

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação



A desaposentação no STJ e no STF:

Implicações teóricas da teoria da decisão judicial a partir do estudo de caso dos posicionamentos das Cortes Superiores

André Kabke Bainy

Pelotas, 2020.

André Kabke Bainy

A desaposentação no STJ e no STF:

implicações teóricas da teoria da decisão judicial a partir do estudo de caso dos posicionamentos das Cortes Superiores

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Camargo Massaú

Pelotas, 2020.

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

B162d Bainy, André Kabke

A desaposentação no STJ e no STF: : implicações da teoria da decisão judicial a partir do estudo de caso dos posicionamentos das cortes superiores / André Kabke Bainy ; Guilherme Camargo Massaú, orientador. — Pelotas, 2020.

167 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2020.

1. Teoria da decisão judicial. 2. Desaposentação. 3. Previdência social. 4. Direitos sociais. I. Massaú, Guilherme Camargo, orient. II. Título.

CDDir : 341.67

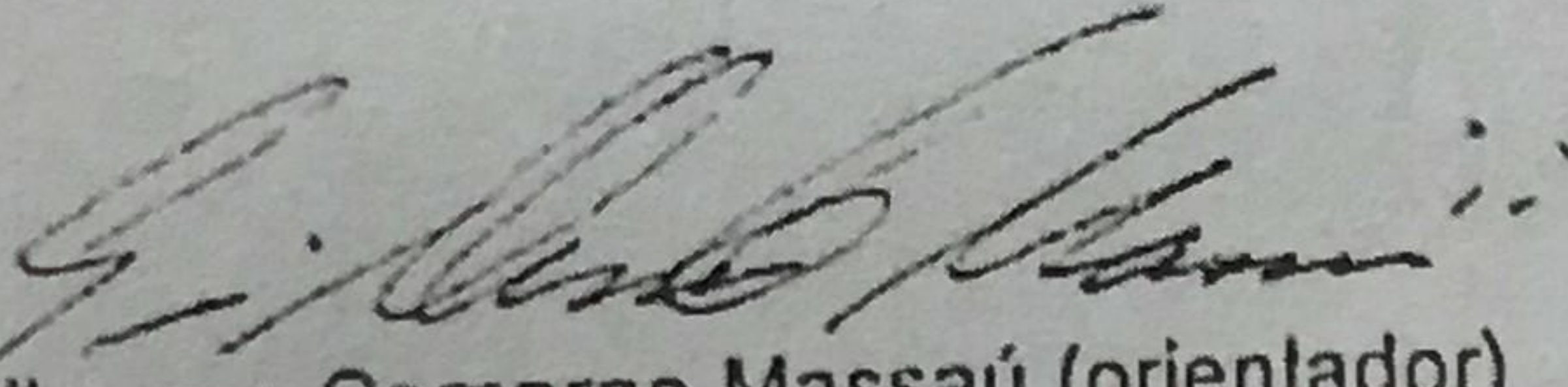
A desaposentação no STJ e no STF:

implicações teóricas da teoria da decisão judicial a partir do estudo de caso dos posicionamentos das Cortes Superiores

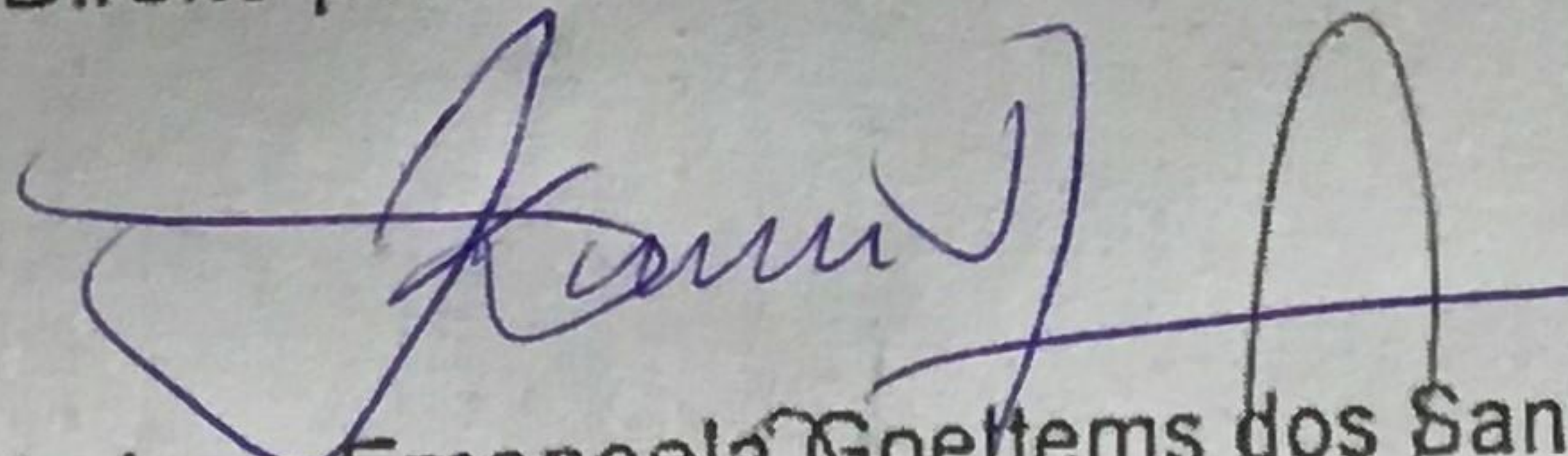
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas.

Data da defesa: 19/05/2020

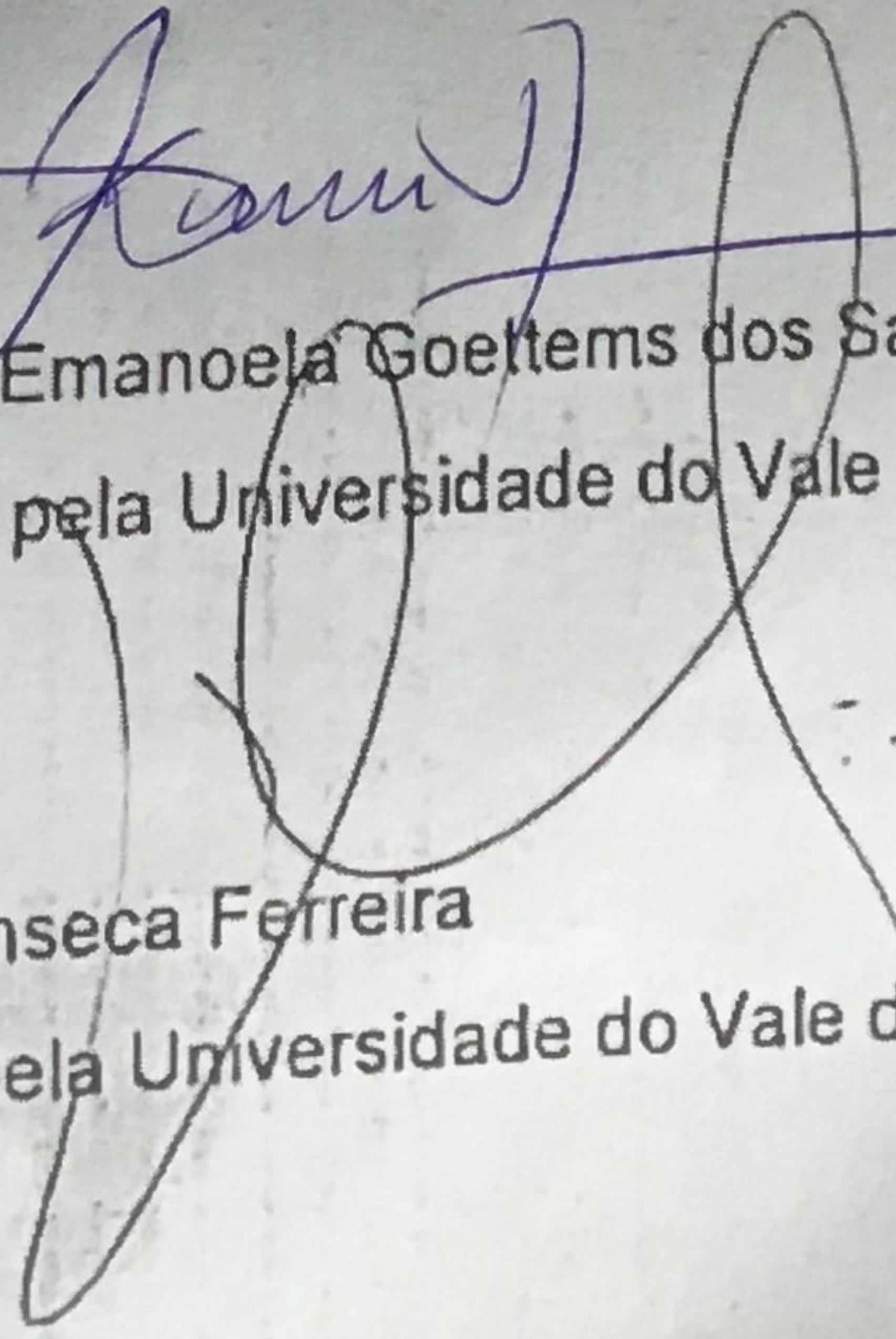
Banca examinadora:


Prof. Dr. Guilherme Camargo Massaú (orientador)

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos


Prof.ª Dr.ª Karinne Emanoela Goettems dos Santos

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos


Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Agradecimentos

Se, conforme bem afirmou Heidegger, “ser” é “ser-com-os-outros”, e se até aqui eu tenho sido tão bem acompanhado, também aqui não poderia deixar de expressar a gratidão que enche o meu coração neste momento. Assim, agradeço:

Inicialmente, à CAPES, enquanto gestora das políticas públicas na área de educação em nível de pós-graduação por, para além das dificuldades e constantes cortes orçamentários, possibilitar o meu ingresso, curso, desenvolvimento e conclusão da presente pesquisa.

À minha esposa Eduarda, parceira de vida, de sonhos, de projetos... grande exemplo e maior razão da minha motivação: obrigado pelo amor e cuidado diário. As estrelas seguem brilhando por nós!

A toda minha família – de sangue e por extensão – pelo carinho, torcida, e motivação sempre a mim despendidas. Materializo esse “muito obrigado” na figura dos meus pais, Veroní e Jorge, pela dedicação, incentivo e inspiração constantes, e na figura do meu irmão Bruno, amigo e parceiro de sempre e meu primeiro grande exemplo acadêmico.

À Coordenação do PPGD e a todos os professores com quem pude conviver ao longo do curso, que muito me ensinaram e instigaram sobre as coisas *do Direito e da vida*, e, de forma ou outra, contribuíram para as reflexões aqui constantes.

Ao meu orientador, Prof. Guilherme Massaú, quem, além de ser uma grande referência e inspiração acadêmica, já de algum tempo se revelou um grande amigo com quem pude sempre contar: muito obrigado pelos preciosos ensinamentos, mestre.

Aos meus amigos, que, ao me acompanharem, de uma forma ou outra, tornaram mais agradável a caminhada.

Aos sócios Cauê Andreazza e Lucas Selau, pela parceria, incentivo e compreensão nas minhas eventuais ausências profissionais. Obrigado por segurarem a barra quando foi preciso!

E por último, ao meu misericordioso Deus, por ser a fonte de significado às coisas, me amparar em todos os aspectos da vida e permitir que eu diariamente possa experimentar da sua infinita graça e amor: “*Pois Dele, por Ele e para Ele são todas as coisas. A Ele seja a glória para sempre!*” (Romanos 11:36)

RESUMO

A pesquisa analisa a Teoria da Decisão Judicial, tendo por recorte a análise das decisões judiciais envolvendo a Previdência Social, que é ramo afeto aos direitos fundamentais e que é objeto de atual discussão pela Reforma da Previdência. O problema de pesquisa é apresentado em duas perguntas relacionadas, que, em síntese, questionam a forma como decidem os juízes nos casos envolvendo a Previdência Social, especificamente no que tange à desaposentação, e qual a perspectiva teórica-interpretativa que melhor se coaduna com a hermenêutica constitucional, no sentido de proteção e efetivação do direito fundamental à previdência social. Tal pesquisa se mostra relevante pois por meio dela poder-se-á extrair apontamentos sobre o atual estágio de compreensão do Direito Previdenciário enquanto direito fundamental, bem como sobre a compreensão do próprio Direito. O quadro teórico utilizado sustenta a Previdência Social como direito social fundamental e apresenta críticas à racionalidade instrumental utilitarista adotada pelos julgadores - especialmente o STF - e vê na hermenêutica jurídica uma possibilidade de diálogo adequada entre a forma como decidem os juízes e a eventual reforma legislativa em matéria previdenciária. A pesquisa tem caráter qualitativo e parte da utilização do método de pesquisa bibliográfico, bem como do estudo de caso para a análise dos votos dos ministros do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.488 e do STF no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 381.367, 827.833 e 661.256. O método de abordagem é o método indutivo, ao passo que o método procedimental, por sua vez, é o método monográfico.

Palavras-chave: Teoria da Decisão judicial; Desaposentação; Previdência Social; Direitos Sociais.

ABSTRACT

The research analyzes the Theory of Judicial Decision, with a cut-off in the analysis of judicial decisions involving Social Security, which is a branch of fundamental rights and which is the subject of current discussion on the Welfare Reform. The research problem is presented in two related questions, which, in a nutshell, debate how judges decide in cases involving Social Security, specifically regarding to unretirement, and which theoretical-interpretive perspective best fits with the constitutional hermeneutics, in the sense of protection and effectiveness of the fundamental right to social security. Such research is relevant because it can extract notes about the current stage of understanding of the Social Security a fundamental right, as well as about the understanding of the Legal System itself. The theoretical framework used supports Social Security as a fundamental social right and criticizes the instrumental rationality adopted by the judges - especially the STF - and sees in the hermeneutics a suitable dialogue between the way judges decide and the eventual legislative reform in Social Security. The research has a qualitative character and begins with the use of the bibliographic research method, as well as the case study for the analysis of the votes of the ministers of the STJ in the judgment of Special Appeal No. 1.334.488 and of the STF in the judgment of Extraordinary Appeals nº 381.367, 827.833 and 661.256. The method of approach will be the inductive method, while the procedural method, in turn, will be the monographic method.

Keywords: Theory of judicial decision; Unretirement; Social Security; Social Rights.

Lista de Abreviaturas e Siglas

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AED	Análise Econômica do Direito
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
IBDP	Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INSS	Instituto Nacional da Seguridade Social
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
Min. ^a	Ministra
MPF	Ministério Público Federal
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
RGPS	Regime Geral da Previdência Social
RPPS	Regime Próprio da Previdência Social
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4 ^a Região

SUMÁRIO

1 Introdução.....	9
2 Situando a Previdência Social a partir da normatividade constitucional.....	18
2.1 Apontamentos sobre a (pertinência da) Teoria da Constituição.....	18
2.2 A Ordem Constitucional e os Direitos Fundamentais.....	20
2.3 O caráter de fundamentalidade da Previdência Social: um enfoque necessariamente normativo.....	23
3 A desaposentação.....	28
3.1. O instituto jurídico: definição, histórico e aplicação prática.....	28
3.2 Estudo de Caso 1: O julgamento do REsp nº 1.334.488/STJ.....	34
3.3 Estudo de Caso 2: O julgamento dos RE nº 381.367, 827.833 e 661.256.....	38
4 Qual é a racionalidade argumentativa utilizada pelos julgadores?.....	58
4.1 O Direito Fundamental à motivação das decisões.....	58
4.2 Inferências extraídas a partir dos Estudos de Caso.....	60
4.2.1 A racionalidade legalista e o retorno à disjuntiva relação “texto” e “norma”.....	63
4.2.2 A racionalidade institucionalista e o apego à concepção tradicional de tripartição de poderes	70
4.2.3 A racionalidade econômica. Uma crítica à abordagem da AED.....	77
4.2.4 A racionalidade utilitarista e a instrumentalização do Direito.....	93
4.2.5 A racionalidade moral: pontos de intersecção e afastamento.....	107
5 Para além da crítica: uma proposição teórica.....	139
5.1 A razão jurídica concretizadora: a hermenêutica jurídica.....	139
5.2 A resposta constitucionalmente adequada à questão da desaposentação.....	149
Conclusão.....	155
Referências bibliográficas.....	158

1 INTRODUÇÃO

O cenário vivenciado pelo Direito contemporâneo apresenta-se eivado de discussões acerca da justiça, da legitimidade e da efetividade do próprio Direito. Cogita-se que referida (e problemática) circunstância tenha seu maior exponencial nas discussões que permeiam a relação do Direito com a Moral e com a Política – sendo, para efeito de referencial teórico aqui adotado, todas igualmente consideradas como esferas da vida humana e social, porém, com âmbitos de (ao menos parcial) autonomia.

Noutras palavras, não se sabe o que é o Direito, o que deva ser o Direito e qual é o papel deste em relação àquelas outras esferas enquanto partes de um todo – a *vida humana*.

Daí porque, se isto for verdade, aquilo aqui chamado de “crise do Direito” tem sua raiz em aspectos epistemológico-metodológicos, os quais apontam para a necessidade de superação da dicotomia “teoria” e “prática” do/no Direito.

Adotando isso como pressuposto preliminar da compreensão do atual estágio do fenômeno jurídico, e passando-se a analisar alguns aspectos contemporâneos, sabe-se que um dos fatores de concretização do Direito é a decisão judicial¹. Isso porque é justamente por meio da atuação judicial, levada a efeito especialmente na sentença de mérito, que as controvérsias jurídicas e conflitos sociais (lides) recebem uma resposta estatal definitiva acerca de quem tem razão naquela questão posta em discussão.

Num período frequentemente denominado pós-positivista², essa atuação ganha ainda mais relevo, tornando o juiz protagonista³ de grande parte das ações que versam sobre a efetivação dos direitos fundamentais – individuais, sociais e coletivos. E referido contexto de protagonismo na atuação judicial não poderia ser diferente nos casos envolvendo a seguridade social em geral e, em específico, a Previdência Social.

¹ Essa afirmação não significa a adesão ao realismo jurídico norte-americano, cujos autores defendiam que o Direito era preponderantemente aquilo que diziam os juízes; significa, em verdade, apenas reconhecer que é na atuação judicial, por meio de uma sentença de mérito, que a controvérsia colocada em juízo recebe definitivamente a sua solução estatal/processual.

² A menção a este conceito não significa, ao menos por ora, a aceitação acrítica do seu significado.

³ Para efeitos desta pesquisa, até o momento não se adentrou na discussão acerca do protagonismo e ativismo judiciais. Acaso constatada a necessidade de delimitação e revisão teórica destes conceitos, para a redação da dissertação, os mesmos serão devidamente abordados na continuidade da pesquisa.

Isso porque o Direito Previdenciário corresponde a um ramo do Direito que interessa a absoluta maioria da sociedade brasileira, bem como tem por representante da/na administração pública o INSS (o maior réu, em termos quantitativos, do Brasil⁴), além de ser um âmbito que versa sobre direitos fundamentais sociais e o qual constantemente se vê deparado com situações que demandam reflexão sobre a necessidade de atualização, ou não, de determinado entendimento jurídico/jurisprudencial.

Por fim, trata-se de assunto inteiramente presente nas discussões envolvendo política, economia, gestão pública e Direito, em razão da indigitada Reforma da Previdência.

Ora, urge a superação da dicotomia “teoria” e “prática” no Direito e o âmbito das decisões judiciais envolvendo a previdência social talvez seja um dos assuntos contemporâneos mais propícios a apontar/retomar essa discussão.

Nesse contexto, a partir de um recorte metodológico que pretende limitar a análise ao instituto jurídico da desaposentação – o qual, numa breve síntese, corresponde à renúncia, pelo segurado já aposentado que continuou trabalhando, da aposentadoria até então percebida, com o intuito de passar a receber uma nova aposentadoria, com a incorporação dos salários posteriores à obtenção do primeiro benefício, com a consequente majoração do valor mensal do benefício – o presente texto pretende enfrentar os seguintes problemas: qual é a linha teórico-argumentativa da fundamentação utilizada pelos juízes nas decisões dos casos envolvendo a Previdência Social, especialmente no caso da chamada desaposentação e qual a perspectiva teórica-interpretativa que melhor se coaduna com a hermenêutica constitucional, no sentido de proteção e efetivação do direito fundamental à previdência social?

De maneira proposital e consciente, durante o desenvolvimento da pesquisa, optou-se por não apresentar uma hipótese propriamente dita, haja vista a compreensão de que, em “pesquisas qualitativas, essa insistência pode levar a equívocos” (BRAGA, 2005, p. 288), especialmente no que tange à possibilidade de

⁴ Conforme pesquisa realizada em 2011 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o INSS é o maior litigante nacional, alcançando o correspondente a 22,3% das demandas dos cem maiores litigantes. Em segundo lugar vem a Caixa Econômica Federal, com 8,5%, e após a Fazenda Nacional, com 7,4%. Disponível em: http://cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 21 fev. 2019, às 22h34min.

que o trabalho fosse tendencialmente motivado para provar aquela hipótese inicialmente aventada – o que não pareceu metodologicamente desejável.

Por outro lado, foi admitida a possibilidade de apresentação de uma hipótese de trabalho, que justificasse o interesse e relevância da pesquisa e veio a ser utilizada como base para organizar a observação, qual seja: o posicionamento do STF no caso da desaposentação é restritivo e foi fundamentado numa análise racional-consequencialista, de matriz utilitarista do Direito.

O presente texto pretende começar assentando os resultados da revisão bibliográfica quanto ao instituto jurídico da desaposentação, levando-se em conta a argumentação e fundamentação jurídica até então utilizada para o seu reconhecimento e aplicação. Ato contínuo, será realizado um estudo de caso que viabilize a análise dos votos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.488, no qual foi reconhecida a possibilidade da desaposentação, e dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários 381.367, 661.256 e 827.833, julgados em conjunto no ano de 2016, nos quais houve o entendimento definitivo de não ser possível ao segurado a concessão do benefício requerido.

Com as informações e inferências colhidas a partir do referido estudo de caso, será realizada a análise crítica e comparativa daquelas fundamentações. A partir daí, por meio da revisão bibliográfica de obras da teoria do direito e hermenêutica jurídica, será proposto um estudo da teoria da decisão judicial – aqui compreendida como uma subdisciplina intrínseca à hermenêutica jurídica, mas que também agrega elementos de lógica, argumentação, discurso e linguagem – de modo a se compreender como decidem os juízes. Assim, serão buscadas propostas teóricas que melhor dialoguem com a orientação jurídico-normativa da Constituição Federal, no sentido da promoção dos direitos fundamentais sociais, e que tenham um sustentáculo metodológico amparado em matriz teórica que melhor localize o direito enquanto fenômeno teórico e prático da vida humana – e, assim, melhor supere essa (falsa) dicotomia.

A tarefa que mais buscamos, por meio de nossas atividades racionais, é a compreensão. E, se assim o é para o *todo* humano, não poderia ser diferente em relação ao Direito. Assim, volvendo tais aspectos teóricos às especificidades do Direito, tem-se que é na hermenêutica jurídica que a análise, interpretação, ponderação e argumentação se concretizam, daí porque não é exagero referir-se à concretização do próprio Direito por meio da atividade hermenêutica.

Sabendo-se que embora todos os atores envolvidos no fenômeno jurídico desenvolvam atos de compreensão e interpretação – porquanto intrínsecas à própria racionalidade, como visto -, como os advogados (na tentativa de formulação e exposição dos melhores argumentos) ou o promotor (enquanto agente fiscalizador ou acusador), é na figura do juiz que recai a maior carga acerca das questões interpretativas, haja vista que sua função precípua (proferir a decisão judicial) é algo absoluta e integralmente atrelado à hermenêutica. E se está atrelado à hermenêutica e interpretação, corresponde a uma ação racional; e se corresponde a uma ação racional, pode (e deve) ser objeto de análise, crítica, estudo e teorização.

Disso tudo se extrai a relevância do estudo da teoria da decisão judicial, de modo que seja possível se compreender como decidem os juízes, enquanto agentes públicos responsáveis por dar a última palavra nos casos individuais levados à sua apreciação.

Mais do que isso, referida análise também se mostra relevante na medida em que, por meio dela, pode vir a ser possível a coleta de elementos necessários à compreensão do próprio fenômeno jurídico, na raiz de seus fundamentos. Isso porque os resultados eventualmente obtidos por meio da análise da forma como decidem os juízes poderá nos levar ao estabelecimento de um mapeamento dos aspectos teóricos do direito adotados (ou rechaçados), nas decisões judiciais. Trata-se de uma análise relevante ao âmbito jurídico brasileiro, pautado por corriqueiros conflitos e decisões sobre ativismos, legitimidade, etc., até porque, conforme já advertia Chaim Perelman, “em direito, nenhum poder – seja o poder discricionário da administração pública, seja o do juiz da causa (...) - pode exercer-se de uma forma arbitrária, ou seja, desarrazoada” (PERELMAN, 1996, p. 565-566).

Ao passo em que é urgente a análise da forma como decidem os juízes, para fins científicos, é imprescindível que referida análise observe um ponto de corte claro e concreto. E é nesse contexto que se entende pertinente a utilização da seara do direito previdenciário (em geral) e o caso do julgamento da desaposentação (em específico) como método de aproximação e delimitação da pesquisa ora desenvolvida.

Embora essa análise pudesse ocorrer a partir da delimitação de qualquer outro âmbito do Direito, a escolha pela seara previdenciária se dá por alguns aspectos específicos: (i) trata-se de ramo que envolve direitos sociais fundamentais; (ii) trata-se de ramo que envolve, necessária e preponderantemente, a atuação estatal

positiva; (iii) trata-se de ramo que sofre por constantes reformas legislativas, normalmente atreladas à circunstâncias políticas e econômicas específicas e momentâneas e que, por tal motivo, às vezes aparenta a quebra da continuidade (colcha de retalhos legislativos); (iv) trata-se de ramo cujas causas levadas à apreciação do Poder Judiciário por diversas vezes não encontra regulamentação clara aplicável, sendo necessária a utilização de métodos interpretativos que por vezes recorrem a aspectos extralegais; e (v) está em evidente e atual discussão, haja vista a iminente aprovação da Reforma da Previdência, que somada às alterações ocorridas em 2015, podem ensejar uma drástica e prejudicial mudança do acesso dos segurados da previdência aos seus direitos.

Conforme conceituação de Walber de Moura Agra (2012, p. 841), a Previdência Social tem por objetivo servir de amparo ao cidadão em momentos excepcionais de sua vida, nos quais eventualmente não possa dispor de recursos próprios suficientes para a sua manutenção e a de sua família, funcionando “como uma espécie de seguro, patrocinada pelo Governo e por toda a sociedade, para garantir à coletividade amparo em seus momentos difíceis”.

Ademais, conforme disposição constitucional, a organização da Previdência Social se dará por um regime geral que abrangerá todos os cidadãos, de caráter contributivo e filiação obrigatória (mesmo contra a sua vontade, portanto), sendo respeitados os conceitos de equilíbrio financeiro (controle equânime de receitas e despesas) e equilíbrio atuarial (paridade entre o cálculo de seguros na sociedade e o montante de despesas da Previdência Social e paridade entre a contribuição do segurado e o valor do benefício a ele concedido), haja vista que os benefícios da Previdência Social são custeados justamente pelo seu próprio orçamento (AGRA, 2012, p. 842).

Inserida no rol dos direitos fundamentais sociais (art. 6º, CF), a Previdência Social também é afetada pelos problemas relacionados à efetividade, tão intrínsecos àquela categoria jurídica.

Conforme já há bastante tempo sustentava Andreas Krell (1999, p. 239), são “os direitos sociais que mais têm suscitado controvérsias no que diz respeito a sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização”. Com base na ideia de que os direitos fundamentais não poderiam ser interpretados de forma adequada apenas pelos métodos tradicionais de hermenêutica jurídica, cogita-se que

“o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais seja a atitude ultrapassada de grande parte da magistratura brasileira para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico” (KRELL, 1999, p. 249).

Apontamentos desta ordem trouxeram inúmeros avanços no debate teórico jurídico brasileiro, os quais também culminaram na introdução, rediscussão, apropriação e/ou adesão teórica às concepções da força normativa da constituição (HESSE, 2009), método e paradigmas de interpretação constitucionais (HÄBERLE, 2002; MÜLLER, 2005), e do princípio da proibição do retrocesso (SARLET, 2008), dentre outros.

Como se vê, trata-se de âmbito de antiga – e fundamental - discussão, tanto no direito estrangeiro quanto no direito pátrio.

Ocorre que, a despeito dessa constante evolução de perspectivas do/no Direito Constitucional, parece que as construções teóricas acima exemplificadas não têm sido utilizadas, ou têm sido utilizadas de maneira errônea/acrítica pelos profissionais que lidam com o direito em casos individualizados⁵ - nos quais se incluem advogados, promotores, procuradores, juízes, etc. -, motivo pelo qual se justifica a relevância da presente pesquisa: é necessário que seja feita uma análise quantitativa e qualitativa, crítica e conceitual, mas, acima de tudo, teórica, da forma como decidem os juízes nos casos envolvendo a Previdência Social, pois de tal análise poder-se-á extrair alguns apontamentos sobre o porquê deste ramo do Direito estar no atual estágio de compreensão (objetivo estrito), bem como poder-se-á extrair alguns apontamentos sobre a própria compreensão atual do que seja o Direito.

Aliás, a resposta deste problema pode dizer sobre a forma como a própria sociedade pensa o que o Direito seja, com todos os desdobramentos (ensino jurídico, práticas judiciais, litigiosidade etc.).

A originalidade da pesquisa, por sua vez, decorre do fato de que embora já haja farta produção acadêmica a respeito da hermenêutica jurídica, não é comum que a mesma seja feita de maneira indutiva, a partir do estudo de caso – da forma ora proposta - , bem como não há notícia a respeito de produções acadêmicas em nível

⁵ Essa afirmação tem por base o pressuposto crítico anteriormente formulado, no sentido do conhecimento jurídico ter se dicotomizado de maneira absolutamente indevida em “teoria” e “prática”, sendo urgente o rompimento/superação deste paradigma racionalista dicotomizador. Trata-se, portanto, de uma postura que se pretende adotar ao longo da análise e efetivação da presente pesquisa, e que oportunamente será exemplificada e justificada.

estrito senso a respeito do posicionamento do STF acerca da desaposentação – até porque ainda pode ser considerada uma decisão recente, datada de 2016.

Assim, pelas circunstâncias acima contextualizadas, de um lado tem-se que os aspectos jurídicos relacionados à Previdência Social carecem de uma análise cada vez mais acurada do ponto de vista teórico-metodológico do Direito, de modo a se justificar social, racional e cientificamente; e, do outro lado, percebe-se que a forma como decidem os juízes nos casos envolvendo a Previdência Social pode servir de análise acerca de aspectos *anteriores* do conhecimento (questões epistemológicas), servindo até mesmo para revelar uma “estrutura genética” da teoria da decisão judicial compreendida e aplicada no Brasil, revelando, outrossim, sua subsistência e/ou fragilidade do ponto de vista teórico.

Disso se extrai o problema de pesquisa, que é apresentado nas seguintes perguntas: Qual é a linha teórica-argumentativa da fundamentação utilizada pelos juízes nas decisões dos casos envolvendo a Previdência Social, especificamente no caso dos julgamentos da “desaposentação”? Qual a perspectiva teórica-interpretativa que melhor se coaduna com a hermenêutica constitucional, no sentido de proteção e efetivação do direito fundamental à previdência social?

Para conduzir o trabalho científico ora apresentado, na busca da resposta ao problema de pesquisa proposto, foram estabelecidos os seguintes objetivos gerais: a conceituação do instituto jurídico da desaposentação, bem como a descrição e comparação da fundamentação utilizada pelo STJ e pelo STF no julgamento da matéria a partir da realização de estudo de caso, e a confrontação das inferências obtidas a partir do estudo de caso com a revisão bibliográfica das matrizes teóricas que fundamentam a teoria da decisão judicial e a hermenêutica constitucional.

Já como objetivos específicos, foram estabelecidos os seguintes: (a) analisar as decisões do STF e STJ no que tange ao julgamento da “desaposentação”; (b) verificar se, daquelas decisões judiciais, é possível estabelecer uma única linha de raciocínio teórico, no sentido de tentar se compreender, acaso existente, qual é a matriz teórica que as fundamenta; (c) confrontar aspectos argumentativos daquelas decisões com construções teóricas do Direito Constitucional, especialmente o Princípio da Proibição do Retrocesso, verificando a possibilidade ou impossibilidade de diálogo entre ambos; e (d) ressaltar a necessidade de mudanças quanto à produção do conhecimento jurídico, especialmente no que tange à reaproximação da

“teoria” e “prática” e a superação dessa falsa dicotomia, utilizando-se como método de aproximação a análise dos casos envolvendo a previdência social.

Para o desenvolvimento da pesquisa, do tipo qualitativo, buscou-se inicialmente uma revisão bibliográfica eminentemente filosófica, relacionada à interpretação e hermenêutica, bem como às matrizes teóricas do fenômeno jurídico, de modo a se estabelecer uma relação de mutualidade entre o que se observa na concretude das decisões judiciais e aquilo já desenvolvido por autores destas áreas (teorias do direito, teorias interpretativas, relação entre regras, princípios, etc.).

Ato contínuo, buscou-se uma revisão bibliográfica da doutrina constitucional (brasileira e estrangeira), bem como de obras do âmbito previdenciário que fossem capazes de trazer elementos à esta análise dos fundamentos do decidir.

Assim, foi utilizado precipuamente o método de pesquisa bibliográfico, com enfoque principal em obras de Teoria do Direito, Epistemologia Jurídica, Hermenêutica Jurídica, Direito Constitucional, Direito Previdenciário e Processo Civil.

Para o que se propõe, também tornou-se imprescindível a utilização do método procedimental de estudos de casos, visto tratar-se de “uma abordagem metodológica de investigação especialmente adequada quando procuramos compreender, explorar ou descrever acontecimentos e contextos complexos, nos quais estão simultaneamente envolvidos diversos factores” (ARAÚJO et al., 2008, p. 4). Destaca-se que referida abordagem mostra-se perfeitamente aplicável ao conhecimento jurídico na medida em que “o contexto atual, ávido por grandes mudanças, em que são demandadas respostas caso a caso, faz com que o estudo de caso se torne primordial, ainda mais nessa época de forte presença da experiência judicial” (FLORES, 2011, p. 28).

Com efeito, “toda vez que procuramos buscar explicações sobre “por que” ou “como” determinado fato ou instituição foi constituída e/ou funciona, a forma de investigação sob a modalidade de estudo de caso é a mais adequada” (MEZZAROBBA e MONTEIRO, 2017, p. 152).

Daí porque o estudo de caso, aliás, tornou-se especialmente útil em relação à análise dos votos dos ministros do STF no julgamento do caso da “desaposentação”, haja vista que a partir do estudo desse caso em específico foi possível o “mapeamento” dos argumentos judiciais utilizados naquela oportunidade e a respectiva (in)solidez jurídica; e a compreensão acerca de haver, ou não, uma matriz teórica clara utilizada pelo STF.

Com a coleta dessas informações por meio do estudo de caso, ainda, foi possível prosseguir-se na aproximação e problematização teóricas, de maneira a dialogar com os problemas de pesquisa ora suscitados.

Por fim, foi utilizado o método de abordagem indutivo, haja vista que se pretende chegar às conclusões cujo conteúdo é mais amplo do que as premissas nas quais se basearam (LAKATOS e MARCONI, 2003), sendo que o método procedimental utilizado, por sua vez, foi o método monográfico.

2 SITUANDO A PREVIDÊNCIA SOCIAL A PARTIR DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL

2.1 Apontamentos sobre a (pertinência da) Teoria da Constituição

Para além de todas as controvérsias teóricas acerca da Teoria(s) da(s) Constituição(ões) - que serão tangencialmente abordadas ao longo do presente trabalho, haja vista tratar-se de matéria que, embora não seja o objeto principal da análise, diz respeito à uma questão prejudicial à pesquisa proposta (pressuposto teórico) -, pode-se de imediato apresentar como fundamento teórico inicial a ideia de que, no contexto histórico contemporâneo, as Constituições representam a normatividade máxima de um Estado Democrático – haja vista que “elas não têm a sua validade aferida pela sua compatibilidade com uma outra norma jurídica que lhe esteja acima em uma escala hierárquica, como acontece com o restante das normas” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 75) - e, por isso, não correspondem a apenas uma “carta de boas intenções” estatal.

Trata-se do paradigma ainda dominante, que traduz a supremacia e a força normativa da Constituição em uma dada ordem jurídica interna. Tratando-se não apenas do poder fundante (que dá origem), é o verdadeiro fundamento argumentativo-racional do fenômeno jurídico como um todo.

A Teoria da Constituição enquanto disciplina autônoma, se comparada com outras disciplinas jurídicas, é, de certo modo, uma novidade no meio da produção do conhecimento jurídico. E seu surgimento, como haveria de se supor, tem estreita relação de absoluta dependência com o próprio constitucionalismo contemporâneo.

Conforme aponta Ommati (2014), no início do Séc. XX toda e qualquer discussão acerca da Constituição era travada no contexto das disciplinas da Teoria Geral do Estado e/ou da Teoria Geral do Direito, sendo a “Teoria da Constituição” um conceito apresentado por Carl Schmitt em obra homônima.

O motivo atribuído para a formulação de um novo conceito (e, consequentemente, nova disciplina), desapegando-se da clássica Teoria do Estado, decorre do fato de que, no contexto do advento da Constituição de Weimar, era fundamental um estudo sistemático acerca da Constituição (OMMATI, 2014, p. 01).

Nesse sentido, o autor pondera que a Teoria da Constituição pretende ser a chave interpretativa de todo o Direito e do Direito Constitucional. Isso porque,

mais do que uma mera questão quantitativa, de extensão do campo das diversas disciplinas, estava em jogo, no mínimo, a tentativa de se realizar uma alteração profunda de perspectiva epistemológica, o enfoque problematizante típico da Teoria da Constituição (OMMATI, 2014, p. 02)

As diferenças substanciais havidas entre a Teoria do Estado e a Teoria da Constituição decorrem do núcleo central de discussão de cada disciplina: A Teoria do Estado foca sua análise na institucionalização jurídico-social do poder político (na figura do próprio Estado, aqui compreendido como o centro da organização política de toda a sociedade, sendo a esfera pública reduzida à própria realidade estatal), ao passo que a Teoria da Constituição, tentando desvencilhar, definitivamente, as esferas “pública” e “estatal”, foca sua análise na problematização dos espaços de discussão e construção do próprio Direito, “revelando a normatividade inerente à nossa vida, ou seja, que, ao contrário do que normalmente pensamos, nossa vida é permeada por conceitos que são normativos” (OMMATI, 2014, p. 05).

