

FLÁVIO ROBERTO BATISTA

CRÍTICA DA TECNOLOGIA DOS DIREITOS SOCIAIS



COLEÇÃO DIREITOS E LUTAS SOCIAIS

Uma parceria Outras Expressões e Dobra Editorial

COORDENAÇÃO Deisy Ventura
Fabiana Severi
Juvelino Strozake
Renan Quinalha
Tarso de Melo

CONSELHO EDITORIAL Alaôr Caffé Alves
Alysson Leandro Mascaro
Antonio Alberto Machado
Aton Fon Filho
Carlos Frederico Marés
Eduardo C. B. Bittar
Elmano Freitas
Flavia Carlet
Gilberto Bercovici
Jacques Távora Alfonsin
Jean Kenjie Uema
Jorge Luiz Souto Maior
José Carlos Moreira da Silva Filho
José Carlos Garcia
José do Carmo Siqueira
Luiz Edson Fachin
Marcus Orione Gonçalves Correia
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Nilo Batista
Paulo Abrão
Prudente José Silveira de Mello
Sergio Mazina
Sérgio Salomão Shecaira
Suzana Angélica Paim Figueiredo

IMAGEM DA CAPA Blas Lamagni | sxc.hu

**EXPRESSION POPULAR/
OUTRAS EXPRESSÕES** Rua Abolição, 201 ■ Bela Vista ■ São Paulo ■ SP ■ 01319-010
Tel: 11 3522-7516 ■ 11 3105-9500 ■ Fax: 11 3112-0941
livraria@expressaopopular.com.br
expressaopopular.com.br
editora.expressaopopular.com.br

DOBRA EDITORIAL Rua Domingos de Moraes, 1039 ■ conj. 2 ■ Vila Mariana
São Paulo ■ SP ■ 04009-002 ■ Tel. 11 5083-3090
www.dobraeditorial.com.br

Copyright © 2013 Outras Expressões ■ Dobra Editorial.
Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro pode ser
utilizada ou reproduzida sem a autorização das editoras.

APOIO



Batista, Flávio Roberto
Crítica da tecnologia dos direitos sociais / Flávio
Roberto Batista. -- São Paulo : Outras Expressões;
Dobra Editorial, 2013. 276 p. 16x23cm

ISBN 978-85-
ISBN 978-85-8282-005-6

1.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático

I. Direito : Século 21 : Brasil

III. CONTRIBUIÇÃO À CRÍTICA DA TECNOLOGIA DOS DIREITOS SOCIAIS

III.1. O que são direitos sociais?²²⁸

Pode surpreender o leitor a colocação de tal pergunta apenas neste estágio do trabalho. Justifico-a, entretanto, com a constatação de que um conceito preciso de direito social não foi necessário até o presente momento, em que se tratava, afinal, de constituir profundamente o método de investigação que guiaria minha crítica. Espero ter deixado clara a lógica do caminho seguido: comecei desenhando o trajeto da humanidade até o materialismo histórico-dialético, circunscrevi as características de tal método perante a totalidade social e demonstrei como ele pode guiar a constituição de uma ciência do direito. Trata-se, agora, de utilizar o referencial teórico construído para formular uma crítica da tecnologia dos direitos sociais.

Tendo isso em mente, trabalhei até agora com uma definição normativa de direitos sociais, constante do artigo 6º da Constituição

.....
²²⁸ O título desta seção foi tomado de empréstimo, com pequena adaptação, de artigo que em pouco tempo de publicação já se tornou clássico sobre o tema: Souto Maior, Jorge Luiz; Correia, Marcus Orione Gonçalves. O que é Direito Social?, in: Correia, Marcus Orione Gonçalves (org.). *Curso de direito do trabalho*. V. I. São Paulo: LTr, 2007, p. 13-40.

Federal, que foi suficiente, na introdução, para posicionar o leitor perante a delimitação do objeto de estudo. Repito-a, porque é bastante ilustrativa: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

É certo que, ainda do ponto de vista estritamente normativo, tais direitos são desdobrados no próprio texto constitucional e em uma infinidade de leis que os concretizam. Para ficar em poucos exemplos, os artigos 7º a 11 tratam de um extenso rol de direitos dos trabalhadores, que integram o aludido direito ao trabalho do *caput* do artigo 6º, os artigos 196 a 200 tratam dos desdobramentos do direito à saúde, os artigos 201 e 202 esmiúçam o sistema de previdência social, enquanto os artigos 203 e 204 tratam da assistência aos desamparados. Exemplos semelhantes poderiam ser encontrados em relação à moradia, segurança e todos os demais, embora de maneira não tão direta. Encerro a enumeração por aqui, entretanto, porque o direito do trabalho, unido ao direito da seguridade social – integrado, por sua vez, pelos subsistemas de saúde, previdência e assistência social, conforme disposição do artigo 194 da Constituição Federal – forma o que é tido pela doutrina²²⁹ como uma espécie de núcleo duro dos direitos sociais, ou seja, aquelas partes do direito que lhe emprestam o modelo geral de funcionamento. Não à toa, não faltam autores que atribuem aos direitos previstos no artigo 6º da Constituição Federal a condição de direitos econômicos, sociais e culturais, com o que tal rol englobaria três categorias distintas de direitos²³⁰.

.....
²²⁹ Nesse sentido, o mesmo estudo referido na nota anterior, que empresta o título à seção: “Sob o ângulo do positivismo jurídico, qual o alcance do Direito Social? De forma imediata, o Direito Social se materializa, como dito, pelas normas trabalhistas e previdenciárias, já que se ligam ao conflito social de tensão fundamental no modelo de produção capitalista: a relação capital x trabalho”. *Ibid.*, p. 23.

²³⁰ Apenas ilustrativamente, assinalo o tratamento dado à matéria por José Afonso Silva, referência em direito constitucional no Brasil: “Não é

Resta muito a investigar, entretanto, para além de uma definição normativa de direitos sociais. A doutrina, nacional e estrangeira, é pródiga em manifestações teóricas acerca do conteúdo de tal conceito, por si só e em contraste com as demais categorias dos direitos humanos fundamentais – a famigerada teoria das gerações de direitos – e com a dicotomia entre direito público e direito privado, junto à qual seria necessário posicionar os direitos sociais. Nesse sentido, faço uma advertência importante. Não me proponho, nesta seção, e sequer faria sentido, recensar a discussão doutrinária a respeito do assunto. Trata-se de um trabalho crítico, não bibliográfico. Assim, minha tarefa consiste em apresentar de forma concisa o estado da questão na doutrina, selecionando pontualmente aqueles autores considerados mais relevantes ou adequados, de modo a desenhar o pano de fundo para a crítica que desenvolverei nas seções seguintes. Parto do pressuposto de que não se pode criticar algo que não se conhece, mas esse conhecimento não precisa ser enciclopédico. Basta que a categoria dos direitos sociais seja apresentada por meio de suas manifestações teóricas mais sofisticadas, com preferência aos autores que identificam as tensões que os levam a se aproximar do limite do “horizonte limitado do direito burguês”²³¹.

