma teoria jusfundamental estrangeira — neste caso, germânica — sem a devida correspondência, uma vez que, no nosso ordenamento jurídico-constitucional, os direitos sociais se beneficiam de uma consagração constitucional expressa.

A presente pesquisa defende a compreensão de que o princípio da proibição de retrocesso social é um princípio constitucional implícito, conforme apontado em momento anterior, e que deve ter sua eficácia jurídica efetivada sob a perspectiva do Direito como integridade em Ronald Dworkin.

Compreendemos que a direção hermenêutica para a compreensão da eficácia jurídica do princípio da proibição de retrocesso social deve estar relacionada, segundo as considerações de Continentino,<sup>332</sup> em seu inter-relacionamento com os princípios da proibição da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

Após apresentar considerações sobre as dificuldades para a definição de um conceito de crise, Continentino traz um alerta sobre a utilização indevida de sua compreensão como forma de legitimação de medidas restritivas de direitos, afirmando que:

[...] Segundo, o conceito de ‘crise’, que implícita ou explicitamente está sempre presente no discurso político, perpassa essas sensíveis discussões jurídicas e constitucionais. Historicamente, tal qual nos faz compreender o historiador alemão, Reinhart Koselleck[8], o conceito de ‘crise’, cuja semântica se reconduz à noção grega de ‘decisões definitivas e irrevogáveis’ e ainda de ‘momento crítico de uma doença’, é retoricamente (re) ativado no intuito de legitimar “decisões adequadas” a situações adversas em curtíssimo espaço de tempo, diante da incerteza do futuro e da necessidade de prevenir-se o pior.

O problema, contudo, é que a noção de crise não é facilmente apreensível e, ao mesmo tempo, parece estar em evidência em todas as dimensões da organização da sociedade. Destarte, para alguns, é tão fácil utilizá-la, que se chega a ponto de esvaziá-la de sentido (crise moral, econômica, política, constitucional, social, religiosa, institucional, do Legislativo, do Executivo, do

---

<sup>332</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição de retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

Judiciário etc.). Se tudo está em crise, nada é crítico; e, portanto, está dentro da normalidade

Dessa preocupação, extraímos duas ponderações relevantes: uma, o cuidado para não criar-se uma ‘metanarrativa da crise’ que teria o condão de legitimar, pela simples referência ao conceito de ‘crise’ ou de emergência, a adoção de medidas de restrição, de limitação ou até mesmo de supressão dos direitos fundamentais; duas, não se pode gerar uma carga semântica negativa tal em torno do conceito de crise, de modo que se pretenda inviabilizar qualquer medida política ou jurídica excepcional, adotada em situações de particular gravidade.<sup>333</sup>

Ao ser observado o histórico das Emendas Constitucionais que desvincularam parte das receitas da União, desde a Emenda Constitucional de Revisão nº 01, promulgada em 1994, até a Emenda Constitucional nº 93, de 2016, poder-se-ia compreender que o Brasil estaria vivenciando, nesse intervalo de 22, uma crise que mitigasse a eficácia jurídica do princípio da proibição de retrocesso social, como fundamento de inconstitucionalidade das sobredita Emendas Constitucionais?

A resposta ao questionamento acima é negativa, em especial pela caracterização abusiva e reiterada de alterações constitucionais promovidas na parte estrutural destinada às disposições transitórias, que tem fraturado a concretização dos direitos fundamentais sociais que integram o Sistema de Seguridade Social brasileiro em benefício da promoção de superávit primário das constas públicas.

O princípio da vedação de retrocesso social não pode ser compreendido de forma absoluta, mas sim em função, como afirmado acima, de seus inter-relacionamentos com o princípio da proporcionalidade. No entanto, segundo Continentino, para que atos normativos que promovam a limitação ou supressão de direitos sociais tenham sua validade constitucional certificada, será necessário que “[...] resistam ao teste tríplice da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)”.<sup>334</sup>

---

<sup>333</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição de retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

<sup>334</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição de retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

Nessa perspectiva, deve ser perquirido se as restrições aos direitos fundamentais sociais promovidas, desde a Emenda Constitucional de Revisão nº 01 até a Emenda Constitucional nº 93, seriam legitimadas, quanto à perspectiva de uma compreensão mitigada da eficácia jurídica do princípio da proibição de retrocesso social, em função da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é um princípio implícito na Constituição brasileira de 1988, podendo ser extraído da referência ao Estado de Direito, previsto no art. 1º da Constituição de 1988, sob a vertente germânica do instituto, notadamente na acepção de vedação do arbítrio, bem como do devido processo substantivo, previsto no art. 5º da Constituição de 1988, sob a vertente norte-americana do instituto.

Bonavides,<sup>335</sup> após discorrer sobre o reconhecimento que as doutrinas nacional e internacional têm conferido ao princípio da proporcionalidade, afirma:

A importância do princípio tem, de último, crescido de maneira extraordinária no Direito Constitucional. A lesão ao princípio assume maior gravidade nos sistemas hermenêuticos oriundos da teoria material da Constituição. Aí prevalece o entendimento incontestável de que um sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais<sup>336</sup>.

O princípio da proporcionalidade, em sua função de critério de controle de constitucionalidade de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, vem sendo compreendido como integrado por três elementos, apresentados por Sarlet *et al.*,<sup>337</sup> assim sintetizados:

- a) a adequação ou conformidade, no sentido de um controle de viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s);

---

<sup>335</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 411.

<sup>336</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 411.

<sup>337</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 391.



- b) a necessidade ou exigibilidade, consistente na opção pelo meio menos restritivo para o direito objeto da restrição;
- c) a proporcionalidade em sentido estrito, que exige a manutenção de um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados.

O princípio da proporcionalidade apresenta uma dupla função. Além de tratar-se de um critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos, no sentido de proibição de excesso, também atua para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção, no sentido de proibição de proteção insuficiente, conforme leciona Sarlet.<sup>338</sup>

Bonavides,<sup>339</sup> após enunciar que o princípio da proporcionalidade é antiquíssimo, alerta que a compreensão de seu conteúdo e alcance, enquanto princípio constitucional, deve passar pela compreensão das duas concepções do Estado de Direito; a primeira, em declínio e ultrapassada, vinculada ao princípio da legalidade; e a segunda, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, tendo por centro de gravidade da ordem jurídica os direitos fundamentais.