Daí porque, para além da autonomia, e sem se pretender incorrer em um relativismo irracional, parece correto afirmar que os contextos históricos e sociais influenciam na pré-compreensão do significado de Constituição, sendo que a relevância da disciplina vem justamente dessa influência: “a Teoria da Constituição (...) pretende demonstrar que o Direito Moderno depende e muito das visões de mundo da comunidade que o criou e para o qual será aplicado” (OMMATI, 2014, p. 07).

Ainda, quanto à importância da disciplina, a Teoria da Constituição revela-se como o espaço teórico adequado para a abordagem de temas eminentemente práticos: ao lançar o debate sobre os objetivos pretendidos pelo Direito, demonstra que as “alternativas estão para ser criadas e desenvolvidas por nós mesmos, enquanto comunidade que se pretende ver como formada por homens livres e iguais” (OMMATI, 2014, p. 07).

Não há, sob esse prisma, como se desprender, de forma absoluta, a Constituição da política. Contudo, também não há que se falar em submissão da Constituição à política, mas, sim, compreendê-las enquanto circunstâncias de uma relação de mútua influência e dependência.

Nesse sentido, conforme afirma Gilberto Bercovici, citando o pensamento de Hans Peter Schneider, as funções da Constituição podem ser sintetizadas em três dimensões:

a dimensão democrática (formação da unidade política), a dimensão liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a dimensão social (configuração social das condições de vida). Todas estas funções são interligadas, condicionando-se mutuamente. O significado da Constituição, portanto, não se esgota na regulação de procedimentos de decisão e de governo, nem tem por finalidade criar uma integração alheia a qualquer conflito. Nenhuma de suas funções pode ser entendida isoladamente ou absolutizada. A Constituição só pode ser plenamente compreendida em sua totalidade (BERCOVICI, 2004, p. 10).

É sob essas perspectivas que seguiremos a linha de raciocínio aqui sustentada, a qual, no mais das vezes, vai na contramão de boa parte da literatura e doutrina constitucional brasileira.

E ao que nos interessa de imediato ao presente trabalho, a partir da contextualização teórica acima identificada, partimos da ideia de que a “localização jurídica” da Seguridade Social, num sentido amplo, e da Previdência Social, num sentido mais estrito, guardam íntima relação com a Teoria da Constituição, com o avanço histórico da filosofia política e do direito e com a evolução histórica dos direitos fundamentais, motivos pelos quais é indispensável que se busque um necessário paralelo entre estas distintas disciplinas.

É o que se pretenderá nos próximos itens da pesquisa.

2.2 A Ordem Constitucional e os Direitos Fundamentais

Somando-se aos aspectos de divisão e limitação do poder estatal (caráter precípua da Constituição desde as revoluções liberais), é tradição do constitucionalismo a definição e previsão normativa de direitos fundamentais, que estabelecem relações jurídicas de fundamentalidade do Estado para com os cidadãos, e destes entre si.

Ao defender a adoção da terminologia “direitos fundamentais do homem”, José Afonso da Silva (2009, p. 178) afirma que “no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”, também alertando para

o fato de que tal fundamentalidade é destinada à totalidade dos sujeitos, “no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados” (SILVA, 2009, p. 178).

Corriqueiramente, trata-se de previsões jurídicas pautadas por um caráter que inclusive legitima a adoção de posturas contramajoritárias, haja vista que, não obstante sejam previstos em favor de todos, uma de suas maiores finalidades é justamente a de evitar que a maioria não se sobreponha de forma absoluta em relação à minoria, a partir de decisões puramente majoritárias (de caráter quantitativo).

Na clássica doutrina do direito constitucional brasileiro, é comum que os direitos fundamentais sejam apresentados a partir de suas gerações – ou dimensões, como preferem alguns -, como uma maneira de exposição e cotejamento analítico que de um lado explique metodologicamente os avanços do ordenamento jurídico constitucional e, do outro, tenha aderência e contextualização histórica com o momento político-social vivido naquela época.

Essa contextualização inclusive se relaciona com os aspectos da Teoria da Constituição acima abordados, no sentido de que a evolução que o direito constitucional resulta, “em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 153).

A primeira dimensão de direitos fundamentais é aquela trazida pela concepção de Estado Liberal: são direitos de liberdade, também conhecidos como direitos de “prestação negativa” do Estado: por meio deles, fica socialmente acertado que o soberano estatal não ultrapassará as fronteiras do “privado”, não interferirá na liberdade negocial, tampouco limitará a liberdade do pensamento e da crença.

Referidos nas Revoluções americana e francesa, por meio de tais direitos “pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulações de abstenções dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 155).

Já a segunda dimensão de direitos fundamentais é aquela que caracteriza um dever de ação do Estado, característica última do chamado Estado Social, que rompeu com o liberalismo político até então dominante: traz aos indivíduos pretensões jurídicas de exigirem do Estado uma postura proativa na concretização material da

igualdade e das condições de vida boa. A construção de tal dimensão não ocorreu, contudo, sem grande clamor social. Com efeito,

o descaso para com os problemas sociais (...), associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais (MENDES; BRANCO, 2011, p. 155).

O exemplo máximo desta categoria de direitos fundamentais são os próprios direitos sociais, no Brasil previstos nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal, que apontam a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados com o caráter de jusfundamentalidade.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais, por sua vez, se relaciona à noção de um direito à paz, a uma qualidade de vida saudável, à um meio ambiente equilibrado e à proteção dos consumidores hipervulneráveis na sociedade de massa. Essa dimensão dos direitos fundamentais caracteriza-se por atribuir uma titularidade difusa ou coletiva aos direitos, “uma vez que são concebidos para a proteção do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 156).

Trata-se de um verdadeiro novo paradigma na concepção de Estado e do Direito, trazendo aspectos da maior relevância ao convívio social antes pouco abordados em termos institucionais, que muito provavelmente teve sua origem no contexto posterior às fracassadas tentativas de aplicação pura do modelo de Estado Social, bem como às tentativas de (re)imposição do neoliberalismo, propostas nas décadas de 1980/1990, igualmente malsucedidas.

Prosseguindo-se, embora não unânime, alguns autores mencionam a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, na qual se incluiriam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (BONAVIDES, 2004, p. 572), e até mesmo uma quinta dimensão, na qual haveria uma normatização do patrimônio genético. Os contrários a essa tese – posição aderida nesta pesquisa –, por critérios metodológicos, tendem a preferir a inclusão de tais direitos também no rol da chamada “3ª geração”.

2.3 O caráter de fundamentalidade da Previdência Social: um enfoque necessariamente normativo

Como visto, é inegável que a Previdência Social corresponda a um direito social fundamental. A Constituição é clara, e o fato da Seguridade Social estar prevista em dois dos tratados internacionais mais relevantes (art. 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶ e artigo XVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁷), também internalizados no ordenamento jurídico brasileiro nos termos do §2º do art. 5º, CF e do posicionamento do STF em meio ao julgamento do RE 466.343, reconhecendo o *status* de supralegalidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos em relação às normas internas, evidencia este caráter de fundamentalidade.

A partir de uma perspectiva liberal de atuação do Estado, a Previdência Social poderia não ser considerada um direito fundamental (dever de Estado), mas sim uma mera política pública (de Governo), no sentido de que (i) a sua filiação deveria ser facultativa, devendo os indivíduos terem liberdade de aderirem, ou não, ao sistema previdenciário; (ii) o Estado não tem a obrigação moral de idealizar uma poupança, cabendo única e exclusivamente aos próprios trabalhadores decidirem o que fazer com o seu dinheiro, no que e quando investir; e (iii) não haveria como se aceitar a petrificação das cláusulas que envolvem o direito à previdência social – o que impediria boa parte das reformas da legislação previdenciária corriqueiramente veiculadas na mídia e nas pautas dos Governos.

Por outro lado, em texto específico sobre o tema, Fábio Zambitte Ibrahim apresenta outros argumentos na defesa de um ponto de vista que reforce a Previdência Social enquanto direito fundamental. Nesse sentido, o autor conclui que:

Admitir a previdência social como direito fundamental é uma necessidade. Muitos criticam o enquadramento, mas poucos conseguiriam viver em uma sociedade sem essa. O seguro social é meio necessário e eficaz de garantia da vida digna, firmando sua posição em todas as sociedades desenvolvidas. Indo além, pode-se dizer que a previdência social, na sua dimensão objetiva,

⁶ “Artigo 22: Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país”.

⁷ “Artigo XVI. Toda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência”.

seria uma garantia institucional (...) já que as diretrizes do aparelho previdenciário e sua própria existência são também resguardadas de alterações pelo Legislador Ordinário, em uma realidade mais abrangente e eficaz na valoração da pessoa humana (IBRAHIM, s.d., p. 11).

Não é só porque o texto constitucional assim o determina – mas também por isso – que a Previdência Social deve ser encarada como um direito fundamental.

A sua consolidação a partir de aspectos históricos, sociais, culturais, econômicos, políticos e jurídicos é similar a dos direitos trabalhistas e dos demais direitos sociais, não havendo motivo lógico-racional para distinção.

Ademais, o seu núcleo duro de proteção é, em última análise, a garantia de uma vida boa na doença e/ou na velhice, a partir da utilização de um sistema previdenciário garantido e gerido pelo Estado – evidenciando-se um dos desdobramentos da dignidade da vida humana, finalidade última do próprio texto constitucional.

E é justamente essa perspectiva de haver um núcleo duro (mínimo) de direito a ser tutelado pela norma infraconstitucional que se admite a possibilidade de reformas, sem que as mesmas incorram em vício de inconstitucionalidade. É natural que numa sociedade de massas complexas, com alterações das perspectivas etárias, demográficas, econômicas e sociais, os patamares outrora consolidados pela legislação não se façam mais viáveis, sendo aceitável a necessidade de eventual reforma.

O que tais reformas não podem, em absoluto, é acabar/ofender/atacar com o aspecto nuclear do direito fundamental social à previdência social, a saber: a garantia do cidadão em, por meio e a partir da atividade estatal, ter garantido mecanismos para se aposentar e/ou receber auxílios previdenciários em tempos de enfermidade e/ou outras adversidades.

Acerca disso, de certo não há como se negar que a complexa equação que envolve o tripé Estado – Mercado – Sociedade influencie diretamente na necessidade de reavaliação das prestações sociais e políticas públicas, haja vista que:

por mais progressista que se queira ser, não se pode deixar de reconhecer que a redução da atividade econômica esvazia os recursos que podem ser destinados para os programas sociais, justamente nos momentos nos quais há um aumento da demanda, acarretada, por exemplo, pelo maior número de desempregados que postularão benefícios previdenciários. Concomitantemente, as novas condições de vida em sociedade provocam uma alteração no quadro ocupacional e também no próprio perfil da população no qual se constata um acentuado envelhecimento, fatores que

apresentam relevância na estruturação da proteção social, pois naturalmente, como consequência dos desenvolvimentos demográficos, o crescente número de idosos provoca um aumento de demanda pelo atendimento de saúde e serviços sociais (ROCHA, 2004, p. 40).

Ocorre que, no mais das vezes, a argumentação em favor das alterações legislativas em detrimento de direitos sociais já consolidados caminham para uma narrativa fatalista, cujo cenário fático usado como plano de fundo coincide com verdadeiro “caos social” e “bancarrota estatal”.

Aliás, tem-se o atual momento histórico brasileiro como cenário – teoricamente – ideal para a compreensão dessa complexa relação, haja vista que a “Reforma da Previdência”, materializada pela aprovação da Emenda Constitucional nº 103 de 2019 em 12/11/2019, e politicamente defendida sob o argumento da necessidade de corte de despesas estatais para o rompimento do déficit econômico e retomada da capacidade de investimentos públicos.

O ciclo histórico se repete e as discussões, *idem*. Há mais de 15 anos, Daniel Machado da Rocha (2004, p. 41), amparado nas lições de Pierre Rosanvallon, já antevia os malfadados argumentos em defesa da restrição do direito à Previdência Social. Para o autor,

As repercussões do fenômeno na seguridade social são facilmente identificáveis, pois os níveis de despesa frequentemente são acusados de ameaçar a competitividade das empresas e do próprio país. Onde as elevadas taxas de substituição dos rendimentos do trabalho tinham sido consagradas, em face das alterações conjunturais e estruturais, hoje, o financiamento dos benefícios previdenciários emerge como o pesado fardo das atuais e, sobretudo, das futuras gerações, que ameaça brutalmente a coesão social, inclusive a curto prazo. O capitalismo que admitia pactos sociais nos quais era partilhado o valor agregado revela-se incompatível com os novos regimes financeiros. Finalmente, assiste-se a uma proliferação de novos estatutos laborais e de formas atípicas de emprego que torna incertos os perfis profissionais e de remuneração de ciclo de vida da população ativa, o que desafia o próprio conceito de risco social e a gestão dos riscos que herdamos dos seguros sociais, com consequências importantes para a vertente previdencial do Estado de Bem-Estar.

A propósito disso, por outro lado, a indigitada Reforma da Previdência, seja em alteração legislativa propriamente dita ou, ao menos, no aprofundamento da discussão, nada de novo trouxe acerca da desvinculação das receitas possibilitada pelo art. 76 do ADCT.

Conforme dispõe aquele diploma legal, até 31 de dezembro de 2023, há a desvinculação de 30% da arrecadação da União relativa às contribuições sociais –

aspecto que interessa à presente pesquisa -, no entanto, “sem prejuízo do pagamento das despesas do RGPS”, frisa-se.

Ocorre que tal previsão, via ADCT, há muito perdeu seu caráter de transitoriedade, visto que sua inserção no ordenamento jurídico data de 21 de março de 2000, por meio da EC 27/2000⁸, posteriormente alterada pela EC 42/2003⁹, pela EC 56/2007¹⁰, pela EC 68/2011¹¹, e, finalmente, pela EC 93/2016¹² – que dá a redação atual ao art. 76 do ADCT –, somando-se duas décadas desde o seu advento.

E tal circunstância evidencia que “a tensão entre o que é permanente e o que é transitório quanto aos seus preceitos fundamentais e à sua aplicação concreta soa como absolutamente sintomática do nosso mal estar” (PINTO, 2016).

Nas palavras de Élide Graziane Pinto (2016), tal mal estar efetivamente se refere à fala daqueles que sustentam que as promessas do Estado de Bem-Estar Social objetivado pela CF/1988 “não cabem” no orçamento público, e com isso acabam questionando, por conseguinte, o custeio dos direitos fundamentais, por outro lado negando o fato de que utilizam-se “da majoração exaustiva das hipóteses de receitas a eles vinculadas para realocar o produto da sua arrecadação, de forma tergiversadora, em outras finalidades”.

A adoção irrestrita do ADCT para normatizar a desvinculação, na forma que tem sido levada a efeito, para além de deturpar o conceito de “transitoriedade”,

⁸ “É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2000 a 2003, vinte por cento da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais” (BRASIL, 2000).

⁹ “É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2003 a 2007, vinte por cento da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais” (BRASIL, 2003).

¹⁰ “É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2011, 20% (vinte por cento) 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” (BRASIL, 2007).

¹¹ “São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% (vinte por cento) 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” (BRASIL, 2011).

¹² “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” (BRASIL, 2016).

revelaria, em certa medida, a incompetência governamental para discutir a questão da Reforma Tributária, bem como mitigaria a higidez do Orçamento da Seguridade Social, nos moldes em que ele foi concebido no art. 165, §5º, III e no art. 195, ambos da CF (PINTO, 2016).

Ocorre que é necessário um diálogo estrutural entre a real (e transitória) necessidade da desvinculação com o que diz o texto permanente da Constituição, visto que “as receitas e as despesas estatais somente são legítimas à luz daquilo que o texto permanente definiu ser a sua feição primordial, a saber, a promoção dos direitos fundamentais e, por óbvio, a dignidade da pessoa humana” (PINTO, 2016).

Isso porque, a toda evidência, eventuais comandos no ACDT não podem suspender a eficácia dos direitos fundamentais garantidos na Magna Carta.

É oportuno que sejam lembradas tais informações e detalhes normativos no contexto pós-reforma da previdência, especialmente quanto à continuidade de argumentos de “dificuldade de custeio” para em tese legitimarem a negação/restrição a direito social à previdência social.

Ora, o Direito não é algo imutável, e isso é óbvio. E os direitos fundamentais sociais não escapam dessa lógica.

Contudo, não é por se admitir que a Previdência Social possa ser objeto de debates públicos e sofrer alterações em seu campo de atuação/proteção, que se aceitaria, de modo racional, a possibilidade de sua retirada absoluta do ordenamento jurídico.

A jusfundamentalidade da Previdência Social é, portanto, um pressuposto teórico-conceitual adotado no presente trabalho, sendo a partir deste paradigma que o problema de pesquisa propriamente dito – a problemática das decisões judiciais – é abordado.

3 A DESAPOSENTAÇÃO

Para que as pretensões do presente trabalho – a saber, realizar, a partir do método de estudo de caso, uma análise crítica do conteúdo das decisões judiciais prolatadas pelo STJ e STF acerca da desaposentação – é imprescindível, por questões óbvias, que os aspectos teórico-dogmáticos que envolvem referido instituto jurídico esteja prévia e solidamente definidos.

É o que se pretende no presente capítulo.

3.1 O instituto jurídico: definição, histórico e aplicação prática

A chamada “desaposentação” refere-se a um “instituto jurídico” não previsto em lei, decorrente da construção argumentativa realizada por advogados atuantes no âmbito previdenciário e reconhecida, por longo período, pelo Poder Judiciário.

Referida construção argumentativa em favor da possibilidade da desaposentação foi levada a efeito no sentido de se admitir como possível que um dado segurado, já aposentado porém que seguia exercendo atividade laboral remunerada – e, por conseguinte, vertendo contribuições em favor do INSS -, pudesse ver acrescida ao cálculo de seu benefício já percebido, este período de labor posterior à obtenção da aposentadoria.

Ou seja: o raciocínio feito pelos advogados e então acolhidos pelos magistrados era no sentido de que, se o segurado seguia contribuindo, ainda que já aposentado, referidas contribuições deveriam repercutir em sua esfera patrimonial, com a concessão de um novo benefício previdenciário ou, no mínimo, com a revisão daquele já concedido, acrescido das parcelas contributivas pagas.

Tal construção teórica, no entanto, não ocorreu de maneira repentina. Costuma-se apontar como antecedentes legislativos da desaposentação os institutos do “pecúlio” e do “abono de permanência”.

Em relação ao pecúlio, o mesmo foi criado por meio do Decreto-Lei 66/1966, o qual estabelecia que o aposentado que voltasse a trabalhar em nova atividade, igualmente sujeita, de maneira obrigatória, ao Regime Geral da Previdência Social, teria o direito de, em caso de afastamento definitivo da atividade (espécie de “segunda aposentadoria”), de receber aquele benefício calculado a partir das contribuições

vertidas para a Previdência nesse interregno, “não fazendo jus a quaisquer outras prestações além das que decorrerem da sua condição de aposentado” (BRASIL, 1966).

Tal instituto legal também veio a ser introduzido na Lei 8.213/1991 (Lei de Benefícios), que, em seu art. 82 passou a regulamentar o pecúlio consistente “em pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, remunerado de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança” (BRASIL, 1991).

Já o abono de permanência, por sua vez, corresponde a um benefício – espécie de “bônus” - cuja finalidade era o de remunerar os servidores públicos federais que, mesmo tendo completado todos os requisitos para a aposentadoria, optassem por continuar no exercício das funções públicas.

Destaca-se que, atualmente, o abono de permanência dos servidores públicos tem inclusive previsão constitucional (previsto no art. 40, §19, CF), que estabelece que o montante devido sob esta rubrica será equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária, até que sejam completadas as exigências para a aposentadoria compulsória. Em relação aos filiados do RGPS, por outro lado, não há qualquer previsão nesse sentido.

Afora tais institutos, para compreensão histórica do instituto da desaposentação também é relevante a informação de que a Lei 8.870/1994, em seu art. 24º, havia estabelecido que o aposentado que permanecesse exercendo atividade laboral abrangida pelo RGPS e/ou voltasse a exercê-la, ficaria isento da respectiva contribuição previdenciária, bem como faria jus ao recebimento, em pagamento único, do valor correspondente à soma das importâncias relativas às suas contribuições neste contexto (BRASIL, 1994).

Tal cenário, no entanto, foi novamente alterado com o advento da Lei 9.032/1995, estabelecendo a filiação obrigatória do aposentado pelo RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer a atividade laboral, ficando sujeito às contribuições previdenciárias usuais, para fins de custeio da Seguridade Social (BRASIL, 1995).

Ou seja: é a partir daí que a obrigatoriedade da filiação – e, por conseguinte, do pagamento das contribuições – passou a vigorar da forma que perdura até hoje, restando revogada qualquer disposição legal no sentido de permitir o direito à restituição dos valores contribuições (como ocorria com o pecúlio até então).

O contexto temporal no qual o debate jurídico era travado, portanto, era o de intranquilidade, desconfiança, quebra das expectativas e insegurança jurídica decorrente das constantes reformas legislativas havidas em um curto espaço de tempo. Noutras palavras,

o estopim para essa verdadeira explosão do interesse a respeito da desaposentação pode ser (além do próprio baixo valor dos benefícios previdenciários), a extinção do direito ao pecúlio e ao abono permanência, no contexto das reformas neoliberais em meados dos anos 1990 (LADENTHIM; MASOTTI, 2010, p. 11).

Em termos de conceituação teórica, não há uma definição única para a desaposentação – sendo que as próprias conceituações existentes dependiam da argumentação jurídica utilizada, pelo respectivo autor, para a sua fundamentação e dos efeitos que a mesma poderia/deveria ocasionar.

Tratando-a sob a ótica da renúncia ao benefício primitivamente concedido, Wladimir Novaez Martinez, um dos precursores da expressão “desaposentação” a definia como uma “renúncia ao pagamento das mensalidades de um benefício previdenciário legitimamente concedido e mantido, com vistas à desistência pura e simples ou ao cômputo do tempo de serviço e de contribuição” (MARTINEZ, 2014, p. 272).

Em sentido similar, Frederico Amado (2017, p. 1021) define a desaposentação como a “renúncia da aposentadoria por requerimento do segurado, com o intuito de obter alguma vantagem previdenciária”.

O autor, ainda, exemplifica situações em que a desaposentação pode(ria) ser útil ao segurado: (i) quando o pagamento das novas contribuições previdenciárias eleve a renda mensal inicial do benefício, com a incidência atenuada do fator previdenciário; (ii) quando o segurado pede a renúncia de uma aposentadoria por tempo de contribuição proporcional para, posteriormente, requerer uma integral, utilizando os novos salários de contribuição vertidos após a primeira aposentadoria; ou (iii) quando um aposentado do RGPS pretenda utilizar aquele tempo de contribuição posterior, para ter direito a uma aposentadoria no RPPS, na hipótese de ter sido aprovado em concurso público de provimento de cargo efetivo neste interregno (AMADO, 2017, p. 1021).

Sustentando o amparo normativo em favor da possibilidade de desaposentação, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari – que

também definiam a desaposentação sob a ótica do desfazimento, por vontade do titular, da aposentadoria originária – afirmam que “a Constituição não veda a desaposentação; pelo contrário, garante a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana” (CASTRO; LAZZARI, 2014, n.p.)

O cerne do argumento jurídico esculpido utilizado nessa tese passa, dentre outros, pela análise de dois aspectos principais: (i) observância do chamado “caráter contributivo” (“Princípio da Contributividade”) e (ii) vedação ao enriquecimento ilícito pelo INSS.

O caráter contributivo da Previdência Social, extraído dos art. 40, *caput* e art. 201, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), está relacionado à ideia de que, em qualquer de seus regimes (Regime Próprio ou Regime Geral), a Previdência Social será custeada por contribuições sociais, cabendo à legislação ordinária definir como se dará a participação dos segurados, ao fixar alíquotas de contribuição e respectivas bases de cálculo, ou mesmo as hipóteses de incidência (CASTRO; LAZZARI, 2014).

Noutras palavras, o Princípio da Contributividade estabelece que a previdência social apenas beneficiará os segurados (e respectivos dependentes) que se filiarem previamente ao sistema previdenciário, mediante o necessário adimplemento das contribuições previdenciárias (AMADO, 2017, p. 252).

Demonstrando a amplitude do caráter contributivo da Previdência Social, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2014, p., 85) afirmam que

Os regimes previdenciários estabelecidos na Constituição Federal e na legislação seguem a forma de repartição simples entre os segurados que dela necessitem. Não há vinculação direta entre o valor das contribuições vertidas pelo segurado e o benefício que possa vir a perceber, quando ocorrente algum dos eventos sob a cobertura legal. Isto significa que há segurados que contribuem mais do que irão receber à guisa de benefícios, e outros que terão situação inversa. Exemplificando, tenha-se um segurado que trabalhe durante trinta e cinco anos, contribuindo para algum regime previdenciário, e outro, ainda jovem, que trabalhe e contribua há apenas um mês; se ambos vierem a sofrer acidente que lhes retire permanentemente a capacidade laborativa, terão direito à aposentadoria por invalidez pelo resto de suas vidas. O primeiro talvez não venha a receber tudo o que contribuiu; o segundo certamente receberá mais do que recolheu aos cofres da Previdência (CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 85).

Dessa demonstração da amplitude do caráter contributivo se percebe que há situações em que o segurado contribui de maneira ínfima ao custeio da seguridade social, e, mesmo assim, fará jus à obtenção de dado benefício. Ora, se isso é possível, quanto mais no caso da desaposentação?

É a partir de uma interpretação *a contrario sensu* do referido princípio que reside o primeiro argumento para defender a legalidade do instituto da desaposentação: se, por um lado, toda atividade laboral que não se enquadre em algum regime próprio deve ser considerada como de filiação obrigatória ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS) - e, por conseguinte, referida atividade deva reverter em contribuições para o sistema previdenciário (pelo próprio trabalhador ou pela empresa, a depender da modalidade de labor), para que o trabalhador/segurado possa alcançar os benefícios previdenciários que a lei prevê -, por outro lado, quando há essa filiação obrigatória, e há, também, o respectivo adimplemento da obrigação tributária (contribuições previdenciárias) – afinal não há, no ordenamento jurídico, outra possibilidade juridicamente válida -, o mínimo que se espera é que esse sistema previdenciário garanta ao segurado a gama de benefícios cuja fruição depende justamente da contributividade.

E isso nos remete diretamente ao segundo substrato argumentativo para a legalidade da desaposentação: a vedação de enriquecimento sem causa por parte do INSS – o que é vedado pelo ordenamento jurídico, a teor do art. 884, CC, por exemplo.

Referida matéria, mais afeta ao direito civil, é definida pela máxima de que o “enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico” (FRANÇA, 1987)

Ora, como visto acima, se com base no caráter contributivo do sistema previdenciário não é possível se desempenhar atividade laboral sem que se seja catalogado como “segurado obrigatório” - e, por conseguinte, não se enquadrar na hipótese de incidência da norma tributária para o fim de ter o dever de adimplir as respectivas contribuições previdenciárias -, o mínimo que se esperaria é que, em troca, referido sistema previdenciário de filiação obrigatória oportunizasse a todos os seus filiados, independentemente das circunstâncias em que se deram referida filiação, a gama de benefícios legalmente prevista.

Colocando esse segundo aspecto em outros termos, o que os juristas que defendem a legalidade e legitimidade da desaposentação pretendem é que o INSS não se beneficie com “o melhor dos dois mundos”: se, por força de lei, irá invariavelmente ser beneficiado com a realização das contribuições obrigatórias vertidas pelo segurado já aposentado mas ainda em atividade, não deve(ria) omitir-se de prestar os benefícios decorrentes dessas novas contribuições.

Como se vê, a tese central da desaposentação, dentre outros argumentos, passa por estes dois aspectos: a obrigatoriedade de filiação e contribuição; e a ideia de que o INSS se locupletará caso não haja uma contrapartida por parte da autarquia previdenciária.

É daí que surge a ideia argumentativa de se tentar colocar em termos jurídicos-normativos uma situação cada vez mais frequente sociedade brasileira¹³: um segurado, já aposentado, que por necessidade e/ou interesse de aumentar sua renda, segue trabalhando (ou retorna às atividades laborais), mesmo depois da obtenção do primeiro benefício previdenciário.

Ora, como visto, pela compulsoriedade tributária e pelo princípio contributivo, referido segurado, ao menos na forma como a situação está atualmente positivada na legislação brasileira, não possui outro caminho senão a filiação obrigatória à previdência social. Por conseguinte, nasce o dever de pagar a respectiva contribuição previdenciária.

Ocorre que INSS, por entender ser impossível a acumulação de benefícios ou a majoração daquela aposentadoria outrora concedida, e por entender que a ausência de previsão legal impediria qualquer benefício ao segurado, deixa de considerar as contribuições vertidas posteriormente por aquele segurado, que literalmente perde todo e qualquer bônus que poderia ter em contrapartida ao ônus tributário.

Quando isso não ocorre, ganha força a ideia de que o sistema previdenciário – hodiernamente concentrado na figura do INSS – estaria se locupletando, ou seja, obtendo um enriquecimento sem causa: obriga os segurados a contribuírem, sem, contudo, oferecê-los nada em troca. Trata-se de uma verba com único sentido, qual seja, o da entrada nos cofres do INSS.

Ao levar tal questão a Juízo, as teses em defesa dos interesses dos segurados passaram a ser acolhidas pelos Tribunais brasileiros.

Tal situação inclusive foi alçada ao âmbito dos tribunais superiores, havendo manifestação definitiva sobre a juridicidade dos argumentos invocados. É isso que será abordado no tópico a seguir.

¹³ Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio do IBGE apontam a crescente dependência das famílias brasileiras à renda de aposentados e pensionistas, que optam por buscar o complemento retornando ao mercado de trabalho, conforme divulgado em diferentes veículos de comunicação. Nesse sentido: <http://tvbrasil.ebc.com.br/reporter-visual/2019/10/aposentados-voltam-ao-mercado-de-trabalho-para-complementar-renda>

Considerando que a proposta da pesquisa é justamente apresentar conclusões teóricas a partir da análise de casos concretos – a partir de uma perspectiva epistemológica que reaproxime “teoria” e “prática” -, para que tal aproximação seja possível, é necessária a coleta e análise de todos os dados pertinentes ao problema de pesquisa, o que será feito a partir de agora a partir da metodologia de estudo de casos.

3.2 Estudo de Caso 1: O julgamento do REsp nº 1.334.488/STJ

A propósito da temática da desaposentação, após a discussão e formação de dissenso jurisprudencial nos Tribunais Regionais, o STJ foi instado a se manifestar sobre o assunto.

A propósito da atuação do STJ acerca da matéria, deve ser inicialmente registrado que aquele Tribunal Superior já havia se manifestado inúmeras vezes acerca da possibilidade de desaposentação, e já há alguns anos, havia solidificado entendimento nesse sentido.

O que distingue as demais decisões – que não serão objeto de análise específica no presente trabalho – do posicionamento levado a efeito no julgamento do REsp nº 1.334.448/STJ são os seguintes fatores: (i) o recebimento do recurso, e consequente julgamento, sob o mecanismo do julgamento de recursos repetitivos, com fundamento no artigo 543-C, CPC/1973 e na Resolução do STJ nº 8/2008 – atribuindo-se, destarte, eficácia *erga omnes* à matéria afeta à competência do STJ no aspecto; e (ii) análise da necessidade do segurado beneficiário da desaposentação devolver, ou não, os valores referentes à primeira aposentadoria concedida.

Foram justamente esses os motivos determinantes para a escolha desse julgamento para a realização do estudo de caso.

O caso chegou ao STJ para a apreciação de dois recursos especiais distintos: um, interposto pelo INSS, no sentido de ser reconhecida a inexistência do direito do autor em obter a desaposentação; e outro, interposto pelo autor, no sentido de, para além de ser assegurada a desaposentação, ser garantido o seu direito sem a necessidade de devolução.

No julgamento levado a efeito pelo Juízo de 1º Grau (Anexo 1), sobreveio sentença de total improcedência, negando completamente o direito pretendido pelo autor em obter a desaposentação.

Por conta da decisão de improcedência, o autor interpôs o recurso de apelação direcionado ao Tribunal Regional Federal da Quarta Região, o qual prolatou acórdão¹⁴ dando parcial provimento ao recurso interposto pelo requerente (Anexo 2). No entanto, tal decisão concessória da desaposentação condicionou o benefício à devolução dos valores já recebidos pelo segurado por força da primeira aposentadoria.

Foi esse o contexto processual que ensejou a provocação do STJ para a apreciação de recursos especiais interpostos por ambas as partes (Anexo 3).

Na oportunidade, o STJ reafirmou o entendimento então já prevalecente, no sentido de que os benefícios previdenciários correspondem a direitos patrimoniais, e, por conta disso, são disponíveis¹⁵.

Ou seja: o STJ consolidou a tese pela admissão da possibilidade que o segurado renunciasse à aposentadoria primitiva, com o objetivo de ver aproveitado o tempo de contribuição posterior para a concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário em que se encontra o segurado. Tal

¹⁴ Decisão assim ementada: PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO MONTANTE RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR. COMPENSAÇÃO COM OS PROVENTOS DO NOVO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA. 1. O ato de renúncia à aposentadoria, por se tratar de direito patrimonial disponível, não se submete ao decurso de prazo decadencial para o seu exercício. Entendimento em sentido contrário configura, s.m.j., indevida ampliação das hipóteses de incidência da norma prevista no citado art. 103 da LBPS, já que a desaposentação, que tem como consequência o retorno do segurado ao status quo ante, equivale ao desfazimento e não à revisão do ato concessório de benefício. 2. Tratando-se a aposentadoria de um direito patrimonial, de caráter disponível, é passível de renúncia. 3. Pretendendo o segurado renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos. Precedente da Terceira Seção desta Corte. 4. O art. 181-B do Dec. n. 3.048/99, acrescentado pelo Decreto n.º 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita, porquanto somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos (inciso II do art. 5º da CRFB). 5. Impossibilidade de compensação dos valores a serem devolvidos ao INSS com os proventos do novo benefício a ser concedido, sob pena de burla ao § 2º do art. 18, uma vez que as partes já não mais seriam transportadas ao status jurídico anterior à inativação (por força da necessidade de integral recomposição dos fundos previdenciários usufruídos pelo aposentado).

¹⁵ Por oportuno, convém destacar a diferenciação quanto a essa classificação: direitos indisponíveis correspondem àqueles que, salvo disposição legal em sentido contrário, são intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo os direitos da personalidade o seu maior exemplo (art. 11, CC), ao passo que os disponíveis, numa interpretação a *contrario sensu*, podem ser renunciados, o que é exemplificado pelos direitos patrimoniais em geral.

decisão foi prolatada no sentido de negar provimento ao recurso especial interposto pelo INSS, sendo mantida, no aspecto, a decisão do TRF4.

Por outro lado, quanto ao recurso especial interposto pelo próprio segurado, cujo objeto correspondia à (des)necessidade de devolução dos valores recebidos da aposentadoria desfeita para posterior jubileamento, o resultado foi diverso, no sentido de ser dado provimento à pretensão recursal.

Tal decisão inclusive foi em sentido contrário ao entendimento pessoal do relator, Min. Herman Benjamin¹⁶, que uma vez considerando que o caso estava sendo

¹⁶ Conforme expressamente indicado na decisão ora analisada, o entendimento do Min. Herman Benjamin, publicizado no julgamento do REsp 1.298.391/RS, AgRg em REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR e 1.324.603/RS é o que segue: "Veja-se, pois, que as contribuições da atividade laboral do segurado aposentado são destinadas ao custeio do sistema (art. 11, § 3º), não podendo ser utilizadas para outros fins, salvo as prestações salário-família e reabilitação profissional (art. 18, § 2º). Não é permitido, portanto, conceder ao aposentado qualquer outro tipo de benefício previdenciário, inclusive outra aposentadoria. Nesse ponto é importante resgatar o tema sobre a possibilidade de renúncia à aposentadoria para afastar a alegada violação, invocada pelo INSS, do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991. Este dispositivo apenas veda a concessão de prestação previdenciária aos segurados que estejam em gozo de aposentadoria, não sendo o caso quando esta deixa de existir pelo seu completo desfazimento. Ou seja, se a aposentadoria deixa de existir juridicamente, não incide a vedação do indigitado dispositivo legal. Tal premissa denota o quanto a devolução dos valores recebidos pela aposentadoria objeto da renúncia está relacionada ao objetivo de obter nova e posterior aposentação. Primeiramente porque, se o aposentado que volta a trabalhar renuncia a tal benefício e não devolve os valores que recebeu, não ocorre o desfazimento completo do ato e, por conseguinte, caracteriza-se a utilização das contribuições para conceder prestação previdenciária não prevista (a nova aposentadoria) no já mencionado art. 18, § 2º. Além disso, ressalto relevante aspecto no sentido de que o retorno ao estado inicial das partes envolve também a preservação da harmonia entre o custeio e as coberturas do seguro social. É princípio básico de manutenção do RGPS o equilíbrio atuarial entre o que é arrecadado e o contexto legal das prestações previdenciárias. Não é diferente para o benefício de aposentadoria, pois, sob a visão do segurado, ele contribui por um determinado tempo para custear um salário de benefício proporcional ao valor da base de cálculo do período contributivo. Evidentemente que o RGPS é solidário e é provido por diversas fontes de custeio, mas a análise apartada da parte que cabe ao segurado pode caracterizar, por si só, desequilíbrio atuarial. Basta que ele deixe de contribuir conforme a legislação de custeio ou lhe seja concedido benefício que a base contributiva não preveja. Enfim, um período determinado de contribuições do segurado representa parte do custeio de uma aposentadoria a contar do momento de sua concessão. Se este mesmo benefício é desconstituído para conceder um novo, obviamente mais vantajoso, o período contributivo deste último (em parte anterior e em parte posterior à aposentadoria renunciada) serve para custear o valor maior a partir da nova data de concessão. Pois bem, se na mesma situação acima o segurado for desobrigado de devolver os valores recebidos do benefício renunciado, ocorrerá nítido desequilíbrio atuarial, pois o seu "fundo de contribuições" acaba sendo usado para custear duas aposentadorias distintas. Essa construção baseada no equilíbrio atuarial decorre de interpretação sistemática do regime previdenciário, notadamente quando é disciplinada a utilização de tempo de contribuição entre regimes distintos (...) Assim, se o pedido da presente ação fosse para se desaposentar no RGPS para utilizar o tempo de contribuição em regime próprio, a não devolução dos valores recebidos do benefício renunciado caracterizaria a vedação do art. 96, III, da Lei 8.213/1991, pois o citado tempo foi utilizado para conceder/pagar aposentadoria do regime de origem. Mutatis mutandis, não poderá ser utilizado tempo de contribuição já considerado para conceder um benefício (aposentadoria renunciada) para a concessão de nova e posterior prestação (aposentadoria mais vantajosa) no mesmo regime de previdência. Nessa situação incidem as vedações dos arts. 11, § 3º, e 18, §2º, da LB. Isso porque, como já ressaltado, se a aposentadoria não deixa de existir completamente, as contribuições previdenciárias posteriores são destinadas ao custeio da Seguridade Social, somente sendo cabíveis as prestações salário-família e reabilitação profissional. Ressalto que, embora não haja cumulação temporal no pagamento das aposentadorias, há cumulação na utilização

julgado pelo regime de recursos repetitivos, optou por prestigiar o entendimento consolidado no âmbito daquela Corte Especial, no sentido de não ser necessário, como condição para a desaposentação, o ressarcimento dos valores recebidos durante a aposentadoria a que se pretende renunciar.