Nessa linha de raciocínio, começo a exposição pelo último dos vieses mencionados: como se posicionam os direitos sociais no contexto da dicotomia entre direito público e direito privado?

.....

fácil estremar, com nitidez, os direitos sociais dos direitos econômicos. Basta ver que alguns colocam os direitos dos trabalhadores entre os direitos econômicos, e não há nisso motivo de censura, porque, em verdade, o trabalho é um componente das relações de produção e, nesse sentido, tem dimensão econômica indiscutível”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286.

²³¹ Marx, Karl. Crítica do programa de Gotha, in: Antunes, Ricardo (org.). *A dialética do trabalho: escritos de Marx e Engels*. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013, p. 109-110.

Usarei como referência, mais uma vez, a obra de Tercio Sampaio Ferraz Junior²³², que, com base em um recenseamento da doutrina, identifica três grupos de teorias que pretendem dar conta da distinção entre direito público e direito privado, bem como suas respectivas insuficiências: as teorias dos sujeitos, que diferenciam os termos de tal dicotomia em razão dos sujeitos envolvidos nas relações jurídicas – os indivíduos particulares ou o Estado –, e que falhariam por não dar conta das relações jurídicas em que o Estado age como um particular, como na locação de um prédio; as teorias do interesse, que fundamentam a distinção na abrangência dos interesses envolvidos nas relações jurídicas – interesses privados ou interesses de toda a sociedade –, e que não dariam conta de situações em que haveria interesse social na preservação de um interesse aparentemente privado (significativamente, o professor Tércio Sampaio Ferraz Junior dá como exemplo o direito do trabalho); e, por fim, a teoria mais adequada, na visão do autor, que leva em conta as relações de dominação, localizando o direito público naquelas relações em que o Estado faz uso de seu poder de império, colocando-se em patamar superior perante os particulares e estabelecendo relações de subordinação, por oposição às situações em que as relações se estabelecem, ainda que envolvendo o Estado, com caráter de coordenação.

Curioso observar que o professor Tércio Sampaio Ferraz Junior não aborda a categoria dos direitos sociais. Ao contrário, trata do problema valendo-se de uma categoria que se encontra cada vez mais em voga no direito, principalmente entre autores de direito privado: a publicização do direito privado. Confira-se:

Esses ramos [entre os quais o direito do trabalho e o direito previdenciário, conforme mencionado no parágrafo anterior a este excerto, FB], ao contrário daqueles que estritamente dizem respeito aos entes estatais e sua relação soberana sobre os entes

.....
²³² Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 135-136.

privados (...), têm uma natureza pública menos coerente, o que tem provocado uma certa imprecisão na distribuição entre público e privado, falando-se destarte na progressiva publicização do direito privado.²³³

Com todo o respeito que merece o professor Tércio, fica evidente que ele comete o equívoco de confundir as ideias de público e social. Aliás, é ele próprio a denunciar o ocorrido, na passagem mais interessante de seu tratamento da dicotomia entre direito público e direito privado, quando reconstrói suas origens históricas, amparado em Hannah Arendt, a partir de uma distinção entre labor, trabalho e ação no mundo antigo e as transformações de tais conceitos no decorrer da história²³⁴.

É justamente a constituição teórica do Estado moderno, a partir da obra de Hobbes, que permitirá que a dicotomia entre público e privado seja tratada de forma diferente da contraposição entre social e individual, conteúdo que havia assumido com o advento da “*generalização do social como noção comum à esfera do governo e da família*” (destaque do original)²³⁵, com base nas razões filosóficas que orientaram a tradução de Santo Tomás de Aquino da clássica expressão aristotélica *zoon politikon* por *animal social*. Aliás, após séculos de elaboração da filosofia política, a oposição que ganhou

.....
²³³ Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 140-141. Também sem abordar a categoria dos direitos sociais e tratando da questão da publicização do direito privado Michel Miaille faz a crítica precisa do fenômeno, ao identificar que a publicização do direito privado e a privatização do direito público são movimentos que se alternam em resposta ao movimento da economia capitalista, em seus períodos de prosperidade e crise. Cf. Miaille, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3ª ed. Lisboa: Estampa, 2005, p. 155-156.

²³⁴ Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 130-135. Não me aprofundarei na questão, embora interessantíssima, por ter o professor Tércio esgotado o tema e por ser absolutamente alheia aos meus objetivos.

²³⁵ *Ibid.*, p. 132.

corpo e ainda hoje integra o linguajar comum se dá entre a *sociedade civil* – à qual, inegavelmente, deve estar atrelada a esfera social – e o Estado. Evidentemente, tal oposição foi consagrada nas obras políticas de Hegel, no que foi objeto de crítica de Marx, de modo que não é possível se pensar em uma separação estanque entre os termos opostos²³⁶.

Nesse contexto, embora a teoria jurídica tradicional busque apresentar a distinção entre direito público e direito privado como natural e presente no direito desde tempos imemoriais – acabo de descrever como Tércio Sampaio Ferraz Júnior a remonta à Grécia antiga – sua ocorrência é peculiar e ínsita ao capitalismo, demandando uma compreensão do processo de afirmação de tal modo de produção e de sua correlata generalização da troca mercantil:

O desenvolvimento do modo de produção capitalista implica uma ruptura na sociedade. Economia e política, duas instâncias que até então se encontravam mais ou menos indiferenciadas, passam a figurar como pólos opostos. Despojada de todo o caráter político, a sociedade, ou melhor, a sociedade civil, assumiu o papel de lugar exclusivo da economia, do interesse privado, da vontade igual. Sublimado das impurezas individualistas, o poder político concentrou-se numa entidade à parte, alheia à sociedade civil, de caráter essencialmente abstrato. Esta entidade, o Estado, assumiu o papel de representante homogênea da comunidade dos indivíduos da sociedade civil, lugar exclusivo do interesse coletivo, do bem comum e da violência legítima.²³⁷

.....
²³⁶ “O tema fundamental da crítica de Marx à filosofia política de Hegel é o da separação e oposição modernas entre Estado e sociedade civil e a tentativa hegeliana de conciliar esses extremos na esfera do Estado, concebido segundo o modelo da monarquia constitucional prussiana”. ENDERLE, Rubens. Apresentação, in: MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 18.

²³⁷ Kashiura Jr., Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica*: contribuição ao pensamento jurídico marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 127-128.