Bonavides<sup>340</sup> aponta, ainda, que o princípio da proporcionalidade promoveu uma ascendência do papel do juiz sobre o papel do legislador, sem provocar, contudo, qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes. O legislador já não é considerado o soberano, como fora outrora na época em que se sobrepuja o princípio da legalidade, devendo, hoje, se mover sob o controle jurisdicional de seus atos, esclarecendo o autor:

As limitações de que hoje padece o legislador, **até mesmo o legislador constituinte de segundo grau – titular do poder de reforma constitucional** – configuram, conforme já assinalamos, a grande realidade da supremacia da Constituição sobre a lei, a saber, a preponderância sólida do princípio de constitucionalidade, hegemônico e moderno, sobre o velho

---

<sup>338</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 219-222.

<sup>339</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 407.

<sup>340</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 408-409.

princípio de legalidade ora em declínio nos termos de sua versão clássica, de fundo e inspiração liberal <sup>341</sup> (grifos nossos).

Pois bem, necessária, então, a confrontação da limitação material imposta aos direitos fundamentais sociais componentes do Sistema de Seguridade Social pela norma presente na Emenda Constitucional nº 93, que desvincula parte das receitas da União, originariamente vinculada ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, com os elementos que compõem o princípio constitucional da proporcionalidade para a aferição de sua constitucionalidade, procurando responder aos seguintes questionamento:

- a) A emenda constitucional é adequada a alcançar os fins que justificaram sua instituição?

A justificativa para a aprovação da prorrogação da desvinculação de parte das receitas da União, dentre as quais as contribuições sociais, vem apresentada no Parecer nº 706/2016, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, que dizia respeito, à época, à Proposta de Emenda à Constituição nº 31, de 2016, posteriormente promulgada como Emenda Constitucional nº 93, nos seguintes termos:

O autor da Proposta alega que a DRU, ao longo do tempo, teve o seu impacto reduzido para não prejudicar o financiamento dos gastos sociais, bem como as transferências de parcela das receitas dos impostos federais aos Estados, Distrito Federal e Municípios. **Já o Poder Executivo expõe, na Justificação da PEC nº 87, de 2015, que a prorrogação da DRU é necessária, pois, como o orçamento público federal é rígido, por possuir elevado montante de despesas obrigatórias e vinculação de receitas, o volume de recursos disponíveis para implementar projetos governamentais prioritários, isto é, a discricionariedade alocativa, é bastante reduzido** <sup>342</sup> (grifos nossos).

A resposta ao primeiro questionamento é positiva, considerando a justificativa apresentada, pois, realmente a desvinculação de receitas aumenta a

---

<sup>341</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 409.

<sup>342</sup> BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda constitucional nº 31 de 2016**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126094>>. Acesso em 5 out. 2016.

discricionariedade alocativa de recursos pela União e serve de instrumento para a realização de um superávit primário nas contas públicas.

b) A emenda constitucional é necessária ou exigível?

A resposta é negativa, considerando que existem outras ações que o Estado brasileiro pode realizar para alcançar os fins que tem apregoado que justificariam a desvinculação de partes das receitas originariamente vinculadas à concretização dos direitos fundamentais sociais componentes do Sistema de Seguridade Social brasileiro.

Santos<sup>343</sup> *et al.*, ao discorrerem sobre a proposta de ajuste fiscal formulada por meio da Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016, apresentam alternativas à realização do ajuste das contas públicas sem a necessidade de restrições em direitos fundamentais que, nesta pesquisa, podem ser citadas como fundamento para a resposta negativa ao presente questionamento.

Deve ser esclarecido que a Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016 teve por objetivo a criação de um limite para o crescimento das despesas primárias totais da União, por um período de 20 anos.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016 e as desvinculações de receitas da União (DRU) possuem, como ponto comum, o objetivo de promover a ampliação da discricionariedade alocativa das receitas públicas, assim como a tentativa de mitigação das vinculações orçamentárias.

Portanto, as propostas apontadas a seguir, que foram apresentadas em desfavor da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016, também podem ser apresentadas como alternativas à desvinculação de receitas da União.

---

<sup>343</sup> SANTOS, Lenir *et al.* **Outro ajuste fiscal é possível: vamos rediscuti-lo?**. p- 3-8. Disponível em: <[http://www.idisa.org.br/img/File/DOMINGUEIRA%202016/Domingueira%20da%20Sa%C3%BAde%20-%2020027%202016%20-%202025%2009%202016\(1\).pdf](http://www.idisa.org.br/img/File/DOMINGUEIRA%202016/Domingueira%20da%20Sa%C3%BAde%20-%2020027%202016%20-%202025%2009%202016(1).pdf)>. Acesso em: 5 out. 2016.

Dentre as propostas apontadas por Santos *et al.*,<sup>344</sup> encontram-se:

- 1) O reconhecimento de que, em tempos de tão severa crise econômica, é desarrazoada a assunção de despesa com novos serviços e obras não essenciais, sem que estejam assegurados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para a execução do que já está em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública. Eis a necessária leitura conjugada do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, com a alínea 'a' do inciso VI do art. 73 da Lei das Eleições. As obras não vinculadas à direitos essenciais deveriam passar a consumir menor recurso para garantir os demais;
- 2) Necessidade de melhor controle sobre as renúncias de receitas sem lastro na correspondente e indispensável medida compensatória, sobretudo as que são concedidas por prazo indeterminado, diante do seu impacto desarrazoado em face das premissas contidas na Lei 8.666/1993. Importante lembrar que renúncia fiscal face à lei, são gastos, despesas públicas;
- 3) O risco de prescrição da dívida ativa e a necessidade de o gestor esgotar todas as formas lícitas de executá-la, como, por exemplo, o protesto extrajudicial. Trata-se, aliás, de não dar causa a dano ao erário, na forma do art. 10, X da Lei 8.429/1992, em seara já pacificada até mesmo pelo Conselho Nacional de Justiça;
- 4) O combate à sonegação fiscal que aponta valores que atingem por volta de meio trilhão de reais, cujas cobranças e recursos dos devedores são objeto de investigação da polícia federal, com pouca divulgação para a sociedade dos seus montantes e seu andamento e consequências punitivas;
- 5) Revisão da legislação do imposto de renda para criar faixas de rendimentos superiores às atuais, com alíquotas mais elevadas, de modo a tributar os que estão no topo da pirâmide social. Estudo do IPEA apontou para o fato de que cerca de 70 mil contribuintes do Imposto de Renda com renda anual média de R\$ 4,2 milhões têm cerca de 70% de sua renda isenta;
- 6) Revisão da estrutura tributária brasileira para que se reduza a incidência sobre produção e consumo e aumente a incidência sobre patrimônio, renda e riqueza. Nessa linha, por que não criar tributação sobre as grandes movimentações financeiras e sobre as grandes fortunas e heranças, bem como aumentar a tributação sobre tabaco, álcool, motocicletas de luxo, aeronaves, iates? Por que não fazer projeções dos valores que poderiam ser arrecadados com esses impostos e divulgá-los para formação e participação da opinião social? Essas propostas implicam, para alguns, abandonarem privilégios e vantagens incompatíveis com a realidade, como a insustentável altíssima taxa de juros pagos pelos títulos públicos brasileiros, causa maior da insuficiência das contas públicas, e que transferem parcela substantiva de recursos públicos para os mais ricos;

---

<sup>344</sup> SANTOS, Lenir *et al.* **Outro ajuste fiscal é possível: vamos rediscuti-lo?**. p- 3-8. Disponível em: <[http://www.idisa.org.br/img/File/DOMINGUEIRA%202016/Domingueira%20da%20Sa%C3%BAde%20-%2020027%202016%20-%202025%2009%202016\(1\).pdf](http://www.idisa.org.br/img/File/DOMINGUEIRA%202016/Domingueira%20da%20Sa%C3%BAde%20-%2020027%202016%20-%202025%2009%202016(1).pdf)>. Acesso em: 5 out. 2016.

- 7) Enfrentamento da questão do limite de gasto para com o pagamento de juros da dívida pública. Em 2016, de R\$720 bilhões (60 bilhões mensais e 02 bilhões diários) aos rentistas, majoritariamente do grande capital especulativo, apontando maior controle, tanto quanto se propõe para o congelamento de gastos sociais. O déficit fiscal oficialmente previsto para 2017 é de R\$ 170,5 bilhões. Porque não rever a taxaço dos dividendos dos rendimentos das aplicaçoes financeiras e divulgar projeço de arrecadaço? Porque não investigar e acompanhar as aplicaçoes no mercado financeiro internacional de 230 mil brasileiros, cada uma acima de US\$ 1 milhao e os respectivos lucros, dividendos, etc.? Porque não investigar rapidamente os depósitos brasileiros no exterior, incluindo os offshores e paraísos fiscais, estimados na operaço 'Suiss Leaks' em US\$520 bilhões, a fim de tributá-los e/ ou repatriá-los? Ainda, merece lembrar que todo o resultado fiscal primário decorrente de cortes de gastos públicos primários e a elevaço de tributos, tem sido destinado, há uma década e meia, para o financiamento da dívida pública;

Essas sugestões, dentre outras, evidenciam que a resposta ao presente questionamento é negativa

- c) A emenda constitucional mantém um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados?

A resposta é negativa. A restrição de receitas vinculadas ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, quer seja para o aumento da discricionariedade alocativa de receitas, quer seja para a tentativa de equilíbrio das finanças públicas não se mostra materialmente constitucional, em especial por conta da prevalência do projeto social estampado na Constituição brasileira de 1988.

Nesse sentido, leciona Pinto que:

As severas restriçoes fiscais a direitos sociais fundamentais que já tinham constitucionalmente assegurada garantia material de seu financiamento não guarda proporcionalidade com a ilimitada geraço de despesas da política monetária.<sup>345</sup>

Além de não observar o princípio da vedação de retrocesso social, mesmo sob sua vertente mitigada pelo princípio da proporcionalidade, conforme acima exposto, a

---

<sup>345</sup> PINTO, Elida Graziane. **Seis vezes dru**: flexibilidade orçoamentária ou esvaziamento de direitos sociais?. p-534. DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, p-511-537. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/120/Seis%20vezes%20DRU\\_Pinto.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/120/Seis%20vezes%20DRU_Pinto.pdf?sequence=1)>. Acesso em 5 out. 2016.

Emenda Constitucional nº 93, medida estatal que restringe o financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, não busca atender à finalidade constitucionalmente legítima, não tendo por objetivo a proteção ou promoção de outro direito fundamental ou a salvaguarda de interesses constitucionalmente relevantes.

Ao restringir o financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, a Emenda Constitucional nº 93 afeta, diretamente, os núcleos essenciais dos direitos fundamentais sociais que o integram, caracterizados pelo conjunto de elementos essenciais à configuração de um direito como tal, insuscetíveis de supressão ou alteração sem que, com isso, ocorra a descaracterização do conteúdo e/ou estrutura do direito.

Dois pontos ainda devem ser esclarecidos no tocante à ofensa ao princípio da proibição de retrocesso social realizada pelas Emendas Constitucionais que desvincularam parte das receitas da União. O primeiro é que a eventual argumentação do crescimento, em valores absolutos, do financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, não infirma as considerações acima, porque o percentual dos valores arrecadados sempre restou reduzido e foi tredestinado.

O segundo ponto diz respeito ao seguinte questionamento: uma eventual redução de alíquota de uma contribuição social componente do Sistema de Seguridade Social brasileiro, por si só, ofenderia o princípio da proibição de retrocesso social? A resposta a essa questão deve passar pela compreensão de sistema.

Conforme apontado, a Constituição brasileira procurou estabelecer um sistema de financiamento da Seguridade Social sólido, amplo e com base de arrecadação diversificada. A redução da alíquota de uma contribuição social, por si só, não ofenderá o princípio da vedação de retrocesso social, considerando que poderão ser realizados ajustes nas alíquotas das demais contribuições sociais ou em outras receitas que integrem o sistema e que propiciem a manutenção ou até mesmo o incremento do total de receitas públicas arrecadadas.