Tal decisão foi amparada em um argumento de natureza lógica: enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos proventos.

Ainda, pelo que se depreende das decisões posteriores e do entendimento que veio a se consolidar no âmbito do STJ (Anexo 4), a decisão foi amparada em um

de tempos de contribuição, concernente à fração da mesma base de custeio. É que as contribuições anteriores à aposentadoria renunciada seriam utilizadas para pagar esta e o novo jubramento. Dentro desse contexto interpretativo, a não devolução de valores do benefício renunciado acarreta utilização de parte do mesmo período contributivo para pagamento de dois benefícios da mesma espécie, o que resulta em violação do princípio da precedência da fonte de custeio, segundo o qual "nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido, sem a devida fonte de custeio" (art. 195, § 5º, da CF e art. 125 da Lei 8.213/1991).(...). Os cálculos atuariais que embasam o regime de custeio tomam como base uma previsão determinada de contribuições para pagar aposentadoria em período estimado pela expectativa de vida média dos segurados. A parte que incumbe ao segurado é recolher os aportes por determinado tempo para cobrir o pagamento da aposentação a contar da concessão. Como já exaustivamente demonstrado, a não devolução dos valores da aposentadoria a que se pretende renunciar, com o intuito de utilização do período contributivo para novo jubramento, quebra a lógica atuarial do sistema. Isso porque a primeira aposentadoria é concedida em valor menor do que se fosse requerida posteriormente, mas é paga por mais tempo (expectativa de vida). Já se o segurado optar por se aposentar mais tarde, o "fundo de contribuições" maior financiará uma aposentadoria de valor maior, mas por período menor de tempo. A renúncia à aposentadoria sem devolução de valores mescla essas duas possibilidades, impondo aos segurados uma aposentadoria o mais prematura possível, para que mensal ou anualmente (fator previdenciário e coeficiente de cálculo) seja majorada. Tais argumentos já seriam suficientes, por si sós, para estabelecer a devolução dos valores da aposentadoria como condição para a renúncia desta, mas adentro ainda em projeções de aplicação do entendimento contrário que culminariam, data venia, em total insegurança jurídica, pois desestabilizariam e desvirtuariam o sistema previdenciário. Isso porque todos os segurados passariam a se aposentar com os requisitos mínimos e, a cada mês de trabalho e nova contribuição previdenciária, poderiam pedir nova revisão, de forma que a aposentadoria fosse recalculada para considerar a nova contribuição. Exemplificando: o segurado se aposenta em abril/2012 e continua trabalhando e contribuindo. Em maio/2012 pediria a desaposentação de abril/2012 e nova aposentadoria para incluir o salário de contribuição de abril. Em junho/2012 pediria a desaposentação de maio/2012 e nova aposentadoria para incluir o salário de contribuição de maio e assim sucessivamente. A não devolução dos valores do benefício culminaria, pois, na generalização da aposentadoria proporcional. Nenhum segurado deixaria de requerer o benefício quando preenchidos os requisitos mínimos. A projeção do cenário jurídico é necessária, portanto, para ressaltar que autorizar o segurado a renunciar à aposentadoria e desobrigá-lo de devolver o benefício recebido resultaria em transversa revisão mensal de cálculo da aposentadoria já concedida. Considerando ainda que essa construção jurídica, desaposentação sem devolução de valores, consiste obliquamente em verdadeira revisão de cálculo da aposentadoria para considerar os salários de contribuição posteriores à concessão, novamente está caracterizada violação do art. 11, § 3º, e 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, pois este expressamente prevê que as contribuições previdenciárias de aposentado que permanece trabalhando são destinadas ao custeio da Seguridade Social e somente geram direito às prestações salário-família e reabilitação profissional. Indispensável, portanto, o retorno ao status quo ante para que a aposentadoria efetivamente deixe de existir e não incidam as vedações legais citadas. Assim, é bom frisar que a devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado pretende renunciar é condição para que as contribuições possam ser utilizadas para novo benefício da mesma espécie, inclusive de outro regime. Nada impede, por outro lado, que o segurado renuncie com efeito ex nunc, o que o desoneraria da devolução dos valores, mas não ensejaria o direito de utilizar as contribuições já computadas".

argumento de natureza jurídica: os valores foram recebidos pelos segurados que agiram de boa-fé, e referido montante corresponde à verba de natureza alimentar, e, portanto, irrepetível, sob pena de violação do predicado da dignidade da pessoa humana.

A tese da desaposentação, nesse cenário, havia sido integralmente acolhida pelo STJ: por tratar-se de direito disponível, era possível que o segurado renunciasse a aposentadoria obtida primitivamente, visando à obtenção de uma nova, mais favorável; e, quando isso ocorresse, não seria necessária a devolução dos valores recebidos por ocasião do primeiro benefício, visto que aquela concessão inicial era devida e os valores recebidos pelo segurado possuíam caráter notadamente alimentar.

A questão, no entanto, versava ainda sobre aspectos de índole constitucional, o que gerou a necessidade de o que STF se manifestasse acerca da matéria.

3.3. Estudo de Caso 2: O julgamento dos RE nº 381.367, 827.833 e 661.256

A provocação recursal do STF para que se manifestasse acerca (in)constitucionalidade da desaposentação, e dos demais temas correlatos ao assunto, acarretou a análise pelo Tema 503, correspondente ao julgamento conjunto dos RE nº 381.367, 827.833 e 661.256 – sendo esse último o RE “condutor” da repercussão geral.

Para fins de uma contextualização cronológica e procedimental, vale trazer à tona a informação de que o julgamento daqueles recursos teve início em 08 de outubro de 2014 e, após pedidos de vista dos autos, retirada e recolocação do feito em pauta, teve julgamento final em 27 de outubro de 2016.

Daquela decisão, em outubro de 2017, foram opostos embargos de declaração pelo IBDP, atuante no feito na condição de *amicus curiae*, visando a sanar dúvidas quanto à necessidade de devolução, ou não, dos valores recebidos pelos segurados que anteriormente haviam percebido o reajuste decorrente da desaposentação, quanto ao direito de renúncia do segurado ao benefício de aposentadoria, bem como que o STF se manifestasse especificamente acerca do de outro instituto, a

reaposentação, concernente à possibilidade de renúncia em casos em que o segurado não pretende utilizar o tempo e os valores contribuídos antes da aposentadoria¹⁷.

Registra-se que os embargos de declaração foram julgados no dia 06 de fevereiro de 2020, ocasião em que o STF (i) assentou a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé por força de decisão judicial; e (ii) alterou a tese da repercussão geral, inserindo a vedação também à “reaposentação”. A decisão dos embargos de declaração propriamente dita não foi objeto do estudo de caso, o que não traz qualquer tipo de comprometimento à pesquisa, visto que os argumentos lá utilizados já foram suficientemente debatidos pelo STF, não trazendo qualquer impacto direto quanto à questão de fundo já decidida.

A questão chegou até o STF para a análise de distintos Recursos Extraordinários interpostos pelo INSS em face de acórdão do TRF4 - no qual foi reconhecida a possibilidade de renúncia à aposentadoria originária – e do STJ – no qual foi reconhecida a desnecessidade de devolução dos valores recebidos a título de aposentadoria primitiva. Nas razões de recurso, a autarquia previdenciária alegou três violações distintas à Constituição Federal, a saber: “(i) ofensa à garantia do ato jurídico perfeito (CF/1988, art. 5º, XXXVI); (ii) violação ao princípio da solidariedade (CF/1988, arts. 40, 194 e 195); e (iii) violação ao princípio da isonomia, aplicável entre os segurados (CF/1988, art. 5º, caput, e 201, § 1º)” (BRASIL, 2016, p. 03).

Quando deste julgamento pelo STF, a tese jurídica prevalecente foi no de que “no âmbito do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à “desaposentação”, sendo constitucional a regra do art. 18, §2º da Lei 8.213/1991”.

A tese ilustra bem o resultado prático obtido com o julgamento, pelo STF, da questão da inviabilidade da desaposentação, e as consequências jurídicas imediatas daí advindas.

Contudo, tendo em vista as pretensões teóricas do presente trabalho, faz-se necessário que, para além da análise crítica do resultado da decisão (tese jurídica fixada), seja realizada o levantamento dos argumentos jurídicos invocados pelos

¹⁷ Conforme reportagem veiculada no site do próprio IBDP, a matéria objeto dos embargos de declaração opostos pela entidade visa a sanar dúvidas quanto ao direito de renúncia do segurado ao benefício de aposentadoria, bem como se manifeste acerca do de outro instituto, a reaposentação, concernente à possibilidade de renúncia em casos em que o segurado não pretende utilizar o tempo e os valores contribuídos antes da aposentadoria. Disponível em: <<https://www.ibdp.org.br/noticia.php?n=2971>>. Acesso em 08 mar. 2019.

ministros votantes – até porque, conforme se verá, possuem considerável distinção entre si.

Assim, passaremos a análise individualizada dos votos, seguindo a mesma ordem observada durante a sessão de julgamento.

O relator do julgamento, Min. Luis Roberto Barroso, antes de julgar o mérito propriamente dito do recurso, analisou o parecer ofertado pelo Ministério Público Federal, no sentido de que os acórdãos recorridos (do TRF4 e do STJ) seriam nulos, haja vista que por ocasião dos respectivos julgamentos não teria sido respeitada a regra constitucional preconizada no art. 97, CF (princípio da reserva de plenário), no sentido de que as decisões recorridas teriam acabado por indiretamente declarar a inconstitucionalidade do art. 18, §2º, Lei 8.213/1991, o que só poderia ter sido feito mediante a reserva de plenário.

O Relator desacolheu o parecer nesse sentido.

E embora tangencial ao mérito jurídico da discussão, para a compreensão do voto, é relevante a análise dos motivos por ele lançados: diferentemente do opinado pelo MPF, os acórdãos recorridos não haviam afastado a constitucionalidade do art. 18, §2º, Lei 8.213/1991, e a controvérsia maior não seria essa – mas sobre a suposta “deficiência na legislação que rege a matéria, que deixa de equacionar – de forma compatível com a ordem constitucional – a situação dos aposentados que retornam ao mercado de trabalho e efetuam novas contribuições obrigatórias para o RGPS” (BRASIL, 2016, p. 06).

Essa é a primeira indicação de que o voto do Ministro se aterá principalmente à ausência de norma específica.

Após identificar os fundamentos contributivo¹⁸ - vinculado à obrigatoriedade da filiação e da realização das contribuições previdenciárias pelos trabalhadores,

¹⁸ Nesse sentido: “A dimensão contributiva encontra-se prevista, de forma expressa, no art. 195, II, que determina a cobrança de contribuições previdenciárias dos trabalhadores e demais segurados do sistema. Como se sabe, o art. 195, I, prevê a cobrança também sobre os empregadores, o que não deixa de ser uma forma de captação de recursos a partir do mercado de trabalho. A menção ao aspecto contributivo é reiterada no art. 201, que enuncia as coberturas mínimas do sistema e algumas normas básicas quanto ao seu financiamento, dentre as quais se destacam as seguintes: (i) a diretriz geral é a busca por equilíbrio atuarial, de modo a que a previdência seja sustentável, (ii) em harmonia com essa premissa, a aposentadoria voluntária é condicionada a requisitos de idade e tempo de contribuição, do que decorre tanto uma exigência de aportes mínimos quanto uma limitação do período provável de fruição dos benefícios; (iii) os ganhos habituais do empregado devem ser computados para fins de cálculo das contribuições e dos benefícios, o que revela a correspondência entre esses elementos e os rendimentos do segurado em atividade. Reforçando essa correlação, a EC nº 20/1998 revogou a previsão de que seriam considerados apenas os últimos trinta e seis salários de contribuição, passando a levar em conta o histórico completo de cada segurado; (iv) todos os salários de contribuição

segurados e demais sujeitos envolvidos com o sistema previdenciário - e solidário¹⁹ - compreendido a partir da ideia de que a seguridade deve ser custeada por toda a sociedade, como forma de proteção e maximização da dignidade humana - como alicerces constitucionais do RGPS, Barroso pondera que a Constituição Federal não teria tido

a pretensão de impor uma fórmula rígida para o cálculo das contribuições e dos benefícios, deixando uma ampla margem de conformação ao legislador ordinário. De forma particular, não se extrai da ordem constitucional a exigência de que haja correlação estrita entre os aportes dos segurados e as prestações que receberão futuramente. De modo compatível com esse cenário normativo, a legislação brasileira consagra, historicamente, a opção por um modelo de repartição simples, em que todas as contribuições atuais formam um fundo geral para o custeio das prestações devidas no presente. Inexistem, assim, contas individuais vinculadas a cada segurado (BRASIL, 2016, p. 09).

No entanto, o Min. Barroso conclui que aquela constatação não significa absoluta discricionariedade do legislador infraconstitucional para tratar a matéria como bem entender, havendo duas balizas a serem observadas: ainda que haja situações onde não se verifique absoluta comutatividade entre contribuições e benefícios, essa correlação ainda é a regra do sistema e não pode ser desprezada; e o modelo a ser concebido pelo legislador infraconstitucional deve respeitar o princípio da isonomia, de modo que tanto o ônus e o bônus do sistema previdenciário sejam repartidos de forma equitativa (BRASIL, 2016, p. 10-11).

Barroso (BRASIL, 2016, p. 13), ainda, faz uma didática distinção daquilo que estava se discutindo: “no que concerne aos deveres, há igualdade entre as situações dos trabalhadores em geral e a dos aposentados que continuem a trabalhar” – a saber, a necessidade de pagamento da contribuição social -, ao passo que “tal simetria não

considerados para o cálculo do benefício devem ser atualizados, confirmando que o montante das contribuições é um dos fatores determinantes para a definição das prestações a que o segurado fará jus; (v) seguindo a mesma lógica, os próprios benefícios devem ser atualizados com o objetivo de que se preserve o seu valor real” (BRASIL, 2016, p. 07-08).

¹⁹ Nesse sentido: “A segunda dimensão da seguridade em geral, e do sistema previdenciário em particular, é marcada pelo princípio da solidariedade. Em termos abrangentes, essa dimensão pode ser reconduzido ao próprio dever estatal de proteger a dignidade humana, no que se inclui a criação de uma rede social mínima que impeça as pessoas de caírem em situações de indignidade. De forma mais específica, esse aspecto pode ser extraído da previsão de que a seguridade deve ser custeada por toda a sociedade, e não apenas pelos seus beneficiários imediatos. Isso ganha conteúdo concreto com a já mencionada possibilidade de emprego de recursos dos orçamentos públicos e, sobretudo, pela autorização constitucional para a criação de outras fontes de custeio, em paralelo com as contribuições sociais 8 . Como se sabe, a solidariedade foi um dos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para assentar a validade da cobrança de contribuições previdenciárias dos servidores inativos” (BRASIL, 2016, p. 09).

se reproduz, todavia, no que concerne aos direitos”, nos termos do art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/1991.

Ato contínuo, o Relator afirma que, não obstante seja incontroverso o impacto orçamentário que a desaposentação irá gerar no financiamento do RGPS,

embora esse fator deva ser seriamente analisado, os direitos que efetivamente decorram do sistema não podem ser simplesmente postos de lado a partir do cálculo utilitário de que novos encargos devem ser evitados a qualquer custo, ainda que disso resulte prejuízo inconstitucional para um conjunto de beneficiários (BRASIL, 2016, p. 15).

Essa assertiva se revela central para a compreensão do voto proferido pelo Min. Barroso, e, de certo modo, enfatiza o seu posicionamento quanto às discussões acerca do “custo dos direitos sociais”.

Por meio da análise da equação entre o “caráter contributivo” e o “princípio solidário”, Barroso pondera que é a própria Constituição Federal que estabelece essa relação direta entre a obrigação de contribuir e o direito ao conjunto de prestações da previdência social, motivo pelo qual não seria razoável fazer incidir o primeiro aspecto do sistema (caráter contributivo), e, por outro lado, paralisar a segunda parte (princípio solidário), até porque, nas palavras de Barroso, “a invocação genérica da ideia de solidariedade não é suficiente para autorizar esse tipo de recorte ou aplicação seletiva das normas constitucionais” (BRASIL, 2016, p. 17).

Para o magistrado, partindo-se da ideia de que foi a própria Constituição Federal que estabeleceu, de um lado, a tributação sobre os rendimentos do trabalho e, do outro, uma gama de direitos daí decorrentes, “o fato de a correlação entre esses vetores não se materializar em uma equação comutativa estrita não significa que o legislador infraconstitucional esteja autorizado a afastar a correspondência mínima” (BRASIL, 2016, p. 17).

Portanto, Barroso constata “a inconstitucionalidade de o Estado continuar a exigir as contribuições vinculadas com exclusão as contrapartidas associadas, [sendo] necessário buscar uma solução que permita o retorno à normalidade constitucional” (BRASIL, 2016, p. 24).

É nessa linha de raciocínio que Barroso passa a sustentar a possibilidade jurídica da desaposentação no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. No entanto, a seguir passa a defender seu ponto de vista no sentido de ser necessária a restituição de valores recebidos por ocasião da primeira aposentadoria. Para o relator,

a discussão passa pela análise da “necessidade de universalização da fórmula atuarial básica oferecida a todos os segurados” (BRASIL, 2016, p. 20). Para tanto, sustenta que “da mesma forma que o Poder Público não pode, aplicando a Constituição pela metade, criar uma categoria de contribuintes destituídos dos direitos reconhecidos” (BRASIL, 2016, p. 20) – consequência prática extraída da postura do INSS em rejeitar a possibilidade de desaposentação -, “também não pode outorgar um regime mais vantajoso àqueles que, por circunstâncias diversas, venham a optar pela desaposentação” (BRASIL, 2016, p. 20).

Contudo, ao admitir que a simples devolução dos valores corrigidos esbarraria em absoluta dificuldade de efetivação prática – dado o montante que precisaria ser devolvido pela maioria dos contribuintes, especialmente aqueles que permaneceram no mercado de trabalho por um longo período adicional, e dado que nem mesmo a restituição parcelada seria viável e/ou possível na maior parte dos casos -, Barroso apresenta, em seu voto, uma solução ao seu ver extraída das normas jurídicas já colocadas no ordenamento brasileiro, a qual poderia ser utilizada até que o Congresso Nacional viesse a disciplinar a matéria por meio de ato normativo primário.

A proposta de Barroso passa pela aplicação do fator previdenciário a partir análise de dois fatores primordiais – idade e expectativa de vida -, sendo que ambos a serem considerados para o cálculo da nova aposentadoria não devem ser os do momento da desaposentação, mas, sim, “aqueles referentes ao momento em que o primeiro vínculo foi estabelecido. Foi a partir dali, afinal, que o sistema contributivo-solidário passou a custear prestações para o indivíduo” (BRASIL, 2016, p. 26).

Ou seja: na proposta apresentada pelo Ministro Relator, quando equação para a obtenção do fator previdenciário aplicável à desaposentação, deveria ser levada em conta (i) a idade do segurado no momento da aposentadoria original; (ii) o tempo de contribuição total, considerando as contribuições anteriores e posteriores à aposentaria primitiva; e (iii) a expectativa de sobrevida constatada na data do benefício original.

A justificativa dada por Barroso (BRASIL, 2016, p. 26-27) para tal proposição seria que “desconsiderar esse fato – permitindo a desaposentação incondicionada – seria injusto para com os aposentados que não se enquadram nessa situação peculiar”, até porque, como consequência prática, “pessoas com o mesmo tempo de contribuição, em valores também iguais, receberiam prestações acumuladas substancialmente desiguais, instituindo um privilégio atuarial injustificável”.

Assim, o voto do relator foi no sentido de reconhecer a desaposentação, com a ressalva da necessidade de se estabelecer um mecanismo que leve em conta a compensação da relação entre as contribuições posteriores e o benefício já gozado, apresentando a proposta acima identificada, a qual entraria em vigor no prazo de 180 dias na hipótese do Congresso Nacional não disciplinar a matéria de modo diverso neste interregno.

Na sequência do julgamento, foi prolatado o voto do Min. Dias Toffoli, no sentido de dar provimento aos Recursos Extraordinários interpostos pelo INSS.

Para tanto, começou fundamentando sua decisão no fato de que para a desaposentação ser juridicamente viável no sistema jurídico vigente, seria necessária a declaração de inconstitucionalidade da norma prevista no art. 18, §2º da Lei 8.213/91 – em sentido oposto ao relator, portanto.

E, conforme sustentou, para além de não vislumbrar a apontada inconstitucionalidade da norma, posicionou-se no sentido de não ser hipótese de atribuir à norma interpretação conforme à Constituição.

Ainda, justificou seu voto sob o argumento de que tanto o art. 181-B²⁰ do Decreto nº 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social), quanto o art. 96, inciso II²¹, da Lei nº 8.213/91, são expressos e claros quanto à irreversibilidade e/ou renúncia das aposentadorias e o novo cômputo de tempo de serviço já aproveitado para um primeiro benefício, jamais tendo sido declarada a inconstitucionalidade destas normas – motivo pelo qual sua validade e eficácia deveria continuar a ser considerada.

Também, ponderou que, se de um lado a Constituição Federal não vede expressamente a desaposentação – conforme Barroso havia indicado como um dos motivos ao reconhecimento daquele direito -, por outro lado também não há a previsão específica daquele benefício.

Pautado na afirmação de que a desaposentação não possui previsão legal – motivo pelo qual, no seu entender, não poderia ter natureza jurídica de ato administrativo, haja vista tratar-se de um ato jurídico que não obedeceria o princípio da legalidade administrativa -, Dias Toffoli pondera que, uma vez sendo considerada que a aposentadoria foi declarada e concedida por intermédio de ato administrativo

²⁰ “Art. 181-B: As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis” (BRASIL, 1999).

²¹ “Art. 96, II: é vedada a contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada, quando concomitantes” (BRASIL, 1991).

lícito, “não há que se falar em desconstituição do ato por meio da desaposentação, mesmo porque, se ilícita foi a concessão do direito previdenciário, sua retirada do mundo jurídico não poderia ser admitida com efeitos ex tunc” (BRASIL, 2016, p. 57).

Em outras palavras, para o Min. Dias Toffoli, a desaposentação seria juridicamente impossível porque não haveria que se falar em admissão da renúncia à aposentadoria, bem como porque a lei faria prevalecer o ato jurídico perfeito e o direito adquirido em um momento específico da vida do segurado.

Na sequência de seu voto, o Min. Dias Toffoli, amparado em pesquisas apresentadas por algumas entidades atuantes no âmbito da previdência²², também sustenta o voto na ideia de que o fator previdenciário, por si só, não é uma coisa prejudicial – pois ele “permite que o contribuinte goze do benefício antes da idade mínima, podendo escolher, ainda, uma data para a aposentadoria, em especial, quando entender que dali para a frente não conseguirá manter sua média contributiva” (BRASIL, 2016, p. 57), sendo caracterizado como um estímulo à continuidade do segurado no mercado de trabalho (SILVA apud. BRASIL, 2016, p. 58) – e que a admissão da desaposentação, enquanto instituto jurídico válido, corresponderia à inversão da lógica trazida pela instituição do fator previdenciário, criado para evitar o pagamento de benefícios precoces (SILVA, apud. BRASIL, 2016, p. 58). É nesse contexto que para o Min. Dias Toffoli, a admissão da desaposentação ampliaria o problema das aposentadorias precoces.

Para o ministro votante, a questão não deve ser analisada pelo prisma do equilíbrio atuarial, mas, sim, sob outros princípios aplicáveis:

admitir-se a possibilidade da desaposentação, sem uma revisão do sistema que criou o fator previdenciário e sem uma reestruturação dos cálculos gerais atuariais implicará, aí sim, real ofensa a nossa Carta da República, mais especificamente, ao princípio da solidariedade previsto nos arts. 40, 194 e 195 da Constituição Federal, e ferirá, ainda, o tratamento isonômico e justo aos segurados, conforme determinado no art. 201, §1º da Constituição Federal (BRASIL, 2016, p. 60).

O último argumento lançado pelo Min. Dias Toffoli no sentido de negar a possibilidade da desaposentação é relacionado aos debates afetos à judicialização da política: para o Ministro, se há alguma dúvida a respeito da sua possibilidade normativa no atual ordenamento jurídico, deveria prevalecer a aplicação da máxima

²² São citadas pelo Min. Dias Toffoli a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (ABRAPP); o Instituto Cultural de Seguridade Social (ICSS); o Sindicato Nacional das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (SINDAPP)

jurídica *in dubio pro legislatore*, traduzida em uma regra de preferência nas situações em que “quando há zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador” (BRASIL, 2016, p. 62).

Prosseguindo, e a partir da ideia de “pensamento possibilista” defendido por Peter Häberle, o Ministro sustenta que, se pela abertura constitucional há uma gama de possibilidades diversas, na defesa da própria democracia há que se respeitar aquela efetivamente escolhida, desde que tenha surgido do marco constitucional.

A conclusão do Min. Dias Toffoli vai, então, no sentido de que se no futuro, a partir de novas circunstâncias, houver razões fáticas e políticas para a revogação daquelas normas que vedam a desaposentação, “ou mesmo para a instituição e a regulamentação do instituto da desaposentação (...), o espaço democrático para esses debates há de ser respeitado, qual seja, o Congresso Nacional” (BRASIL, 2016, p. 63).

Assim, também nesse sentido que o voto do redator foi em sentido diametralmente oposto ao do relator.

Ato contínuo ao voto acima relatado, sobreveio o voto do Min. Teori Zavascki, o qual também foi prolatado no sentido de dar provimento ao Recurso Extraordinário interposto pela autarquia previdenciária.

Para tanto, o Min. Teori Zavascki começa seu voto fixando o que ele chama de premissa conceitual: a de que o RGPS tem natureza estatutária/institucional, e não contratual, e que, por isso, das suas situações jurídicas “os direitos subjetivos somente nascem (tornando-se direitos *adquiridos*) quando inteiramente aperfeiçoados os requisitos próprios previstos na lei (=ato-condição)” (BRASIL, 2016, p. 68).

Nesse contexto, no âmbito do RGPS os direitos subjetivos seriam totalmente “disciplinados pelo ordenamento jurídico: são apenas e tão somente aqueles previstos no referido estatuto, segundo a configuração jurídica que lhes for atribuída no momento em que implementados os requisitos necessários à sua aquisição” (BRASIL, 2016, p. 68-69), sendo que, para o Ministro votante, a ausência de proibição de dado direito não corresponderia à sua afirmação, sendo que “a simples ausência da previsão estatutária do direito equivale à inexistência de um dever de prestação por parte da Previdência Social” (BRASIL, 2016, p.69).

Após, é traçado um panorama geral da legislação em relação à situação dos aposentados que retornam ao mercado de trabalho, sendo apresentada, como síntese, a conclusão parcial de que este aposentado está inserido em um regime

jurídico que não prevê a concessão de quaisquer outros benefícios afora aqueles previstos no §2º do art. 18 da Lei 8.213/91, e cujas contribuições não se destinam a benefícios previdenciários futuros, mas, sim, aos custos presentes do sistema da Seguridade Social.

Para o Ministro, a substituição de um benefício menor por um benefício maior seria uma progressão “sem previsão alguma no sistema previdenciário estabelecido atualmente, o que, considerada a natureza estatutária da situação jurídica em que se insere, seria indispensável para gerar um correspondente dever de prestação” (BRASIL, 2016, p. 72). Mas além: para ele, a desaposentação não poderia ser considerada como consequência lógica (direta ou indireta) das contribuições realizadas pelo segurado, visto que as mesmas, nestas circunstâncias, seriam legalmente destinadas ao custeio do sistema da Seguridade Social.

O Ministro votante pondera, ainda, que para se cogitar da possibilidade de reconhecimento do direito à desaposentação o primeiro passo seria, no mínimo, a declaração prévia de inconstitucionalidade do regime jurídico estabelecido nas normas previstas no art. 18, §2º, art. 11, §3º e art. 12, §4º, todos da Lei 8.213/91, e que mesmo sendo hipoteticamente declarada a inconstitucionalidade deste regime jurídico, a consequência imediata não seria a criação do direito à desaposentação, mas, sim, “o retorno ao *status* normativo anterior, com a restauração do sistema de pecúlios” (BRASIL, 2016, p. 73), ou, a devolução das contribuições ilegítimamente exigidas. “Em qualquer caso, entretanto, não se poderia, a pretexto da inconstitucionalidade do sistema atual, assegurar o direito subjetivo aqui reclamado, de substituição de um benefício de aposentadoria menor por outro maior” (BRASIL, 2016, p. 73).

A partir daí, o Min. Teori Zavascki faz algumas reflexões que, no seu entender, demonstrariam o colapso que o sistema da Seguridade Social poderia alcançar na hipótese de ser a desaposentação reconhecida na forma pretendida:

Aliás, se esse benefício fosse garantido, seria evidente o nefasto desarranjo do sistema: nada impediria que a progressão de uma aposentadoria para outra (mal disfarçada em renúncia de um benefício, com simultânea e automática obtenção de outro) se desse a cada ano, todos os anos, pois a cada período anual será possível agregar ao benefício já usufruído, as vantagens decorrentes de novas contribuições e de menor expectativa de sobrevida. Indo além, nos benefícios calculados com a incidência do fator previdenciário, o simples transcurso do tempo, independentemente do recolhimento de contribuições, seria causa suficiente para a “desaposentação”, pois a ampliação da idade e a consequente redução da expectativa de sobrevida levam por si sós a um aumento do referido fator (§

7º do art. 29 da Lei 8.213/91) e, dessa forma, a uma aposentadoria mais vantajosa. Não é preciso grande esforço intuitivo para vaticinar que todos os segurados do Regime Geral não hesitariam em requerer, assim que possível, o benefício de aposentadoria (proporcional ou integral) para, continuando no trabalho, ir progredindo paulatinamente nessa espécie de “carreira” em que ficaria transformado o regime previdenciário brasileiro. Sob esse aspecto, justifica-se, com sobradas razões, a disposição normativa do art. 181-B do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), segundo o qual “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis” (BRASIL, 2016, p. 73-74).

Por fim, o Ministro votante aborda a temática do princípio da solidariedade, afirmando que é justamente referido princípio jurídico que faz com que o atual regime previdenciário aplicável aos segurados aposentados se adeque à Constituição e, por via de consequência, torna a desaposentação incompatível com o modelo normativo vigente.

O quarto voto da decisão ora analisada foi prolatado pela Ministra Rosa Weber, quem, com ligeiras ressalvas e acréscimos à fundamentação, acompanhou o voto relator no sentido de entender ser juridicamente possível o reconhecimento do direito à desaposentação.

Após iniciar o voto fazendo uma exposição conceitual de “aposentadoria”, “aposentação”, “desaposentação” e “reaposentação”, a Min^a. Rosa Weber apresenta um arrazoado acerca das circunstâncias fáticas, históricas, sociais, econômicas e culturais que justificariam o desenvolvimento do instituto em debate, os quais podem ser sinteticamente apontados desta forma: (i) fator econômico-salarial, devido ao baixo valor do benefício previdenciário, inclusive sendo apontada a informação de que 70% dos beneficiários receberiam tão somente o valor equivalente ao salário mínimo nacional; (ii) fatores de índole pessoal – como a inadaptação ao ócio, o alheamento do convívio social e a dificuldade de se auto perceber enquanto aposentado; (iii) fatores normativos, decorrentes de uma distorção do próprio sistema, que de certa maneira estimula a aposentadoria precoce ao viabilizar a concessão de aposentadoria com base apenas no tempo de contribuição; e (iv) transformações demográficas e aumento da expectativa de sobrevida da população brasileira.

Analisando os fundamentos jurídicos propriamente ditos da discussão, a Ministra, também utilizando-se das obras doutrinárias de Celso Antônio Bandeira de Mello, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello e Léon Duguit, faz uma interpretação diversa daquela dada no voto do Min. Teori Zavascki em seu voto divergente. Para

ela, “conquanto correta a compreensão quanto à natureza estatutária do regime geral da previdência social, esse entendimento não tem o condão, apenas por si, de inviabilizar o reconhecimento do direito postulado na hipótese” (BRASIL, 2016, p. 128).

Após, a Ministra votante apresenta argumentos no sentido de afastar a aplicação do princípio da solidariedade como obstáculo ao pedido de desaposentação, haja vista que aquele princípio apenas impõe à sociedade “obrigação de arcar com o custeio da seguridade social, não retirando do aposentado que retorna ao trabalho e, em razão do exercício de atividade laboral, volta a contribuir para o sistema, o direito de obter da previdência alguma contraprestação” (BRASIL, 2016, p. 138-139).

Assumindo a filiação à previdência como “um vínculo de mão dupla, em que previstas, de um lado, receitas para o regime previdenciário e assegurada, de outro, alguma retribuição ao segurado obrigatório em face das contribuições recolhidas” (BRASIL, 2016, p. 146), para ela, ainda que Previdência seja um sistema contributivo de repartição simples (e não de capitalização), considerando-se como principal objetivo das contribuições previdenciárias o atendimento das necessidades desses filiados, “é inadmissível considerar não abrangidos nessa rede de proteção os que, embora já aposentados, voltaram a exercer atividade submetida ao regime geral e a recolher contribuições à previdência social, concorrendo para sua sustentabilidade” (BRASIL, 2016, p. 152).

Ato contínuo, a Min.^a Rosa Weber afasta o argumento do “financiamento de gerações”²³, citado pelo Min. Teori Zavascki, como justificativa suficientemente apta à negação ao direito de desaposentação. Assim, pondera que o fato dos trabalhadores que se enquadram na discussão participarem do custeio do sistema por meio do adimplemento das contribuições previdenciárias – e, por conseguinte, serem inseridos no rol dos financiadores do pagamento dos benefícios dos atuais aposentados – “abriga-os na cobertura mútua que concretiza a denominada justiça intergeracional, pelo que merecerão receber da geração futura a proteção que hoje asseguram aos inativos” (BRASIL, 2016, p.154).

²³ Acerca do “financiamento de gerações”, verdadeira extratificação do princípio da solidariedade, a Ministra Rosa Weber assim o conceitua: “por meio desse a população em idade ativa custeia, segundo suas forças, os benefícios previdenciários da geração passada, impondo o regime de repartição simples que a parcela mais jovem da população, engajada no mercado de trabalho, financie a aposentadoria da parcela mais idosa” (BRASIL, 2016, p. 152).

Em relação a um dos argumentos sustentados pelo Min. Dias Toffoli como empecilho à desaposentação – a saber, o teor e validade do art. 181-B do Decreto nº 3.048/1999 -, a Ministra votante contrapõe o fato do Regulamento da Previdência Social tratar-se de mero instrumento da ação administrativa, não podendo “promover inovações em relação ao estatuído na norma regulamentada, atribuindo aos aludidos benefícios qualidades não conferidas pela Lei” (BRASIL, 2016, p. 158).

Quanto à ausência de previsão legal explícita quanto à possibilidade de desfazimento da mensalidade previdenciária, a Min.^a Rosa Weber entende que tal lacuna é suprida pela aplicação dos princípios do sistema previdenciário, sendo que tal aplicabilidade, “norteada pela observância do interesse público e do alcance de um ideal de justiça social – encontra abrigo no princípio da juridicidade administrativa que superou o princípio da legalidade estrita, hoje relativizado por aquele” (BRASIL, 2016, p. 160).

Em sentido similar, a Ministra afasta a ideia do “ato jurídico perfeito” como óbice à renúncia das mensalidades previdenciárias, visto que aquele preceito constitucional não poderia conduzir ao desprezo do direito previdenciário constitucionalmente assegurado ao trabalhador contribuinte.

Em relação à óbice à desaposentação em tese preconizada no art. 18, §2º, da Lei 8.213/91, a Min.^a Rosa Weber afirma não identificar, a partir da leitura dessa norma, proibição à desaposentação. Para ela, sequer a constitucionalidade do diploma em comento precisa ser analisada, mas, apenas ser dada interpretação conforme à Constituição. Nesse sentido,

A inteligência do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91 consentânea com a Constituição Federal é, sob minha ótica, a de que o óbice erigido nesse preceito legal teve como alvo inviabilizar o recebimento simultâneo de mais de uma aposentadoria além daquela já deferida ao aposentado que segue exercendo, ou volta a exercer, atividade laboral no período subsequente à aposentação pelo RGPS – o que é vedado expressamente pelo Plano de Benefícios. Não é razoável a exegese de que visou o legislador a impedir o direito à desaposentação e à consideração das novas contribuições aportadas ao regime geral, ante todo o arcabouço jurídico protetivo do direito previdenciário em debate. Não há de ser declarada, nesse contexto, a inconstitucionalidade desse preceito legal, cabendo tão somente interpretação conforme à Constituição Federal (BRASIL, 2016, p. 164).