A consequência que daí emerge, portanto, é claríssima: o social identifica-se com o econômico antes do que com o político, relacionando-se a este apenas na medida em que sociedade civil e Estado encontram-se em contradição dialética, e não em oposição simples. Esta consequência apresenta uma dupla importância. Em primeiro lugar, fundamentará o conceito de direitos sociais de Marcus Orione Gonçalves Correia e Jorge Luiz Souto Maior, que apresentarei nesta seção como ponto de partida das reflexões seguintes, porque representa o ápice da tecnologia dogmática dos direitos sociais: a superação da dicotomia entre direito público e direito privado por meio da consideração do caráter social da esfera econômica da sociedade civil e sua interpenetração com o Estado.

Em segundo lugar, a consequência acima extraída do pensamento hegeliano estará no cerne da crítica materialista histórico-dialética da distinção entre direito público e direito privado, já formulada em suas linhas gerais por Pasukanis, e cujo aprofundamento me permitirá desenvolver, já na seção seguinte, a própria crítica da categoria dos direitos sociais, a que me propus neste trabalho.

Passarei, destarte, a um tratamento conceitual, e não mais normativo, da categoria dos direitos sociais na dogmática jurídica contemporânea.

A compreensão do aparato tecnológico dos direitos sociais é indissociável de sua afirmação histórica. Nesse sentido, Marcus Orione e Jorge Souto Maior apontam duas razões históricas que desencadeiam o surgimento dos direitos sociais: a necessidade de tratar juridicamente os acidentes do trabalho, que representavam um novo desafio para a doutrina tradicional da responsabilidade civil; e a influência direta dos conflitos entre capital e trabalho na deflagração da segunda guerra mundial em 1939²³⁸. Daí porque,

.....
²³⁸ Souto Maior, Jorge Luiz; Correia, Marcus Orione Gonçalves. O que é Direito Social?, in: Correia, Marcus Orione Gonçalves (org.). *Curso de direito do trabalho*. V. I. São Paulo: LTr, 2007, p. 20-22.

como já noticiei acima, a tecnologia dos direitos sociais ter se desenvolvido, inicialmente, em torno do direito do trabalho e do direito da seguridade social.

A partir daí, os direitos sociais foram se constituindo, tanto na teoria geral do direito quanto na doutrina de direito constitucional, em torno de uma definição tipológica, com a inclusão de um número cada vez maior de âmbitos abraçados por tal categoria, sempre tendo por base sua inclusão em declarações internacionais de direitos ou em constituições: educação, habitação, alimentação, etc. Daí porque ter sido escolhido o texto de Souto Maior e Marcus Orione para fundamentar esta seção: coube a eles a importante tarefa de identificar uma definição conceitual, e não tipológica, como as anteriores, dos direitos sociais. Note-se o conteúdo do desafio: o direito do trabalho e o direito da seguridade social organizam-se em torno da questão do trabalho. Outros direitos, não ligados, ao menos imediatamente, à problemática laboral, foram posteriormente integrados ao conceito. Era necessário, portanto, identificar a característica capaz de ligar todos os direitos sociais, ultrapassando a configuração inicial de seu núcleo constitutivo, identificado com a questão laboral.

Outro aspecto ainda deve ser destacado na busca pela definição conceitual de direitos sociais. Como destaquei acima, não se podem identificar em hipótese alguma as ideias de *público* e *social* na busca por um conceito adequado de direitos sociais. Assim sendo, a identificação conceitual dos direitos sociais envolve igualmente o tratamento adequado de sua relação com a dicotomia entre direito público e direito privado.

Apresento, nessa esteira, a solução de Marcus Orione e Jorge Souto Maior, penitenciando-me, desde já, pelas dimensões da indispensável citação:

No entanto, cremos que, em especial com o advento da Constituição Federal de 1988, a hipossuficiência econômica destacada não bastaria como elemento diferencial dos direitos sociais. Aliás, nem sequer a redução do conceito a ramos como o Direito do Trabalho

e da Seguridade Social seria suficiente. Atualmente, a abrangência subjetiva e objetiva dos direitos sociais é extremamente maior. Assim, estes não se caracterizariam, no nosso entender, como uma categoria distinta dos direitos público e privado, mas permeariam ambos nos instantes em que ocorressem traços comuns distintivos e que necessitassem de ser tratados sob a perspectiva da proteção social maximizada. Expliquemos: pode haver direito social tanto em áreas tradicionalmente afetas ao direito privado (como exemplo certas relações de consumo ou aquelas estabelecidas por pequenos contratantes do sistema financeiro de habitação) ou também ao direito público (como exemplo tradicional tem-se o direito previdenciário, mas também seria possível a sua constatação no direito sanitário ou no direito tributário). Portanto, os princípios e postulados dos direitos sociais podem nortear tanto as relações de direito privado, quanto de direito público, havendo apenas que se dimensionar, no âmbito destes, quando aquele se encontre presente. A presença seria indicada, acreditamos, em função de uma situação de hipossuficiência (estado jurídico) que não seria necessariamente econômica. Não há necessidade, portanto, de uma relação de hipossuficiência (estado jurídico) que protraia no tempo, bastando uma situação ou estado de sujeição decorrente de uma inferioridade, ainda que momentânea, que reduz o homem a uma condição desumana. Trata-se de uma sujeição que diminui toda e qualquer condição referente ao estado de humanidade. É claro que em um país pobre como Brasil, no mais das vezes, esta situação acaba defluindo de uma sujeição econômica, embora isto não seja indispensável.²³⁹

O resultado final da reflexão coincide, embora atingido por caminho diverso, com outro estudo recente e de muita qualidade sobre o tema, da lavra de Ana Carolina Lopes Olsen. Nele, a autora faz uma divisão entre dois tipos de critérios de aferição do caráter de direito fundamental social de uma norma jurídica, os

.....
²³⁹ *Ibid.*, p. 24-25.

formais e os materiais. Depois de identificar que a utilidade dos critérios materiais de determinação da fundamentalidade de um direito social consiste justamente em ultrapassar sua definição formal, ligada à presença ou não da norma no texto constitucional, a autora destaca, entre os critérios materiais, aquele que julga mais adequado:

Nesta ótica, dentre os critérios materiais que permitem a identificação de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, como os critérios da relevância (segundo a ideia reitora de Robert Alexy, já referida) e de substância, a partir da referência do § 2º do art. 5º da CF parece acertado reconhecer no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental reitor da República Federativa do Brasil, o critério material por excelência dos direitos fundamentais sociais. (...). Sob esta ótica, ao preceituar o homem como valor-fonte do ordenamento jurídico, dotado de valor intrínseco, e neste sentido, titular de um direito ao seu livre desenvolvimento, autônomo e consciente, o princípio da dignidade da pessoa humana faz referência a direitos que coloquem os seres humanos em patamar de igualdade entre si, que lhe garantam o sustento, o acesso ao conhecimento necessário para a livre manifestação do seu pensamento e para a luta pelos seus interesses. Direitos que o protejam quando ninguém mais estiver presente para lhe estender a mão, já que os direitos existem precisamente para proteger o homem da dependência da amizade, do amor, da solidariedade do próximo, como bem ressaltou Hannah Arendt.²⁴⁰

Eis, portanto, o auge da teoria jurídica acerca dos direitos sociais: a identificação de sua ligação profunda com a humanidade, ou, em termos técnicos jurídicos, com a dignidade da pessoa humana. Na esfera pública ou na esfera privada, onde quer que exista

.....
²⁴⁰ Olsen, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação (mestrado). Curitiba: UFPR, 2006, p. 34.

uma situação de hipossuficiência jurídica, que leve o homem a uma condição desumana, a depender da caridade alheia, violando sua dignidade, deve interferir um direito social a permitir a recomposição da igualdade desfeita, de modo que cada ser humano, independentemente de bondade de qualquer outro, possa determinar-se livremente perante os demais.

Justamente em razão dessa definição, desenvolveu-se recentemente na doutrina a assimilação dos direitos sociais a outro conceito igualmente impreciso e, por isso, rico em determinações: o conceito de mínimo vital ou existencial. O conteúdo da noção de mínimo existencial é controverso e não o investigarei aqui²⁴¹. Basta, para os meus propósitos, trazer a conclusão de Ana Carolina Lopes Olsen:

Já o mínimo existencial, embora de conteúdo indefinido e variável, em respeito aos padrões de valores vigentes na sociedade, pode ser considerado um parâmetro para a exequibilidade dos direitos fundamentais sociais sempre que a vida humana com dignidade estiver em risco.²⁴²

Esse raciocínio veicula conteúdo essencial à compreensão da teoria contemporânea dos direitos sociais e será fundamental para compreender a crítica à sua tecnologia: constitui núcleo mínimo inarredável, a ser garantido a todos os seres humanos, tudo aquilo que lhes permita sua vida com dignidade. Em outras palavras, não basta que o Estado e seu ordenamento jurídico garantam o direito individual à vida: é necessário que o Estado crie as condições indispensáveis para que essa vida seja vivida com dignidade, ou seja, que nenhum ser humano se submeta a uma vida menos humana que a de outro. Este é o mínimo que cada ser humano merece em razão de sua própria condição de humanidade, independentemente de quaisquer condicionamentos econômicos ou jurídicos – daí

.....
²⁴¹ Para um recenseamento muito bem feito da doutrina sobre o assunto, *Ibid.*, p. 336-344.

²⁴² *Ibid.*, p. 366.

a ideia de mínimo, que evoca a noção de um patamar intransponível. Eis o núcleo essencial da ideia de direitos sociais na doutrina jurídica contemporânea.

Esclarecida a dimensão conceitual dos direitos sociais, bem como seu posicionamento perante a divisão do direito em público e privado, resta tratar, ainda segundo a doutrina mais avançada, de sua posição perante os demais direitos humanos fundamentais²⁴³, assunto diretamente relacionado à sua possibilidade de efetivação.

Depois de ter se tornado praticamente um consenso na doutrina que os direitos fundamentais sucediam-se em três gerações²⁴⁴ – direitos individuais, direitos sociais ou coletivos e direitos de solidariedade ou difusos (ligados às questões ambientais e à paz mundial, etc.) –, inicia-se uma reação contra esta teoria a partir de uma conferência promovida por Antonio Augusto Cançado Trindade no ano 2000, no *Seminário direitos humanos das mulheres: a proteção internacional*²⁴⁵. Esta reação é encampada pela doutrina mais avançada dos

.....
²⁴³ A denominação é controversa e, sinceramente, tal controvérsia é absolutamente irrelevante para os meus propósitos. Assim, nas poucas vezes em que for necessário, utilizarei indistintamente as expressões “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”. Muito além de preciosismos linguísticos inócuos, quaisquer dessas expressões transmitem perfeitamente ao leitor o conteúdo do que está sendo afirmado.

²⁴⁴ A despeito de sua singeleza, ou talvez justamente por ela, colaciono exemplificativamente a intervenção de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as *liberdades públicas*. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os *direitos sociais*. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos *direitos de solidariedade*” (destaques do original). FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6.

²⁴⁵ Cançado Trindade, Antonio Augusto. *Seminário direitos humanos das mulheres: a proteção internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancado-trindade/cancado_bob.htm>.

direitos sociais, que passa a levá-la adiante, sendo Marcus Orione Gonçalves Correia um de seus mais destacados defensores²⁴⁶.

A aludida reação teórica pode ser sintetizada muito brevemente em quatro critérios, todos extraídos das obras referidas na nota anterior: a ausência de validade histórica da divisão dos direitos fundamentais em gerações, a partir da observação de que a história do direito internacional demonstra que o surgimento dos direitos humanos em seu âmbito obedeceu a ordem cronológica diferente da que se verifica no direito constitucional interno dos países; a inadequação da adoção do termo “gerações”, que carrega a ideia de sucessão e não de integração, como convém aos direitos humanos; a admissão, implícita à divisão dos direitos fundamentais em categorias, de preconceitos entre eles, especialmente em relação ao grau de garantia e efetivação de tais direitos, justificada por uma suposta diferença de custo; e, por fim, a ideia de que os direitos sociais possuem uma perspectiva tríplice: embora sejam tradicionalmente entendidos como direitos de uma coletividade determinada, sua fruição ocorre sempre de maneira individual e sua relevância social lhe assinala um caráter difuso, de interesse de toda a humanidade em sua realização.

.....
²⁴⁶ Existem no mínimo quatro textos do autor que abordam o tema, com variados graus de profundidade. Cf. Correia, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação do direito da segurança social, in: Rocha, Daniel Machado da; Savaris, José Antonio. *Curso de especialização em Direito Previdenciário*. V. I. Curitiba: Juruá, 2005, p. 249-268. Correia, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais, in: ____; Correia, Érica Paula Barcha (coord.). *Direito Previdenciário e Constituição: homenagem a Wladimir Novaes Martinez*. São Paulo: LTr, 2004, p. 25-43. Correia, Marcus Orione Gonçalves. “Direitos humanos e direitos sociais: interpretação evolutiva e segurança social”, in: *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*. São Paulo, ano 1, n. 1, 2006, p. 117-136. Souto Maior, Jorge Luiz; Correia, Marcus Orione Gonçalves. O que é Direito Social?, in: Correia, Marcus Orione Gonçalves (org.). *Curso de direito do trabalho*. V. 1. São Paulo: LTr, 2007, p. 13-40.