Procurando evitar a repetição de considerações realizadas em momentos anteriores da pesquisa, compreende-se restar patente que a Emenda Constitucional nº 93 é

materialmente inconstitucional por ofensa aos arts. 6º, 165, § 5º, 194, 195 e o inciso IV, do § 4º, do artigo 60, todos da Constituição brasileira de 1988, e ao princípio constitucional da vedação de retrocesso, mesmo considerando sua vertente mitigada pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

### **3.3.2 Inconstitucionalização ou inconstitucionalidade progressiva como técnica de decisão judicial**

A tese defendida na presente pesquisa é a da inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais que desvincularam parte das receitas da União originariamente vinculada ao Sistema de Seguridade Social brasileiro, considerando as fundamentações acima expostas.

E quais seriam as consequências que adviriam da declaração do Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade abstrato, que reconheça a inconstitucionalidade apontada?

A Constituição brasileira de 1988, no § 2º, do art. 102, dispõe:

[...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Norma inconstitucional é norma nula e os efeitos da declaração de sua inconstitucionalidade retroagem ao momento de sua promulgação. Nesse sentido, a Lei nº 9.868/1999, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em seu art. 27, determina:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha

eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.<sup>346</sup>

A premissa fixada pelo artigo acima é a de que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal Federal tem efeitos retroativos – *ex tunc* –, entretanto, poderá o tribunal, pela maioria de dois terços de seus membros, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, possui duas questões importantes apontadas por Sarlet *et al.*,<sup>347</sup> ao afirmarem que:

A ideia contida no art. 27 da Lei 9.868/1999, no sentido de que a decisão de inconstitucionalidade opera, em princípio, efeitos *ex-tunc*, deve ser vista com as ressalvas da própria Constituição Federal. Além disso, a modulação de efeitos constitui um poder-dever do Tribunal e, assim, cabe-lhe sempre se pronunciar sobre a sua necessidade, independentemente da lei que esteja sendo impugnada.

Nessa perspectiva, ao serem declaradas pelo Supremo Tribunal Federal inconstitucionais as Emendas Constitucionais que desvincularam parte das receitas da União destinada originariamente ao financiamento do Sistema de Seguridade Social, desde o ano de 1994, a União deveria ser instada a aferir o montante total, corrigido monetariamente, que fora empregado em outras finalidades e destiná-lo ao próximo orçamento da seguridade social.

O efeito acima exposto promoveria reflexos significativos nas contas públicas do Estado, que tenderiam a torná-las inviáveis, recomendando que o Supremo Tribunal Federal modulasse os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estabelecendo que ela só tenha eficácia a partir do outro momento que vier a fixar.

---

<sup>346</sup> BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2016.

<sup>347</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1160.



O que restou defendido até agora considera que as normas que desvincularam parte das receitas da União originariamente destinada ao financiamento da seguridade social são inconstitucionais e que a declaração do Supremo Tribunal Federal nessa direção deverá fixar um momento adequado para a produção de seus efeitos.

Outra compreensão subsidiária defensável, ainda por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, seria a ocorrência da técnica de decisão judicial, que tem sido denominada de norma em trânsito para a inconstitucionalidade ou inconstitucionalização de uma norma. “Na presente hipótese a norma é constitucional, embora a transformação dos fatos a situe na dimensão da inconstitucionalidade”, conforme apontado por Salet *et al.*<sup>348</sup>.

Não é essa a tese defendida na presente pesquisa, entretanto, a título de argumentação, poder-se-ia considerar que as normas dispostas nas Emendas Constitucionais referentes à desvinculação de parte das receitas da União originariamente destinada ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro fossem constitucionais, em função das questões econômicas e financeiras fáticas existentes à época de suas promulgações.

Entretanto, o uso abusivo e reiterado do instituto da Emenda à Constituição, para a realização de sucessivas prorrogações, por um período de 29 anos de desvinculação de parte das sobreditas receitas da União, deve ser compreendido como fundamento suficiente para que o Supremo Tribunal Federal declare que, seja por mudança nas circunstâncias fáticas, seja por mudanças nas circunstâncias jurídicas, seja por mudança no plexo de relação entre circunstâncias fáticas e jurídicas, seja pela necessária concretização da proteção social estatal expressamente prevista na Constituição brasileira de 1988, a norma prevista na Emenda Constitucional nº 93 está situada na dimensão da inconstitucionalidade.

As prorrogações da referenciada desvinculação de parte das receitas da União foram realizadas por meio de inserções de normas, pelo legislador constituinte derivado, na

---

<sup>348</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1215.

parte estrutural da Constituição de 1988 denominada de disposições constitucionais transitórias, que possuiriam, como o próprio nome está a indicar, o objetivo de estabelecer regras de transição de uma ordem jurídica para outra, conforme entendimento esposado por Barroso, nos seguintes termos:

[...] destinam-se as normas dessa natureza a auxiliar na transição de uma ordem jurídica para outra, procurando neutralizar os efeitos nocivos desse confronto, no tempo, entre regras de igual hierarquia — Constituição nova versus Constituição velha — e de hierarquia diversa — Constituição nova versus ordem ordinária preexistente”, interligando-se, portanto, nesse sentido, com o instituto da recepção.<sup>349</sup>

Além de dispor sobre regras de transição, as sobreditas disposições constitucionais podem, também, regular situações transitórias, quando da alteração do texto constitucional mediante emendas constitucionais.<sup>350</sup>

Entretanto, a manutenção de tais desvinculações por quase três décadas demonstra o total desvirtuamento constitucional, tanto da característica da transitoriedade das normas constantes nas disposições constitucionais transitórias, quanto da vinculação de receitas ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro.