Na sequência do voto, são estabelecidos os fundamentos pelos quais, para a Ministra, a desaposentação encontraria amparo no texto constitucional: a previdência social é um direito fundamental, fixado também em função da construção de um mínimo de condições existências do ser humano, motivo pelo qual a dignidade

humana consistiria em premissa básica e imprescindível à construção dos direitos sociais; sendo obrigatória a filiação dos trabalhadores já aposentados, a sua inserção na esfera de proteção previdenciária deve ser uma consequência lógica e inafastável; entender como inócuas as contribuições vertidas pelo trabalhador aposentado seria desconsiderar a blindagem constitucional dos direitos à previdência social; o núcleo do direito inserto no art. 201, §9º, da Constituição Federal, qual seja, o respeito ao tempo de contribuição do trabalhador, deve ser prestigiado, até mesmo porque atenderia ao ideal de justiça social.

Assim, a Min.^a Rosa Weber reconhece “o direito ao desfazimento da mensalidade previdenciária e ao cômputo do novo período contributivo” (BRASIL, 2016, p. 186), acompanhando a tese e proposta fixada no voto relator, sendo registrada a ressalva “quanto à inviabilidade de extensão do reconhecimento do direito à desaposentação às pretensões de recálculo de proventos no âmbito dos regimes próprios” (BRASIL, 2016, p. 202).

O quinto voto foi prolatado pelo Min. Edson Fachin, quem, em sentido similar à decisão do Min. Teori Zavascki, rechaçou a possibilidade da desaposentação enquanto não houver lei que assim a permita.

Isso porque, para o Ministro, cabe apenas ao legislador ordinário dispor sobre a possibilidade da desaposentação, assim o fazendo no exercício de sua competência legislativa e por meio da ponderação da matéria com os demais princípios norteadores da seguridade social.

Ainda, o Ministro votante deixou de acompanhar a solução aditiva proposta pelo relator, “por entender que a Corte Constitucional não tem legitimidade para suprir ou suplantar a atuação legislativa na seara da proteção aos riscos previdenciários” (BRASIL, 2016, p. 2016).

Diversamente daquilo sustentado pelos Ministros que já haviam concebido o direito à desaposentação, o Min. Edson Fachin sustenta que não há uma correlação constitucionalmente estabelecida entre a contribuição vertida ao sistema previdenciário e o benefício a ser recebido. Para ele, “a correspondência deve, na medida do possível, ser observada, mas não há uma exigência normativa” (BRASIL, 2016, p. 218).

Ainda, sustenta que o princípio da solidariedade, num “contexto de ética tributária”, é fundamento constitucional suficiente a legitimar a cobrança da contribuição previdenciária dos aposentados que retornam à atividade.

Após o voto do Min. Edson Fachin, sucederam-se alguns debates e esclarecimentos acerca dos votos já consolidados, tendo o julgamento prosseguido com a prolação dos votos dos Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Carmen Lúcia.

O Min. Luiz Fux dá início ao seu voto dando ênfase especial ao fato de que “a desaposentação foi instituída no Brasil através da jurisprudência e doutrina, não tendo previsão expressa, nem na Constituição, nem no texto legal” (BRASIL, 2016, p. 328). Após, posiciona-se contra a necessidade de declaração da inconstitucionalidade do art. 18, §2º, da Lei 8.213/1991 – entendimento adotado pelo MPF na sua manifestação quanto ao mérito dos RE julgados pelo STF -, sob o argumento de não extrair, daquele dispositivo, qualquer espécie de vedação literal à desaposentação.

Contudo, o ministro votante passa atribuir maior relevância à questão da ausência de previsão legal: para ele, o fato de não haver norma impeditiva à desaposentação não acarreta, automaticamente, a compreensão pela sua possibilidade.

Para o Min. Fux, a extinção do pecúlio inclusive poderia ser interpretada como fato cronológico que deslegitimaria os principais argumentos favoráveis à desaposentação, visto que correspondeu a uma opção do legislador em reduzir a gama de benefícios previdenciários, “mantendo, porém, a obrigatoriedade de contribuição do aposentado que continua ativo, e, ademais, expressamente consignando que esta destina-se ao custeio da Seguridade Social” (BRASIL, 2016, p. 240).

Nesse contexto, a obrigatoriedade da contribuição previdenciária pelo trabalhador aposentado que retorna a ativa não estaria diretamente relacionada ao fato de haver ou não haver contraprestação imediata correlacionada à contribuição, mas, sim, estaria amparada nos princípios da universalidade do custeio e da solidariedade da Previdência Social, sendo a mesma devida, portanto, ao custeio do sistema, visando ao benefício de toda a sociedade – e não ao pagamento ou melhoria do benefício individual.

Fux rechaça a tese de haver um sinalagmatismo obrigatório na relação “contribuição” *versus* “benefício”, ratificando o posicionamento já adotado por outros ministros no sentido de que o sistema previdenciário corresponde a uma relação estatutária (e não contratual), ou seja, a correlação dependeria única e exclusivamente de previsão legal.

Ainda, adota como razões de decidir o fato de que a tese da desaposentação seria um estímulo às aposentadorias precoces, para viabilizar a sua posterior revisão/majoração, o que iria no sentido contrário ao intuito do poder constituinte reformador, assim enfatizando:

Portanto, admitir a desaposentação significa, na verdade, admitir uma aposentadoria em duas etapas, sendo que, entre uma e outra, perceber-se-iam proventos reduzidos. Seria, ao fim e ao cabo, a Previdência Social financiando a própria majoração dos proventos, com evidente dano ao equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS, preconizado pelo *caput* do art. 201 da Lei Fundamental (BRASIL, 2016, p. 243-244).

Conclui ponderando que não cabe ao Supremo Tribunal Federal analisar os impactos e escolhas políticas acerca do instituto, e que, somente o parlamento, no uso de seus poderes políticos e constitucionais, é que tem legitimidade para deliberar acerca da desaposentação.

Assim, conclui o voto seguindo a divergência e dando provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo INSS.

Após novos debates, sobrevém o voto do antepenúltimo ministro, a saber, o Min. Gilmar Mendes, que, após sintetizar os diferentes pontos de vista da votação até aquele momento, passa a fazer uma análise do sistema previdenciário adotado pela Constituição Federal.

Nesse contexto, o ministro pondera que “muito embora o advento do fator previdenciário tenha se revelado como uma ferramenta importante para adequar os critérios de cálculo dos benefícios à realidade contributiva verificada no sistema” (BRASIL, 2016, p. 256), não ocorreu uma alteração no modelo constitucional de previdência, que segue sendo o de repartição de receitas - e não o de capitalização, caracterizado, nas palavras do ministro votante, “pela constituição de um fundo, individual ou coletivo, que, no momento oportuno, será revertido para aqueles contribuintes que concorreram para a sua formação” (BRASIL, 2016, p. 257).

Também para ele é pelo prisma principiológico da solidariedade é que se justifica a conjunção de esforços da coletividade para a manutenção do sistema previdenciário.

É a partir do estabelecimento dessas premissas teóricas que o Min. Gilmar Mendes passa a sustentar que no seu entender não há, no sistema previdenciário brasileiro, uma correlação direta e necessária entre as contribuições acumuladas e os benefícios concedidos. Nesse sentido, afirma que

Não destoia, portanto, do sistema previdenciário, à luz do princípio da solidariedade, o entendimento de que a exigência da contribuição não resulta, direta e imediatamente, em uma legítima expectativa de um direito do recebimento de um benefício em contrapartida. A concessão do benefício, ao contrário, requer o cumprimento das exigências previstas nas normas infraconstitucionais que regulam a matéria, por expressa determinação constante do artigo 201 da Constituição Federal (BRASIL, 2016, p. 258).

Nas palavras do próprio Min. Gilmar Mendes, os defensores da tese da desaposentação pleiteiam o melhor de dois sistemas, ao de um lado não impor, de maneira particular, o ônus exato pela provisão dos recursos que sustentarão seu próprio benefício e, do outro, exigir uma contrapartida custeada pelo fundo comum, por uma contribuição adicional do particular, porém não equivalente às contribuições ordinárias.

O ministro votante sustenta que a legislação vigente prevê expressamente a obrigatoriedade da contribuição pelos aposentados que retornam à atividade regida pelo RGPS como elemento de concretização do princípio da solidariedade, sem vinculá-la a nenhum benefício específico.

Ainda, sustenta que as normas em vigor seriam explícitas quanto à vedação da desaposentação – fazendo referência ao art. 18, §2º, Lei 8.213/91 e art. 181-B do Decreto 3.048/99 -, não havendo que se falar em lacuna legislativa em relação ao tema debatido pela Corte Suprema, bem como pondera que “o conteúdo das normas em apreço está em consonância com os princípios acima identificados, adotados no sistema constitucional de previdência social” (BRASIL, 2016, p. 263).

O Min. Gilmar Mendes, ainda, sustentou que a previsão esculpida no art. 195, §5º, CF, no sentido de que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”, não seria uma vedação aplicável tão somente ao legislador, mas, também, ao intérprete, porquanto tratar-se, em suas palavras, de um verdadeiro vetor hermenêutico.

Ainda a propósito das alegadas limitações interpretativas, o ministro votante sustenta seu posicionamento a partir da afirmação de que se a Constituição não contém expressões inúteis, as omissões também devem ser assim encaradas e interpretadas, haja vista também possuírem algum sentido normativo. Noutras palavras, para o Min. Gilmar Mendes seria uma opção legítima a do próprio constituinte, em muitos casos, optar por não regular determinado fato social, de modo a viabilizar maior âmbito de atuação e escolhas políticas do legislador ordinário, e a

hipótese de eventual matéria não ser intencional e especificamente regulada não é permissão suficiente a se falar, necessariamente, em lacunas.

Prosseguindo seu voto, o Min. Gilmar Mendes pondera que a temática da desaposentação havia sido objeto de debate legislativo recentemente (no ano de 2015), e que o instituto havia sido vetado pela então Presidente da República, sendo mantido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, motivo pelo qual afirmou que “a alegada omissão, assim, não se confunde com uma inércia das instituições legiferantes” (BRASIL, 2016, p. 268).

Ato contínuo, analisando a questão sob a ótica do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, o ministro afirma que, diante das circunstâncias fáticas que permeiam o assunto debatido, não seria razoável que o Poder Judiciário deixasse de sopesar “os impactos econômicos e sociais produzidos pelas alternativas constitucionais colocadas em debate, que (...) lastreia-se em um princípio constitucional: a necessidade de que se identifique uma fonte de custeio” (BRASIL, 2016, p. 273).

O Min. Gilmar Mendes, ainda, pondera que a temática deve ser analisada sob um viés que garanta uma gestão justa e eficiente dos limitados recursos disponíveis do sistema previdenciário brasileiro, assim considerando a disponibilidade de recursos (a partir da capacidade contributiva) e os princípios da seletividade e distributividade (que impõe a concessão dos benefícios àqueles que efetivamente necessitam, com a promoção da justiça social), sob pena das escolhas serem orientadas “puramente por interesses individualistas de maximização de benefícios” (BRASIL, 2016, p. 274-275).

Por fim, acerca do impacto orçamentário, o ministro, citando trabalho científico do tema, pondera que a eventual procedência da tese referente à desaposentação implicariam em um impacto imediato de aproximadamente um bilhão de reais por mês, o que se traduziria em elemento, embora extrajurídico, cuja relevância e análise deveria ser levada em conta pelo STF.

O penúltimo voto foi prolatado pelo Min. Celso de Mello, quem, em poucas palavras, aderiu ao posicionamento divergente, sustentando que a regra prevista no art. 18 §2º, da Lei 8.213/91 dá solução normativa adequada à controvérsia debatida, e que a mesma é plenamente constitucional, dá provimento aos Recursos Extraordinários do INSS e, por conseguinte, nega o direito à desaposentação.

Por derradeiro, é lavrado o voto da Min.^a Carmem Lúcia, quem acompanhou a divergência lançada, negando o direito à desaposentação.

Para a ministra, embora seja plenamente possível a regulamentação da matéria pelo legislador ordinário, dá forma como a mesma está legalmente posta, não haveria como se falar em ausência de lei.

Após sintetizar os argumentos de ambos os pontos de vista, e posteriormente apresentar uma breve retrospectiva acerca da regulamentação da contribuição de aposentados regressos à ativa, a Min.^a Carmen Lúcia ponderou que, no seu entender, a matéria discutida tem índole infraconstitucional, inviável de ser apreciada em recurso extraordinário.

Para ela, “a digressão normativa sobre o benefício reclamado situa-o no campo da regulação infraconstitucional, pelo que a solução jurídica da controvérsia não se exaure na interpretação da sistemática constitucional sobre a seguridade social” (BRASIL, 2016, p. 310).

Ato contínuo, a ministra votante sustenta que as mudanças na disciplina infraconstitucional que rege a matéria, denotariam crucial importância à figura dos segurados/aposentados no regime da seguridade social, e que, mesmo que eventualmente superado o óbice por ela constatado (quanto à inviabilidade de exame da matéria pela via extraordinária), a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 18, §11, da Lei 8.213/91 não iria produzir os efeitos pretendidos, pois esvaziaria a disciplina normativa acerca do tema ao invés de institucionalizá-lo (BRASIL, 2016, p. 316).

A Min.^a Carmen Lúcia reitera parte da argumentação que já havia sido utilizada nos votos divergentes, especialmente no que tange ao fato de que o regime jurídico de direito público está sujeito à estrita legalidade – necessitando, portanto, de previsão legal para a concessão de determinado benefício – e de que a aposentadoria é, sim, um ato jurídico perfeito que não pode simplesmente ser desfeito ou renunciado.

A seguir, a ministra votante sustenta sua decisão no argumento de que o STF adota uma postura de situar o julgador enquanto legislador negativo na causa, ou seja, é aquele que embora declare eventual invalidade da norma, não amplia os efeitos a outras hipóteses não contempladas.

Após, sustentando que a contribuição previdenciária sem contrapartida nos benefícios encontra fundamento no fundamento constitucional da solidariedade social, e que “a vinculação linear e objetiva entre o pagamento de contribuição previdenciária e a fruição de benefício financeiramente proporcional contraria a lógica do sistema de repartição, fazendo da seguridade social o que, constitucionalmente, ela não é”

(BRASIL, 2016, p. 329), a Min.^a Carmen Lúcia afirma que o reconhecimento da desaposentação poderia desnaturar a sistemática atuarial atual, transfigurando-a num modelo de capitalização não eleito constitucionalmente.

Ainda a propósito do princípio da solidariedade social, a ministra defende que a sua aplicação é um mecanismo que elevaria a dignidade da pessoa humana, “consagrada pelo esforço coletivo de todos em favor de todos, e instrumentalizada para além da exclusiva lógica financeira da capitalização que, fechada em si, não demonstra compromisso com a justiça social e a distribuição de renda” (BRASIL, 2016, p. 332). Ou seja: desloca a aplicabilidade imediata do princípio da dignidade humana nos casos individuais dos segurados jubilados que retornam à atividade laboral, realocando-a no âmbito da coletividade.

Por fim, a partir da concepção de que uma vez realizado o pagamento da contribuição previdenciária o respectivo montante passa a compor o patrimônio coletivo, deixando de integrar ao patrimônio individual dos contribuintes, a Min.^a Carmem Lúcia conclui que a desaposentação poderia induzir o Judiciário a contrariar a finalidade do regime de repartição solidária eleito constitucionalmente – no sentido de dar a cada um conforme a sua necessidade -, passando a dar a cada um o que já não mais é seu. Assim, vota por acompanhar a divergência e não reconhecer o direito à desaposentação.

Conforme se vê desse breve relato, a tese pela possibilidade da desaposentação foi rejeitada pelo plenário do STF por sete votos contra quatro.

No entanto, como o presente trabalho não pretende ser uma mera análise jurisprudencial sobre o tema, necessário se perquirir quais os critérios racionais que os julgadores utilizaram naquela oportunidade, assim o fazendo por meio das inferências levadas a efeito no tópico que segue.

4 QUAL É A RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA UTILIZADA PELOS JULGADORES?

Seja escrita ou seja oral, a escolha dos argumentos a ampararem uma tese (autoral ou defensiva), em nome de um terceiro e em meio a uma determinada controvérsia jurídica, representa o cerne da atividade advocatícia.

De forma similar, o cotejamento das provas com as linhas argumentativas postas nos autos, bem como com os demais elementos normativos constantes do ordenamento jurídico, e posterior seleção dos fundamentos jurídicos para a prolação da decisão, materializa o cerne da atividade judicante.

Nesse sentido, a prática jurídica consiste, sobretudo, na argumentação. E, ao menos aparentemente, não há maiores dúvidas sobre isso. Inclusive, “costumamos convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um ‘bom jurista’ talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade” (ATIENZA, 2003, p. 17).

Ocorre que, conforme pontua Manuel Atienza (2003, p. 17), pouquíssimos juristas possuem formação, conhecimento e interesse – ou até mesmo as ignoram por completo - nas questões que fundamentam aspectos que tangenciam a teoria da argumentação jurídica.

É necessário intensificar e/ou reestabelecer essa aproximação, o que se pretende ao longo do presente capítulo.

4.1 O Direito Fundamental à motivação das decisões

A Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, tratando a motivação das decisões judiciais de verdadeiro dever inerente ao Estado Constitucional (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2014, p. 753).

Trata-se de um dever estatal, haja vista que “sem motivação a decisão judicial perde duas características centrais: a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais” (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2014, p. 753).

Nesse contexto, a falta da motivação (ou fundamentação) se revela um inegável problema jurídico, que traz consigo consequências sempre prejudiciais ao próprio acesso à justiça, contraditório, ampla defesa etc.

Mas além da problemática jurídica que gravita em torno das decisões que carecem de motivação, há uma problemática teórica/racional que também ganha cada vez mais espaço de discussão com o avanço da importância à hermenêutica e interpretação jurídicas: decisões não explicitamente fundamentadas fazem com que o interlocutor-receptor (seja o leitor e estudioso da decisão judicial, sejam os advogados atuantes no pleito, seja a própria parte sujeita à tutela jurisdicional) não possa compreender adequadamente o contexto fático (geográfico, histórico, social, político, moral e jurídico) no qual o interlocutor-emissor está inserido.

As práticas jurídicas (interpretação e aplicação do direito) são práticas racionais, e, portanto, sujeitas à racionalização, à crítica e à refutação. A interpretação judicial, portanto e obviamente, também. Nesse contexto, é necessária a adequada compreensão da relação e aproximação entre Direito e Hermenêutica – o que será analisado oportunamente.

E a despeito de tal aproximação ser abordada em momento posterior da presente pesquisa, no que diz respeito ao fundamento teórico da exigência da motivação/fundamentação das decisões judiciais, convém desde já ressaltar que, em última análise, o Direito é linguagem. Nesse sentido,

o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito é-o numa linguagem e como linguagem - propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p.90).

Se é linguagem, está permeado por atos de comunicação (palavra falada ou escrita) que se traduzem na linguagem que chega à norma. A interpretação, nesse sentido, se torna uma postura indissociável da própria linguagem que é o Direito.

Nesse contexto, a determinação preconizada na Constituição Federal, no sentido da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, para além de ser um adequado meio de respeito aos âmbitos jurídico (haja vista a fundamentação judicial servir como garantia do acesso à justiça e devido processo legal) e político (haja vista a fundamentação judicial servir como elemento concretizador do princípio republicano), se torna um importantíssimo meio de respeito ao âmbito científico e

filosófico: não há, em termos teóricos, como a linguagem do direito ser racionalmente sustentada senão pela própria argumentação.

Embora elementar, tal observação ainda se mantém relevante, visto que, em parcela das decisões judiciais, a postura adotada vai em sentido contrário, não sendo raras as vezes em que prolatadas decisões absolutamente esvaziadas de fundamentação.

4.2 Inferências extraídas a partir dos Estudos de Caso

Ao longo de seu voto, a Min.^a Carmen Lúcia (BRASIL, 2016, p. 298-302) faz um interessante apanhado dos argumentos favoráveis a cada uma das teses posta em discussão (possibilidade ou impossibilidade da desaposentação). Assim, dado o seu poder de síntese, bem como tendo em vista aquilo que se pretende no presente tópico, será feita uma transcrição praticamente literal daqueles itens pontuados.

Os argumentos favoráveis à tese da desaposentação são os seguintes: a) uma vez arrecadadas as contribuições, seria inconstitucional vedar o acesso dos segurados aos planos de benefícios do RGPS; b) o RGPS, diferente do RPPS, contém regra de contenção do valor do benefício, o limite máximo do salário de contribuição. O provimento dos recursos não produziria qualquer resultado superior à diferença entre aquele limite e a aposentadoria percebida, destacando-se que, por sua natureza, atingiria apenas as aposentadorias por tempo de serviço (correspondentes a menos de 20% do total dos benefícios pagos pelo RGPS); c) nenhuma pessoa pode ser compulsoriamente filiada ao RGPS para custear benefício que não seja o seu; d) a contribuição obrigatória do segurado não poderia ser instituída para custeio de benefício de outrem, alheio ao grupo familiar daquele. Uma vez constatado o direito a mais de uma aposentadoria, poderia o segurado optar pela que lhe fosse mais vantajosa (princípio geral de direito social); e) se no art. 201, § 11, da Constituição se estabelece que a contribuição previdenciária terá consequente repercussão em benefícios, seria inconstitucional a vedação de tal repercussão; f) a jurisprudência do STJ teria sido unificada no sentido da possibilidade da desaposentação; g) a negativa à desaposentação implicaria em ofensa à proibição do retrocesso, pois, até a entrada em vigor da Lei n. 9.032/1995, a legislação infraconstitucional previa o pagamento de pecúlio; h) no § 11 do art. 201 da Constituição, apesar de se sujeitarem os ganhos

dos empregados à incidência da contribuição, estipular-se-ia, também, a repercussão dessa contribuição no cálculo dos benefícios, conferindo ao segurado o direito à contrapartida decorrente da contribuição para o RGPS incidente sobre seus ganhos habituais; i) o indeferimento da desaposentação afrontaria o princípio da proporcionalidade, pois a limitação a direito fundamental feita por lei ou com base na lei deve ser adequada (apropriada), necessária e proporcional.

Já os argumentos contrários à tese da possibilidade da desaposentação, são assim sintetizados: a) o Poder Judiciário atua como legislador negativo, não podendo, com a declaração da inconstitucionalidade de dispositivo legal, estender benefícios previdenciários; b) a relação jurídica previdenciária é institucional ou estatutária, vale ressaltar, de Direito Público, somente se permitindo fazer o que está expressamente delineado nas normas de regência; c) as aposentadorias dos recorrentes foram efetivadas em sintonia com a legislação vigente na data de sua concessão, consistindo ato jurídico perfeito, que não pode ser alterado pela vontade exclusiva de uma das partes, na espécie, o beneficiário/segurado; d) não há isonomia entre segurados aposentados por tempo de serviço e aqueles ainda não aposentados; e) pelo art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, não se ofenderia o princípio constitucional da equidade na forma de participação de custeio da Seguridade Social, pois esse princípio visa a adequar o valor das contribuições à capacidade contributiva de todos os responsáveis pelo financiamento daquele sistema, e não, como tenta fazer crer a Recorrente, ajustar, quantitativa e qualitativamente, as contribuições aos benefícios da Previdência Social; f) pelos princípios constitucionais da solidariedade e da universalidade, todos contribuem para um fundo comum, cujos recursos serão utilizados em benefício de toda a seguridade, não para o financiamento exclusivo do próprio benefício. O contribuinte no usufruto de aposentadoria pertence a grupo que apenas contribui para o custeio do sistema, não para a obtenção de aposentadoria. g) nem todos os segurados são contribuintes (ex: segurando desempregado, durante o período de graça), nem todos os contribuintes são segurados (ex: empregadores), nem todos os beneficiários são segurados (ex: dependentes) e nem todos os segurados são potenciais beneficiários de qualquer benefício (ex: os que não reúnem os requisitos, os que já estão aposentados); h) quando o segurado reúne os requisitos para a obtenção da aposentadoria proporcional, a Lei o coloca frente a uma opção, de sua inteira responsabilidade: ele pode gozar do benefício por mais tempo, se optar por requerê-lo desde logo; ou ele pode obter um benefício de valor mais elevado, se

optar por permanecer trabalhando. O que não está aberto ao segurado é fazer uma simbiose de ambas as opções aproveitando o melhor de cada uma; i) a tese favorável à desaposentação poderia gerar distorções, como quando o aposentado, pelo modelo proporcional, destinasse parte do benefício, contribuindo como inativo de modo a perseguir a aposentadoria integral no futuro, situação em que o próprio INSS estaria custeando a aposentadoria futura; j) a desaposentação importaria reversão da lógica no sentido de se postergar o momento da aposentadoria (pelo aproveitamento da força de trabalho) para obtê-la em maior valor (pela incidência do fator previdenciário), pois passaria a ser mais vantajoso aposentar-se mais cedo (proporcionalmente ao tempo de serviço) para, posteriormente, incrementar o benefício na desaposentação; k) a desaposentação criaria desequilíbrio financeiro-atuarial, em afronta ao art. 195, § 5º, da CF, no qual se “exige um equilíbrio entre as contribuições recolhidas e os benefício pagos [o que não] se dá particularmente em relação a cada segurado devidamente considerado, mas toma em conta a lógica do sistema como um todo, pois o sistema adotado no Brasil para o seu RGPS não é de capitalização, mas de repartição simples”; l) insuficiência das cotas posteriores à primeira aposentadoria para cobrir a pretensão de desaposentação, com burla ao fator previdenciário; m) a desaposentação afrontaria o ato jurídico perfeito (da concessão originária da primeira aposentação), desrespeitando o princípio a segurança jurídica garantidora da estabilidade das situações então constituídas; n) o impacto financeiro da desaposentação seria da ordem de sessenta e nove bilhões a longo prazo, em todo o sistema previdenciário.

Das razões de decidir utilizadas pelos Ministros do STF (acima resumidas), é possível se extrair alguns enfoques argumentativos utilizados, os quais aqui serão tratados, doravante, por “tipos de racionalidade”.

A propósito dessa nomenclatura ora atribuída, convém destacar que a mesma não se confunde com a catalogação weberiana dos quatro tipos de racionalidade²⁴, tampouco a categorização de Weber em relação aos quatro tipos ideais de direito²⁵, haja vista que, por mais relevante que seja a sua obra, aquele pensador não consiste em referencial teórico direto e imediato ao presente estudo.

²⁴ A saber, a racionalidade formal, a racionalidade substantiva, a racionalidade meio finalística e a racionalidade quanto aos valores. *Vide*: WEBER (1971).

²⁵ A saber, o direito formalmente irracional; o direito substancialmente irracional; o direito substancialmente racional e o direito formalmente racional. *Vide* WEBER (2009)

Em verdade, a escolha se deu a partir de critérios semânticos e científicos, entendendo-se que a expressão “tipos de racionalidade” seria a forma mais clara de manifestar a pretendida categorização.

Todos os “tipos de racionalidade” ora apresentados possuem, ainda que inconscientemente, algum tipo atividade cognoscente prévia a embasar a linha argumentativa – até porque, se assim não o fosse, em última análise seria impossível a sua apreensão, inferenciação e análise crítica.

Para as pretensões da pesquisa poderia ter sido usada, por exemplo, a expressão “linha de raciocínio”. Contudo, o termo “racionalidade” apresentou-se mais adequado, visto possibilitar uma categorização mais ampla do que a fornecida por aquela – “racionalidade” enquanto gênero; “linha de raciocínio” enquanto espécie: no grupo “tipo de racionalidade” cabem diversas “linhas de raciocínio”.

Feito esse breve aparte, e retomando a análise dos julgamentos objetos dos estudos de caso, e consequente cotejamento da argumentação lá utilizada, infere-se a utilização dos seguintes tipos de racionalidade, os quais podem assim ser didaticamente individualizados: (a) racionalidade legalista; (b) racionalidade formalista/institucionalista; (c) racionalidade econômica; (d) racionalidade consequencialista; e (e) racionalidade moral.

Destaca-se que a presente catalogação é feita a partir de inferências teóricas realizadas a partir da observação dos dados coletados nos estudos de caso.

O desafio, doravante, é, a partir da revisão bibliográfica pertinente, colocar tais inferências à prova acerca de (i) sua real existência; (ii) sua possibilidade de utilização no argumento jurídico; e (iii) se, em termos jurídico-científicos, tal(is) tipo(s) de racionalidade é(são) os mais adequados à resolução da controvérsia.

4.2.1 A racionalidade legalista e o retorno à disjuntiva relação “texto” e “norma”

A racionalidade legalista é extraída da fundamentação realizada a partir da literalidade da norma e/ou da sua ausência: o que diz ou o que não diz o texto legal.

A mesma pode ser inferida principalmente dos argumentos utilizados pelos Ministros do STF quanto à impossibilidade da desaposentação, como por exemplo: “não é possível que decisão judicial estenda o rol de benefícios previdenciários”, “a administração pública só poderia fazer (ou ser condenada a fazer) aquilo que

estivesse expressamente previsto em lei” ou “a legislação que regulamentava o assunto na ocasião da concessão das aposentadorias era suficientemente clara, não havendo margem para uma interpretação ampliativa”.

O que se revela minimamente curioso nessa argumentação é que ela representa espécie de retorno ao positivismo exegético, o qual, não raras as vezes, retoma uma ideia, ainda que inconsciente, que parece prestigiar a ideia do juiz enquanto “boca da lei”.

Acerca dessa corrente de pensamento, relembra-se que

preceituava a Escola da Exegese em Direito Positivo, a corrente tradicionalista por excelência, que o objetivo do intérprete seria descobrir, através da norma jurídica, e revelar – a vontade, a intenção, o pensamento do legislador. Na verdade os sofistas ensinavam, outrora, que a norma jurídica nascia de um acordo entre os cidadãos acerca do que se devia fazer ou deixar de fazer. O legislador criava o Direito; este surgia como produto de opiniões ou convicções individuais (MAXIMILIANO, 2003, p. 15)

Ocorre que o uso desse tipo de racionalidade legalista como principal instrumento argumentativo parece incorrer em alguns equívocos teóricos que, invariavelmente, acabam por chamar a atenção de quem os observa.

O primeiro equívoco, de ordem lógica, diz respeito à evidente incoerência decisória observada no âmbito da mesma Corte Suprema e acaba por trazer à tona uma desconfiança social acerca da “eleição de argumentos por conveniência”: em situações de julgamentos por vezes similares, a linha de raciocínio utilizada pelo STF foi em sentido diametralmente oposto ao julgamento da desaposentação, com o intuito de reconhecer direitos a despeito da literalidade da lei.

Exemplifica-se tal afirmação a partir dos julgamentos (i) pelo STF, dos RE 878694 e RE 646721 – nos quais foi fixada a tese de que “no sistema constitucional vigente, a diferenciação do regime sucessório entre cônjuges e companheiros seria inconstitucional, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no art. 1829, CC –; (ii) pelo TJ/RS, TJ/MA e TRF5, respectivamente, das AC 70047138060; AC 19048/2013 e AC 0802803-23.2016.4.05.8200 – que reconheceram direitos sucessórios e/ou previdenciários à relação de concubinato (“união estável” mantida em paralelo ao casamento); e (iii) pelos julgamentos da ADI 4277 e ADPF 132, por meio dos quais o STF reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo.

Registra-se que no presente trabalho não está se discutindo o mérito daquelas decisões, mas a incongruência extraída do fato de que, diferentemente do julgamento da desaposentação, naqueles outros julgamentos, os respectivos órgãos julgadores – incluindo o próprio STF, com composição idêntica - afastaram a exclusiva interpretação literal da lei, e, com uma interpretação fundamentada em princípios e, sobretudo, valores socialmente aceitos, expandiram o significado e alcance na norma jurídica.

Ocorre que tal cenário nos leva a questionar: quando a literalidade da lei será observada e quando será expandida/reduzida/alterada? A incoerência argumentativa é preocupante, na medida em que, a toda evidência, compromete a indigitada segurança jurídica, que ainda é considerada pilar republicano do Estado Democrático de Direito.

A propósito da temática da segurança jurídica, Humberto Ávila (2016, p. 124-125), defendendo tratar-se de condição estrutural de todo e qualquer ordenamento jurídico, introduz a importância conceitual afirmando que

Um ordenamento jurídico privado de certeza não poderá, por definição, ser considerado “jurídico”. Essa concepção foi aquela sustentada por muitos autores, dentre os quais se destacam alguns. Assim, Radbruch afirma que a segurança jurídica, ao lado da justiça e da conformidade a fins, são os elementos que compõe o núcleo do Direito e sem os quais ele não se caracteriza. Bobbio sustenta ser a segurança jurídica não apenas uma exigência decorrente da coexistência ordenada do homem, mas também um “elemento intrínseco do Direito”, destinado a afastar o arbítrio e a garantir a igualdade, não se podendo sequer imaginar um ordenamento jurídico sem que subsista uma garantia mínima de segurança. Fuller assevera que sem segurança jurídica simplesmente não se pode falar em Direito, enumerando vários elementos que fazem parte daquilo que ele denomina de moralidade do Direito, como ambiente social de reciprocidade de expectativas baseado no conhecimento de regras vigentes que permitam antecipar o agir alheio. Coing, considerando a necessidade de instituições e de relações duradouras para a garantia da segurança jurídica, somente consolidadas com o longo passar do tempo, chega ao ponto de declarar que um Direito jovem na verdade, nem Direito o é. Rawls igualmente aponta o Direito como um estrutura capaz de possibilitar a cooperação social, por meio do asseguramento de expectativas recíprocas. Hart, a seu modo, também defende a certeza a respeito das regras primárias e secundárias bem como da regra de reconhecimento, como um elemento definatório do direito, capaz de defini-lo em contraposição a outros sistemas. Mezquita del Cacho faz alusão à segurança jurídica como “noção medular da Teoria Geral do Direito”. Na mesma linha, embora fazendo referência à certeza do Direito, Carvalho reconhece que a “certeza do Direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-la sem determinação específica”. Enfim, alguns autores tratam da segurança jurídica sem falar dos mecanismos para promovê-la; outros mencionam os instrumentos para a sua realização, sem diretamente fazer referência àquela. Seja como for, para ambos os grupos de autores a segurança jurídica é um “elemento” integrante de uma definição; portanto, uma proposição

metalinguística relativa ao Direito como fenômeno histórico. Em outras palavras, significa uma concepção definitiva de segurança jurídica. Tal concepção é bem ilustrada por afirmação de Recaséns Siches, de acordo com que a segurança jurídica é uma qualidade “sem a qual não poderia haver Direito, nem bom, nem mau, nem de nenhuma espécie”.

O que todas essas formas de conceituação da segurança jurídica têm em comum é o fato de apontarem para a sua imprescindibilidade ao fenômeno jurídico e à própria concepção de Estado.

A incongruência de adotar-se ora uma postura expansiva, ora uma postura restritiva, em contextos de julgamento em certa medida semelhantes, materializa, ainda que inconscientemente, uma forma de desprezo à segurança jurídica.

De há muito na história da Teoria do Estado os súditos não podem ficar sujeitos à vontade irracional do Estado: a criação de expectativas sociais é legítima, e a quebra da confiança em relação às mesmas representa, a toda evidência, espécie de desacerto (quebra do contrato) social.

Embora a origem da preocupação quanto à segurança jurídica remeta aos primórdios do liberalismo político, e sem desconhecer as inegáveis transformações sofridas de um Estado Liberal para um Estado Social; até culminar naquilo conhecido como o Estado Democrático de Direito contemporâneo, é certo que a segurança jurídica jamais deixou de ocupar seu espaço de absoluta importância contra qualquer tipo de autoritarismo e arbitrariedade.

Em meio às mudanças paradigmáticas ocorridas na história, o Poder Judiciário deve suportar “a carga de assumir e construir uma novel postura, adequada em seu conteúdo e em sua forma de apresentação (especialmente na chamada proteção da confiança, já que está lidando com ‘transformações e novos paradigmas)’” (TAVARES, 2012, p. 14), sob pena de omitir-se no papel de contribuir para o fomento de um ambiente de condições de realizabilidade constitucional, bem como passando a materializar as (indesejadas) figuras do “juiz desconfiado do legislador” e do “legislador desconfiado do juiz” (TAVARES, 2012) – que no mais das vezes representam um sintomático desajuste na organização jurídica e política do Estado.

Com efeito, a ideia de “juiz desconfiado do legislador” é exposta por André Ramos Tavares (2012, p. 25-31) a partir da existência de uma destas circunstâncias: (i) quando há inércia do legislador em discutir e apresentar determinada mudança legislativa; ou (ii) quando há espécie de questionamento acerca da do próprio sistema democrático-representativo, por conta de casos nos quais a lei deixa de representar o

interesse público ou social, numa verdadeira demonstração de ilegitimidade, na medida em que teriam sido aprovadas para anteder interesses corporativos, *lobbies* ou pressões de outras ordens.

Por outro lado, a ideia do “legislador desconfiado do juiz” está presente em três linhas de preocupação extraídas da atuação judicial: (i) a corrupção propriamente dita dentro do Poder Judiciário; (ii) o desvirtuamento, por parte dos juízes, do sentido das leis aprovadas validamente pelo Poder Legislativo, seja por não compreender o sentido ou alcance normativo, seja por decorrência de déficit de qualidade na formação jurídica; ou (iii) a pretensão de existência de um “legislador paralelo”, como espécie de revisor da justiça das leis, que acaba por tornar-se criador do Direito a ser aplicado (TAVARES, 2012, p. 21-22).

Levando a situação de desconfiança do legislador ao extremo, há, também, a postura judicial do “juiz apaixonado”, que age por meio do “sentimentalismo judicial”: um “juiz desconfiado do legislador” que exerce a judicância objetivando provocar reações emotivas, por meio de soluções e argumentos de efeito, numa verdadeira prática de populismo judicial, e que acaba por causar a desconfiança legítima do legislador – duas faces de um único fenômeno -, corroendo a estrutura do Estado Democrático e Constitucional de Direito e lesando, explícita ou implicitamente, os direitos fundamentais de seus cidadãos. De forma enfática, André Ramos Tavares afirma que tal populismo “deve ser combatido e banido das práticas judiciais” (TAVARES, 2012, p. 22-23).