Dos quatro critérios mencionados, um chama atenção por ocupar lugar de destaque no debate doutrinário: a classificação dos direitos em gerações fundamenta uma distinção em sua possibilidade de efetivação. Em outras palavras, há quem sustente²⁴⁷ que enquanto os direitos fundamentais “de primeira geração” seriam obrigatórios, exigíveis e autoaplicáveis, os direitos “de segunda geração” constituiriam normas programáticas, características de uma constituição dirigente, sendo implementados na medida das possibilidades do Estado. Esta formulação demanda algumas precisões terminológicas que passo a desenvolver em seguida.

A expressão “constituição dirigente” foi cunhada pelo jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, socialista e coautor do texto da Constituição portuguesa de 1975, para interpretar o significado de tal documento na história de seu país. A ideia foi expressa em sua tese de doutoramento, que acabou se tornando um livro clássico²⁴⁸. Em sua adaptação ao estudo da Constituição brasileira, a ideia de direção jurídica para o socialismo implícita ao conceito de constituição dirigente transformou-se, de forma muito mais abstrata, em direção jurídica para objetivos de justiça social, com o que a constituição dirigente e suas normas programáticas passaram a significar a constituição de objetivos de Estado, e não mais a transição de modo de produção. O marco de tal incorporação

.....
²⁴⁷ Fico, mais uma vez, com a simplicidade da manifestação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com seu extraordinário poder de sintetizar o senso comum da doutrina jurídica pátria: “A experiência prática, todavia, não é animadora. Ademais, a efetivação dos direitos sociais, quando reclama a instituição de serviço público, dificilmente pode resultar de uma determinação judicial. Tal instituição depende de inúmeros fatores que não se coadunam com o imperativo judicial”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

²⁴⁸ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. A obra foi objeto de reedição em 2001, com alterações substanciais no texto, inclusive em relação ao conceito de constituição dirigente. Foi o texto mais antigo, entretanto, que passou à história.

ao direito brasileiro foi outro texto derivado de obra acadêmica que se transformou em clássico da literatura jurídica²⁴⁹. Colaciono, entretanto, algumas manifestações mais recentes que demonstram os termos em que tal debate é desenvolvido hoje na doutrina do direito constitucional.

Fugindo ao modelo “garantista”, tributário do “*status quo*”, pretendem conformar amplos aspectos da vida social, seja através da formulação de fins e programas para os poderes públicos, seja através da constitucionalização de direitos a prestações estatais, que, para sua efetivação, exigem postura ativa por parte do Estado. Trata-se da Constituição “dirigente” (destaques do original).²⁵⁰

O abandono da perspectiva de direção para a transição de modo de produção fica ainda mais evidente quando se observa, ainda segundo o mesmo autor, que “*em sociedades pluralistas e fragmentárias, o valor do pacto constitucional não deve ser desmerecido, considerando seu papel na manutenção da coesão e unidade nacional*”²⁵¹. Com isso, a ideia de constituição dirigente foi assimilada ao tratamento de outro conceito, já desenvolvido anteriormente, de normas programáticas, que já havia passado por uma guinada no sentido de atribuir a tais normas o valor de vinculação jurídica, não apenas o caráter de conselho ou sugestão ao legislador²⁵².

Observa-se, nessa questão, que a doutrina específica acerca dos direitos sociais avançou substancialmente mais rápido do que o constitucionalismo. A crítica teórica desse conjunto de ideias foi formulada por Marcus Orione e Souto Maior, com expressa

.....
²⁴⁹ Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

²⁵⁰ Moro, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 19.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 20.

²⁵² Cf. a respeito, inclusive com extenso recenseamento de bibliografia nacional e estrangeira, Pimenta, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 145-169.

referência ao afastamento das expressões “constituição dirigente” e “normas programáticas”:

Ora, do ponto de vista da normatividade jurídica imposta pelo império do Direito Social, estas proposições não se sustentam, pois o Direito Social representa, como visto, a superação da ordem jurídica liberal. O Direito social não é uma simples complementação da ordem anteriormente existente, é a sua reconstrução. O Direito Social não se trata, assim, de uma dimensão específica do direito, é, isto sim, a única dimensão vigente. (...). Inegável, assim, que o Direito do Trabalho se integra aos valores fundamentais do Estado Social, obrigando não apenas o Estado, mas a todos os membros da sociedade. Lembre-se, ademais, que o maior problema social é a ausência de trabalho para todos, de forma a poder extrair dele a sua sobrevivência. O retorno social das forças produtivas, daquelas que se integram ao sistema pelo trabalho e, sobretudo, pela exploração do trabalho, constitui direito fundamental de todos aqueles que, por qualquer razão, não tiveram a mesma sorte.²⁵³

Esta crítica teórica redundava numa questão prática, diretamente relacionada à efetividade dos direitos sociais. Como tornar palpável essa obrigatoriedade substancial ostentada em nível teórico? Ou, em outras palavras, como garanti-los? Esse é o debate que domina a teoria dos direitos sociais há mais de duas décadas, pelo menos desde a edição da Constituição Federal de 1988, e que há muito não avança. Demonstro-o por meio da análise de um texto publicado em 1994, muitos anos antes da publicação do presente estudo, da lavra do professor José Reinaldo de Lima Lopes²⁵⁴. Nesse texto, o autor principia investigando as dimensões teórica e histórica do

.....
²⁵³ Souto Maior, Jorge Luiz; Correia, Marcus Orione Gonçalves. O que é Direito Social?, in: Correia, Marcus Orione Gonçalves (org.). *Curso de direito do trabalho*. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2007, p. 29-30.

²⁵⁴ Lopes, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito, in: Faria, José Eduardo Campos de Oliveira (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 113-143.

conceito de direito subjetivo, de cuja exposição me abstenho por já ter tratado extensamente do tema nos capítulos anteriores. Destaco, apenas, algo apontado por Lima Lopes como muito relevante: a ideia de que, na tecnologia jurídica, direito subjetivo é um conceito que liga três termos – credor, devedor e objeto – de modo que, se alguém tem direito a algo, tem-no em face de outrem²⁵⁵. Além disso, ter um direito a algo em face de alguém significa ter também o poder de exigir o objeto do direito, sob pena de o fato de ter um direito não fazer qualquer sentido – como se observa a partir do tratamento jurídico da chamada “obrigação natural”. Depois de tratar de tais aspectos conceituais e históricos, Lima Lopes traz, pontual e sucintamente, diversas possibilidades de abordagem do tema da garantia dos direitos sociais, tendo por pano de fundo o conceito de direito subjetivo.