Este descompasso entre o projeto social instituído Constituição de 1988, em especial quanto ao seu indispensável e adequado financiamento, e as disposições que vêm sendo insertas nas disposições constitucionais transitórias, no tocante às desvinculações de parte das receitas da União, foi criticado por Pinto,<sup>351</sup> por meio de uma metáfora, ao afirmar que “[...] o ato das disposições constitucionais transitórias – ADCT é ‘o retrato de Dorian Gray’<sup>352</sup> da Constituição de 1988”.

---

<sup>349</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas essenciais direito constitucional**. Disposições constitucionais transitórias (natureza, eficácia e espécies). p. 489-505. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 491.

<sup>350</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 84.

<sup>351</sup> PINTO, Elida Graziane. **ADCT é o “retrato de dorian gray” da Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.financiamentodosdireitosfundamentais.com/2016/09/adct-e-o-retrato-de-dorian-gray-da.html>>. Acesso em: 4 out. 2016.

<sup>352</sup> Dorian Gray é um personagem de um romance escrito pelo dramaturgo Oscar Wilde. Entendendo que sua beleza irá eventualmente desaparecer, Dorian vende sua alma para garantir que um retrato seu, em vez dele, envelheça e desapareça. Dorian persegue uma vida libertina de experiências variadas e amorais; enquanto isso seu retrato envelhece e registra todos os pecados que corrompem a alma.

Nesse contexto, dois trechos da crítica acima referenciada, a despeito de sua extensão, evidenciam a inconstitucionalidade das reedições das emendas constitucionais que prorrogaram a desvinculação de parte das receitas da União, originariamente vinculada ao Sistema da Seguridade Social.

Parafraseando Oscar Wilde, em sua célebre obra ‘O Retrato de Dorian Gray’, o ADCT tem se comportado como uma imagem horrenda e cínica da nossa realidade, enquanto o texto constitucional permanente segue formalmente belo e atraente em suas promessas civilizatórias de dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais oponíveis ao Estado.

[...]

A desvinculação de receitas desde 1994 até 2023 e o congelamento dos pisos de custeio da saúde e da educação por 20 anos de que trata o artigo 104 a ser inserido no ADCT pela PEC 241 não são transitórios, tampouco proporcionais em sua pretensão de ajuste fiscal, tamanho o redesenho feito em relação ao financiamento constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais.

O caráter abusivo do manejo do ADCT, nesses casos, reside na falsa alegação de que a transitoriedade e a excepcionalidade do ‘Novo Regime Fiscal’ e, antes dele, do FSE/FEF/DRU operariam como medidas de proporcionalidade para a intensidade e a gravidade da intervenção sobre direitos fundamentais. Seriam medidas drásticas de suspensão do dever de progressividade da seguridade social e, em especial, dos direitos à saúde e à educação, que teriam prazo de vigência delimitado. Mas 20 ou 30 anos, embora sejam prazos definidos, não podem jamais significar, a qualquer título, algo transitório.

Vale lembrar que o conceito de transitoriedade no Direito Financeiro, em regra, não ultrapassa o patamar máximo de dois exercícios financeiros. É o que depreendemos, por exemplo, dos seguintes prazos:

- 180 dias na situação de emergência ou calamidade pública, apta a justificar hipótese de dispensa de licitação (art. 24, IV da Lei 8.666/1993);
  - 12 meses como referência temporal do conceito de dívida consolidada (artigo 29, I da LRF e artigo 98 da Lei 4.320/1964) e seu contraste com a noção de dívida flutuante (artigo 92 da Lei 4.320/1964);
  - 2 anos de vigência para firmar a noção de despesa obrigatória de caráter continuado da LRF (artigo 17) e, até mesmo,
  - 2 anos de durabilidade para a distinção entre material de consumo e material permanente, na forma do artigo 15, parágrafo 2º da Lei 4.320/1964.
- À luz de todas as hipóteses exemplificativas acima, a conclusão que cabe inferir é a de que rigorosamente nenhuma possibilidade há no ordenamento brasileiro vigente para se reputar transitórios marcos tão longevos como os da DRU e da PEC 241.<sup>353</sup>

Apenas no ano de 2016, para a compreensão da magnitude dos haveres sobre os quais incidem o tema ora em comento, a expectativa era de que os valores a serem desvinculados das receitas da União alcançassem R\$ 117,7 (cento e dezessete bilhões e setecentos milhões de reais) para uso do Executivo, sendo R\$ 110,9 (cento

---

<sup>353</sup> PINTO, Elida Graziane. **ADCT é o “retrato de dorian gray” da Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.financiamentodosdireitosfundamentais.com/2016/09/adct-e-o-retrato-de-dorian-gray-da.html>>. Acesso em: 4 out. 2016.

e dez bilhões e novecentos mil reais) de contribuições sociais, R\$ 4,6 (quatro bilhões e seiscentos milhões de reais) da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico e R\$ 2,2 (dois bilhões e duzentos milhões de reais) de taxas.<sup>354</sup>

---

<sup>354</sup> BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/24/senado-aprova-proposta-que-prorroga-a-dru-ate-2023>>. Acesso em: 4 out. 2016.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto pesquisado é amplo e complexo, considerando que temas de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, dentre outros, necessitaram ter suas concepções essenciais firmadas, para que a resposta ao questionamento principal desta pesquisa pudesse ser encontrada.

Em uma busca de entendimento da atual concepção que sustenta a aplicação dos princípios jurídicos, buscou-se realizar uma breve trajetória de sua utilização, partindo do modelo jusnaturalista, passando pelo positivista até chegar ao atual momento, especialmente no Brasil, denominado de Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, impregnados pelo ideal de justiça e pautados em formulações de valores, os princípios jurídicos possuíam uma normatividade nula e duvidosa, caracterizada pela ausência de credibilidade jurídica.

Eles adentraram aos Códigos na fase positivista como fonte normativa subsidiária, tendo alcançado, posteriormente, no Estado Democrático de Direito, no pós-positivismo, o reconhecimento de sua normatividade. A Constituição brasileira de 1988 é pontuada pelo seu texto aberto a princípios com grande carga axiológica.

Considerando a teoria do Direito como integridade, que assume que as proposições jurídicas são reconhecidas como verdadeiras se contam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade, Dworkin criticou o modelo jurídico positivista, argumentando que o Direito é constituído por regras, argumentos de política e princípios, num modelo trifásico das normas jurídicas.