A partir de uma outra matriz teórica, porém igualmente crítica, esse mesmo cenário de (indesejada) subjetivismo judicial caracteriza o decisionismo e o solipsismo judiciais, apontados por Lenio Luiz Streck em sua Crítica Hermenêutica do Direito, como elementos de ruptura com a necessária integridade do Direito, até o ápice dos juízes decidirem conforme sua própria consciência (STRECK, 2009).

Já o segundo – e talvez o mais sensível - equívoco aparente diz respeito ao descolamento da racionalidade puramente legalista, o atual Estado da Arte da Teoria do Direito contemporânea.

Ora, sem precisar se adentrar nas relevantíssimas, porém infinitas, discussões entre os mais diferentes teóricos do direito, certo é que já há espaço de consensos mínimos, sequer podendo ser considerada uma novidade teórica, acerca da questão da força normativa dos princípios.

Princípios jurídicos, para todos os efeitos, não são mero conselhos, mas, sim, comandos dotados de cogência e aplicabilidade. Nem mesmo a textura mais geral (e, portanto, maleável) dos mesmos retira essa característica de normatividade.

O direito não se restringe aos seus espectros normativos-subsuntivos alicerçados em previsões fáticas abstratas e consequências correlatas; a “vontade do legislador”, para além de ser racionalmente desconhecida, é incapaz de fornecer total previsibilidade acerca dos fatos sociais; e a função interpretativa não é cientificamente neutra.

Os princípios, nesse cenário, se tornam “elemento” jurídico estratégico para a reformulação paradigmática do Direito.

Quando é invocado o argumento de que a desaposentação é juridicamente impossível por conta de tratar-se de “benefício previdenciário” não previsto em lei, sem levar-se em conta que a tese da desaposentação foi criada justamente a partir da argumentação e sopesamento do princípio da solidariedade, do princípio da contributividade (obrigatoriedade do caráter contributivo) e do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, sendo ambos admitidos no sistema jurídico brasileiro, acaba-se por esvaziar por completo a sua normatividade.

Analisando tal cenário *a contrario sensu*, é teórica e racionalmente admissível a adoção de uma postura argumentativa que, ainda que leve em conta a existência daqueles princípios, entenda pela impossibilidade da desaposentação. Porém é fática, lógica e normativamente incoerente que se atribua a impossibilidade à falta de norma. Ora, se há princípios aplicáveis *prima facie*, ausência absoluta de norma não há.

Por fim, o terceiro equívoco aparente dessa racionalidade refere-se à afirmação de que “a administração pública só poderia fazer (ou ser condenada a fazer) aquilo que estivesse expressamente previsto em lei”, a qual foi criticada em meio ao próprio julgamento, dentre outros, pelo Min. Barroso (BRASIL, 2016, p. 249), no sentido de que, com a evolução histórica do pensamento jurídico a ideia de legalidade estrita foi substituída pela ideia de juridicidade, no qual não se analisaria a aplicabilidade de uma norma específica, mas do sistema jurídico como um todo – com a inclusão dos princípios constitucionais e a interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Para o Min. Barroso, a partir de tal evolução teórica, quando a lei deixa de se pronunciar sobre determinado assunto, é necessário que se apreenda se a lei deliberadamente não quis dizer ou se há uma omissão. Se é a primeira opção, a escolha legislativa pode ser constitucional ou não; se é a segunda opção, há que se

perquirir, a partir da interpretação sistemática e principiológica, os caminhos para o saneamento da omissão. Por outro lado, “se o legislador se pronunciar sobre a matéria, aí prevalece a vontade dele. Portanto, a preferência da lei existe, mas a ausência da lei explícita não impede o intérprete de aplicar o sistema jurídico inteiro” (BRASIL, 2016, p. 249-250).

A propósito disso, e em meio aos argumentos utilizados para a negação do direito à desaposentação, apresenta-se mais coerente – em termos lógicos - a linha de raciocínio utilizada pelo Min. Gilmar Mendes, no sentido de que, para ele, a análise da tese discutida não seria afetada por ausência de lei, mas que, em verdade, haveria lei expressa que impediria a pretensão à desaposentação – representada pelo art. 181-B do Decreto 3.048/99 – restando apenas margem para discussão acerca da (in)constitucionalidade daquela regra proibitória, pela aferição de sua compatibilidade com o texto e preceitos constitucionais.

Novamente aqui, por meio da arquitetura principiológica, e diversamente das razões de decidir expostas pelos julgadores que utilizaram tal linha argumentativa, a pesquisa levada a efeito aponta para o fato de que é insustentável que o julgamento se fundamente no argumento da “ausência de lei”.

As opções são restritas e divergem daquele argumento: ou há lei clara e válida (art. 181-B do Decreto 3.048/99, conforme voto do Min. Gilmar Mendes), e a tese da desaposentação é por si só ilegal; ou tal lei proibitiva é inaplicável às situações que ensejariam a desaposentação, e, portanto, haveria lacuna normativa apta a ser preenchida com base na interpretação principiológica; ou aquela lei proibitiva, ainda, embora em tese aplicável, é inconstitucional, e, portanto, deve ter sua eficácia afastada, abrindo também aqui lacuna normativa; ou os princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto – solidariedade, contributividade e vedação do enriquecimento sem causa -, dotados de normatividade, são capazes de dar resposta jurídica ao caso.

São caminhos diversos, a toda evidência, mas todos eles, de modo uníssono, divergem quanto à argumentação legalista *puramente textual*.

4.2.2 A racionalidade institucionalista e o apego à concepção tradicional de tripartição de poderes

O tipo de racionalidade institucionalista foi extraído de argumentos calcados em afirmações como a “separação de poderes” e o “papel de cada poder no Estado Democrático de Direito”.

Materializando a adoção dessa racionalidade, cita-se os seguintes argumentos invocados na decisão analisada no estudo de caso: o Poder Judiciário atua como legislador negativo, não podendo, com a declaração da inconstitucionalidade de dispositivo legal, estender benefícios previdenciários; e a relação jurídica previdenciária é institucional ou estatutária, vale ressaltar, de Direito Público, somente se permitindo fazer o que está expressamente delineado nas normas de regência.

A problemática dessa linha de raciocínio é similar a apontada no item anterior, e indica uma má compreensão, ou adoção mecânica e acrítica, de conceitos e dogmas jurídicos – especialmente “Poder”, “legitimidade” e “democracia”.

A contemporânea Teoria do Estado, desde as tensões e disputas que permearam o modelo de *Welfare State*, tem levado a efeito inúmeras reflexões e questionamentos da mais alta complexidade, até mesmo quanto ao futuro daquele modelo estatal. E, acerca disso, José Luis Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum (2016) sintetizam a discussão, colocando-a em termos teóricos adequados.

Se inicialmente o Estado de Bem-Estar Social era concebido como aquele no qual as pessoas, independentemente de sua situação social, ostentariam direitos que deveriam ser protegidos por meio de prestações públicas, contemporaneamente surgem correntes teóricas que propugnam que houve uma complexificação deste modelo estatal, deixando o Estado com um perfil ainda mais interventor. Ou noutras palavras, “ao mesmo tempo em que a tradicional questão social permanece central, há como que a sua qualificação pelo caráter transformador que agora se incorpora” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 14).

É nesse contexto de incertezas teóricas que a questão acerca de qual seria o *locus* mais adequado para a promoção dessa transformação torna-se ainda mais relevante, especialmente porque o Poder Judiciário se torna um participante ativo na concretização das normas fundamentais – o que, contudo, não implicaria dizer que seria o Judiciário “o agente principal de uma revolução em busca de maior igualdade” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 14).

Destas observações, relacionam-se três crises estruturais pelas quais estaria passando o Estado Social: (a) uma crise fiscal, compreendida pelo descompasso percebido entre as receitas e despesas estatais, havido pelo aumento das demandas estatais e a crise econômica mundial, que traduzem um círculo vicioso; (b) uma crise ideológica, correspondente aos questionamentos sobre a forma de organização e de gestão do Estado, diretamente relacionada ao exame da legitimidade do Estado Social; e (c) uma crise filosófica, referente a uma desagregação da base do *Welfare State*, originariamente fundamentada no princípio da solidariedade, em face da transformação do indivíduo liberal em cliente da administração.

Para Moraes e Brum (2016, p. 17), “as crises e os limites do Estado Social podem ser endógenos ao modelo – como aqueles peculiares ao seu próprio desenho institucional político-econômico -, mas também externos a ele”, em decorrência da expansão, em escala global, da economia capitalista.

Do localismo classicamente enfrentado pela filosofia política em seu nascedouro, os problemas afetos à análise teórica ganham limites sobremaneira mais extensos, de marca nitidamente global.

A despeito disso, a figura do Estado ainda subsiste, motivo pelo qual haveria “limites para a atuação do Estado Social enquanto formulador e executor de políticas públicas, seja quanto ao seu próprio desenho institucional, seja em consequência das circunstâncias que envolvem o Estado contemporaneamente” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 20).

Há, nesse sentido, um contexto de “intenso jogo de tensões entre fatores endógenos e exógenos de constrangimento de sua ação” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 21) onde o Estado se encontra, que vão desde o mercado especulativo-financeiro até o reflexo de políticas econômicas adotadas pelos países mais desenvolvidos.

Por tais razões, o Estado Social precisaria, necessariamente, “se confrontar com as condições e possibilidades para a produção de suas ‘escolhas’ em um ambiente, no mínimo, em transição” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 21), tratando-se não apenas de uma transição formal, mas substantiva. É a partir daí que se revela relevante o aprofundamento das teorias substantivas de justiça. E a abordagem dos conceitos de democracia comunal/substancial, de representação e de povo, nesse contexto, se revela como uma tentativa válida de se extrair algumas implicações que reflitam no conceito de legitimidade democrática.

Amparados no pensamento de Ferrajoli, os autores lembram que apenas a caracterização “formal de democracia não é suficiente para fundamentar de maneira adequada uma definição de si mesma. Para tanto, é imperiosa a sua integração a algum vínculo de caráter substancial ou de conteúdo” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 33), ao menos sob quatro razões.

A primeira razão decorreria do fato de que a caracterização formal de democracia, enquanto simples técnica de produção de leis pelo princípio da maioria, careceria de alcance empírico especialmente porque, por meio do constitucionalismo do pós-guerras, uma das novidades implementadas na estrutura das democracias, é a de “admissão de limites até mesmo ao Poder Legislativo. E não apenas no que concerne à forma de produção de seus atos, mas a um conteúdo material, representado principalmente pelos direitos fundamentais” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 33).

A segunda razão decorreria, por sua vez, da escassa consistência teórica do conceito formal de democracia. Isso porque, nos dizeres dos autores, “para a sobrevivência de qualquer regime democrático é necessário algum limite substancial” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 34). Isso porque, ausentes alguns limites mínimos relativos ao conteúdo das decisões legítimas, “não haveria blindagem contra a supressão da própria democracia: seria possível extinguir, com métodos democráticos, os próprios métodos democráticos” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 34).

A terceira razão sustentada por Ferrajoli e trazida pelos autores diz respeito ao nexos indissociável entre soberania popular e direitos fundamentais, o qual, no mais das vezes, acaba por ser ignorado pelas concepções formais de democracia. Com efeito, nas palavras dos autores ao comentarem o pensamento do autor italiano, “a vontade popular só pode expressar-se autenticamente se o fizer livremente” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 34).

A quarta e última razão trazida por Ferrajoli para que o conceito meramente formal de democracia seja rejeitado diz respeito a uma aporia de caráter político-filosófico, consubstanciada no fato de que “corremos o risco de que o ‘povo’ que exerce o poder não seja o mesmo ‘povo’ objeto das decisões estatais” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 35).

Por tais motivos, passam também a abordar alguns dos autores que apresentam uma teoria substancial da democracia e que, no entender dos articulistas, conseguem apresentar “convincente proposta de valoração da democracia, sem

resvalarem para um subjetivismo discricionário” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 28), a saber, o pensamento de Friederich Müller e de Ronald Dworkin, cuja semelhança entre ambos também decorre do fato de tratar-se de autores do período denominado pós-positivista.

Acerca da questão permeada ao conceito de “povo”, Müller apresenta uma subdivisão (“tipos”) da expressão: o primeiro seria o chamado “povo ativo”, correspondente ao grupo de eleitores, ao passo que o segundo seria o chamado “povo como instância global de atribuição de legitimidade”, correspondente ao âmbito funcional de povo que “legitima, com primazia, o agir de todos os Poderes da República, porque corresponde aos cidadãos enquanto destinatários desse agir, ou seja, a todos os atingidos pelos atos do Estado” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 30).

Ocorre que, para Müller, são por meio dos direitos fundamentais que o povo, enquanto instância de atribuição de legitimidade, se reconhece. Com efeito, é através “da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, ‘povo de um país’, de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo ‘povo’ enquanto instância de atribuição global” (MÜLLER, 2003 apud. MORAIS e BRUM, 2016, p. 31-32).

Para Dworkin, por sua vez, haja vista ser impossível sabermos previamente qual a melhor distribuição de poder entre os agentes majoritários e contramajoritários, “a melhor estrutura institucional, em Dworkin, é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta sobre quais são efetivamente as condições democráticas e sobre o que melhor garante uma obediência estável a essas condições” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 36).

Segundo os autores, embora para Dworkin seja natural e inevitável a discordância sobre qual arranjo institucional pode fornecer o melhor tipo de legitimidade democrática, esse debate deva “ser visto sob um enfoque completamente diferente: ‘não como um debate acerca do grau em que a democracia deve curvar-se perante outros valores, mas sim acerca do que a democracia realmente é’” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 37).

Com efeito, de forma similar à forma como o próprio Direito é tratado, para Dworkin “a democracia é um conceito interpretativo. Ela é incerta e depende dos melhores argumentos justificatórios para se firmar” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 37). Desse modo, “para escolhermos entre as concepções rivais que pretendem explicá-la, devemos localizar aquele princípio ou conjunto de princípios que a traduzem em

sua melhor luz” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 37), sendo que, para viabilizar tal escolha, a teoria de Dworkin oferece duas concepções que visam à servir de resposta acerca de como devemos compreender a finalidade e a essência da democracia: (a) uma concepção majoritarista, que defende que o povo governa a si mesmo quando o maior número de pessoas é detentor do poder político fundamental e que as estruturas de governo representativo sejam engendradas de modo a aumentar a probabilidade de que as leis e as políticas públicas correspondam àquelas cuja maioria dos cidadãos almejaria depois das devidas discussões e reflexões, sendo que tal concepção de democracia não deve ser confundida com a teoria de justiça utilitarista, por exemplo; e (b) uma concepção comunal/substancial de democracia, que adota um viés mais substantivo de legitimidade democrática. Para tal concepção, o autogoverno não é um governo de uma maioria que exerce autoridade sobre todos, mas o governo de todas as pessoas agindo como parceiras em torno do ideário geral por meio do qual os membros aceitem que, na política, devem agir com igual consideração e respeito por todos os outros parceiros, sendo justamente esta a *virtude soberana* sustentada na teoria do pensador (MORAIS e BRUM, 2016, p. 37-39).

Muito embora a concepção comunal esculpa um caráter muito abstrato, que depende das condições e circunstâncias de cada situação concreta para guiar o necessário exercício interpretativo, os autores entendem que tal abstratividade não é, por si só, algo a se lamentar, mas é “condição de possibilidade para que tenhamos uma base comum sobre a qual possamos sustentar um debate genuíno – e de amplo alcance – a respeito do que nos divide enquanto membros de um regime democrático” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 40).

Os autores bem ponderam que a dicotomia entre ambas as concepções se traduz em diferentes posturas diante da temática do controle judicial de constitucionalidade: os adeptos de uma concepção formal a encaram com desconfiança; ao passo que os adeptos da concepção comunal entendem que a maioria só teria legitimidade para decidir questões controversas quando as instituições por meio das quais governe sejam suficientemente legítimas, sendo tal legitimidade alcançada por meio da obediência ao princípio de igual consideração e respeito.

Em face dessas inferências os autores concluem que “concepção comunal de democracia pode fornecer uma justificativa plausível para o exercício do controle judicial da constitucionalidade das leis e das políticas públicas” (MORAIS e BRUM,

2016, p. 42), sendo que o aperfeiçoamento da legitimidade não pode ser aferido de antemão, mas, sim, por meio da avaliação do desempenho da Corte Constitucional.

Ato contínuo, amparados na análise do pensamento de Pierre Rosanvallon especialmente quanto aos critérios de autoridade representativa dos magistrados e as suas consequentes conceituações de legitimidade – a legitimidade por imparcialidade (atribuída às instituições autônomas, apartadas da Administração pública, como por exemplo as agências reguladoras), a legitimidade por proximidade (que é aquela que mais se aproximaria de uma postura do poder perante o povo, focalizando no comportamento das autoridades e vinculando-se à ideia central de uma justiça procedimental) e a legitimidade por reflexividade (que é aquela que visa a corrigir o caráter incompleto da democracia, instaurando mecanismos corretivos e compensadores de três pressupostos clássicos, porém frágeis, da teoria democrática: a identificação da opção eleitoral com a expressão da vontade geral, a assimilação dos eleitores com o povo e o perdurável exercício da atividade política e parlamentar em continuidade ao momento eleitoral) – os autores apresentam a ideia de que o princípio da maioria, quando analisado restritamente, se torna sobremaneira incompleto.

Para os autores, “as eleições não são capazes de absorver todos os elementos da complexidade social ao longo do tempo. E se assim o é, faz-se necessário continuar dando vida à complexidade social (MORAIS e BRUM, 2016, p. 81), inclusive estimulando que a densidade e qualidade do debate público seja cada vez mais qualificada. Isso porque “a preocupação por ver prevalecer a razão pública em torno dessas multiplicações é tarefa da legitimidade por reflexividade. A generalidade social que a legitima, portanto, é uma ‘generalidade de multiplicação’” (MORAIS e BRUM, 2016, p. 81). Nesse cenário, as Cortes Constitucionais possuiriam justamente uma legitimidade por reflexividade, de modo a contribuir para a formação de uma vontade comum, reduzindo a distância entre a democracia procedimental (urnas) e a democracia substancial (princípios).

Quando, contudo, o julgamento se limita a reproduzir a ideia de que o Estado Democrático de Direito pressupõe a separação de poderes, mas assim o faz de modo descolado da contemporânea concepção de democracia – e da legitimidade democrática por reflexividade, por exemplo –, há um profundo esvaziamento da discussão.

Para além de limitar o poder e garantir as liberdades dos indivíduos – o que ainda é absolutamente relevante! -, o Estado é detentor da obrigação de proteger e efetivar pretensões jurídicas consubstanciadas nos direitos fundamentais.

Esse paradigma rompe, ao menos parcialmente, com a ideia liberal de restringir a separação de poderes à noção de freios e contrapesos. O poder estatal é um só – emanado do povo -, e as funções do estado (administrativa, legislativa, judiciária) têm por finalidade última a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção do próprio Estado enquanto ente sócio-político abstrato que tem por finalidade justamente a proteção dos indivíduos.

Com efeito, “numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação” (BONAVIDES, 2016, p. 157)

Conforme aponta Paulo Bonavides (2016, p. 157), a tripartição foi historicamente indispensável num contexto em que o poder pendia entre os governantes – movidos pela manutenção de suas prerrogativas absolutistas e pessoais – e o povo – representado pelo parlamento, objetivava ampliar seu âmbito decisório quanto às coisas públicas, num contexto no qual as Constituições percebiam menos a sociedade e mais o indivíduo, menos o Estado e mais o cidadão (BONAVIDES, 2016, p. 158).

Isso foi alterado tanto com a superação da ameaça do retorno ao absolutismo estatal, quanto com a passagem da valoração política do âmbito estritamente individualista ao âmbito também social, cessando-se os motivos que sustentavam, ao menos em termos absolutos o princípio da separação de poderes, que acabava por paralisar “a ação do poder estatal e criara consideráveis contrassensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada” (BONAVIDES, 2016, p. 158).

Embora ainda presente nas Constituições contemporâneas, o princípio da separação de poderes consequentemente acaba por perder sua posição enquanto “autoridade absoluta” para delimitar a questão do poder estatal. Quando, nos dizeres de Bonavides (2016, p. 158), ainda amparado numa postura proselitista e incompatível com o atual estágio do progresso democrático, acaba sendo interpretado de fora

errônea, acaba por conduzir a uma separação extrema, absurda e rigorosa das atribuições estatais, representando espécie de anacronismo.

Não se nega, no ponto, a importância histórica e teórica do princípio da separação de poderes, haja vista ter sido “dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar na sociedade seu esquema de organização do poder” (BONAVIDES, 2016, p. 159).

No entanto, não há como se proceder a um “descolamento histórico” deste princípio em relação às concepções contemporâneas de democracia. Hoje, a separação de poderes se presta como técnica distributiva de distintas funções, entre “órgãos relativamente separados, nunca, porém, valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível” (BONAVIDES, 2016, p.159).

Contudo, especificamente no caso posto em julgamento, deixar de analisar a existência, ou não, do direito à desaposentação, sob o pretexto de que, dada a ausência de expressa disposição legal quanto ao benefício, a análise de tal pleito feriria a separação de poderes, acaba por reproduzir a lógica estanque e ultrapassada da separação de poderes no paradigma liberal.

No entanto, o foco é outro: o Estado enquanto caminho para o bem comum e tutela dos direitos e garantias fundamentais (individuais, sociais e difusos), com cada uma das funções buscando sua razão de existir nessa finalidade última.

Pelas contribuições de Moraes e Brum, bem como a partir das lições de Paulo Bonavides, a presente pesquisa indica que, ao utilizarem-se da linha de argumentação ora comentada, houve enfraquecimento do princípio democrático, desconsideração da superação/mitigação da separação de poderes, e absoluto desconhecimento acerca da possibilidade de “legitimidade por reflexividade”.

Por tais motivos, também aqui a chamada “racionalidade institucionalista” não se presta à argumentação adequada ao caso posto em julgamento.

4.2.3 Racionalidade econômica. Uma crítica à abordagem da AED

O tipo aqui chamado como “racionalidade econômica”, como há de se supor, passa pela análise do impacto econômico-financeiro da decisão que está sendo

deliberada, não como mera afirmação circunstancial, mas, sim, como verdadeiro elemento decisório.

Tal racionalidade é observada, sobretudo, na fundamentação levada a efeito pelo Min. Dias Toffoli, quem fez menção expressa a supostos cálculos correspondentes aos “custos econômicos” que o reconhecimento do direito previdenciário vindicado poderia vir a causar.

A propósito dessa ligação, se ao longo da história surgiram diferentes perspectivas para explicar e estabelecer qual(is) as relações entre o Estado e a economia, o Direito, assim considerado enquanto produto e instrumento estatal, sempre ocupou espaço como um ponto de preocupação dos economistas (HEINEN, 2016, p. 43).

Se “visualizar tais antecedentes históricos do Direito e Economia é crucial para se evitar uma perspectiva míope e empobrecedora que costuma situar seu surgimento na segunda metade do século XX, quando nasce a AED” (HEINEN, 2016, p. 43), torna-se necessário que se compreenda o processo histórico, especialmente no que se refere à tripla relação entre Estado-economia-direito acima mencionada, que culminou no surgimento das correntes contemporâneas de análise.

Nos dias atuais, esse tipo de racionalidade econômica dialoga e se fundamenta, sobretudo, com a chamada Análise Econômica do Direito (AED), nomenclatura mais corriqueira no Brasil para se referir à disciplina *Law and Economics* (LaE).

Justamente por corresponder ao estágio mais avançado de um processo de conhecimento e investigação, “a AED não é inovadora e não representa o surgimento dos estudos sobre as relações entre direito e a economia, mas corresponde a uma longa tradição que discute o papel do Estado e do Direito na economia” (HEINEN, 2016, p. 43), sendo a chamada “Economia Institucional” - corrente desenvolvida no início do século XX que prestigiava a análise indutiva dos aspectos econômicos da vida social, dando especial importância às instituições e às transformações próprias da sociedade enquanto ambientes de intersecção entre Direito e Economia – a sua antecessora imediata (HEINEN, 2016, p. 44).

Numa breve síntese, a AED corresponde à tentativa de “aplicação racional dos princípios e métodos econômicos ao estudo das normas, instituições e agentes vinculados ao ordenamento jurídico” (VENTURIM, 2017, p. 25).

Conforme aponta Gonçalves (1997, p. 93), a AED corresponde a uma tentativa de “reconstrução do Direito segundo pautas e condições de racionalidade que resultam serem universais”, sendo “um movimento teórico inovador que veio instrumentalizar o entendimento da teoria jurídica contemporânea, combinando a racionalidade econômica com a legitimidade inerentes à formalidade jurídica” (GONÇALVES, 1997, p. 93).

Numa perspectiva interdisciplinar que pretende analisar a fenomenologia social colocando o lado a lado os âmbitos jurídico e econômico (GONÇALVES, 1997, p. 93-94), para os adeptos da AED, embora o pressuposto teórico preliminar seja de que toda formalidade jurídica tem finalidade e conteúdo econômico quando em busca do justo, o movimento não significaria a defesa pura e simples da “troca de valores – justiça por eficiência econômica – mas constata-se que uma justiça está para a outra, eficiência, e vice-versa” (GONÇALVES, 1997, p. 95).

Tendo por base principalmente os conceitos e métodos da teoria microeconômica, a AED objetiva a análise dos custos e benefícios de uma dada tomada de decisão, os quais são avaliados segundo as preferências do agente econômico e o conjunto de informação disponível justamente no momento da avaliação.

Buscando uma análise mais probabilística acerca do que vai acontecer depois da adoção de uma determinada decisão - e não as causas que ensejaram aquela escolha -, acaba por ganhar um viés notadamente consequencialista. Daí porque os principais elementos que passam a integrar a análise são: eficiência, bem-estar, custos, risco e incerteza. Acerca disso, de forma sintetizada podemos considerar que:

a tomada de decisão do agente econômico pode ser definida como um processo cognitivo mental de seleção de uma ação específica entre diversos cenários alternativos; cada escolha determina um resultado final diferente; qualquer decisão envolve riscos e incertezas quanto aos cenários possíveis e às variáveis ambientais que podem influenciar o processo decisivo. Dessa forma, quanto mais longo o período de tempo até a efetivação da decisão tomada, maior será o grau de incerteza por parte dos indivíduos (MARCATO e MARTINEZ, 2013, p. 47).

Tal situação se tornaria possível devido à tendência dos indivíduos em racionalmente escolherem a opção que melhor atenda aos seus objetivos, visando a maximizar a sua satisfação (HEINEN, 2016, p. 60).

Em termos mais objetivos, a AED passa a analisar os conflitos sociais por intermédio de sua natureza recíproca: no ato de se reconhecer o direito a alguém, privar-se-ia a o direito de outro(s), motivo pelo qual “o critério jurídico-econômico

procura a solução que menor dano cause ou, por outra, que maior benefício resulte, desconsiderando a ética moralista tradicional em função de uma ética utilitarista” (GONÇALVES, 1997, p. 96-97).

A AED é “denominação ‘guarda-chuva’ formada por determinado conjunto de Escolas de pensamento que podem ser agrupadas por guardarem princípios semelhantes e procedimentos metodológicos comuns” (VENTURIM, 2017, p. 26), sendo certo que, a depender da base teórica adotada como pressuposto de análise, os resultados podem até mesmo se revelar contraditórios (VENTURIM, 2017, p. 26-27).

Tratando a AED de corrente teórica não (integralmente) homogênea, e do mesmo modo ocorrido com outras ciências sociais aplicadas – como o próprio Direito – é comum a diferenciação e classificação de suas abordagens em dois grupos: a abordagem descritiva (ou positiva) – buscando-se a análise do que “é” – e a prescritiva (ou normativa) – buscando-se a análise do que “deveria ser” (HEINEN, 2016, p. 45; VENTURIM, 2017, p. 42). Apenas a título de contextualização teórica, vale trazer algumas características de cada abordagem.

A proposta descritiva “busca explicar as regras legais, as decisões judiciais e os raciocínios jurídicos a partir da economia, ou seja, aplicar o raciocínio econômico para explicar o funcionamento do direito” (HEINEN, 2016, p. 45), pautando-se na lógica de que “ainda que juízes e juristas não façam referência explícita aos conceitos econômicos, as bases verdadeiras das decisões possuíram, muitas vezes, caráter econômico” (POSNER apud. HEINEN, 2016, p. 45).

Vinculada principalmente à Ciência Econômica tradicional, a abordagem positiva guarda íntima relação teórica com a Escola de Chicago, e, por conseguinte, com seus maiores expoentes – como por exemplo Ronald Coase²⁶, um dos fundadores do movimento, e Richard Posner²⁷, o responsável por sistematizá-lo em termos teóricos.

²⁶ Economista britânico, vinculado à Universidade de Chicago a partir de 1964, autor do clássico “The Problem of Social Cost”, publicado no *The Journal of Law and Economics*. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, 1960.

²⁷ Professor de Direito da Universidade de Chicago, responsável pela formação da “espinha dorsal” da AED, “com a publicação da sua obra magna *The Economic Analysis of Law*, no ano de 1973, Posner perpetuou o *Law and Economics* não apenas como movimento, mas também como teoria” (VENTURIM, 2017, p. 28).

O ponto central da argumentação da Escola de Chicago é o de que “o sistema legal deve ser construído para prover eficiência alocativa, devendo a aplicação da lei (em sentido amplo) sempre seguir tal diretriz” (FORNARI, 2016, p. 18). Ainda, defende o liberalismo econômico a partir da desregulação estatal, de modo a viabilizar que o mercado funcione por si só, em um ritmo de perfeita concorrência (FORNARI, 2016, p. 21).

Tendo por objetivo principal o alcance de “maior grau de confiabilidade e imparcialidade à análise econômica, fundamentando seus argumentos mais com números do que com letras” (VENTURIM, 2017, p. 42), a abordagem descritiva busca a absoluta desvinculação de juízos de valor moral. Para tanto, contudo, reconhece que

Apesar do alcance analítico da Economia, sempre foi reconhecida a sua limitação para o exame de certas questões dentre elas algumas de natureza jurídica. Desse modo, convencionou-se que os modelos positivos poderiam servir de base para o exame da eficiência de normas jurídicas e também para vislumbrar perspectivas sobre os efeitos que uma modificação normativa causaria na sociedade. Já no caso de programas que vislumbrem alternativas para a distribuição da riqueza e de renda para a transformação da estrutura social, os integrantes dessa corrente teórica usualmente reconhecem que tal tarefa está fora do âmbito positivo, devendo tópicos como esses serem investigados pela abordagem normativa (VENTURIM, 2017, p. 43).

A proposta prescritiva/normativa de abordagem econômica, por sua vez, conta com o objetivo de estabelecer o “dever ser” ao invés de descrever aquilo que “é”. Nesse cenário, no contexto de preponderância teórica do Positivismo Científico do início do século XX, sofreu grandes críticas quanto à suposta falta de cientificidade, sob o argumento de que “como a abordagem normativa é baseada em premissas não derivadas de qualquer uma dessas duas fontes, esse modelo deixou de pertencer à categoria científica, sendo relegado à mesma categoria da religião e da ética” (VENTURIM, 2017, p. 44), tendo tal preconceito perdido força apenas a partir da segunda metade do século XX, quando influentes economistas passaram a demonstrar “ser possível propor abordagens de cunho normativo sem que a subjetividade dos autores pudesse mascarar direcionamento de cunho ideológico que comprometesse a validade das propostas apresentadas” (VENTURIM, 2017, p. 45).

Ao passo que a abordagem descritiva se desenvolvia, preponderantemente, na Escola de Chicago, a abordagem prescritiva teve seu desenvolvimento cultivado, sobretudo, na Escola de Yale (ou Escola de New Haven), de modo a se utilizar a

objetividade da Ciência Econômica como elemento para a realização de prescrições aptas a permitirem mudanças nas estruturas institucionais (VENTURIM, 2017, p. 45).

Nesse contexto, especificamente no âmbito da Análise Econômica do Direito, a Escola de Yale passou a ser notadamente conhecida por sua abordagem normativa, a partir da defesa da necessidade de uma maior intervenção legal como mecanismo de correção de falhas e distopias do mercado, aqui se incluindo inclusive (e principalmente) a própria questão da distribuição da riqueza, aspecto central nos estudos da Escola de Yale, cujo posicionamento é marcado por valores morais e mais aberto à ideia de intervenção política no domínio jurídico-econômico (VENTURIM, 2017, p. 45-46).

Assim, tendo por ponto de partida o pressuposto de que a função do Direito é a concretização da justiça e da isonomia na distribuição da riqueza, a Escola de Yale, em sentido diametralmente oposto à postura da Escola de Chicago, entende que a eficiência jamais poderia ser considerada como finalidade principal de um sistema jurídico (VENTURIM, 2017, p. 46).

Além das abordagens positiva e normativa, tem recentemente surgido e se desenvolvido uma terceira opção metodológica, a saber, a abordagem funcional, que se relaciona principalmente com a chamada Escola Econômica da *Public Choice* e “questiona os limites metodológicos dos estudos levados a cabo sob a rótula da Análise Econômica do Direito (...). Essa linha de pensamento é dedicada à identificação das falhas de governo no processo de criação das normas” (VENTURIM, 2017, p. 42 e 46), sustentando a necessidade de existirem mecanismos de controle institucional semelhante àqueles existentes no mercado.

Por questão de delimitação e aproximação com o tema debatido na presente pesquisa, e considerando que tal corrente foca principalmente na criação normativa (processo legislativo propriamente dito), e não, de maneira direta, a interpretação/compreensão/aplicação do Direito, a abordagem funcionalista não será objeto de outros comentários, apenas cabendo o registro da sua existência, atualidade e importância.

Com a evolução e sistematização da AED, a aplicação dos conceitos e rigores da ciência econômica ao Direito ocorreria por conta de questões lógicas, haja vista que “as pessoas agem de forma racional quando interagem com o mercado e, portanto, não seria plausível supor que as pessoas deveriam agir ou se comportar

de forma diferente, ou irracionalmente, ao interagirem fora dos mercados” (FORNARI, 2016, p. 24).

Para tanto, a questão central de toda a teoria estaria no argumento da maximização da riqueza, por meio do qual, para Posner (apud. FORNARI, 2016, p.24), “o direito norte-americano não apenas tem evoluído historicamente no sentido da eficiência; o direito norte-americano *deve evoluir* (ou continuar evoluindo) no sentido da eficiência”.

A aplicação do argumento da maximização da riqueza dependeria de uma premissa instrumental, encontrada na ideia de racionalidade. Embora Posner admita que nem sempre haverá um cálculo consciente acerca da relação custo-benefício por trás de determinada tomada de decisão, “a premissa da maximização racional pode ser útil porque esse comportamento é quase sempre previsível, ao passo que o comportamento irracional é randômico e aleatório” (FORNARI, 2016, p. 25).

Não por outro motivo Posner defende enfaticamente tal instrumentalização à decisão judicial, para quem “é como se os juízes quisessem adotar as regras, os procedimentos e os resultados de casos que contribuíssem para aumentar a riqueza da sociedade” (POSNER, 2007, p. 477).

A partir de tal pressuposto de compreensão, e trazendo esses critérios à análise normativa, a AED busca uma perspectiva de “eficiência” ao ordenamento jurídico.

Partindo da ideia de que todas as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações, em todas as suas atividades que implicam uma escolha, Posner (2007, p. 473-474) defende que “tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (...) e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente” – sendo a racionalidade, aqui, compreendida como adequação dos meios e fins, e não necessariamente como reflexão e ponderação sobre todas as circunstâncias e variáveis da situação na qual haverá uma tomada de decisão.

Ou seja: os bens são escassos, e, uma vez que não há margem para que todas as preferências sejam satisfeitas, os indivíduos tornam-se obrigados à escolha, sendo a decisão, nesse contexto sempre racional, consciente ou até inconsciente (LORENZETTI, 2010, p. 194). Levando-se tal pressuposto de análise ao nível de instrumentalidade científica pretendido pela AED, a sua utilização se tornaria possível por conta das preferências individuais serem estáveis haja vista que, quando “examinadas do ponto de vista das probabilidades, são suficientemente previsíveis,

ainda que em alguns casos existam exceções. Isso ocorre porque a estrutura de custos de oportunidade e de transação orienta as condutas em sentidos estáveis” (LORENZETTI, 2010, p. 194).

Posner indica que, no que tange ao ordenamento jurídico e à normatização social, o raciocínio da máxima eficiência se aplica, principalmente, às pressões políticas e sociais incidentes sobre o Poder Legislativo, para a elaboração de normas de uma ou outra finalidade.

Mas esse instrumento metodológico não se esgota nas legislaturas, visto que, para o autor, se os juízes, “têm um duplo papel: interpretar as negociações de grupos de interesses incorporadas à legislação e oferecer o serviço público básico de soluções legítimas de litígios” (POSNER, 2007, p. 477), ainda que os magistrados possam apresentar uma postura descompromissada com a máxima eficiência, suas decisões ineficientes acarretarão custos sociais maiores do que aqueles decorrentes de suas decisões eficientes assim propriamente consideradas. Com efeito,

Os que perdem os casos erradamente decididos de um ponto de vista econômico terão um incentivo maior, em termos gerais, a pressionar por correção mediante recurso, por um novo processo ou por ação legislativa, do que os que perderem os casos judiciosamente decididos de um ponto de vista econômico – de modo que haverá uma forte pressão por resultados eficientes. Além disso, os casos litigados de acordo com regras ineficientes tendem a colocar mais coisas em jogo do que os casos litigados de acordo com regras eficientes (porque as regras ineficientes, por definição, geram desperdício social, e quanto mais coisas estiverem em jogo numa disputa, tanto mais provável que esta seja litigada, ou seja, que não se chegue a um acordo; assim, os juízes terão uma possibilidade de reconsiderar a regra ineficiente (POSNER, 2007, p.483-484).

Ao longo de sua obra, Posner sustenta que a maximização da riqueza não é apenas um critério de julgamento, mas, sim, um valor social genuíno, inclusive sendo por ele considerado como o único critério que os juízes de fato teria condições favoráveis para promover. Isso porque, a maximização da riqueza seria “não somente a chave para uma descrição exata do que cabe aos juízes fazer, mas também o referencial perfeito para a crítica e a reformulação” (POSNER, 2007, p. 484).