Em primeiro lugar, trata dos direitos sociais constitucionalmente positivados e da forma de sua garantia, comparando-os com as demais formas de direitos fundamentais também positivadas no direito brasileiro, chegando a uma posição semelhante à que distingue os direitos fundamentais em direitos contra a ação do Estado, também chamados direitos de abstenção, e direitos a prestações estatais positivas. Lima Lopes diferencia os direitos que são passíveis de garantia por meio do poder de ação daqueles que dependem da formulação das políticas públicas. Destaca a contradição envolvida na eventual implementação judicial de um direito social, mas identifica a importância da atuação dos destinatários dos direitos perante o Poder Judiciário para orientar a formulação dessas mesmas políticas públicas. Trata-se de uma repaginação da teoria das gerações de direitos, que já discuti um pouco acima.

Depois, cuida do papel do Poder Judiciário no tratamento de questões de direitos sociais, que passa a identificar, a partir desse

.....
²⁵⁵ “Essas concepções modernas de direito subjetivo têm a característica do reflexo: funcionam quando se tratam de dois indivíduos, duas partes. A questão se complica quando se trata de falar de direitos, liberdade para a manutenção da vida em geral, não apenas das trocas individuais”. *Ibid.*, p. 120.

ponto, como conflitos de justiça distributiva. Nesse ponto, aborda algumas das posições mais em voga, ainda hoje, na discussão sobre os direitos sociais, estabelecendo distinções entre as características dos poderes legislativo e executivo, por um lado, e do Poder Judiciário, por outro; tratando da responsabilidade civil e política do Estado pela não implementação de políticas sociais; e traçando algumas linhas sobre o papel do direito financeiro na implementação dos direitos sociais.

O professor José Reinaldo de Lima Lopes encerra sua contribuição extrapolando a técnica jurídica ao discutir a relação entre o Poder Judiciário, a democracia e a justiça distributiva à luz dos direitos sociais e os conflitos que desencadeiam.

É fácil notar que toda a produção teórica subsequente não foi capaz de ultrapassar os pontos que já haviam sido estabelecidos como relevantes no referido texto, do qual já se passam quase duas décadas. A discussão continua a mesma: os direitos sociais geram direitos subjetivos? A resposta negativa a tal pergunta conduz o debate imediatamente para a esfera política – onde, de resto, deve mesmo se localizar, penso –, extrapolando a tecnologia jurídica, o que a faz ser a preferida dos partidários do *status quo* e daqueles que pretendem se afastar do direito e se aproximar da política como sede das discussões de justiça distributiva, para utilizar a terminologia de Lima Lopes. A resposta positiva, por sua vez, vem acompanhada por uma imensa séria de outras questões de tecnologia jurídica que decorrem desta primeira perplexidade: é adequado ou “justo” contemplar com direitos sociais apenas aqueles que os pleiteiam? O Poder Judiciário é democraticamente legitimado para formular políticas públicas em substituição aos poderes políticos – Executivo e Legislativo? É viável que a intervenção do Poder Judiciário se dê por meio de instrumentos que se limitem a aferir a constitucionalidade da atuação dos poderes políticos, sem interferir na formulação das políticas?

Observe-se, ilustrativamente, como todas essas perplexidades ainda permeiam o texto de Ana Carolina Lopes Olsen, que venho

utilizando como referência, que tenta oferecer uma resposta coerente para todas elas, optando pela possibilidade de efetivação judicial sempre que se estiver diante de uma norma reconhecida como de direito fundamental social:

Assim, todos os direitos fundamentais sociais prestacionais podem assumir o caráter de direitos subjetivos, de modo que sua não realização somente se viabiliza a partir de um processo de ponderação orientado pela argumentação jusracional. É válido reconhecer um peso especial às normas de direitos fundamentais sociais sempre que através delas se buscar a realização das prestações minimamente necessárias à sobrevivência digna de cada cidadão. Todavia, reduzir todas as normas de direitos fundamentais sociais à concepção de mínimo existencial parece equivocado, na medida em que sua exigibilidade deve ser construída caso a caso, sempre que ponderados os princípios e bens jurídicos em conflito. Afirmar, a priori, o que é direito fundamental e o que não é, pois refoge ao círculo material do mínimo existencial implica arriscar uma delimitação em abstrato do conteúdo normativo da norma, e, além disso, aplicar uma penalidade extraordinária àquele objeto que não se enquadre na moldura de mínimo existencial: ele fatalmente será inexigível prontamente da norma constitucional. Estará sujeito às regras discricionárias das políticas públicas, estará ao alvedrio do legislador.²⁵⁶

A leitura da contribuição de Lima Lopes, ainda de impressionante atualidade, deixa claro que a resposta a todas estas perplexidades é impossível de ser formulada nos limites de uma tecnologia dos direitos sociais. Cumpre-me, portanto, formular a crítica de tal tecnologia, tendo por base o aprofundamento da ciência materialista histórico-dialética do direito, no estado em que legada por Pasukanis e Edelman. Debruçar-me-ei sobre a tarefa em dois

.....
²⁵⁶ Olsen, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação (mestrado). Curitiba: UFPR, 2006, p. 352-353.

momentos, que ocuparão as duas seções seguintes do presente capítulo. Em primeiro lugar, a crítica da tecnologia dos direitos sociais propriamente dita, em sua relação com a efetivação pelo Poder Judiciário, que revelará a razão pela qual não é possível que o debate sobre o tema avance além do estado em que se encontra. Depois, a formulação da crítica imanente do conceito de direitos sociais até aqui apresentado, à luz da crítica da forma jurídica, em meio à qual pretendo apontar algumas contribuições propositivas acerca da função desempenhada pelos direitos sociais, tanto para os partidários da manutenção do *status quo*, quanto para aqueles que advogam uma superação das presentes relações sociais de produção.

III.2. Direitos sociais e forma jurídica individual (ou: por que juízes não fazem políticas públicas?)

O debate acerca da implementação judicial forçada de direitos sociais tem se movimentado, há muito tempo, em torno do fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo pelo Estado. O problema é por todos muito conhecido: o Ministério da Saúde divulga uma lista de medicamentos gratuitamente fornecidos e um paciente necessita de um medicamento de alto custo, com o qual não pode arcar, que não consta da lista em questão. A solução também já é quase prosaica: uma ação judicial, baseada no artigo 196 da Constituição Federal, que assegura a saúde como direito de todos. A jurisprudência tem aceitado muito bem este tipo de demanda, obrigando o poder público a fornecer os medicamentos e determinando inclusive o bloqueio de verbas públicas em caso de não atendimento à determinação judicial²⁵⁷. Esta destacada relevância prática levou a doutrina a raciocinar:

.....