A metáfora do romance em cadeia, formulada por Dworkin, dispõe que tanto o juiz como o escritor devem ter em conta o sentido da história anterior, para poderem redigir o passo posterior. No caso concreto, os princípios e as regras que proporcionam a solução adequada são aqueles que resultam da aplicação consistente de decisões

políticas passadas, de acordo com uma interpretação que lhes ofereça a melhor justificação política e moral.

Restou registrado que, para a efetivação dos objetivos previstos na Constituição brasileira de 1988, as normas constitucionais devem ter a capacidade, alicerçada na imperatividade e na sindicabilidade, de associar algum tipo de consequência ao descumprimento de suas determinações que, por via transversa, alcancem o efeito pretendido ou seu equivalente. Essa aptidão é compreendida como eficácia juridicamente qualificada.

Considerando que o Sistema de Seguridade Social brasileiro, reconhecido como projeto de proteção social, compreendido por um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, é destinado a assegurar os direitos fundamentais à saúde, à previdência social e à assistência social, procedeu-se à compreensão histórico-evolutiva dos direitos fundamentais, objetivando realçar a importância da manutenção de uma atitude reflexiva, pautada numa necessária valoração das lutas pelas quais aqueles direitos foram conquistados.

A partir das concepções essenciais dos direitos fundamentais, foi possível sobejar sua dimensão valorativa, assim como a compreensão de que a dignidade da pessoa humana e os demais princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro devem ser considerados como critérios para a construção de um conceito material de direitos fundamentais.

Considerando que os direitos fundamentais integrantes do Sistema de Seguridade Social brasileiro possuem, como funções predominantes, tratarem-se de direitos a prestações materiais para a promoção de igualdade entre os membros da comunidade política, conclui-se que essa função impõe o financiamento adequado e progressivo do sistema, sem o qual se tornariam letras mortas as disposições constitucionais atinentes à Ordem Social previstas na Constituição brasileira de 1988.

A Constituição brasileira de 1988 tem um projeto de proteção social voltado à seguridade social, com a apresentação, respectivamente em seus arts. 194 e 195, dos objetivos a serem alcançados e da previsão de um financiamento para a

consecução de uma base sólida, estável e permanente de recursos orçamentários. Sob essa perspectiva, foi estabelecido um orçamento específico para o Sistema de Seguridade Social brasileiro.

A inserção na Constituição brasileira de 1988, por meio de Emendas à Constituição, da desvinculação de parte das receitas da União, originariamente destinada ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, vem promovendo a descaracterização do projeto de proteção social previsto pelo poder constituinte originário.

A sobredita inserção tem ocorrido, desde o ano de 1994, a título de provisoriedade, nas disposições constitucionais transitórias da Constituição brasileira de 1988, de forma reiterada, em flagrante uso abusivo do instituto das Emendas à Constituição.

A pesquisa permitiu constatar que a destinação dos valores arrecadados vai além dos temas restritos ao Direito Tributário, alcançando a tributação como um todo. Além disso, existe a necessidade de controle público e social do Estado, no tocante à correspondência entre as finalidades apregoadas para a instituição dos tributos e a utilização efetiva dos respectivos recursos arrecadados. A atividade financeira do Estado, a tributação e os direitos fundamentais estão intimamente relacionados.

O Sistema da Seguridade Social brasileiro, nos termos do art. 195 da Constituição de 1988, será financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais elencadas em seus incisos.

As contribuições sociais são caracterizadas pela Constituição brasileira de 1988 por sua destinação direcionada a instrumentar a atuação da União e dos demais entes políticos na Ordem Social, o que legitima sua cobrança de toda a sociedade.

A análise do histórico das Emendas à Constituição que promoveram a desvinculação de parte das receitas da União, originariamente destinada ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, demonstrou que os objetivos que foram

perseguidos com a adoção dessas medidas legislativas não estavam voltados para a concretização do projeto social de proteção instituído pelo poder constituinte originário, mas sim para o aumento da flexibilidade de alocação de receitas públicas ou para a promoção de superávit primário nas contas públicas, ofendendo frontalmente as disposições previstas pelos arts. 6º, 165, § 5º, 194, 195 e o inciso IV, do § 4º, do art. 60.

A busca da compreensão da constitucionalidade das sobreditas Emendas à Constituição e a análise das concepções essenciais sobre o poder constituinte, o constitucionalismo, a Constituição e sua reforma, a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, permitiram constatar a importância dos limites ao poder constituinte derivado, considerando que, por meio de seu exercício, são promulgadas as Emendas à Constituição.

Considerando as limitações materiais ao poder constituinte derivado, que dizem respeito às cláusulas pétreas, conclui-se pela consistente necessidade de que o núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário seja preservado de quaisquer mudanças institucionalizadas.

No tocante à eficácia jurídica dos direitos fundamentais, foi consignado que eventuais restrições que lhes sejam impostas deverão vir acompanhadas de um fundamento constitucional, assim como devem existir limites que objetivam a proteção de um núcleo essencial do direito fundamental. As análises efetuadas permitiram constatar que o princípio da proibição de retrocesso é um limite aos limites impostos aos direitos fundamentais.

Registre-se, à guisa de conclusão, que o princípio da proibição de retrocesso social é um princípio implícito na Constituição brasileira de 1988, alicerçado, dentre outros fundamentos, no princípio do Estado Democrático de Direito; no princípio da dignidade da pessoa humana; no princípio e dever da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; no princípio da confiança; e no sistema de proteção internacional, previsto pelo art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil.



Os aspectos fático-jurídicos de decisões do Supremo Tribunal Federal analisados, inclusive os referentes à Tese de Repercussão Geral nº 277, permitem concluir que os pronunciamentos proferidos foram pautados por uma visada limitada às relações jurídicas tributárias, sem as necessárias discussões sobre o adequado e proporcional financiamento dos direitos fundamentais sociais integrantes do Sistema de Seguridade Social brasileiro.