Nesse cenário, a figura do analista econômico ganharia relevo enquanto sujeito apto a pressionar os julgadores e insistir junto aos legisladores a utilização de um programa normativo voltado aos ditames da maximização da riqueza, bem como permitir a reformulação do próprio sistema jurídico em termos simples e coerentes,

levando a efeito a necessária “retradução” do vocabulário econômico para o jurídico (POSNER, 2007, p. 484-485).

A propósito dos pressupostos teóricos da análise econômica do direito, LOREZENTTI (2010, p. 194-198) indica os seguintes: (i) a adoção da figura do “individualismo metodológico” – aqui compreendido na ideia já conceituada alhures, no sentido de que os indivíduos tendem a agir visando à maximização de seu bem-estar; (ii) a utilização de modelos analíticos – naturalmente objetivos e abstratos, cuja utilidade decorre da sua maleabilidade, previsibilidade e sistematicidade; (iii) a utilização do modelo do “homem racional”, abstração de um ser muito cuidadoso e prudente, preocupado com as consequências de suas decisões, capaz de elaborar esquemas de previsão e estabilidade – assim o fazendo em substituição ao conceito ficto do “homem razoável”, o qual está relacionado principalmente à teoria da justiça no sentido de verificar a capacidade de compreensão, pelo indivíduo “médio” da justiça em situação de restrição a que se submetem os sujeitos de dada situação jurídica; (iv) a adoção de critérios acerca dos níveis de otimização/eficiência – ligado aos esquemas de distribuição de bens escassos (riqueza) em um ponto de tensão, de modo a se precisar o seu ponto de eficiência, consubstanciado na aferição da circunstância na qual alguém só pode obter uma melhora em sua situação individual se outrem sofrer, de alguma forma, dado prejuízo; (v) a validação e aplicação do Teorema de Coase – que defende a ideia de que, em um mercado em equilíbrio, no qual haja condições de ampla e perfeita concorrência, as partes envolvidas sempre chegarão a uma solução eficiente, motivo pelo qual a verdadeira luta seria pela redução das falhas de mercado (como fatores externos e os monopólios) e pela garantia de liberdade e segurança aos negociantes; (vi) a análise e redução custos de transação – aqui considerados aqueles que, diferentemente dos custos de produção e execução de um contrato, são constatados e gerados previamente à realização do negócio; e (vii) a análise dos custos de oportunidade – compreendido como parâmetro adequado para aferição e valoração do “busco-benefício” de cada ação, sempre que se tratar de elementos quantificáveis.

Partindo de que “toda análise econômica do direito está fundada na premissa de que as normas jurídicas devem ser julgadas à luz das estruturas de estímulos que estabelecem e das consequências comportamentais adotadas pelos indivíduos” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 666), ao abordarem os aspectos metodológicos

da AED, Mackaay e Rousseau apresentam os níveis de análise necessários para que a adoção teórica se concretize.

O primeiro nível se daria no âmbito da análise dos efeitos da norma, no sentido de que a AED auxiliaria “o jurista a determinar os principais efeitos da mudança da regra e, por ricochete, os efeitos da regra que não foi modificada” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 666-667).

O segundo nível, por sua vez, se daria no âmbito do esclarecimento dos fundamentos das regras existentes num dado ordenamento jurídico, porquanto a AED, assim como qualquer análise consequencialista, visa à análise das regras de acordo com seus efeitos, apontando para um balanço positivo, ou não, dos efeitos decorrentes do primeiro tipo de análise. Contudo, é necessário o alerta de que nesse nível de análise “a dificuldade reside na necessidade de colocar debaixo de denominador comum, efeitos de natureza variável e aos quais os agente econômicos afetados podem ligar, subjetivamente, valores variáveis” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 668).

Já o terceiro nível de análise da AED, de cunho normativo, concerne à análise da chamada “regra desejável”: busca estabelecer os efeitos da norma e julgá-la, determinando qual seria o ato normativo mais eficiente ao caso concreto, comparando-a à regra existente e ou considerada (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 669).

A própria doutrina admite que a AED não pode produzir os mesmos resultados teóricos em países de tradição jurídica civilista, daqueles produzidos nos sistemas jurídicos da *common law* – berço teórico da AED -, bem como alerta para o fato de que as etapas de análise da AED não correspondem a um cálculo aritmético que oferece uma resposta simples ao final da operação matemática, sendo necessária a cautela científica na análise normativa por meio da AED. Contudo, a despeito de reconhecerem tal fato, os adeptos da teoria sustentam sua relevância sob o argumento de que a AED permitiria, em qualquer hipótese, indicar os efeitos relevantes das normas jurídicas, inclusive se tornando ferramenta apropriada ao auxílio da doutrina enquanto ambiente propício à oxigenação teórica das normas (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 674-675).

Diante de todos esses elementos que compõe as bases teóricas da AED, é possível se constatar a complexidade e a sofisticação da teoria econômica aplicada à

ciência jurídica. No entanto, não se pode negar que a AED apresenta alguns limites de aplicabilidade, os quais, em boa parte das vezes, apresentam-se intransponíveis.

O primeiro desses limites é justamente o fato do conceito de “escolha racional” se traduzir em uma expressão de vagueza e indeterminação semântica, e, por isso, carecer de complementação (LORENZETTI, 2010, p. 204).

O segundo limite que em determinadas situações poderia comprometer a viabilidade da AED decorre de questões psicológicas postas em análise. Se, com base no condutivismo psicológico, a AED se aproxima do direito como mecanismo de aferição e análise dos incentivos que conduzem o indivíduo a responder segundo o seu próprio interesse, “há muitas outras motivações distintas do egoísmo, como o altruísmo, a solidariedade, que escapam desse esquema” (LORENZETTI, 2010, p. 205).

Uma outra circunstância crítica quanto à aplicabilidade da AED diz respeito ao distanciamento e/ou impossibilidade de que seus pressupostos teóricos, de índole notadamente individual, sejam convalidados para o âmbito coletivo. A propósito disso, Ricardo Lorezentti (2010, p. 206-207) pontua que:

Outra falha, a nosso juízo grave, da análise econômica é a despreocupação pela ação coletiva. A esse respeito, é necessário assinalar que o problema de escala não é indiferente e que as regras da ação individual não são admissíveis em nível coletivo. Uma prova disso é a noção da “contrafinalidade”, que pode ser concebida como as consequências não pretendidas que surgem quando cada indivíduo em um grupo atua a partir de uma presunção acerca das relações com os outros que, quando se generaliza, produz a contradição (...). Muitas vezes esses fenômenos se confundem com um erro metodológico, que surge da aplicação lógica pertinente a um caso individual para um coletivo (o que Elster chama de falácia de composição). Essa noção é de grande utilidade para o tratamento de redes causais complexas, que estão muito presentes no direito privado

Por fim, uma última circunstância que carrega certa problemática à aplicação da AED está relacionada ao fato de que a análise econômica, ao menos aparentemente, guarda dificuldades em tratar da questão das instituições públicas não apenas enquanto agentes tomadoras de decisão num determinado contexto contratual – assinatura de contrato administrativo, licitação etc. – mas, também, enquanto agentes de regulamentação absolutamente influenciadores. Contudo, é inegável que “as instituições têm uma importância relevante no desenvolvimento dos povos e na contração: o modo com que distribuem a informação, incrementam ou

diminuem os custos de negociação, é decisivo nos contratos” (LORENZETTI, 2010, p. 208).

Para além dessas zonas críticas de aplicabilidade da AED apontadas por Ricardo Lorenzetti, convém, também, o registro das divergências teóricas travadas com os teóricos adeptos do *Critical Legal Studies* e com alguns dos autores adeptos (ao menos parcialmente) do liberalismo igualitário – especialmente o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin. Frisa-se que outros autores também adentraram no debate com a AED, porém, para as pretensões do presente trabalho, limitaremos o comentário às posições teóricas antes citadas.

O chamado *Critical Legal Studies* – CLS - movimento teórico também conhecido no Brasil como Estudos Jurídicos Críticos, tornou-se, muito provavelmente, o maior crítico da AED, até porque trata-se de movimento teórico que teve seu surgimento e desenvolvimento de forma concomitante ao da própria AED. O contexto histórico (jurídico e social) propício ao surgimento de ambas as correntes era o mesmo.

Inclusive pelo contexto histórico em comum, tanto a AED quanto a CLS apresentam similaridades, conforme destaca Alvarez (2006), merecendo destaque o fato de que ambas rejeitam a visão da autonomia do direito em relação às realidades sociais; ambas utilizam-se da interdisciplinaridade, com a adoção de ideias e métodos de outras disciplinas para a análise da realidade jurídica (economia e política, respectivamente); ambas representam uma reação às concepções dominantes no cenário jurídico norte americano havido até a década de sessenta, que pregava a rejeição do raciocínio abstrato, sustentando que decidir conforme o direito seria decidir conforme as convenções jurídicas já estabelecidas – e não conforme a uma determinada concepção política ou conforme as normas de eficiência econômica; e, por fim, ambas teorias representam, em certa medida e cada qual a sua maneira, a continuação da tradição realista americana em sua crítica ao formalismo enquanto matriz teórica formadora do conhecimento jurídico (ALVAREZ, 2006, p. 49-51).

Contudo, muito mais do que as semelhanças, se sobressaem as inúmeras diferenças havidas entre ambas as correntes teóricas: (i) ao passo que para a AED os indivíduos seriam seres racionais que agem visando a maximizar seus interesses em todos os âmbitos da vida humana – motivo pelo qual o direito, para a AED, seria um meio de premiação das condutas eficientes e penalização das condutas ineficientes - , a CLS entende que a conduta econômica racional dependeria de uma visão de

mundo que permita justificar e explicar as desvantagens e privilégios existentes como se fossem fruto da escolha racional privada; (ii) há divergências quanto aos aspectos críticos do modelo dominante de teoria e ensino do direito, sendo que para a CLS, o modelo tradicional exerce função ideológica de manutenção do *status quo*, legitimando ou até criando desigualdades (sociais e econômicas) e que as decisões jurídicas não possuem base objetiva que as justifique, motivo pelo qual a suposta neutralidade, sustentada na visão tradicional, seria na realidade um mito, enquanto que para a AED, embora também haja o reconhecimento dos problemas do modelo tradicional (especialmente quanto aos objetivos e quanto aos métodos de estudo), as análises doutrinárias podem ser complementadas pela análise econômica, de modo a se obter uma maior objetividade e precisão na tomada de decisões (ALVAREZ, 2006, p. 51-52).

Ronald Dworkin (1999), num contexto de tradição jurídica da *Common Law*, lança, no Capítulo VIII de sua obra “O Império do Direito”, alguns argumentos teóricos como tentativa de refutação da teoria econômica do direito.

A primeira delas reside na problemática necessidade de que, para buscar o ideário da maximização da riqueza da sociedade ao decidir, o juiz precisaria definir inicialmente a própria dimensão da “riqueza da comunidade”, para, somente a partir daí ter meios para decidir seriam, de maneira um pouco mais específica, as melhores decisões que impactariam em menores custos.

Embora a teoria econômica defenda que por trás do conceito de “riqueza da comunidade” deve ser compreendida como “o valor de todos os seus bens e serviços, e o valor de alguma coisa é a quantidade máxima em dinheiro, ou o valor em dinheiro, que alguém estaria disposto a pagar caso tenha condições de fazê-lo” (DWORKIN, 1999, p. 334), a dúvida pontuada por Dworkin residiria na pergunta: de que forma poderia o juiz previamente estabelecer um parâmetro geral e abstrato – como, por exemplo, uma regra geral de indenização -, aplicável à toda situação, como parâmetro decisório que contribua para aumentar a riqueza da comunidade quando mais de uma parte se comportar de maneira desarrazoada (BARBOSA, 2018, p. 177)?

Para Dworkin, ainda que as decisões judiciais eventualmente acabem servindo à maximização da riqueza na sociedade, essa seria uma consequência tangencial, mas não a força motriz interpretativa ou a finalidade do julgador, haja vista que “a riqueza para a sociedade deve ser mensurada pelo legislador que, por sua vez toma

decisões de custo benefício, decisões políticas e não decisões de princípio” (BARBOZA, 2018, p. 177).

Outrossim, Dworkin entende que as Teorias Jurídico-Economicistas – como a AED – não são capazes de alcançar e proteger a questão distributiva, enquanto corolário fundamental da equidade (GONÇALVES, 1997, p. 203), haja vista que “aumentar a riqueza social não faz com que a comunidade se torne necessariamente melhor” (DWORKIN, 1999, p. 347).

É nesse contexto que a perspectiva do *Direito como Integridade* ganha fôlego na obra Dworkiniana, que passa a desenvolvê-la pela adoção de dois princípios elementares: um legislativo, do qual deve ser prestigiada a coerência entre o conjunto de leis, e outro adjudicativo, no qual tanto o convencionalismo (relacionado às circunstâncias decisórias do passado) quanto o pragmatismo (relativo às possibilidades do futuro) são observados e analisados em continuidade interpretativa (GONÇALVES, 1997, p.203).

Trazendo todos esses aspectos teóricos e conceituais às pretensões do presente trabalho, torna-se possível o cotejamento dos fundamentos teóricos utilizados pelo STF no julgamento da Desaposentação e, ao final, se perceberá a insustentabilidade da invocação teórica feita por alguns dos Ministros votantes naquele caso.

Como visto, a AED pretende-se como teoria metodológica apta a, da forma mais objetiva e racional possível, para explicar o funcionamento social (e das relações jurídicas) em termos lógicos e neutros. Ocorre que a não consegue responder, ao menos satisfatoriamente, à indagação de que a própria eleição dos critérios econômicos a servirem de parâmetro (maximização da riqueza, valor, escassez e segurança) são naturalmente carregados de pré-compreensões que o fazem ser igualmente ideologizados – justamente em sentido oposto ao pretendido pela própria AED.

Tal circunstância, em certa medida, macula a própria coerência interna do movimento teórico, mas não o invalida, haja vista a solidez, complexidade e relevância evidentes nas suas proposições. Contudo, se a mesma não deve ser amplamente refutada, a sua aplicabilidade enquanto método decisório apresenta-se bastante desgastada – senão inviabilizada.

A AED se põe como método da mais alta relevância para a análise e compreensão dos fatos sociais, bem como da justificativa havida por trás das escolhas políticas e até mesmo morais dos indivíduos.

Mas o objetivo de “maximização da riqueza” como principal anseio social a orientar a tomada de decisões parece insuficiente. Isso porque, num primeiro momento, a própria (e inevitável) indagação de a maximização da riqueza ser um objetivo social digno de ser perseguido *a priori* e independente de qualquer outro, enquanto materialização indubitável de um valor social, é absolutamente questionada: Ora, o próprio senso comum é capaz de que (i) nem sempre a maximização da riqueza num determinado contexto trará uma melhora social (ainda que pensando de forma local, apenas aos envolvidos diretamente), e, por isso, não pode ser o único objetivo social; (ii) os outros objetivos sociais legitimamente estabelecidos – como, exemplificativamente, podemos lembrar do objetivo constitucional da diminuição das desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, CF) nem sempre podem ser perseguidos pelo princípio da máxima eficiência; e (iii) existem coisas cuja valoração em termos monetários fica absolutamente comprometida, haja vista que a sociedade, a despeito de todas as mudanças e processos históricos, ainda privilegia valores que transcendem à lógica mercadológica.

As ponderações feitas por Posner (2007) no sentido de que no interior do jogo político-democrático existem interesses individuais e subjetivos que fatalmente se traduzirão em forças de pressão para a aprovação ou revogação de determinada lei ou política pública revela-se sobremaneira constatável – seja pela pressão dos próprios eleitores, ao elegerem um determinado plano de governo, seja pela pressão de grupos diversos (instituições, empresas etc.), que exercem um verdadeiro *lobby*, embora menos escancarado, no jogo político.

Nesse sentido, a partir do momento que tais circunstâncias fáticas e sociais são devidamente colocadas em evidência em um determinado caso concreto, a AED apresenta-se como relevantíssimo mecanismo de aferição da relação custo x benefício de determinada opção política, bem como da ponderação dos por quês daquela decisão e das consequências dela advindas – especialmente quanto à tão pretendida maximização da eficiência e riqueza.

Ocorre que, para efeito de instrumentalização da decisão judicial – objeto do presente trabalho – a AED parece não angariar os requisitos mínimos de juridicidade

e argumentabilidade necessários para que as suas conclusões e inferências se traduzam em norma.

E, talvez de forma idêntica àquilo que ocorre com as correntes de matriz sociológica acerca da criação e aplicação do direito, as conclusões feitas pela AED apresentam-se mais no plano do dever ser metanormativo do que da norma propriamente dita.

Essa diferença será abordada de maneira mais específica em tópico próprio, porém vale ressaltar que, com essa afirmação, não se pretende a retomada do formalismo kelseniano – quanto mais o cartesiano – de se enxergar o mundo. Contudo, adotando-se a perspectiva do fenômeno jurídico intimamente relacionado à sua finalidade normativa – não se limitando às leis em sentido estrito, obviamente -, e a necessidade de se encarar o sistema jurídico de forma íntegra e coesa, o consequencialismo pretendido pela AED não se sustenta, visto que a etapa de discussão da relevância/irrelevância de determinada norma é feita previamente à etapa de aplicação da mesma.

Trazendo esse raciocínio ao debate dos estudos de caso, ao analisarmos especialmente alguns argumentos utilizados naquela decisão, como, por exemplo, o de que o julgamento favorável à tese da desaposentação implicaria em oneração excessiva aos cofres públicos ou até mesmo à quebra do sistema previdenciário nacional, revela um caráter antes político do que propriamente jurídico.

Mas além: ainda que se cogitasse da possibilidade de utilização da AED enquanto mecanismo decisório em Direito (e não apenas de análise, conforme aparenta ser mais viável), certamente seria necessária a utilização de todas as suas etapas e níveis procedimentais, porquanto tratar-se de abordagem específica, complexa e escalonada que apresenta uma metodologia própria formulada por seus teóricos. E nada disso é observado nos votos que utilizaram a racionalidade econômica enquanto critério de julgamento.

A bem da verdade, contudo, quando a racionalidade econômica foi invocada (explícita ou implicitamente) – inclusive utilizando-se de cálculos matemáticos e dados estatísticos manifestamente fornecidos por entidades de Previdência Complementar, as quais, na perspectiva maximização dos benefícios, certamente estavam em lado oposto aos segurados previdenciários que pretendiam o benefício – o argumento econômico, embora decisivo na conclusão final, e ao menos daquilo que encontra-se

disponível nos autos do processo, tratou-se, em termos racionais, de mera especulação científica.

Diante desse cenário, torna-se inevitável a conclusão de que, ao menos na forma como levada a efeito no julgamento da desaposentação, a racionalidade econômica não é um critério decisório científica e juridicamente válido para se atribuir sentido às normas postas em discussão.

4.2.4 A racionalidade consequencialista/utilitarista e a instrumentalização do Direito

A racionalidade consequencialista/utilitarista, por sua vez, foi verificada em algumas construções argumentativas que transpareceram já haver uma decisão prévia tomada (resultado pretendido), passando a serem utilizados argumentos de justificação da tomada de decisão, numa inversão da lógica argumentativa mais usual.

A adoção de tal racionalidade é extraída nos argumentos de que: o reconhecimento da possibilidade jurídica da desaposentação implicaria numa simbiose entre as opções (de gozar do benefício previdenciário por mais tempo, se o segurado o requeresse logo, ou gozar de benefício de valor mais elevado, se o segurado optasse por permanecer trabalhando), extraindo o melhor de cada uma delas; geraria distorções, como quando o aposentado, pelo modelo proporcional, destinasse parte do benefício, contribuindo como inativo de modo a perseguir a aposentadoria integral no futuro, situação em que o próprio INSS estaria custeando a aposentadoria futura; importaria reversão da lógica no sentido de se postergar o momento da aposentadoria (pelo aproveitamento da força de trabalho) para obtê-la em maior valor (pela incidência do fator previdenciário), pois passaria a ser mais vantajoso aposentar-se mais cedo (proporcionalmente ao tempo de serviço) para, posteriormente, incrementar o benefício na desaposentação; criaria desequilíbrio financeiro-atuarial; e haveria burla ao fator previdenciário.

Assim como ocorrido com a AED, para a análise da sua pertinência e aplicabilidade, é imprescindível uma adequada conceituação, estabelecimento de seus pressupostos teóricos, e posterior cotejamento com os termos daquilo decidido. Por tal motivo, revela-se oportuna uma breve contextualização da teoria utilitarista – enquanto pressuposto filosófico do consequencialismo –, bem como a forma como

esses paradigmas teóricos adentraram na teoria do direito, culminando no chamado consequencialismo jurídico.

Em termos gerais, o utilitarismo pode ser catalogado como uma corrente do pensamento ético, político e econômico inglês, surgida no contexto dos sécs. XVIII, XIX, tendo sido Jeremy Bentham e John Stuart Mill seus principais expoentes teóricos, que defende que a felicidade dos indivíduos depende da melhor divisão do total de seus prazeres e suas dores, utilizando-se, para tanto, do princípio do “cálculo dos prazeres e das dores” benthamiano (DORTIER, 2010, p. 633).

Sendo o termo “utilitarismo” aplicado em um cenário teórico em que o “bem” identifica-se com o “útil”, a ideia de utilidade pode ser definida como tudo aquilo que gera prazer ou vantagem, minimizando a dor e maximizando o prazer. A moral, nesse contexto, configuraria uma “espécie de hedonismo calculado, escrupulosamente atento à avaliação das características do prazer: duração, intensidade, certeza, proximidade, capacidade de produzir prazeres ulteriores, ausência de consequências dolorosas” (REALE; ANTISERI, 2005, p. 304). Nesse sentido, pela construção de Jeremy Bentham, os únicos fatos verdadeiramente importantes no domínio da moral seriam o prazer e a dor, sendo que, aprovar ou desaprovar um determinado ato, significaria manifestar-se sobre a possibilidade daquele determinado ato posto em julgamento gerar dor (juízo bom) ou prazer (juízo mau).

Stuart Mill, por sua vez, adiciona ao cálculo da quantificação do prazer o critério da qualidade, e pondera que, para haver um parâmetro valorativo acerca das dores e dos prazeres, é necessário se confiar no juízo geral de todos os que têm prática de umas e de outros (REALE, ANTISERI, 2005, p. 309). Com efeito, conforme indica Pedro Galvão,

a inovação essencial de Mill relativamente ao hedonismo de Bentham consiste em defender que, além da duração e da intensidade, temos de atender à qualidade dos prazeres. Alguns tipos de prazer são, em virtude da sua natureza, intrinsecamente superiores a outros. E, para maximizarmos o nosso próprio bem-estar, devemos dar uma forte preferência aos prazeres superiores, recusando-nos a trocá-los por uma quantidade idêntica ou mesmo maior de prazeres inferiores. Em termos gerais, Mill identifica os prazeres inferiores com os prazeres corporais e considera superiores aqueles prazeres que resultam do exercício das nossas faculdades intelectuais. Para justificar esta identificação, apela à figura dos “juízes competentes, que corresponde àqueles indivíduos que experimentaram e apreciaram os tipos de prazeres que importa comparar. Mill sustenta que, se estes juízes preferem os prazeres do tipo A aos prazeres do tipo B, isso mostra que os prazeres do primeiro tipo são superiores aos do segundo. No entanto, convém sublinhar que não é a preferência dos juízes que torna um dado tipo de prazer superior a outro. O veredicto dos juízes não determina a qualidade dos prazeres,

constitui apenas uma prova empírica da superioridade intrínseca de alguns prazeres em relação a outros (MILL, 2005, p. 15.-16).

Ou seja: para os teóricos do utilitarismo, os indivíduos agem, antes de qualquer coisa, motivados de acordo com seus interesses pessoais, buscando, racionalmente, uma máxima satisfação pelo menor custo possível (DORTIER, 2010, p. 633). Tem-se, a partir daí, a normatividade moral utilitarista: “todo indivíduo sempre persegue o que julga ser sua felicidade, ou o estado de coisas em que se dê a maior felicidade e a mínima dor” (REALE, ANTISERI, 2005, p. 304), sendo necessário que se chegue à uma “aritmética moral, que nos ponha em condições de realizar os cálculos justos” (REALE, ANTISERI, 2005, p. 304).

A filosofia utilitarista pode ser caracterizada (i) pela tentativa de transformar a ética em ciência positiva da conduta humana – tão exata quanto a matemática, na visão de Bentham -; (ii) por substituir a importância dada ao *fim*, derivado da natureza metafísica do homem, e erguer os *móveis* que levam o homem a agir ao patamar de principal importância, ligando-se, assim, à tradição hedonista, que vê no prazer o único móvel a que o homem obedece; (iii) por reconhecer o caráter supraindividual do prazer como móvel, tornando a finalidade de toda e qualquer atividade humana a maior felicidade possível, compartilhada pelo maior número de pessoas, e admitindo, para tanto, que existe a necessária coincidência entre a utilidade individual e a utilidade pública; (iv) pela relação estreita com as doutrinas econômicas; e (v) pelo espírito reformador no âmbito social e militar (ABBAGNANO, 2007, p. 986).

Nesse sentido, justamente porque os homens buscam o seu próprio bem-estar, o papel do legislador, num contexto de predomínio do paradigma utilitarista, seria o de harmonizar os interesses privados com os públicos, fazendo com que a previsão normativa geral e abstrata faça valer à pena, em termos coletivos, o estímulo (ex.: dever de pagar impostos) ou desestímulo (ex.: proibição de praticar delitos) a determinada ação individual.

Uma das objeções apresentadas pelos críticos do utilitarismo diz respeito à impossibilidade de se comprovar a existência e validade do princípio da utilidade. Stuart Mill (2005, p. 75-81), por sua vez, defende a matriz utilitarista daquelas objeções sustentando que (i) as questões de fins últimos não admitiriam uma prova, ao menos em sua acepção usual; (ii) é impossível se apresentar razões comprobatórias de que a felicidade geral é um bem desejável, mas, apenas, de que a felicidade individual é algo desejável e alcançável por cada pessoa e que, nesse sentido, a felicidade geral

seria um bem para o agregado de todas as pessoas; (iii) o fato de desejarmos uma coisa como o grande objetivo (a felicidade, no caso do princípio da utilidade), e de não haver motivo para não a desejarmos, embora não prove de maneira objetiva que aquela coisa é desejável, pode ser considerada como evidência empírica acerca da sua desejabilidade, haja vista que se desejamos o prazer como um fim último e não vemos nada de objetável nessa pretensão, teríamos boas razões para concluir que o prazer é, sim, algo desejável; e (iv) a exigibilidade da virtude enquanto finalidade não afastaria a tese utilitarista, visto que a virtude seria uma finalidade de meio para se atingir a felicidade, esta sim o fim último da vida.

Outra objeção apresentada à tese utilitarista, considerada pelo próprio Mill como a objeção mais forte, é a chamada objeção da justiça: a ética utilitarista estaria em conflito com a justiça, visto que, a priori, a realização (consciente ou inconsciente) de certas injustiças poderia inclusive maximizar a felicidade geral.

A propósito das objeções ao utilitarismo decorrentes do seu alegado conflito com a justiça, Michael Sandel (2011, p. 51-63) sintetiza especificamente duas delas. A primeira objeção afirma que é errado (injusto) violar os direitos fundamentais de alguém, ainda que tal violação fosse praticada com o intuito de garantir a felicidade de uma população. Já a segunda, afirma que não é possível transformar, em uma única moeda, valores de naturezas distintas.

Ainda acerca da objeção da justiça e da desconsideração de questões individuais, John Rawls aborda a dificuldade de aceitação e aplicabilidade do princípio da utilidade:

A suposição na qual se apoia o raciocínio a favor do princípio da utilidade média é falha em dois pontos. Primeiro, como não há fundamentos objetivos na posição original para a aceitação de probabilidades iguais, ou, na verdade, de nenhuma outra distribuição probabilística, essas probabilidades são meras suposições. Elas dependem unicamente do princípio da razão insuficiente, e não fornecem um motivo independente para que se aceite o princípio da utilidade. Ao contrário, o apelo a essas probabilidades é, com efeito, um modo indireto de estipular esse princípio. Em segundo lugar, o argumento utilitarista supõe que as partes não têm vontade ou caráter definidos, e que não têm objetivos finais determinados, nem uma concepção particular de seu próprio bem, que estejam interessadas em proteger. Assim, levando-se em conta os dois pontos juntos, o raciocínio utilitarista chega a uma expressão puramente formal de uma expectativa que, todavia, não tem um significado apropriado. É como se continuássemos a utilizar argumentos probabilísticos e modos de fazer comparações interpessoais muito tempo depois de as condições necessárias para o seu uso legítimo terem sido excluídas pelas circunstâncias da posição original (RAWLS, 2000, p. 190-192).

A tentativa de Mill, no sentido de refutar objeções desta índole, passa pela ideia central de que o padrão utilitarista justifica a atribuição de uma enorme importância às regras da justiça. Com efeito,

A justiça é um nome para certas exigências morais que, consideradas coletivamente, ocupam um lugar mais elevado na escala da utilidade (e, por isso, têm uma obrigatoriedade mais forte) do que quaisquer outras, ainda que possam ocorrer casos particulares em que outro dever social é tão importante que passa por cima das máximas gerais da justiça. Assim, para salvar uma vida pode não só ser admissível, mas constituir mesmo um dever, roubar ou tirar à força a comida ou os medicamentos necessários, ou raptar e forçar a trabalhar o único médico qualificado. Nesses casos, como não chamamos justiça aquilo que não é uma virtude, dizemos geralmente, não que a justiça tem de dar lugar a outro princípio moral, mas que, devido a esse outro princípio, aquilo que é justo nos casos comuns não é justo neste caso particular. Através desta útil acomodação da linguagem, mantemos a irrevogabilidade da justiça e poupamo-nos à necessidade de sustentar que podem existir injustiças louváveis. Julgo que as considerações já aduzidas resolvem a única verdadeira dificuldade da teoria utilitarista da moral. Foi sempre evidente que todos os casos de justiça são também casos de conveniência: a diferença reside no sentimento peculiar que está ligado aos primeiros, mas não aos segundos. Se este sentimento característico foi suficientemente explicado, se não há a menor necessidade de supor qualquer peculiaridade quanto à sua origem, se este é apenas o sentimento natural de ressentimento que foi moralizado por o terem feito coincidir com as exigências do bem social, e se este sentimento não só existe, mas deve existir em todas as classes de casos aos quais a ideia de justiça corresponde, então essa ideia já não se apresenta como um obstáculo insuperável para a ética utilitarista. A justiça permanece o nome apropriado para certas utilidades sociais que, enquanto classe, são muitíssimo mais importantes e, por isso, mais absolutas e imperiosas do que quaisquer outras (embora possam não o ser em casos particulares). Por essa razão, devem ser, e são-no naturalmente, vigiadas por um sentimento diferente não só em grau, mas também em gênero, distinto do sentimento mais brande que está ligado à simples ideia de promover o prazer ou conveniência humanos em virtude da natureza mais definida dos seus mandamentos e da maior severidade das suas sanções (MILL, 2005, p. 104-105).

Nesse particular, cabe salientar que não há consenso teórico acerca da completa adequação entre o conceito “utilitarismo” e o conceito “consequencialismo”.

Para Cláudio F. Costa (2002, 162), o consequencialismo seria o gênero do qual exsurgiriam três espécies: o egoísmo ético, o altruísmo ético e o utilitarismo. Dessa catalogação infere-se que todo utilitarismo seria essencialmente consequencialista.

Já para Pedro Galvão (2012, p. 01), não se trata de subcategorização, mas, *a priori*, conceitos diferentes (por mais próximos e interrelacionados que sejam), visto que “os utilitaristas distinguem-se dos demais consequencialistas em virtude do tipo de teoria do valor em que se baseiam” – que é o prazer.

Não se desconhece a diferença conceitual entre utilitarismo e consequencialismo. O utilitarismo preocupa-se, basicamente, com o objetivo

(resultado final) da ação. O consequencialismo, por sua vez, com a análise das consequências dela decorrente²⁸.

Nesse cenário, por vezes uma postura utilitarista denotará, também, um caráter consequencialista, mas, noutras tantas, estará preocupado com o imediatismo hedonista (redução da realidade ao prazer imediato) ou com o atualismo (redução da realidade à ação presente).

Daí porque entende-se que o utilitarismo não se encerra no consequencialismo, e esse não é absolutamente idêntico àquele. Há inúmeras semelhanças, pontos de congruências e completudes, porém não são sinônimos. Destarte, afirmar a existência dessa divergência teórico-conceitual revela-se oportuno por medida de cautela e honestidade intelectual.

Contudo, esse dissenso teórico não traz prejuízos às intenções da presente pesquisa, visto que não comprometem a análise propriamente dita do objeto de pesquisa proposto – a saber, a racionalidade argumentativa utilizada pelos julgadores no caso da desaposentação – sendo inclusive irrelevante a defesa e adoção de uma das correntes em detrimento das demais.

Dito isso, para efeitos de fixação do marco teórico ao presente estudo, entende-se que, se o utilitarismo, na forma originariamente pensada por seus teóricos, corresponde a uma teoria moral para a maximização da felicidade, uma das formas – e não a única, frisa-se! - de sua instrumentalização é a adoção do consequencialismo enquanto mecanismo de compreensão e análise, haja vista que “as teorias da obrigação são aquelas que supõem que as consequências das nossas opções constituem o único padrão fundamental da ética” (MILL, 2005, p.18-19). Esse é o pressuposto teórico (motivo) que justifica a abordagem unificada para ambas as correntes.

Conforme Savaris (2010, p. 62), visando à aplicação imediata dos predicados utilitaristas ao Direito, Betham apresenta a teoria da adjudicação judicial, no sentido de que o “adequado raciocínio judicial deve penetrar a moldura das regras estabelecidas, encontrando as considerações utilitaristas que lhe subjazem”, sendo que os “poderosos argumentos utilitaristas exigem a conformidade ao precedente –

²⁸ A propósito da diferença entre “resultado” e “consequências” trazida para a Teoria do Direito, Manuel Atienza (2003, p. 133-134) pontua que “o resultado da ação do juiz ao decidir um caso consiste em produzir uma norma válida; o resultado, poderíamos dizer, faz parte do próprio conceito de ação, embora uma mesma ação possa ser descrita como produzindo resultados diferentes. As consequências são o estado das coisas, posterior ao resultado (e relacionado com ele)”.

como exigência de segurança e estabilidade -, mas o único princípio da decisão judicial é ainda o princípio da utilidade” (SAVARIS, 2010, p. 62).

Quando trazidos os pressupostos utilitaristas à teoria do direito, passou a ser desenvolvida aquela corrente conhecida como consequencialismo jurídico, que, em termos extremamente amplos, pode ser conceituada como qualquer ponto de vista teórico “que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas” (SCHUARTZ, 2008, p. 130-131).

Segundo Luis Fernando Schuartz (2008, p. 131-132), é possível a categorização das posturas consequencialista em “consequencialismo forte” – quando uma decisão só será tida por correta quando não houver, com relação a ela, alguma decisão alternativa da qual decorram consequências preferíveis àquela originariamente tomada – ou “consequencialismo fraco” – quando a posição decisória reserva à valoração das consequências um papel residual ou admite a sua utilização em conjunto aos argumentos não consequencialistas, não atribuindo àquela peso maior do que a estes na constituição dos processos decisórios.

O autor alerta que o julgador, ao fundamentar suas decisões por meio da seleção e adoção de argumentos que analisam as consequências advindas da própria decisão tomada ou das possíveis decisões alternativas que vieram a ser preteridas no julgamento, “abre um flanco para requerimentos de prestação de contas cujo atendimento estará sujeito a critérios científicos (extrajurídicos) de adequação” (SCHUARTZ, 2008, p. 131), haja vista que qualquer espectro consequencialista de julgamento possui uma dimensão notadamente descritiva, que ensejará a necessidade de especificação objetiva de cada alternativa decisória disponível e sua respectiva consequência, sendo que “tal especificação (...) será objetivamente inadequada se puder ser mostrado que as consequências associadas às decisões em questão são diversas daquelas imaginadas pelo decisor” (SCHUARTZ, 2008, p. 131). Nesse cenário, passa a ser do julgador o ônus argumentativo no sentido de validação dos pressupostos fáticos que interligam, de maneira causal, as decisões tomadas e as consequências dela advindas (SCHUARTZ, 2008, p. 131).

Desse aspecto em específico, convém destacar que, ainda que o pressuposto fático invocado no argumento jusconsequencialista não se confirme do ponto de vista científico (enquanto instrumento de aferição da verdade ou falsidade daquela(s)

premissa(s) invocada(s)), tal não confirmação não representará a imediata invalidação da decisão tomada pelo julgador.

E não obstante isso não implique admitir que não haja, à ciência, algum poder definidor acerca do que seria juridicamente correto ou incorreto em determinado caso concreto posto em julgamento, também não significa admitir que decisões cientificamente incorretas não sejam tomadas e passem a produzir efeitos jurídicos. Com efeito, “o ponto é que a plausibilidade, segundo a ciência, das referidas premissas não é, em geral, condição necessária seja da sua plausibilidade segundo o direito, seja da correção jurídica das decisões que sobre elas se apoiam” (SCHUARTZ, 2008, p. 137), quanto mais se considerarmos que, *a priori*, o conhecimento fornecido pela ciência será “insuficientemente seletivo para isolar, como plausível, apenas uma única proposição para cada premissa teórica ou empírica requerida na inferência que conduzirá à decisão” (SCHUARTZ, 2008, p. 137), podendo haver, em diversas circunstâncias, proposições científicas plausíveis e mutuamente excludentes.