²⁵⁷ Apenas para fins de documentação, registro que o Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário ao qual foi atribuída repercussão geral, ratificou sua jurisprudência reiterada nesse sentido, pelo que cito, por todos, o acórdão do RE 607582, disponível em <<http://www.stf.jus.br>>.

Ainda mais, temos visto algumas tentativas de responsabilização do Estado por omissão de serviços essenciais. E, no entanto, tal responsabilização é bastante complexa e difícil, visto que a maioria dos serviços omitidos são *uti universi*, e não *uti singuli*, não remunerados diretamente pelos usuários, mas mantidos por meio de impostos gerais, etc. Além disso, a prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.²⁵⁸

Mais uma vez, minha pesquisa me leva a constatar a insuperável atualidade de uma contribuição prestada há quase duas décadas. Superada a discussão sobre a atribuição de direito subjetivo a partir da positivação constitucional de um direito social, a doutrina passou a debater a pertinência da implementação judicial individual de tais direitos, o que vem fazendo, como se vê, há muito anos. Com uma diferença: o professor José Reinaldo de Lima Lopes, dedicado estudioso da história do direito, denominava o problema de judicialização de conflitos de justiça distributiva, em atenção à sua nomenclatura tradicional; enquanto, nos dias atuais, o tema adquiriu um nome mais pomposo e mais anódino – controle judicial de políticas públicas.

Identificado o problema representado pela implementação individual e casuística de um direito que pertence a todos, a doutrina

.....
²⁵⁸ Lopes, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito, *in*: Faria, José Eduardo Campos de Oliveira (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 130-131.

passou a debater como poderia o Poder Judiciário implementar soluções abrangentes. Esse é o foco da discussão que domina o tema. Sobreja material a respeito, dos mais variados níveis de qualidade, buscando instrumentalizar essa percepção por meio de mecanismos de direito processual. Espero que o leitor concorde, a essa altura do trabalho, que não faria sentido recensear a literatura sobre a questão²⁵⁹, até porque, mais uma vez, discordo absolutamente do foco a ela emprestado pela doutrina. O problema, é óbvio, não é de imperfeição dos mecanismos processuais, pelo que não adianta desperdiçar anos de trabalho e páginas e mais páginas de texto tentando aprimorar os instrumentos existentes para a implementação supraindividual dos direitos.

Repito, ainda uma vez, porque constitui o núcleo do trabalho: o problema é de forma. É a forma jurídica que determina a insuperável ineficácia dos mecanismos processuais de implementação transindividual dos direitos sociais. Demonstrá-lo-ei com um exemplo bastante recente, colhido no direito previdenciário, que passo a detalhar.

Ao menos desde a edição da Lei nº 3.807/60, que recebeu o nome de Lei Orgânica de Previdência Social e unificou o regime jurídico dos diversos institutos de aposentadorias e pensões criados desde a década de trinta do século XX²⁶⁰, a previdência social brasileira trabalha com limites mínimo e máximo para o pagamento de contribuições e recebimento de benefícios, sendo que este limite

.....
²⁵⁹ Indico, por todas, duas obras relevantes sobre o assunto, uma já clássica e outra bastante recente, com farto material baseado em exame de situações práticas em direito da seguridade social. Correia, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2002. França, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011.

²⁶⁰ Para detalhes históricos mais específicos, cf. meu Batista, Flávio Roberto. *Benefícios previdenciários por incapacidade no Regime Geral de Previdência Social*. Dissertação (mestrado). São Paulo: USP, 2008, especialmente p. 47-61.

máximo ficou popularmente conhecido pelo nome de *teto*. Depois de ter sido inicialmente projetado com uma sistemática bastante simples e automaticamente atualizável, no valor de dez salários mínimos – artigo 23, § 2º, da Lei nº 3.807/60 –, o teto passou por alterações que tornaram sua sistemática substancialmente mais complexa, tendo vigorado, entre os anos de 1976 e 1991, legislação que envolvia a previsão de dois montantes: o menor valor teto e o maior valor teto.

Após a redemocratização e a edição da Constituição de 1988, a legislação previdenciária foi mais uma vez reformada, o que resultou na edição da Lei nº 8.213/91, que ainda hoje regula a concessão de benefícios previdenciários. Esta última lei voltou a prever um teto único, retomando a sistemática anterior a 1976, com uma diferença substancial e absolutamente relevante para o exemplo escolhido: a fixação do valor do teto deixou de ser atrelada a uma determinada quantidade de salários mínimos, até em razão da expressa proibição constante do artigo 6º, IV, da Constituição Federal. Em lugar disso, a legislação estabeleceu em lei um valor monetário nominal – cento e setenta mil cruzeiros, em valores de julho de 1991, conforme artigo 28, § 5º, da Lei nº 8.212/91 – e definiu sua forma de atualização, que se daria “na mesma época e com os mesmos índices que os do reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social”, ainda segundo o mesmo dispositivo. O mesmo limite foi adotado pela Lei nº 8.213/91, em seu artigo 29, § 2º, para o salário-de-benefício, base de cálculo da renda mensal dos benefícios previdenciários (composto de uma média de salários-de-contribuição, que, por sua vez, constituem a base de cálculo para o pagamento das contribuições previdenciárias), e também para a própria renda mensal dos benefícios.

Dois fatos relevantes somam-se ao já exposto para a identificação do problema que me ocupa. Em primeiro lugar, no regramento anterior ao das Leis nº 8.212 e 8.213/91 era possível que o segurado tivesse feito contribuições sobre base superior ao valor considerado o teto pelo novo regramento. Depois, a correção

monetária dos salários-de-contribuição que compõem o cálculo do salário-de-benefício abrange o período que vai desde o mês da competência da contribuição até o mês do cálculo do benefício – artigo 201, § 3º, da Constituição Federal e artigo 29-B da Lei nº 8.213/91 –, diferentemente do que ocorre com o teto, que, como visto acima, só é atualizado nas mesmas datas e com os mesmos índices aplicados aos benefícios previdenciários, o que tem ocorrido, em regra, anualmente. A conjugação destes dois fatos tem por consequência que nunca foi incomum que, feita a mencionada média de salários-de-contribuição, a mesma superasse o valor do teto. Nesses casos, o segurado, embora tenha feito ao longo da vida contribuições que lhe permitiriam receber benefício superior ao teto, estava impedido de fazê-lo por disposição legal expressa, de modo que seu salário-de-benefício e sua renda mensal ficavam limitados ao valor do teto.