Restou apontado que a Emenda à Constituição nº 93, de 8 de setembro de 2016, ofende a cláusula pétrea disposta no inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição brasileira de 1988, considerando que a expressão “tendente a abolir” deve ser compreendida em sua extensão constitucional.

Assentou-se que a supressão de parte das receitas do Sistema de Seguridade Social brasileiro ofende diretamente o programa social firmado pelo poder constituinte originário, fraturando-o. Os titulares dos direitos fundamentais à saúde, à previdência social e à assistência social têm direitos subjetivos, que integram o âmbito de proteção dos respectivos direitos fundamentais sociais.

A tese defendida na pesquisa vem firmada na compreensão de que o tema da constitucionalidade da desvinculação de parte das receitas da União, originariamente destinada ao financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro, envolve um debate mais amplo e aprofundado, que deve percorrer os âmbitos de proteção, os núcleos essenciais e as eficácias jurídicas dos direitos fundamentais sociais que integram o sobredito sistema de proteção social.

A ofensa ao princípio da proibição de retrocesso social, mesmo em sua acepção restritiva, considerando seus inter-relacionamentos com os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, foi também apontada como um dos fundamentos da inconstitucionalidade da acima citada Emenda à Constituição.

Em relação às consequências da declaração de inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais que promoveram as desvinculações analisadas, foram apresentadas considerações sobre a compreensão clássica do tema, que concebe a nulidade retroativa das normas.

Também foi analisada a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade das Emendas à Constituição que desvincularam parte das receitas da União, originariamente vinculada ao financiamento do Sistema de Seguridade Social, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A despeito de não ser a tese defendida na presente pesquisa, foram apresentadas as concepções essenciais da técnica de decisão judicial que tem sido denominada de norma em trânsito para a inconstitucionalidade e sua eventual aplicação.

Restou consignada a compreensão de que o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado o tema em discussão sob uma visada limitada às relações jurídicas de Direito Tributário, desconsiderando a disciplina constitucional de financiamento do Sistema de Seguridade Social brasileiro e a necessidade da garantia dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais à saúde, à previdência social e à assistência social.

Ao final, acredita-se que o Supremo Tribunal Federal, ao se defrontar, novamente, com a questão da constitucionalidade das Emendas à Constituição que desvincularam parte das receitas da União, originariamente vinculada ao financiamento do Sistema de Seguridade Social, terá a oportunidade de escrever um novo capítulo no romance em cadeia, expressão cunhada por Dworkin, da interpretação constitucional brasileira, atentando para sua integridade e declarando a inconstitucionalidade da norma, com o conseqüente redirecionamento da Constituição brasileira de 1988 ao seu projeto de promoção da plena cidadania.

## REFERÊNCIAS

ABE, Maria Inês Miya. **A seguridade social em função dos direitos humanos**. São Paulo: IELD. 2014. 210 p. (Edição digital).

AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. **Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. Niterói: Impetus, 2004. 351 p.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 544 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 238 p.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. rev. e atual. por Dejalma Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 548 p.

BALERA, Wagner. Previdência e assistência social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gimar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 896 p, p. 438-506.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. 304 p.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 380 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 505 p.

BARROSO, Luis Roberto. **Doutrinas essenciais direito constitucional**: disposições constitucionais transitórias (natureza, eficácia e espécies). In. CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1389 p, v. 1, p. 489-505.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 446 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 217 p.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. 862 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do estado**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 600 p.

BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da vedação do retrocesso social? **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, v. I/II, p. 259-293, jan./jun. 2015.

BRASIL. Acervo da Câmara dos Deputados. **Íntegra do discurso do presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulisses Guimarães**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-(10-23).html)>. Acesso em: 25 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Ato de convocação da Assembleia Nacional Constituinte**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituin角度/emenda.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à constituição nº 04 de 2015.** Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1300563&filename=Tramitacao-PEC+4/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1300563&filename=Tramitacao-PEC+4/2015)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 93, de 8 de setembro de 2016.** Altera o ato das disposições constitucionais transitórias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc93.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc93.htm#art1)>. Acesso em: 06 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Políticas sociais, acompanhamento e análise, edição especial.** Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas\\_sociais/BPS\\_13\\_completo13.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas_sociais/BPS_13_completo13.pdf)>. p. 30. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.** Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o sistema tributário nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 04 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003.** Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.707.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.707.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.777, de 24 de novembro de 2003.** Acresce parágrafos ao art. 59 da Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.777.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.777.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 29 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.242, de 30 de dezembro de 2015.** Dispõe as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13242.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13242.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.249, de 13 de janeiro de 2016.** Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13249.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.255, de 14 de janeiro de 2016.** Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13255.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13255.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/24/senado-aprova-proposta-que-prorroga-a-dru-ate-2023>>. Acesso em: 4 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Proposta de emenda constitucional nº 31 de 2016**. Altera o ato das disposições constitucionais transitórias. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126094>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Deferimento, em parte, de ação direta de inconstitucionalidade. ADIN nº 2.925. Confederação Nacional de Transporte e Presidente da República. Relator: Marco Aurélio. **Diário da Justiça**, nº. 43, de 4 de março de 2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Glossário jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Indeferido Recurso de Agravo no Recurso Extraordinário nº 745.745. Município de Belo Horizonte e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 de dezembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgada prejudicada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 45. Presidência da República e Partido da Social Democracia Brasileira. Relator: Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico**, 4 de maio de 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao recurso extraordinário. RE nº 537.610. Bistex Alimentos Ltda. e União. Relator: Cezar Peluso. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao recurso extraordinário. RE nº 537.668. Irmãos Niemeyer & Cia Ltda. e outro e União. Relator: Carlos Ayres Brito. **Diário da Justiça Eletrônico**, 2 de fevereiro de 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao recurso extraordinário. RE nº 596.724. Supermaia supermercado Ltda e outro e União. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça Eletrônico**, 29 de março de 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Negado seguimento ao Recurso Extraordinário nº 566.007. Rodoviário Nova Era Ltda e União. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2563761>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário conhecido e não provido. RE nº 349.703. Banco Itaú S.A. e Armando Luiz Segantinazzi. **Diário da Justiça Eletrônico**, 5 de junho de 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Teses de repercussão geral**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)**, Jacarezinho, n. 19, jul./dez. 2013.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A teoria da proporcionalidade de Robert Alexy**: uma contribuição epistêmica para a construção de uma bioética latino-americana. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19803/1/2014\\_EldaCoelhodeAzevedoBussinguer.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19803/1/2014_EldaCoelhodeAzevedoBussinguer.pdf)>. Acesso em: 1 dez. 2015.