Acerca do alcance universal da pretensão de validade do juízo consequencialista, Schuartz (2008, p. 132) salienta que a mesma se restringe à sua dimensão descritiva. Para o autor,

Da componente normativa do juízo, consistente na ordenação do conjunto de consequências de acordo com critérios valorativos, poder-se-á cobrar, no máximo, a consistência interna desses critérios e, dependendo das circunstâncias, a sua compatibilização externa com normas e práticas aceitas como devidas pelos integrantes de uma comunidade jurídica particular. O espaço social para a resolução ou acomodação posterior das divergências, nesse caso, não é mais a ciência, mas a política. Por exemplo, sejam D^1 e D^2 duas alternativas de decisão que geram, respectivamente, as alocações econômicas C^1 e C^2 , e suponha-se que C^1 seja mais eficiente que C^2 e C^2 seja mais justa do ponto de vista distributivo que C^1 (para uma dada definição de justiça distributiva). Na mesma linha, uma eventual opção do decisor por D^2 somente será irracional *erga omnes* se, segundo as normas e práticas consideradas como obrigatórias na comunidade jurídica de que é parte o decisor, ou, ainda, segundo as normas tratadas como obrigatórias pelo decisor, o valor que deveria ter orientado a sua decisão for a eficiência e não a justiça distributiva – caso em que quaisquer divergências relativas à adequação de D^2 serão *solucionáveis* por meio de argumentos *econômicos* (assumindo-se que todos os dados e informações necessários a um desfecho conclusivo da discussão estarão disponíveis aos participantes da discussão) (SCHUARTZ, 2008, p. 132).

Uma das críticas passível de ser feitas ao consequencialismo jurídico concerne à chamada questão dos “limites cognitivos” das consequências condicionantes, tratando-se de verdadeira crítica epistemológica, que coloca sob suspeita a própria

possibilidade de conhecimento do julgador sobre aspectos do problema posto em julgamento que seriam necessários a um juízo consequencialista metodologicamente adequado. Já uma segunda crítica diz respeito à inegável limitação de natureza estrutural, decorrente de um ambiente institucional caracterizado por escassez de pessoal, ausência de um banco de dados prontamente disponível aos julgadores e/ou impossibilidade de acesso à totalidade de informações (SCHUARTZ, 2008, p. 135-136).

Por outro lado, uma crítica que, embora existente, parece ser teoricamente insustentável, refere-se à defesa da completa e absoluta desconsideração, por parte dos julgadores, das consequências que a sua tomada de decisão irá acarretar, haja vista que, “por mais que não possamos ou não queiramos identificá-las, as decisões judiciais têm consequências, reconhecidamente” (SCHUARTZ, 2008, p. 141).

A insustentabilidade de tal posicionamento decorre do fato de que, em termos de teoria da democracia e da teoria do direito contemporâneas, causa estranheza a ideia de relegar, de maneira exclusiva, aos Poderes Executivo e Legislativo a preocupação com as consequências associadas às decisões e às suas alternativas, indo inclusive na contramão, por exemplo, dos mecanismos de garantia constitucional, como o controle de constitucionalidade das leis.

Mas além: a exigência de abstenção consequencial revela-se descolada da realidade fática de que decisões judiciais naturalmente produzem consequências intrajurídicas e extrajurídicas, sendo estas “as consequências que as decisões produzem em termos de restrições ou extensões do espaço juridicamente aceitável para decisões futuras” (SCHUARTZ, 2008, p. 141): exige-se a consistência entre decisões, bem como passa a haver uma orientação prospectiva – no sentido de, para além de buscar-se uma decisão que não se afaste dos precedentes anteriormente proferidos, leve em conta o fato de que essa própria decisão tomada servirá de precedente para decisões futuras (SCHUARTZ, 2008, p. 141).

Em certa medida, o ordenamento jurídico brasileiro admite e prestigia o consequencialismo jurídico.

Isso porque a o Decreto-Lei 4.657/1942 (LINDB), alterado pela Lei 13.655/18, estabeleceu, no caput de seu art. 20, que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Já o parágrafo único daquele dispositivo regulamenta que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação

da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Ainda, acerca da invalidação de atos administrativos, estabeleceu em seu art. 21 que “a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas administrativas”, ao passo que o parágrafo único disciplina que “a decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

Conforme parecer do relator, Dep. Paulo Abi-Ackel, apresentado na Comissão de Constituição e Justiça, a inclusão de 11 artigos à LINDB levada a efeito pela Lei 13.655/18 teve por objetivo a introdução de disposições relativas à segurança jurídica e à eficiência na criação e aplicação do direito público (BRASIL, 2017, p. 01).

Especificamente em relação ao art. 20, a sua inclusão objetivaria conferir uma “maior concretude ao princípio da motivação, pois determina que as decisões (...) sejam tomadas não apenas com fundamentos principiológicos, mas considerando suas consequências práticas e, sobretudo, ponderando as alternativas possíveis” (BRASIL, 2017, p. 05).

Segundo o relator, a exigência de prolação de decisões razoáveis e proporcionais, que levem em conta a extensão e intensidade dos eventuais danos dela mesma decorrentes, seria um caminho importante a “não restarem dúvidas do respeito do seu conteúdo à legalidade e à proporcionalidade” (BRASIL, 2017, p. 05).

Embora a nova redação da LINDB, com a inclusão dos dispositivos acima transcritos, evidencie a preocupação e a prudente atenção em relação às conexões havidas entre Direito e Sociedade (MORAIS; ZOLET, 2018, p.508), a sua previsão normativa aponta para a necessidade de algumas reflexões.

A primeira reflexão concerne à dificultosa tarefa metodológica de impor ao julgador a obrigação de decidir a partir de evidências empíricas, por meio da análise antecipada, através de instrumentos metodológicos adequados, quais consequências práticas, e o resultado final dessa análise serviria como “régua” (ou parâmetro decisório) para a medição da idoneidade da opção do julgador (MORAIS; ZOLET, 2018, p.509).

Já uma segunda constatação, de índole muito mais crítica do que a primeira, concerne ao fato de que a nova redação da LINDB, de modo superficial (e, portanto, inadequado), adentraria em terreno arenoso e controverso da Teoria do Direito contemporânea no que tange aos limites do ativismo judicial e judicialização da política (MORAIS; ZOLET, 2018, p.510). Ora, se de um lado a LINDB pretende evitar a escolha de argumentos genéricos, sobremaneira abstratos e/ou meramente principiológicos, invocar algum “mantra” argumentativo como, por exemplo, “a grave repercussão sobre a ordem e economia pública”²⁹ acaba por (in)voluntariamente “esvaziar o fundamento que deu lastro ao artigo 20 e 21, de forma a tão somente deslocar a invocação principiológica para justificativas econômicas sem qualquer lastro. Quando se argumenta pelas consequências” (DIAS; NASCIMENTO, 2019). No entanto, para a coerência das pretensões consequencialista, “é imprescindível que se identifique os elementos que embasaram a decisão, bem como os combine com os demais dispositivos legais que justifiquem a posição sustentada” (DIAS; NASCIMENTO, 2019).

Diante de todas essas constatações teóricas, a questão acerca da argumentação consequencialista se revelar adequada à análise e decisão sobre a existência, ou não, de direitos fundamentais (como o direito previdenciário) postos no caso concreto ganha suma importância.

Com efeito, analisando os últimos dois séculos da história da Filosofia do Direito, é possível se examinar a forma pela qual “a ética utilitarista influenciaria o processo de tomada de decisões judiciais independentemente da metodologia empregada” (SAVARIS, 2010, p. 57).

Nesse sentido, Savaris destaca: o utilitarismo social de Ihering, apresentado como uma proposta de superação ao modelo formal-subsuntivo até então dominante (SAVARIS, 2010, p. 63), e sintetizado pela compreensão de que “todas as normas têm por finalidade a existência e prosperidade da sociedade” (IHERING, 2002 apud. SAVARIS, 2010, p. 65); a jurisprudência dos interesses de Philipp Heck, para quem seria um pressuposto metodológico fundamental a o rigoroso conhecimento dos reais

²⁹ Felipe Wagner de Lima Dias e Victor Hugo Macedo do Nascimento (2019) citam como exemplo de sua preocupação teórica, a decisão proferida pelo Min. Dias Tofoli, em sede de tutela de urgência, nos autos da Medida Cautelar nº 5.257, no sentido de determinar a suspensão de decisão proferida que havia garantido a permanência de empresas no regime tributário da Lei 12.546/11 durante o ano de 2018, fundamentando que “a execução imediata da decisão judicial ora combatida impacta direito de interesse coletivo relacionado à ordem e à economia públicas, pois implica alteração da programação orçamentária da União Federal”.

interesses que justificaram a criação da lei, levando tais interesses em consideração na tomada de decisão em cada caso (SAVARIS, 2010, p. 71); ou mesmo as perspectivas jusmetodológicas contemporâneas, a saber, funcionalismo, normativismo e jurisprudencialismo, podem vir a seguir a ética utilitarista quando da realização do direito (SAVARIS, 2010, p. 75).

Ou seja: ainda que de modo não absoluto e literal, diversos autores e correntes jusfilosóficas, inclusive as contemporâneas, têm sido influenciados pelos ideais utilitaristas.

Mas para além da “influência indireta”, há também forte e explícita presença do utilitarismo em discursos teóricos eventuais. Nesse sentido, primeiramente, é necessário que se reflita que a concepção consequencialista ganha especial defesa e propagação em determinados momentos históricos, visto que “em tempos de crise, principalmente econômica, é perfeitamente associável uma política legislativa e judicial de restrição de direitos, justamente pela técnica de maximização de bem estar, que está adstrita ao controle rígido do orçamento público” (RODRIGUES; PHILIPPI, 2014, p. 661).

Isso, por si só, carrega consigo uma evidente problemática epistemológica, no sentido de que o Direito é justamente estabelecido para dar estabilidade às relações sociais, e não ficar sujeito aos imediatismos dos fatos sociais, políticos e econômicos.

Em tempos de estabilidade política, social e econômica, por outro lado, a matriz utilitarista passa a ser consideravelmente deixada de lado, visto que comumente alinhada à uma perspectiva de escassez, perderia um de seus pressupostos de legitimação.

Ocorre que, a utilização da teoria utilitarista enquanto paradigma interpretativo, ainda que de maneira intercalada – condicionada às instabilidades políticas, sociais e econômicas – também é teoricamente insustentável.

Com efeito, as mudanças e instabilidades sociais, cujo enfrentamento é indispensável, devem ser abordadas essencialmente no campo do debate político. É óbvio que o Direito não está alheio ao tempo, à realidade histórica e à sociedade. Mas imputar ao fenômeno jurídico (especialmente no ato interpretativo) a responsabilidade de acompanhar eventuais “idas e vindas” históricas sempre acabará tangenciando à liquidez decisória, à insegurança jurídica e ao subjetivismo.

Ainda, a questão pontuada desde John Rawls, no sentido de que a teoria utilitarista considera os “direitos fundamentais das pessoas, tanto quanto qualquer

recurso material, como meios a serem afetados para se produzir a máxima satisfação coletiva, independentemente da forma de distribuição da satisfação” (SAVARIS, 2010, p. 51) acaba por ensejar a instrumentalização da justiça e da vida, dignidade e individualidade humanas, tendo por justificáveis – e por vezes exigíveis - as violações de direitos (ainda que fundamentais e humanos), conquanto isso se preste ao bem coletivo (SAVARIS, 2010, p. 52).

O princípio utilitarista – notadamente caracterizado pela maximização do bem, custo o que custar – se revela incongruente quando confrontado com o fato de que, se por um lado não trata o ser humano um fim em si mesmo, desvestindo-o de sua individualidade, a aferição da utilidade depende justamente dos desejos dos indivíduos, enredando-se na sua própria intenção de aferição da satisfação (SAVARIS, 2010, p. 52-53). Com efeito,

O culto à utilidade pressupõe a previsibilidade dos estados de coisas futuros, das consequências ou efeitos das reformas, mas também aqui o utilitarismo é obrigado a encarar seus limites, uma vez que ao apostar na engenharia social em grande escala, encara a inexistência de uma teoria que nos permita prever os efeitos de equilíbrio a longo prazo de grandes reformas sociais. Mais do que isso, se é difícil prever ou medir as consequências de nossas ações mesmo quando conhecidas, com mais razão os julgamentos sobre o que maximiza a utilidade são imperfeitos. As tentativas de racionalizar as instituições têm mais probabilidade de causar mal do que bem (SAVARIS, 2010, p. 52).

Diante desse cenário teórico, Savaris (2010, p. 53-54) é assertivo ao afirmar que, num contexto de contraposição da eficiência econômica aos direitos fundamentais sociais, no qual os direitos fundamentais sempre acabariam por ceder à pressão do princípio da utilidade (sob o pretexto de serem relegados em detrimento das preferências ou interesses da maioria), a concepção utilitarista se revela “inconveniente para orientar o processo de interpretação ou aplicação judicial do Direito da Previdência Social”.

De maneira similar ao observado quanto ao argumento fundamentado na racionalidade econômica, trazendo as definições das teorias de matriz consequencialista e utilitaristas aplicadas ao Direito - como, por exemplo, de que o julgamento favorável à tese da desaposentação implicaria em inviabilização do sistema previdenciário, estímulo às aposentadorias precoces e revogação tácita do fator previdenciário, novamente é revelada uma preocupação política e ética, que acaba atrelada antes às consequências do que às causas e que se preocupa com uma narrativa do “interesse geral” quase tão metafísica quanto àquelas subjetivistas

que o utilitarismo em tese se propõe a combater – tem-se um também aqui um intransponível contrassenso teórico.

Conforme já dito no tópico anterior, a análise das consequências e impactos da criação, interpretação e aplicação do Direito é indissociável do viver em sociedade e das finalidades e atuação pública, haja vista que escolhas pressupõem, naturalmente, uma relação causal. Quanto mais em relação aos atores envolvidos no fenômeno jurídico, especialmente os magistrados, detentores de responsabilidade política no sentido de que seus atos sempre ensejam a ação do poder estatal e produzem reflexos em diferentes níveis.

Parece bastante evidente a necessidade de se “considerar a decisão adotada como um incentivo para condutas futuras das partes não envolvidas no pleito” (LORENZETTI, 2010, p. 186), sendo necessária a análise clara do “tipo de regra que se está criando pela decisão, e como será observado pelos cidadãos no futuro” (LORENZETTI, 2010, p. 186). É inegável que, de alguma maneira, as consequências devem ser sempre levadas em conta.

Contudo, a tomada de decisão em momento anterior (julgamento prévio) ao próprio espaço dos argumentos de fundamentação, a desconsideração dos “limites cognitivos” em relação às consequências, a utilização de pressupostos consequenciais falaciosos, completamente abstratos ou posteriormente comprovados inverídicos, ou a própria desconsideração da interferência em direitos fundamentais igualmente relevantes, fazem com que o utilitarismo ou o consequencialismo não se apresentem como mecanismos interpretativos adequados à resolução dos casos postos sob julgamento, não podendo as consequências serem tratadas, por si só, como os critérios de justificação e decisão.

Frisa-se que nem mesmo a - problemática - nova redação da LINDB, ao estabelecer o dever de observância das consequências práticas da decisão poderia ser invocada para justificar em termos legais a adoção da racionalidade utilitarista pelo STF no caso da desaposentação, considerando tratar-se de alteração legislativa posterior àquele julgamento.

Também aqui o paradigma utilitarista apresenta-se como racionalidade adequada apenas à análise científica, para o levantamento de dados e posterior fornecimento de subsídios para as discussões sociais e políticas. Mas não se presta enquanto critério de decisão jurídica propriamente dita.

A teoria utilitarista – assim como a AED, inclusive aquela sendo a maior influência desta – carece de procedimento complexo e próprio de aplicação de seus predicados, especialmente no que tange ao princípio da utilidade. Isso não foi, ao menos explicitamente, observado nem mesmo os votos que a utilizaram enquanto paradigma decisório.

Diante desse cenário, torna-se inevitável a conclusão de que a invocação de argumentos consequencialista foram cientificamente rasos e desprovidos de qualquer suporte fático minimamente comprovado, o que os torna imprestáveis como critério juridicamente válido de atribuição de sentido normativo.

4.2.5 A racionalidade moral: pontos de intersecção e afastamento

Por fim, o último tipo de racionalidade extraído da análise é a racionalidade moral, da qual foram inferidos argumentos que avaliavam se a situação posta em julgamento seria justa, certa, adequada, socialmente esperada etc.

Como indicadores dessa racionalidade, citam-se os seguintes argumentos favoráveis à tese da desaposentação: nenhuma pessoa pode ser compulsoriamente filiada ao RGPS para custear benefício que não seja o seu e a contribuição obrigatória do segurado não poderia ser instituída para custeio de benefício de outrem, alheio ao grupo familiar daquele.

De igual maneira, a racionalidade moral pode ser evidenciada por parte dos argumentos citados pelos Ministros que votaram pela impossibilidade da desaposentação, a saber: pelos princípios constitucionais da solidariedade e da universalidade, todos contribuem para um fundo comum, cujos recursos serão utilizados em benefício de toda a seguridade, não para o financiamento exclusivo do próprio benefício. O contribuinte no usufruto de aposentadoria pertence ao grupo que apenas contribui para o custeio do sistema, não para a obtenção de aposentadoria; quando o segurado reúne os requisitos para a obtenção da aposentadoria proporcional, a Lei o coloca frente a uma opção, de sua inteira responsabilidade: ele pode gozar do benefício por mais tempo, se optar por requerê-lo desde logo; ou ele pode obter um benefício de valor mais elevado, se optar por permanecer trabalhando. O que não está aberto ao segurado é fazer uma simbiose de ambas as opções aproveitando o melhor de cada uma; a tese favorável à desaposentação poderia gerar

distorções, como quando o aposentado, pelo modelo proporcional, destinasse parte do benefício, contribuindo como inativo de modo a perseguir a aposentadoria integral no futuro, situação em que o próprio INSS estaria custeando a aposentadoria futura; e a desaposentação importaria reversão da lógica no sentido de se postergar o momento da aposentadoria (pelo aproveitamento da força de trabalho) para obtê-la em maior valor (pela incidência do fator previdenciário), pois passaria a ser mais vantajoso aposentar-se mais cedo (proporcionalmente ao tempo de serviço) para, posteriormente, incrementar o benefício na desaposentação.

A peculiaridade é que tal linha de raciocínio pode ser observada tanto na argumentação que reconheceu o direito à desaposentação, quanto na tese vencedora, de sua impossibilidade. Assim como nos tópicos anteriores, é necessário que se faça uma prévia conceituação e delimitação teórica, para posterior análise da sua utilização no caso concreto.

Inicialmente, convém destacar o alerta feito por Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2015, p. 588) no sentido de que, embora seja possível o estudo da autonomia do Direito em face das outras experiências, não é desejável que tal estudo se dê de maneira que desconsidere “que a matéria da qual se constitui toda a experiência jurídica advém do caudal das influências das demais regras do *dever-ser*”.

Tal afirmação se dá a partir da compreensão do Direito enquanto forma, que se apropria das experiências gerais da sociedade (incluídas as experiências morais) “para colocá-las sob uma fôrma, que passa a determinar esta substância ou este conteúdo como juridicamente determinado e vinculante” (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 588).

Conforme já mencionado na introdução, trata-se de um pressuposto teórico adotado na presente pesquisa: a autonomia parcial do fenômeno jurídico em relação às demais esferas que compõe o *todo* humano.

Dito isso, sabe-se que o direito e a moral se aproximam na medida em que ambos estabelecem regras de condutas aplicáveis num determinado contexto de tempo e espaço. Visto que “ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual. Ambos são elementos inextirpáveis da convivência” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 356).

Ademais, possuem em comum a preocupação – ainda que em níveis diversos – com a questão da justiça, até porque “a justiça é o princípio e o problema moral do direito” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 356).

Conforme apontam Bittar e Almeida (2015, p. 592), o próprio ordenamento jurídico brasileiro possui disposições legais que corroboram a tese da intensa intimidade do Direito com a Moral, como, por exemplo: a previsão da obrigação natural do art. 814, CC; a positivação da moralidade enquanto princípio constitucional regente da administração pública, expressa no art. 37, CF; a ideia de boa-fé (e de sua presunção) influencia toda a teoria do negócio jurídico; práticas imorais por parte dos genitores podem arretar efeitos jurídicos sobre o poder familiar, inclusive a perda da guarda; ou a possibilidade de aplicação do costume como forma de solução de litígios, em caso de omissão legislativa.

Contudo, ao longo da evolução do pensamento histórico da Filosofia do Direito, percebe-se que tais similitudes e pontos de convergência não são circunstâncias suficientes ao tratamento de ambas as esferas da vida humana como uma coisa só, especialmente porque há mais diferenças do que semelhanças propriamente ditas.

A diferença mais invocada refere-se à questão da compulsoriedade: ao passo que o direito, enquanto instrumentalização do poder estatal, é detentor de caráter coativo – podendo o seu descumprimento justificar o uso da força estatal, por exemplo -, a moral possui por consequência de descumprimento a reprovação no meio social, ou mesmo a auto reprovação. Também chamada de “sanção puramente interior”, cuja “única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, um estado de incômodo, de perturbação, às vezes de angústia, que se diz, na linguagem da ética, ‘remorso’ ou ‘arrependimento’” (BOBBIO, 2001, p. 155), nunca usa de força coercitiva.

Nesse contexto, nas palavras de Miguel Reale (2002, p. 46), “o que distingue o Direito da Moral, portanto, é a coercibilidade. Coercibilidade é uma expressão técnica que serve para mostrar a plena compatibilidade que existe entre o Direito e a força”.

Falcón Y Tella (2011, p. 41-48) classifica as diferenças havidas entre Direito e Moral: (a) pelo sujeito – considerando-se que no Direito há bilateralidade, ao passo que na Moral há unilateralidade ou imanência; (b) pelo objeto – considerando-se que o Direito preocupa-se com aspectos externos dos atos, ao passo que a Moral se ocupa das motivações (aspectos internos) do agir; (c) pela valoração – dando-se de maneira objetiva no âmbito jurídico, enquanto no âmbito moral é levada a efeito de modo

subjetivo; (d) pelo carácter coativo do Direito e não coativo da Moral; (e) pelo carácter heterônomo apresentado pelo Direito – porquanto imposto ao sujeito desde fora -, diverso do carácter autônomo apresentado pela Moral – porquanto referente à vontade mesma do indivíduo; (f) pelo tipo de norma – sendo a norma jurídica “hipotética”, como um meio a se obter um fim, ao passo que a norma moral é “categórica”, havendo um fim em si mesma; e (g) pelo fim perseguido – aqui compreendendo-se o Direito como forma de organização coletiva, com função objetiva, a serviço da coletividade, enquanto a Moral como preocupação com o destino autenticamente pessoal do homem, referindo-se à vida do homem para com sua consciência subjetiva e individual.

Ao longo da história da Filosofia do Direito, as abordagens acerca da aproximação entre o Direito e a Moral foram, muito provavelmente, o elemento a distinguir as diferentes Matrizes Teóricas. É necessária uma brevíssima retomada das diversas correntes havidas a partir da Idade Média, apenas para efeito de contextualização do debate.

O movimento jusnaturalista apresentava como fundamento da experiência jurídica a própria Moral, enquanto elemento constitutivo do todo jurídico, assumindo para si a chamada tese da vinculação entre Direito e Moral.

Na perspectiva jusnaturalista, para que uma norma seja considerada válida, a sua mera produção por autoridade competente não é o suficiente, sendo necessária a aferição de sua justiça e concordância com os predicados do Direito Natural.

Na Idade Média, as concepções jurídicas defendidas por Santo Agostinho e por São Tomás de Aquino, guardadas as evidentes diferenças havidas entre si, materializam os predicados jusnaturalistas.

Santo Agostinho compreendia que a vida política ou pública estaria submetida a um mesmo conjunto de normas morais que regem a vida individual, tendo ambas as esferas a característica de compartilhar “uma única fonte de verdade; inteira, inviolada e não sujeita a mudanças na vida humana. Por trás das entidades e operações da ordem mundial está seu autor e governante último: Deus” (MORRISON, 2006, p. 72).

O pensador cristão associava a justiça à lei moral, no sentido de que a relação fundamental na justiça não seria aquela havida entre homens, mas sim entre o homem e Deus (MORRISON, 2006, p. 73). A lei eterna seria a materialização da razão e vontades divinas, ao passo que o direito natural seria a apreensão intelectual humana daqueles princípios eternos. Com efeito, “para que as leis criadas pelo Estado sejam

totalmente justas, dizia Santo Agostinho, as leis temporais devem estar de acordo com o princípio do direito natural, que, por sua vez, deriva do direito eterno” (MORRISON, 2006, p. 72). Noutras palavras, o direito natural seria a porção intelectual do homem na verdade de Deus e na sua lei eterna.

Assim, a justiça seria anterior às normas sociais vigentes: a ideia de justiça é um critério eterno, que antecede a própria noção de Estado, sendo que este não é considerado por Santo Agostinho como “um sistema autónomo, mas como parte de um todo maior” (MORRISON, 2006, p. 72). Com efeito, para Santo Agostinho a ordem jurídica deveria ter um fundamento, a justiça, que não poderia ser confundido com o processo político-normativo em si – haja vista que apenas a criação jurídica por órgãos soberanos/competentes não significaria a justiça de seu conteúdo -, mas extraído da vontade de Deus (MORRISON, 2006, p. 73).

Por sua vez, São Tomás de Aquino, autor do adágio “*lex injusta non est lex*”, erigia o Direito a um status de superioridade no bojo social, circunstância que “remete mais a uma renovação da filosofia antiga do direito natural, revisitada pelo cristianismo, do que a uma reflexão política sobre a função de ligação recíproca de governantes e governados por regras jurídicas” (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 121).

A filosofia tomista projeta uma hierarquização normativa que visa à profunda ligação entre o homem e Deus (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 124-125). A primeira esfera normativa dessa hierarquização é justamente a lei eterna (*lex aeterna*), consubstanciada na razão divina que governa o mundo, que se revela perfeita, porém desconhecida em sua perfeição, haja vista que ao homem é possível apenas a assimilação parcial de seu conteúdo. Já a segunda esfera normativa é a lei natural *lex naturalis*, que, diferentemente da lei eterna, pode ser conhecida diretamente pela razão humana, “precisamente porque ela é, no seio da criatura racional, uma participação da *lex aeterna*” (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 125). Por fim, a terceira espécie normativa tomista é a chamada *lex humana*, a lei humana, que corresponde à uma criação jurídica levada a efeito a partir dos princípios extraídos da lei natural, significando verdadeira aplicação particular da lei natural (com espectro essencialmente geral).

Afora a questão da hierarquização normativa proposta por São Tomás de Aquino, e inclusive como pressuposto de compreensão do pensamento tomista neste aspecto, destaca-se que aquelas ordens sucessivas antes mencionadas carecem de uma “pré-compreensão” do que seja a lei propriamente dita, sendo necessários quatro

elementos para materializar essa pré-compreensão, a saber: (i) a lei enquanto disposição da razão (e não da vontade), (ii) a eleição do bem comum como sua finalidade; (iii) a existência de uma instância responsável do que é comum a todos; (iv) a publicização das disposições normativas (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 125).

Trazendo tais requisitos tomistas à análise da lei humana, São Tomás de Aquino “pensa em uma justiça legal possível no sentido ou que seja orientada para a ideia de um bem comum e deduzida pela razão natural a partir dessa ideia do bem. O aristotelismo aparece neste traço: a justiça é uma construção da prudência” (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 126). Nesse contexto, tem-se uma compreensão tomista do Direito eminentemente essencialista - existe *de per se*, independentemente das vontades individuais que o estabelecem e da existência anterior da ordem estatal - e prudencial – cujo conteúdo é ditado pela razão especulativa e pela razão prática em seu contato com a realidade.

Assim, “uma vez que o Direito enquanto tal supõe a meta de um Bem, há nesta determinação prudencial a construção simultânea de uma ordem jurídica e moral, com a justiça legal assegurando a realização e a execução dessa ordem” (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 126). Com efeito,

O que é notável em Tomás é esta conciliação permanente da transcendência de Deus (e aqui, nesse sentido, da lei divina) e de uma confiança imensa depositada na razão humana. O poder legislativo do homem é real para Tomás. O homem pode determinar de maneira autônoma, racional e livre o justo positivo. Mas a confiança não é cega: esse poder, seja ele bem compreendido, é ao mesmo tempo limitado e relativo: o homem não pode decidir realmente entre o justo e o injusto fora do quadro de sua competência legislativa. Dito de outra forma, ele não pode legislar contra a natureza, isto é, no sentido de Tomás, contra a razão, já que sua natureza é precisamente a de ser um animal racional; e ainda menos contra a lei divina, já que esse aristotelismo relativo se situa em um quadro não aristotélico: o da Revelação (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 126-127).

Passados alguns séculos, com a chegada da modernidade – e suas acepções racionalistas – as teses jusnaturalistas até então dominantes cederam espaço àquelas de índole mais formalista, as quais serão abordadas em momento posterior, por questão de organização textual.

No entanto, cabe frisar que o distanciamento entre Direito e Moral não se operou de maneira definitiva, havendo autores modernos e contemporâneos a propagar a possibilidade e necessidade conceitual de reaproximação.

Gustav Radbruch, buscou renovar a tese da correlação da Moral e do Direito, trazendo, em sua obra, a denominada *Fórmula de Radbruch*, por força da qual a lei

extremamente injusta não é lei. Para o autor, “há princípios que são mais fortes que todo estatuto jurídico... Esses princípios são chamados de direito natural ou direito da razão” (RADBRUCH apud. BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 374).

No entanto, convém destacar que Radbruch, autor cuja obra inicialmente apontava para a defesa irrestrita do positivismo jurídico, passou a “mitigar” sua abordagem formalista, sem abandoná-la integralmente, trazendo conceitos jusnaturalistas de forma moderada. Isso porque Radbruch passou a entender que o positivismo jurídico até então propagado tornou os juristas alemães indefesos (do ponto de vista teórico e fático) aos ideais nazistas, sendo que o direito, nesse contexto, deveria atender a certos postulados absolutos a fim de alcançar a plenitude do sentido do termo. Com efeito, “o direito exige algum reconhecimento da liberdade individual, e uma ordem jurídica que negasse totalmente os direitos individuais seria um direito absolutamente falso” (MORRISON, 2006, p. 371).

Dentre os pensadores contemporâneos, vale o destaque de que o jusnaturalismo voltou a ganhar profunda relevância no cenário teórico internacional com a difusão das obras e pensamento do jusfilósofo britânico John Mitchell Finnis.

Adepto, em certa medida, do pensamento Tomista, uma das intenções do autor é derrubar a figura quase caricata que o pensamento jusnaturalista teria sido apresentado pela Filosofia Moderna. Para tanto, lança como pressuposto de compreensão do fenômeno jurídico a afirmação de que “deve-se eleger a atitude social que assuma o Direito como uma instituição que merece respeito e obediência, isto é, como exigência razoável para a consecução da felicidade e paz social” (SGARBI, 2009, p. 200).

Contudo, tal ponto de vista da chamada “razoabilidade prática” (SGARBI, 2009, p. 200), significa, por si só, a adoção de um pressuposto moral para a colocação do problema jurídico.

Finnis defende a existência de uma realidade moral independente, em relação a qual todos os indivíduos podem ter acesso racional, que comporta valores fundamentais “deduzidos pela razão prática a partir dos ‘princípios de base’ comuns a toda sociedade, e que seriam nesse sentido incontestáveis” (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 385-386) ou princípios evidentes.

Nesse cenário, os princípios evidentes constituiriam o ponto de partida para a razão prática, de onde se extrairiam outros valores fundamentais sobre os quais o Bem-estar de uma vida em comunidade repousaria.

Exemplificativamente, o princípio da justiça é “deduzido do princípio segundo o qual toda pessoa deve contribuir de maneira ativa ao Bem-estar da comunidade de que faz parte” (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 386). Por conseguinte, se afastaria da noção de “tratamento igual de todos”, haja vista que o bem-estar da coletividade teria preponderância sobre os interesses individuais e suas liberdades fundamentais (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 386).

Como forma de materialização dos princípios da lei natural, Finnis apresenta um rol de bens humanos básicos enquanto elementos básicos para o florescimento (aprimoramento/potencialização) humano, os quais também “constituem o substrato valorativo do homem em todos os seus juízos morais (SAGARBI, 2009, p. 203). Os sete bens (ou princípios evidentes) elencados por Finnis são: (i) o “conhecimento” – utilizado no sentido de conhecimento especulativo, constituindo um valor quando buscado por si mesmo, e não instrumentalmente; (ii) a “vida” – em seu espectro amplo, de preservação, manutenção etc.; (iii) o “jogo” – entendido como importante elemento da cultura, no sentido da ocupação humana por realizações de demonstrações de performance; (iv) a “experiência estética” – compreendida como a possibilidade de valoração da criação e/ou da apreciação ativa de alguma obra de forma significativa e agradável; (v) a “sociabilidade ou amizade” – compreendida desde uma visão “fraca” (como aquela havida num contexto de mínima paz e harmonia entre os homens) até uma visão “forte” (como aquela havida por trabalhar pelos propósitos e bem-estar do próprio amigo); (vi) a “razoabilidade prática” – compreendida como a capacidade de fazer o que a própria inteligência seja aplicável aos problemas de eleger as ações e o estilo de vida e de formar o próprio caráter; e (vii) a “religião” – esfera compreendida até mesmo nas ações de negação de práticas religiosas (SGARBI, 2009, p. 204-207).

Para aquilo que nos interessa na presente estudo, é o bem humano “razoabilidade prática” que ganha maior relevância, visto que as obrigações (morais ou jurídicas) são dele decorrentes e devem ser a partir dele explicadas. Noutras palavras, “algo é obrigatório quando este algo apresenta ao sujeito da ação uma boa razão para agir conforme é preceituado, e não de outro modo” (SGARBI, 2009, p. 216). Daí porque “toda a construção teórica de Finnis encontra-se ancorada na consideração de que o vínculo “Direito” e “Moral” dá-se através da razoabilidade prática” (SGARBI, 2009, p. 217).

Nesse contexto, se de um lado Finnis jamais deixou de atribuir especial importância às normas jurídicas positivadas - por considerá-las o centro de toda e

qualquer discussão teórico-jurídica -, por outro lado, especialmente por conta de sua referência jusnaturalista, o autor entende a necessidade de sempre confrontar aquele determinado conteúdo normativo por meio do crivo da razoabilidade prática (SGARBI, 2009, p. 217).

Comentando a questão da (in)exigibilidade das leis injustas no pensamento de Finnis, Adrian Sgarbi afirma que:

Pode-se dizer que para Finnis as normas jurídicas encontram-se necessariamente jungidas ao seu mérito para comandar condutas segundo a avaliação do seu conteúdo que pode fazer à luz da razoabilidade prática (o bem-comum), e não pela simples aferição de validade com base nos critérios formais estabelecidos pela ordem jurídica *qua tale*. Isso porque, uma norma válida formalmente pode ser questionada em sua força para comandar por ser injusta, de sorte que ela poderá não ser aplicada seja total ou, mesmo, parcialmente. Significa dizer, o ato da vontade política do legislador tem importância para a razoabilidade prática dos destinatários apenas dentro do marco normativo da razoabilidade prática, o qual não pode ser posto por ele, pelo legislador. Aliás, é este marco normativo que estabelece os limites da obediência ao Direito (SGARBI, 2009, p. 218).

Para se saber se uma lei é injusta, Finnis apresenta quatro critérios objetivos de análise: (i) quando a lei busca a realização de interesses privados ao invés de favorecerem o bem-comum; (ii) quando há abuso de autoridade dos funcionários da ordem jurídica; (iii) quando a lei deixa de tratar os indivíduos com igual consideração; e (iv) quando, a pretexto de razões de justiça distributiva, se busca o próprio benefício através das funções públicas (SGARBI, 2009, p. 218).

Para Finnis não há, por parte dos governantes, um “direito de ser obedecido”, mas, sim, agregam a função de coordenar a produção de leis que sejam moralmente obrigatórias. Com efeito, “os princípios do direito natural consistem em dados suficientes para não apenas explicar a força obrigatória das leis, mas também para que ela seja desobedecida (SGARBI, 2009, p. 2019), haja vista que a obrigatoriedade moral do agir de determinada maneira somente incluirá as normas jurídicas na medida em que elas se revelarem justas (e necessárias para a consecução do bem-comum, portanto).

O intuito de fazer-se referência ao pensamento destes autores é a exemplificação da forma como teóricos da corrente do Direito Natural entendem a relação entre Direito e Moral e o quanto tais concepções teóricas podem influenciar, ou não, a forma como tal relação é tratada no cotidiano da experiência jurídica. Além dos autores citados, não se desconhece a obra de outros autores adeptos do jusnaturalismo, como, por exemplo, Hugo Grócio, Samuel Pufendorf, John Locke ou

Thomas Hobbes. Contudo, pela finalidade e delimitação da presente pesquisa, destaca-se que os mesmos não terão suas respectivas obras abordadas aqui abordadas.

Como visto, as diferentes concepções jusnaturalistas desenvolvidas ao longo da história guardam diferenças substanciais entre si: desde uma perspectiva mais teocrática (período medieval), até uma perspectiva adepta da racionalização dos direitos naturais (período iluminista/contratualista) que culminou na fundamentação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ou mesmo no pensamento contemporâneo finnisiano, com a busca da retomada de conceitos aristotélicos e tomistas, certo é, no entanto, que a preocupação de todas elas é compreender e justificar a íntima (e necessária) relação entre Direito e Moral.

Em sentido (ao menos inicialmente) diametralmente oposto, o positivismo jurídico teve como característica marcante a chamada tese da separação absoluta entre o direito e a moral. E é justamente esse pressuposto teórico que, em linhas gerais³⁰, caracteriza o positivismo jurídico e o diferencia das demais Matrizes teóricas do Direito. Conforme Norberto Bobbio (1995, p. 135), o positivismo jurídico surge “do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”.

Isso porque está impregnado pela noção de que a característica fundamental da ciência é a sua avaloratividade, consistindo a avaliação científica apenas e tão somente na formulação juízos de fato – que representaria a tomada de conhecimento da realidade –, mas jamais em juízos de valor – que representaria uma tomada de posição frente à realidade (BOBBIO, 1995, p. 135). Ou seja, a “cientificidade da atividade de estudo do direito provém de se considerar o direito como um ‘fato’, e não como um valor por realizar” (PALOMBELLA, 2005, p. 121), dado que, uma vez reconhecido o caráter factual do Direito, a sua submissão ao método científico – e sua objetividade – e à lógica, de maneira descolada dos juízos de valor – especialmente o Moral - seria possível (PALOMBELLA, 2005, p. 121).