O legislador rapidamente apercebeu-se de que o ocorrido violava o princípio contributivo e a promessa de equilíbrio atuarial. Traduzido o problema nos meus termos, havia clara violação do princípio da equivalência, a ameaçar a estabilidade de todo o sistema. Por isso, foram editados o artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94, conhecido popularmente como índice de reajuste-teto, e o artigo 26 da Lei nº 8.870/94, que recebeu o pitoresco nome popular de *buraco verde*. Os dois dispositivos mencionados veiculam mecanismo idêntico, variando apenas seu período de abrangência: enquanto o buraco verde atinge benefícios concedidos entre 05 de abril de 1991 e 31 de dezembro de 1993, o índice de reajuste-teto aplica-se a benefícios concedidos a partir de 1º de janeiro de 1994. Tal mecanismo consiste em incorporar, de uma única vez e de forma concomitante ao primeiro reajuste do benefício – na competência de abril de 1994, no caso do buraco verde –, a diferença percentual entre a média de salários-de-contribuição apurada e o salário-de-benefício utilizado como base para sua concessão, ou seja, o valor do teto. O mecanismo era bastante imperfeito, conseguindo recompor efetivamente as

perdas apenas daqueles beneficiários com coeficientes inferiores a cem por cento e benefícios concedidos em datas muito próximas à edição da norma referente ao primeiro reajuste, que receberam, portanto, reajustes proporcionais muito reduzidos.

Até aí, nada poderia ser feito e a jurisprudência vinha rechaçando as tentativas dos segurados de recompor por outras vias as perdas financeiras assim experimentadas. Ocorre que, apercebendo-se da defasagem que vinha ocorrendo entre o valor histórico do teto, de dez salários mínimos, e o valor efetivamente a ele atribuído nos termos do artigo 28, § 5º, da Lei nº 8.213/91, em decorrência de vários anos de política de aumento real do salário mínimo contrastada com a incorporação deficiente da inflação pelos índices oficiais, o poder constituinte derivado houve por bem, em duas oportunidades – Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03 –, elevar o valor nominal do teto, rompendo a paridade de índices e épocas de reajuste entre estes e os benefícios previdenciários.

A medida fez os beneficiários limitados ao teto sentirem-se duplamente prejudicados. Depois de terem sido impedidos de receber o benefício pelo qual pagaram, em razão da existência do teto, foram obrigados a assistir a majoração do teto sem qualquer repercussão em seus respectivos benefícios. O problema gerou o ajuizamento de inúmeras demandas individuais e, depois de alguns anos de discussão judicial, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 564354, com repercussão geral, decidiu que os segurados tinham direito à incorporação das perdas experimentadas aos valores de seus benefícios.

A decisão ocasionou nova corrida ao Poder Judiciário, com o ajuizamento de milhares de ações individuais pleiteando a retomada das perdas financeiras. Além disso, o Ministério Público Federal, em litisconsórcio ativo com o Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical, ajuizou ação civil pública (Ação nº 0004911-28.2011.403.6183, em trâmite perante a 1ª Vara Federal Previdenciária da Seção Judiciária de São Paulo/SP) contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com

o fito de coagi-lo ao cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal para todos os beneficiários que se encontrassem em tal situação. A ação civil pública seria, ao menos em tese, o instrumento processual adequado²⁶¹ para resolver definitivamente o problema, de maneira unitária e eficaz, com economia de recursos do Poder Judiciário. Não foi, entretanto, o que ocorreu na prática.

Após decisão que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional, determinando a revisão imediata dos benefícios em questão em todo o país, com o devido pagamento dos valores atrasados não prescritos, sob pena de pesada multa cominatória diária, o INSS apresentou proposta de acordo, contemplando a revisão de parte dos benefícios e o pagamento escalonado em um período de dois anos e meio dos valores atrasados devidos aos segurados. Os autores, surpreendentemente, aceitaram a proposta, transigindo direitos sociais alheios que o referido acordo violava. O juízo houve por bem, então, homologar o acordo apenas em parte, proferindo sentença de procedência com relação aos benefícios que não foram objeto da transação.

O corajoso e inovador procedimento do juízo coloca-o diante de alguns desafios curiosos. Como garantir o cumprimento da decisão? Como identificar os beneficiários excluídos do acordo e verificar se foram beneficiados com as verbas perdidas? A resposta é intuitiva: mediante manifestação individual de cada um dos beneficiários lesados. Não há outra resposta cabível, porque esta é a resposta que decorre da forma jurídica. Considerando que já havia uma decisão do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral, e já havia antes a Constituição Federal a determinar o mesmo resultado, qual a utilidade do ajuizamento da mencionada ação civil pública? Nenhuma. Não querendo ou, eventualmente, não podendo a administração pública cumprir o determinado

.....
²⁶¹ Indicações doutrinárias a respeito podem ser obtidas em França, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011.

e recompor as perdas de seus beneficiários, seja diante apenas do texto constitucional, de decisão do STF ou de ordem expressa de juízo de primeira instância em ação civil pública, o efeito será o mesmo: os eventuais prejudicados deverão manejar ações judiciais individuais para que sua situação seja analisada e resolvida. Trata-se de procedimento inerente à forma jurídica, que, vinculada aos conceitos de sujeito de direito, direito subjetivo e obrigação jurídica, faz aderir indissolavelmente a cada direito algumas características marcantes. São elas a individualidade e a patrimonialidade.

Todo direito subjetivo, por mais que a doutrina jurídica tente atribuir-lhe o aspecto coletivo ou difuso, é individual, porque, no limite, somente assim pode ser exigido e fruído. Além disso, todo direito subjetivo é patrimonial, se não originariamente, ao menos se tornando patrimonializável com a sistemática da responsabilidade pelo descumprimento das obrigações jurídicas.

Traduzindo todas essas ponderações para os termos do debate aqui abordado, os juízes jamais serão capazes de formular ou mesmo de controlar a formulação de quaisquer políticas públicas, porque os instrumentos técnico-jurídicos à sua disposição, ainda que tenham uma orientação ao tratamento de problemas coletivos e difusos, somente são aptos a determinar o pagamento de valores pecuniários a indivíduos ou grupos investidos da condição eminentemente individual de sujeito de direito. Em outras palavras, por mais sofisticados que sejam os instrumentos processuais coletivos, a forma jurídica vinculada à troca mercantil por indivíduos proprietários de mercadorias impede qualquer tipo de construção além do pagamento forçado de dinheiro a indivíduos, ainda que por meio de mecanismos coletivos. É o que demonstra a experiência de uso de tais instrumentos para defesa dos direitos sociais, como no caso que relatei acima. Cumpre assim, revelar a crítica da categoria dos direitos sociais a partir de seu desenvolvimento em termos de forma jurídica, tema central do trabalho, a que me dedicarei na seção seguinte.