CAMPOS, Dejalma de. **Direito financeiro e orçamento**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, 208 p.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 1522 p.

CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. 256 p.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 1078 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. 74 p.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 718 p.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição de retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores: 2012. 86 p.

DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. **Seguridade Social: redefinindo o alcance da cidadania: políticas sociais – acompanhamento e análise**, v. 1, n. 17, 2009. Série Vinte anos da Constituição Federal. 280 p. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps\\_completo\\_1.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps_completo_1.pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2016.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 494 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 513 p.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 610 p.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma do biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 395 p.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 776 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 1445 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **DICIONÁRIO Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. 2222 p.

FISCHER, Octavio Campos. **As espécies tributárias no ordenamento jurídico brasileiro**. p. 1. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/9379/6472>>. Acesso em: 6 out. 2016.

FLEURY, Sonia. **Políticas sociais e redemocratização do poder local**. Disponível em: <[http://app.ebape.fgv.br/comum/arq/pp/peep/cap\\_liv/pol%C3%ADticas\\_sociais.pdf](http://app.ebape.fgv.br/comum/arq/pp/peep/cap_liv/pol%C3%ADticas_sociais.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2016.

FLEURY, Sonia. **Seguridade social**: um novo patamar civilizatório. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.->>

os-cidadãos-na-carta-cidadã/seguridade-social-seguridade-social-um-novo-patamar-civilizadorio>. Acesso em: 20 set. 2016.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. 354 p.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Atlas S.A., 2012. 200 p.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 313 p.

HAMILTON, MADISSON e JAY. **O federalista**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840. p. 157-159. Publicado em inglês. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>>. Acesso em: 31 dez. 2016

HART, Hebert. **O conceito de direito**. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. 416 p.

HEBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1997. 55 p.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. 980 p.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 271 p.

KROLING, Aloísio; FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade. Do liberalismo clássico ao estado democrático de direito: as mudanças constitucionais. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). **Direitos humanos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

KUHN, Thomaz Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998. 257 p.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

MARIZA, Veloso; MADEIRA, Angélica. **Leituras brasileiras**: itinerários no pensamento social e na literatura. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra S. A., 2000. 212 p.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015. 20 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. 1485 p.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 2000. 322 p.

MIRANDA, Jorge. **A Constituição de 1988**: uma Constituição de esperança. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160459/Constituicao\\_1988\\_esperan%C3%A7a.pdf?sequence=3](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160459/Constituicao_1988_esperan%C3%A7a.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 25 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2007. t. II, 374 p.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2008. t. VI, 349 p.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da Constituição dirigente**. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010. 239 p.

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. **Curso de direito tributário brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 856 p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 288 p.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de ronald dworkin: o direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 164. p. 151-168.

PEDRA, Adriano Sant'ana. **A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 237 p.

PEDRON, Flavio Quinaud. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Junger Habermas e Klaus Gunther**. Belo Horizonte: Ed. Club de Autores, 2013. 201 p.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 546 p.

PINTO, Elida Graziane. **ADCT é o “retrato de dorian gray” da Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.financiamentodosdireitosfundamentais.com/2016/09/adct-e-o-retrato-de-dorian-gray-da.html>>. Acesso em: 4 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 251 p.

PINTO, Elida Graziane. Seis vezes dru: flexibilidade orçamentária ou esvaziamento de direitos sociais?. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, p. 511-537. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/120/Seis%20vezes%20DRU\\_Pinto.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/120/Seis%20vezes%20DRU_Pinto.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 5 out. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). **Manual de direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009. 819 p.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. 736 p.

\_\_\_\_\_. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Gomes (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015. 213 p.

PORTELLA, André. Sistema orçamentário e finanças públicas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, 896 p.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 357 p.

REIS, Rossana Rocha. Os direitos humanos e a política internacional. **Revista Sociologia Política**, Curitiba. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n27/04.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

RODRÍGUES, Cesar. **La decision judicial**: el debate Hart – Dworkin. Estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1997. 191 p.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Tributo e classificação das espécies no Sistema Tributário Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2013/10/Direito-Tributario-Tributo-e-classificacao-das-especies-no-Sistema-Tributario-Brasileiro.pdf>> Acesso em: 6 out. 2016.

SANTOS, Lenir, *et al.*, **Outro ajuste fiscal é possível**: vamos rediscuti-lo? Disponível em: <[http://www.idisa.org.br/img/File/DOMINGUEIRA%202016/Domingueira%20da%20Sa%C3%BAde%20-%2020027%202016%20-%202025%2009%202016\(1\).pdf](http://www.idisa.org.br/img/File/DOMINGUEIRA%202016/Domingueira%20da%20Sa%C3%BAde%20-%2020027%202016%20-%202025%2009%202016(1).pdf)>. Acesso em: 5 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. 512 p.

\_\_\_\_\_. Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos sociais. In: CANOTILHO, José Gomes (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015. 213 p.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

SCAFF, Fernando Facury. **A dru, os direitos sociais e o pagamento dos juros da dívida**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/contas-vista-dru-direitos-sociais-pagamento-juros-divida>>. Acesso em: 4 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e a desvinculação de receitas da União**. Disponível em: <DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v236.2004.44670>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

SCHIMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. 264 p.

SCHOEURI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a prestações positivas e igualdade**: a deficiência em perspectiva constitucional. São Paulo: LTr, 2007. 160 p.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A contribuição epistemológica do pós-positivismo jurídico**. Disponível em: <<http://revistametodologiaufba.xpg.uol.com.br/arquivos/artigo017.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

SOUZA, Jesse. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG, 2006. 207 p.

SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 621 p.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. 464 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade à modernidade. Florianópolis: Fundação Boitex, 2006. 240 p.