Um de seus representantes, John Austin, ponderou que “a existência de uma lei é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra. Se existe ou não é uma questão; se se

³⁰ A impossibilidade de fazer uma conceituação geral e adequada se dá por conta de que, ao longo da História da Filosofia do Direito, não houve apenas *um* positivismo jurídico, mas, sim, vários positivismos. Exemplificativamente, cita-se a escola alemã (representada por Thibaut), a escola francesa de matriz exegética (representada pelos avanços decorrentes do iluminismo) e a escola inglesa de matriz analítica (representada por Bentham e Austin) (BOBBIO, 1995).

acomoda ou não a um presumido modelo, é questão diferente” (AUSTIN, 1832 apud. MORISSON, 2006, p. 266).

Embora boa parte das normas ilegais sejam, também, imorais, a validade da norma jurídica, na concepção jus positivista, não depende da sua adequação à Moral, não havendo uma correlação conceitual propriamente dita entre as duas esferas.

Com alguns distanciamentos em relação aos demais autores da corrente positivista, Austin caracteriza, de maneira interligada, sua ideia de positivismo jurídico como algo que detém um objeto certo – o direito tal qual ele de fato é; pela visão imperativa da norma – num modelo de estrutura de comando; pela concepção estatal do direito – o Estado, titular da soberania, enquanto única fonte da norma por meio do processo legislativo (PALOMBELLA, 2005, p. 122).

Dado o rigor da obra de Austin, seu pensamento é tido como marco inaugural da chamada corrente analítica do positivismo jurídico (ou Escola Analítica da Jurisprudência), cuja característica é a adoção de “critérios lógico-descritivos com vista à identificação das categorias e dos conceitos jurídicos a que se pode chegar não por meio de dedução racionalista, mas de dedução empírico-factual que possibilite abstraí-los dos ordenamentos jurídicos positivos” (PALOMBELLA, 2005, p. 122-123).

O paradigma jus positivista prevaleceu por décadas, especialmente por meio das obras de Hans Kelsen e Herbert Hart.

Em sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen defende que a finalidade da ciência jurídica é apreender o seu objeto “juridicamente”, ou seja, apreender o seu objeto do ponto de vista do direito. Assim, “apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica” (KELSEN, 2009, p. 79). Desenvolvendo esse raciocínio, Kelsen argumenta que são apenas as normas jurídicas, portanto, o objeto da ciência jurídica, sendo que a conduta humana só será assim também considerada se dita conduta estiver contida nas próprias normas, seja como pressuposto ou consequência daquelas. Isso significaria que tanto a conduta humana quanto as relações inter-humanas só serão objeto de um conhecimento jurídico quando constituírem o próprio conteúdo das normas jurídicas. A ciência jurídica corresponderia, destarte, a uma interpretação normativa dos fatos de conduta (constituidores do conteúdo das normas jurídicas).

Em virtude disso, o autor novamente enfatiza que, diferentemente das relações naturais e demais relações sociais (como a Moral), só o Direito produzido pela autoridade jurídica é apto a prescrever condutas (seja através de normas gerais ou individuais), cabendo à ciência jurídica tão somente descrever esse Direito.

Para o autor, essa distinção ensejaria outros aspectos nas quais os âmbitos se separariam ainda mais, visto que as proposições – aptas a descreverem o direito, mas que não atribuem direitos e deveres – devem ser analisadas sob a ótica da veracidade ou inveracidade. Ou são verdadeiras ou são falsas. Por outro lado, as normas jurídicas, aptas a estabelecer um dever-ser – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não seriam verídicas ou inverídicas, mas, em verdade, válidas ou inválidas. Nesse sentido, Kelsen conclui que “tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas” (KELSEN, 2009, p. 82).

Ao afirmar isso, o autor ressalta que esta conclusão não afasta o fato de que estas proposições são e tem de ser proposições normativas (*Sollsätze*) por descreverem normas de dever-ser. Contudo, igualmente ressalta que, diferentemente do dever-ser da norma jurídica – dotada de um sentido prescritivo -, o dever-ser da proposição jurídica é dotada de um sentido descritivo. Conclui que “esta ambivalência da palavra “dever” (*Sollen*, dever-ser) é esquecida quando se identificam proposições normativas (*Sollsätze*) com imperativos” (KELSEN, 2009, p. 84).

Da leitura da obra de Hans Kelsen, verifica-se que o autor pretende delimitar de maneira clara que o Direito (por ele compreendido enquanto um sistema de normas) não se confunde com a natureza (por ele compreendida como um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, segundo o princípio da causalidade) ou com a Moral. Da mesma forma, seu pensamento pretende evidenciar que a ciência jurídica (destinada ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e das relações por estas constituídas) jamais pode ser confundida com as demais ciências (que visam ao conhecimento, estreitamente ligado à lei da causalidade e de processos reais). Somente assim, segundo ele, seria possível se alcançar um critério suficiente à distinção entre a sociedade e a natureza; entre a ciência social e a ciência natural.

A propósito do elemento de ligação existente entre os fatos pressupostos e consequências da proposição jurídica – a saber, “deve ser” – este mostra-se como

elemento-chave do pensamento kelseniano. Isso porque tal expressão remete àquilo chamado pelo autor de *Sollen*. Para o autor, diferentemente do comumente pensado quanto à utilização da expressão apenas para as prescrições/comandos, “com o dever-ser” (*Sollen*) que a proposição jurídica afirma são designadas as três funções normativas”. Essas três funções, ou melhor, essas três significações de “dever-ser” corresponderiam, em verdade: “a de um ser-prescrito, a de um ser-competente (ser autorizado) e a de um ser-(positivamente)-permitido das consequências” (KELSEN, 2009, p. 87). E, para ele, a ciência jurídica só poderá debruçar-se em analisar esta conexão produzida através da norma jurídica se o fizer pela ótica do “dever-ser”. Não haveria outros espaços de análise, portanto.

Para Kelsen, não é de bom tom que a ciência jurídica se detenha a analisar se determinada norma jurídica, ou até mesmo a própria ordem jurídica, é eficaz. Isso porque, para ele, a eficácia da ordem jurídica seria apenas o pressuposto de vigência daquela, e não a própria vigência. Em verdade, o autor entende que cabe à ciência jurídica manifestar a vigência da ordem jurídica, sendo que somente obterá êxito nessa empreitada quando, apreendendo a harmonia de uma determinada ordem jurídica, analisar o pressuposto que consiste na prática de um ilícito e a sua correspondente consequência ao ilícito, por exemplo.

Com isso, Kelsen pretende defender que é possível a descrição de proposição do mundo do “dever-ser” (e não apenas do mundo do “ser”). E seria justamente esse o objeto da ciência jurídica.

Assim afirmando, Kelsen não pretende apenas defender as diferenças entre as ciências naturais e as ciências sociais, mas, em verdade, defender a própria importância de uma teoria positivista do direito. Tal teoria positivista, que estaria calcada naquilo que o autor chama de *mundividência científica*³¹, seria o único meio hábil a sustentar a distinção entre lei natural e proposição jurídica.

Acerca da neutralidade da análise científica do direito, Kelsen pondera que embora a ciência jurídica tenha por objeto de análise indireta os valores jurídicos (afinal as normas jurídicas guardam valores jurídicos), as proposições da ciência jurídica, assim como ocorre com as leis da natureza, devem corresponder a uma

³¹ Expressão contraposta àquilo que Kelsen chamou de *mundividência metafísico-religiosa*, que traz a noção de que o elemento de ligação entre causa e efeito é a própria vontade do divino Criador, e que traria a possibilidade de se pensar o Direito a partir de uma perspectiva metafísica, que visa a encontrar na natureza um direito natural – o que, para o autor, por certo faria com que tudo correspondesse às leis naturais (KELSEN, 2009, p. 87).

descrição do seu objeto alheia aos valores (*wertfreie*). Ou seja, devem corresponder a uma descrição sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem qualquer juízo de aprovação/desaprovação de caráter emocional. Isso porque, segundo ele, “as normas constitutivas do valor jurídico devem ser distinguidas das normas segundo as quais é valorada a constituição do Direito” (KELSEN, 2009, p. 89).

No argumento kelseniano, verifica-se que, se o objeto da ciência jurídica é dar uma resposta à questão de saber se uma conduta encontra, ou não, amparo no Direito, referida resposta somente poderá ser sobre a prescrição/proibição da conduta, sobre se quem a realiza é ou não competente para tanto, ou se dita conduta é ou não permitida, descabendo, portanto, quaisquer espécies de juízo moral do autor da afirmação científica.

Kelsen afirma que as ciências sociais se aproximariam das ciências naturais justamente por ambas buscarem uma explicação causal (a primeira da conduta humana, a segunda da natureza), sendo que a distinção existente entre ambas as ciências seria apenas de grau, e não de princípio (causalidade). O mesmo não ocorreria, contudo, com as chamadas ciências normativas, haja vista que o domínio considerado por estas ciências é contraposto: enquanto uma cuida da esfera de valores, as outras cuidam da esfera da realidade natural.

Ao afirmar que as ciências sociais normativas, especificamente a Ética e o Direito, cuidam da esfera de valores, Kelsen lembra que tais valores referem-se àqueles constituídos por normas positivas, em um dado lugar e em determinado tempo, por meio de ato humano. Mas Kelsen, sempre preocupado em distinguir a análise do objeto do objeto propriamente dito, ressalta que

Se estas ciências são designadas como ciências normativas, isto não significa que elas estabeleçam normas para a conduta humana e, conseqüentemente, prescrevem uma conduta humana, confirmam competência para ela ou positivamente a permitam, mas que elas descrevem certas normas, postas por atos humanos, e as relações entre os homens através delas criadas. O teórico da sociedade, como teórico da Moral ou do Direito, não é uma autoridade social. A sua tarefa não é regulamentar a sociedade humana, mas conhecer, compreender a sociedade humana (KELSEN, 2009, p. 96).

A sociedade é o objeto propriamente dito de uma ciência social normativa. Nesse contexto, não é por outra razão, senão a de que é a ordem que regula a conduta recíproca dos indivíduos, que Kelsen chega a afirmar que ordem e sociedade não são coisas diferentes.

E se a ordem social é dada por meio das normas, estas não devem ser encaradas como afirmações sobre acontecimentos (sejam passados ou futuros), mas, sim, como uma conduta humana futura que é ou prescrita, ou autorizada, ou permitida.

Esse é o contexto que leva Kelsen a iniciar sua empreitada contra o realismo jurídico ao afirmar que a ordem social é dada por meio das normas, e que a mesmas independem de sua eficácia para serem válidas.

Por fim, estabelece o seu ponto de vista no que tange à necessidade de separação da ciência jurídica da sociologia jurídica, momento em que apresenta seu argumento para refutar a ideia de que uma ciência normativa tão somente uma ilusão ideológica e que, por isso, só a sociologia jurídica poderia se apresentar de maneira adequada como uma ciência dirigida ao conhecimento de normas.

Kelsen rebate tal acusação a partir da noção de que a sociologia do Direito põe os fatos da ordem do ser em relação a outros fatos da ordem do ser, como causas e efeitos, mas nunca os põe em relação com normas válidas. Nesse aspecto, conclui que não seria o próprio Direito o objeto deste conhecimento sociológico, mas, em verdade, os fenômenos correlatos observados no mundo natural. Por outro lado, defende a sua Teoria Pura, enquanto específica ciência do Direito, em virtude da mesma se basear sobre as normas jurídicas (enquanto conteúdo de sentido querido e/ou representado) e não sobre os fatos da ordem do ser (algo relativo ao “querer” ou “representar” da norma jurídica), abrangendo os fatos desde que os mesmos estejam contemplados no conteúdo da norma jurídica, sendo por ela determinados. Ou seja: “o seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido” (KELSEN, 2009, p. 114).

O último autor filiado à corrente juspositivista a ser tratado no presente estudo é Herbert Hart. Assim como os demais, e naturalmente por força de sua concepção positivista de compreensão do Direito, a obra de Hart sustentou a necessidade da defesa da distinção entre o que o direito é do que ele deveria ser, sem, contudo, igualar-se aos seus antecessores positivistas (PALOMBELLA, 2005, p. 245) ou às demais correntes teóricas até então existentes, ganhando uma “fisionomia mais contemporânea” e refletindo, “em muitos aspectos, as modificações históricas que afetaram o Estado do século XX, tornando-o diferente do Estado que servira de ponto de referência a Kelsen” (PALOMBELLA, 2005, p. 245).

Herdeiro de uma tradição empirista advinda do pensamento de Hume, Hart sustenta a separação entre o Direito, o conceito do Direito e o conceito de sanção. E

justamente pela influência huminiana, é a partir da obra da sua obra que é abandonada “a linha de pensamento que tem forte domínio no positivismo – linha que, do ponto de vista filosófico geral, remonta a Kant e, quanto à “teoria geral” do direito, a Austin -, que vê a norma jurídica como comando soberano sancionado” (PALOMBELLA, 2005, p. 246).

Embora não negue a função do Direito enquanto meio de controle social, Hart entende não ser suficiente uma explicação reducionista do fenômeno jurídico apenas a partir de conceitos como “ordem”, “ameaça”, “obediência” etc., motivo pelo qual sustenta a importância de se “acentuar o aspecto interno das regras manifestado no seu uso como padrões orientadores e críticos de conduta” (HART, 1994, p. 169), a partir, principalmente, da distinção entre regras primárias de obrigação e regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento.

Hart admite parcial semelhança entre as regras morais e as regras jurídicas, que não seria mera coincidência teórica, e que é definida pelo autor da seguinte forma:

São semelhantes na medida em que são concebidas como vinculativas, independentemente do consentimento do indivíduo e são sustentadas por uma pressão social séria para a sua observância: o cumprimento das obrigações, quer jurídicas, quer morais, é encarado não como motivo de elogio, mas como um contributo mínimo para a vida social que é tomado como coisa corrente. Além disso, quer o direito, quer a moral incluem regras que regem o comportamento de indivíduos em situações constantemente repetidas no decurso da vida, mais do que em atividades ou ocasiões especiais, e, embora ambos possam incluir muito do que é específico em relação às necessidades reais ou imaginadas de uma sociedade concreta, um e outra fazem exigências que devem evidentemente ser satisfeitas por qualquer grupo de seres humanos que pretenda conseguir viver em comum. Daí que certas formas de proibição da violência exercida sobre pessoas ou sobre a propriedade, e certas exigências de honestidade e de veracidade surjam em ambos, de forma semelhante. Contudo, apesar destas semelhanças, tem parecido evidente a muitas pessoas que há certas características que o direito e a moral não podem partilhar, embora na história da teoria do direito estas se tenham revelado muito difíceis de formular (HART, 1994, p. 187).

Dessa semelhança havida entre Direito e Moral, o conceito obrigacional ganha relevância no pensamento de Hart, visto que é a partir dele que as diferenças passam a ser percebidas. A partir da narrativa de “submissão à crítica”, nas palavras de Kozicki e Pugliese (2017), “a noção de obrigação está vinculada a uma pauta de avaliação dos compromissos e resultados. Ou seja, aceitar uma obrigação é aceitar se submeter a uma pauta de avaliação a ela referente”.

Daí porque a teoria hartiana passa pela diferenciação entre obrigação jurídica de obrigação moral, sendo necessária a compreensão da estrutura normativa apresentada pelo pensador para a visualização de tal distinção. Nesse sentido, Hart

entende que a moral possui dois âmbitos distintos: a moral coletiva e a moral individual (HART, 1994, p. 182-190).

A moral coletiva (também chamada por ele como “moral convencional” ou “moral aceite”) refere-se aos padrões de conduta que são largamente partilhados numa sociedade determinada, cujo elemento básico consiste na existência das regras de primárias de obrigação, que se diferenciam das demais pela pressão social por meio da qual se sustentam ou pelo considerável sacrifício dos interesses e preferências individuais que o seu cumprimento implica (HART, 1994, p. 184). Afora tal característica, a moral coletiva distingue-se da moral individual por englobar princípios e ideais eleitos pelo grupo social – como a benevolência ou a caridade (HART, 1994, p.198) -, cuja própria existência dos referidos ideais servem como parâmetro crítico e de julgamento quando ocorre a violação moral.

Já a chamada moral individual, contraposta à moral social, corresponde aos princípios ou ideias morais que podem reger a vida de um indivíduo, mas que ele não partilha, necessariamente, com a coletividade (ou ao menos com um grupo considerável de indivíduos).

As distinções entre as obrigações morais das obrigações jurídicas são estabelecidas por Hart através de quatro aspectos: (i) a importância – as regras morais somente serão válidas enquanto sua importância social assim as considerar, ao passo que é possível haver regra jurídica válida, vigente e eficaz que, com o decorrer do tempo, assuma um caráter de absoluta desimportância social; (ii) a imunidade à alteração deliberada – referindo-se ao fato de que nas regras jurídicas sempre há a possibilidade de alteração/criação/extinção normativa deliberada/intencional, por meio de alteração legislativa, ao passo que nas regras morais essa alteração/criação/extinção não se dá de forma intencional, mas histórica/cultural; (iii) o caráter voluntário dos delitos morais – aqui compreendida a possibilidade da ausência de culpa ser uma circunstância sempre justificável no plano moral, porém nem sempre no plano jurídico (como nas hipóteses de imputação objetiva responsabilidade); e (d) a forma de pressão moral – no sentido de que as obrigações morais apelam para a consciência do indivíduo e da retomada da importância das regras em si mesmas, ao passo que as regras jurídicas vinculam-se muito mais à ameaça de sanção em caso de descumprimento (KOZICKI; PUGLIESE, 2017).

Assim como no caso do Direito, as definições de Moral positiva se dão, para Hart, de forma puramente descritiva e analítica e, embora devam ser tratadas de

maneira distinta, não por acaso há uma evidente área de sobreposição entre as duas esferas (PICCOLO, 2011, p. 41).

Por meio da abordagem dos denominados cinco truísmos³², Hart tangencia – e dá crédito - o pensamento jusnaturalismo naquilo chamado por “conteúdo mínimo necessário” ao Direito, o que o coloca a grande distância da tradição positivista clássica (PICCOLO, 2011, p. 43).

Hart (1997, p. 220) admite a influência da Moral sobre o Direito, no sentido de sustentar que os Estados modernos sofrem essa influência, seja da moral social aceite ou de ideais morais mais vastos, por meio de inserções legislativas abruptas, ou por meio de silenciosas e paulatinas decisões judiciais.

Ademais, haveria outros modos de exemplificação dessa permeação da Moral no Direito, como

as leis se tornando mera carapaça jurídica e exigir pelos seus termos expressos que sejam preenchidas com recurso a princípios morais; o elenco de contratos tutelados juridicamente pode ser limitado por referência a concepções de moral e de equidade; a responsabilidade pelos ilícitos cíveis e criminais pode ser ajustada aos pontos de vista prevalentes de responsabilidade moral. Nenhum ‘positivista’ poderá negar estes factos, nem que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte de tais tipos de correspondência com a moral. Se tal for o que se quer dizer com a expressão necessária do direito e da moral, então a sua existência deverá ser admitida (HART, 1997, 220)

A importância das construções teóricas dos autores positivistas é enorme e ainda hoje corriqueiramente percebidas na ciência jurídica e na *práxis* forense. Mas também não há como se negar que, posteriormente à obra daqueles pensadores, sobrevieram autores influenciadores/adeptos do denominado constitucionalismo contemporâneo, que apresentaram novas respostas à pergunta acerca da colocação do Direito em relação à Moral. Nesse contexto, à guisa da conclusão do presente tópico, mostra-se relevante uma breve abordagem das obras de Ronald Dworkin e Jurgen Habermas.

Ronald Dworkin, jusfilósofo norte americano propagador da tese da *one right answer* – ou seja, “de que a verdade no direito depende de nada mais misterioso (ou menos misterioso) do que o argumento jurídico correto” (GUEST, 2010, p. 134) – apresenta ao longo de sua obra uma tentativa de refutação ao positivismo jurídico

³² A saber: vulnerabilidade humana; igualdade aproximada; altruísmo limitado; recursos limitados; e compreensão e força de vontade limitadas (HART, 1997, p. 209-216)

dominante dos anos 60 no contexto anglo-saxão (SGARBI, 2009, p. 148), por meio da inclusão dos princípios à categoria normativa.

Com efeito, Dworkin critica a postura juspositivista – especialmente quanto ao pensamento de Hart – no sentido daquela revelar-se sobremaneira reducionista, enquanto um mero conjunto de regras que são válidas ou inválidas a partir de um critério de pertencimento (ou *pedigree*) por meio do qual tais regras teriam sua validade mensurada. Por outro lado, “pontua que o direito não opera dessa maneira, pois existem referências diferentes das regras, tais como os princípios e as políticas que escapam a essa medida” (SGARBI, 2009, p. 151).

Os espaços de intersecção entre o Direito e a Moral, no pensamento de Dworkin, se dão em dois âmbitos: metodológico e principiológico.

No que tange ao âmbito metodológico, Dworkin, ao posicionar-se contra à crítica hartiana da necessidade de neutralidade que somente uma análise puramente descritiva poderia trazer, defende que “uma teoria geral sobre o direito válido não constitui interpretação neutra da prática jurídica, na medida em que pretende também justificá-la (mostrar por que a prática é valiosa e como deve ser conduzida para proteger esse valor)” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 69), e que a teoria do direito, ao utilizar-se de argumentos morais e éticos, “faz uso de argumentos da mesma natureza que possuem as alegações jurídicas comuns – a diferença está, tão somente, no grau de abstração” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 69).

Dworkin se aproxima de Hart quanto à atribuição de importância ao estudo conceitual do Direito. Porém, diferentemente do filósofo britânico, entende impossível um estudo meramente descritivo, visto que, para ele, “estudar um conceito é interpretá-lo e, no caso do direito, é fazer alegações substantivas (morais e éticas) para fundamentar essa interpretação” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 69). Por tal motivo, chega-se mesmo a afirmar que “a ideia de Dworkin é a de que o argumento jurídico é completamente moral, ao ponto de que não há como identificar o direito sem que façam, também, alegações morais e éticas” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 69).

Assim, se o próprio conceito de Direito é formado, também, por aspectos valorativos morais, assim como as definições de outros conceitos políticos substantivos (não neutros) como “liberdade” ou “democracia”, por exemplo, para Dworkin as discussões que permeiam tais institutos são substantivas, “cuja solução demanda interpretações e valorações” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 70), não sendo possível a descrição das práticas correlatas sem a devida avaliação.

É a outra perspectiva de intersecção, a principiológica, que representaria, em termos normativos, a possibilidade de análise substantiva dos casos jurídicos. Com efeito, é justamente pelos elementos fundantes e pela categorização normativa da figura dos “princípios jurídicos” e é a partir deste âmbito que se explicaria, na visão de Dworkin, o porquê da Moral – enquanto elemento constitutivo-conceitual do Direito – não se presta à sua correção externa (dada a autonomia), mas, sim, ao controle intrínseco na medida de seus limites de adesão principiológica.

Segundo Dworkin (2014, p. 39), é de natureza lógica a diferença entre *princípios jurídicos* e *regras jurídicas*. Isso significa que, não obstante ambos apontarem para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em determinadas circunstâncias, há evidente distinção quanto à natureza da orientação que cada um oferece: enquanto as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, os princípios (que nem sempre prevalecerão no caso concreto) “devem ser levados em conta pelas autoridades públicas como [se fosse] uma razão inclina numa ou noutra direção” (DWORKIN, 2014, p. 42); enquanto duas regras em conflito não podem prevalecer de forma concomitante (ou seja, uma delas não pode ser considerada válida ao caso), os princípios possuem uma dimensão (que as regras não têm) de peso ou importância – de modo que, quando os princípios se inter cruzam, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, 2014, p. 42).

Se as regras referem-se às normas aplicáveis na formula do “tudo ou nada”, os princípios referem-se a normas que “não firmam uma consequência jurídica precisa diante de uma circunstância igualmente precisa; eles expressam considerações de justiça, equidade ou outras dimensões da moralidade” (SGARBI, 2009, p. 151), motivo pelo qual tem-se que “os princípios não estabelecem uma solução unívoca para as controvérsias em que são aplicáveis” (SGARBI, 2009, p. 151).

A partir da categorização dos pilares do Direito em regras, princípios e políticas, Dworkin cria as bases para sustentar a sua teoria jurídica: o Direito como integridade (DWORKIN, 1999) e a apresentação do fenômeno jurídico enquanto uma prática social interpretativa.

A tese do “Direito como integridade” apresenta a ideia de que “as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre o seu significado” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 72).

Distanciando-se das perspectivas convencionalista e pragmática, Dworkin (2007, p. 273) sustenta que

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.

Isso porque, seguindo a tese, “as proposições jurídicas são 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, 2007, p. 272).

A concepção do Direito como integridade destaca dois cânones interpretativos: a adequação da interpretação – necessidade das decisões judiciais se harmonizarem com o acervo jurídico e/ou institucional já existentes - e a justificação – relativo à necessidade da interpretação se dar a partir dos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo – (SGARBI, 2009, p.191), os quais remontam e desenvolvem a ideia de “coerência”, inúmeras vezes repetidas na obra do autor.

Ao falar em “integridade” enquanto virtude política e jurídica, a tese de Dworkin sustenta a necessidade de que o direito seja pensado e criado de maneira coerente às estruturas principiológicas que fundamentam a própria existência desta prática social, bem como que as decisões judiciais não sejam descoladas dessa realidade do todo coerente (SGARBI, 2009, p. 189). Com efeito, “essa postura se justifica em razão de ser essa ‘virtude’ que permite conceber a comunidade política como uma associação de princípios” (SGARBI, 2009, p. 189), ou seja, propaga a ideia de que “todos os direitos que sejam patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 72).

O autor, admitindo a possibilidade de normas caírem em desuso, adverte que a integridade não exigiria coerência em todas as etapas históricas de dado ordenamento jurídico, mas, sim, uma coerência de princípio antes horizontal do que vertical, sobre todo o ordenamento jurídico que a comunidade aceita e faz vigorar. A coerência “insiste em que o direito (...) – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa” (DWORKIN, 2007, p. 273-274).

A coerência, para Dworkin, se materializaria no princípio da integridade na legislação e no princípio da integridade no julgamento (STRECK; MOTTA, 2018, p. 72-73).

Até por isso, na visão de Dworkin, é possível se compreender a historicidade, e consequente integridade do fenômeno jurídico a partir da analogia com um romance em cadeia: vários romancistas únicos com a proposta de escrever um único livro, em coautoria, ficando cada um responsável pela escrita de um dado capítulo. Haverá aumento progressivo das limitações de “ajuste” (ou *fit*, na expressão dworkiniana) do segundo capítulo em diante, visto que, a despeito de ser possível alterações entre cada capítulo, alguns elementos – como o nome dos personagens, a linguagem e o enredo – não poderão ser injustificadamente alterados. Isso porque “algo é exigido no início e, assim, a criatividade posterior é limitada pela sua aceitação, com o fim de que os capítulos subsequentes sejam parte do romance” (GUEST, 2010, p. 52).

A questão desse “ajuste” entre os sucessivos atos de um mesmo romance em cadeia é, para Dworkin, uma questão interpretativa em si mesma (GUEST, 2010, p. 53). Nesse cenário, o romancista teria dois problemas a resolver: um relacionado à coerência formal, no sentido de ser levado em conta aquilo que já fora escrito até ali; e outro relacionado ao desenvolvimento da história, pelo qual o romancista se perguntaria, substantivamente, qual possibilidade existente tornaria o romance melhor? (STRECK; MOTTA, 2018, p. 73).

E trazendo tal analogia à teoria do Direito, para Dworkin, caberia aos juízes a responsabilidade de assumir a condição de um romancista na cadeia, lendo aquilo que os outros juízes já fizeram no passado, tanto para tentar descobrir o que aqueles disseram anteriormente, mas, também, “para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, ou seja, como cada um deles formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 73), ficando a cargo do julgador o dever de considerar-se como parte do complexo empreendimento em cadeia, dando continuidade, por meio de suas decisões atuais, à história no futuro.

A teoria do direito como integridade, e a categorização normativa apresentada por Dworkin, são respondidas por uma postura interpretativa. E é exatamente nesse ponto que a relação entre o Direito e a Moral ganha um contorno teórico ainda mais relevante no pensamento do autor americano. Nesse sentido,

As regras do direito constituem as práticas sociais que são a “coisa” a ser interpretada de maneira construtiva ou artística. Mas o que significa dizer que devemos mostrar as práticas jurídicas na sua melhor luz? Dworkin é menos

explícito sobre isso, embora a ideia seja central para sua posição antipositivista de que o argumento moral é um ingrediente essencial do argumento jurídico. Mas está claro que ele considera que a existência do direito é uma justificação moral para a coerção do Estado e afirma que o conceito de direito é uma justificação moral para a coerção do Estado e afirma que o conceito de direito que compartilhamos é um conceito por meio do qual entendemos que o sentido do direito é limitar e autorizar a coerção governamental (...). Para entendermos o significado, para interpretar essas práticas sociais que entendemos dessa maneira, não é natural supor que devemos entendê-las sob sua melhor luz *moral*? Sob que outra luz deveríamos vê-las? (GUEST, 2010, p. 38)

Para Dworkin, a ideia positivista do direito se auto-justificar corresponderia, por si só, a uma petição de princípio, motivo pelo qual não seria adequado assumirmos como correta a afirmação de que “o direito deve ser colocado em sua melhor luz moral unicamente com base no fundamento de que temos uma crença de que o direito e a moralidade são ‘conceitualmente’ distintos” (GUEST, 2010, p. 39).

Daí porque, conforme Streck e Motta (2018, p. 75), o argumento de Dworkin passa pela afirmação de que não seria possível se descrever o que o direito é sem que se apresente uma determinada concepção de legalidade e que tal concepção dependeria, por sua vez, da aferição do quão boa e adequada aos esquemas de valores socialmente compartilhados, haja vista que “a teoria do direito é um exercício de moralidade substantiva” e “a parte mais decisiva de um argumento jurídico é o seu elemento moral” (DWORKIN, 2010 apud. STRECK; MOTTA, 2018, p. 75).

Embora tais considerações acerca da íntima ligação entre o Direito e a Moral no complexo pensamento de Dworkin, a defesa da teoria do autor não compreende a aceitação da Moral, enquanto elemento extrajurídico, como parâmetro corretor do direito – como defenderia o realismo ou o jusnaturalismo clássico -, mas, sim, compreender a Moral enquanto um dos elementos constitutivos do próprio conceito do Direito.

Numa tentativa de traduzir o pensamento de Dworkin em termos práticos, parece possível afirmar que a prevalência dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo materializa a moral substantiva socialmente aceita e formadora daquilo atualmente conceituado pelo Direito.

O último pensador a ser abordado na presente pesquisa, porquanto a obra revela-se relevante e especialmente cada vez mais introduzida nas discussões jurídicas no ambiente acadêmico brasileiro, é o filósofo alemão Jürgen Habermas.

De início, cabe frisar que sua obra assemelha-se à de Dworkin no que diz respeito às tentativas de refutação do juspositivismo e do jusnaturalismo na concepção clássica, bem como quanto à absoluta importância dada às práticas comunicativas (aquele, em relação à hermenêutica; este, em relação à linguagem propriamente dita). No entanto, em aspectos centrais de sua teoria do direito são apresentados argumentos teoricamente incompatíveis entre ambos.

Habermas é adepto e propagador do paradigma linguístico-pragmatismo, movimento teórico que, após o chamado giro linguístico – que será abordado de maneira mais específica adiante - assume a ideia de que a linguagem não se prestaria apenas à transmissão do conhecimento, mas, também, como um meio constitutivo do saber, passando a ser tratada com especial interesse pelas diversas correntes filosóficas contemporâneas (OLIVEIRA, 2006, p. 11).

Conforme apontam Billier e Maryiulli (2005, p. 430), por meio de uma perspectiva universalista, Habermas deixa de lado o imperativo categórico até então dominante, substituindo-o pelo princípio de discussão - segundo o qual “toda norma válida encontraria o assentimento de todos os concernidos, se eles pudessem participar de um Discurso prático” (HABERMAS, 1989, p.148) – e pelo princípio da Universalidade – que é o fundamento da Ética do Discurso habermasiana e enuncia que

toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal*, para a satisfação dos interesses de *todo* indivíduo possam ser aceitas sem coação por *todos* os concernidos (HABERMAS, 1989, p. 147)

A justificativa habermasiana para a adoção de ambos os princípios passa pela afirmação de que, por meio deles, a Ética do Discurso privilegiaria as qualidades de juízos morais a serem utilizados como parâmetros normativos da própria via de desenvolvimento da capacidade de juízo moral (HABERMAS, 1989, p. 149).

Diante desses pressupostos teóricos que inauguram espécie de procedimentalismo, a linguagem assume importante destaque, fazendo com que o próprio processo de legitimação do direito se dê de maneira comunicativa e dialética (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 116).

Para Habermas, uma vez que é por meio de um discurso articulado entre sujeitos que se torna possível tanto a justificação quanto a aplicação de normas jurídicas, é necessária a observância dos pressupostos pragmáticos do discurso, que

“devem ser buscados em discursos práticos (...), tendo em vista que diferentemente da noção discursiva de verdade, os conceitos de correção e adequação normativa são definíveis inteiramente através da aceitabilidade idealmente justificada” (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 116).

Os pressupostos pragmáticos citados por Habermas (2002, p. 67) seriam: (a) a publicidade e inclusão – ou seja, a noção de que ninguém que possa fornecer uma contribuição relevante deva ser excluído do debate; (b) direitos comutativos iguais – ou seja, a garantia de que a todos participantes do debate são dadas as mesmas oportunidades de manifestação; (c) exclusão de enganos e ilusões – ou seja, a noção de que os participantes devem de fato pretender o que dizem, no sentido de ser exigida uma ponderação imparcial e correta dos argumentos, bem como uma abertura crítica à possibilidade do auto-engano; e (d) não conação – ou seja, a certeza de que a comunicação está livre de restrições que poderiam impedir a obtenção do melhor argumento.

No âmbito jurídico, o princípio do discurso, para Habermas, deveria servir como “garantia de satisfação da pretensão de correção de todo e qualquer tipo de norma ou enunciado jurídico” (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 117). E para que tal garantia seja satisfeita, seria necessária “a consideração de três diferentes questões que, somadas, constituem, justamente, o conteúdo do discurso de justificação do direito, a saber: (a) questões pragmáticas; (b) questões ético-políticas; e (c) questões morais” (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 117).

As questões pragmáticas seriam instruções para a ação que possuem a forma semântica de imperativos condicionados, traduzidas na perspectiva de um ator que procura os meios apropriados para a realização de preferências e fins que já são previamente estabelecidos (HABERMAS, 2002, p. 200).

Já as questões ético-políticas seriam aquelas colocadas “na perspectiva de membros que procuram obter clareza sobre a forma de vida que estão compartilhando e sobre as ideias que orientam seus projetos comuns de vida” (HABERMAS, 2002, p. 201), e que levariam em conta os costumes e tradições da comunidade na qual os participantes estão inseridos (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 118).

As questões morais, por fim, relacionadas à afirmação de que mandamentos morais têm a forma semântica de imperativos categóricos ou incondicionais, objetiva a consideração da noção de que uma norma somente pode ser considerada justa quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situações

semelhantes (HABERMAS, 2002, p. 203) – e não apenas para a comunidade dos participantes do debate, mas para todo e qualquer ser racional (ALMEIDA; RECK, 2013, p. 118).

Daí porque, para Habermas,

A correção da ação em conformidade com o direito, ou, nas palavras do próprio filósofo, “o controle jurídico de normas” deve se sujeitar a um discurso de justificação que, em sua complexidade, envolve discursos pragmáticos, concernentes a juízos de eficiência; éticos, relativos aos costumes da comunidade em que o sujeito se encontra inserido; e morais, capazes de atender a ideias abstratas de justiça. Quando institucionalizado pela via jurídica, o princípio do discurso assume o papel de princípio democrático, na medida em que passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização, em consonância com o Estado Democrático de Direito (ALMEIDA; RECK, 2013, P. 118)

Habermas sustenta haver uma relação de complementaridade entre a Moral racional e o Direito positivo, afirmando que “tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem lado a lado, completando-se” (HABERMAS, 1997, p.139).

É especialmente por intermédio dos componentes de legitimidade da validade jurídica que o Direito se relaciona com a Moral – haja vista que, para o autor, uma ordem jurídica só é legítima se não contrariar princípios morais consensualmente estabelecido - mas não num sentido de subordinação daquele à esta (ou de hierarquia entre as esferas normativas), e, sim, de complementação recíproca.

Com efeito, Habermas adverte que tanto as questões morais quanto as questões jurídicas referem-se, em última instância, aos mesmos problemas - a saber: Como seria possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se normas justificadas? Como seria possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente? – porém a partir de ângulos distintos, distinguindo-se *prima facie*, porque a Moral representaria apenas uma forma de saber cultural, enquanto o Direito adquiriria cogência no nível institucional, indo além de um mero sistema de símbolos, convertendo-se em verdadeiro sistema de ação (HABERMAS, 1997, p. 141).

Ou seja: mesmo em Habermas, possivelmente o autor contemporâneo que mais encontra interconexões do Direito com a Moral, é necessário que se considere os níveis de necessária autonomia entre tais esferas, e que seja respeitada a prática discursiva-procedimental inerente à tal intersecção.

Feita essa incursão no pensamento de alguns teóricos do Direito, sabe-se que embora a complexa relação entre Direito e Moral trate apenas de matéria tangencial ao problema de pesquisa propriamente dito, a evolução e os dissensos teóricos havidos ao longo da história da filosofia do direito se prestam a situar o debate e demonstrar a latente complexidade havida em meio às “questões primeiras” da Filosofia do Direito.

Como dito anteriormente, um dos pressupostos epistemológicos no qual se ampara a presente pesquisa refere-se à noção de que “teoria” e “prática” sempre andam juntas, mesmo quando essa relação é negada (como no caso das posturas mais atreladas ao racionalismo): a negação da razão já é, por si só, uma atitude racional (!). Daí porque se afirmar que, sendo essa uma relação construída e utilizada meramente para fins de organização do pensamento, é necessário que qualquer discussão “prática” tenha como ponto de partida pressupostos teóricos, haja vista esses serem substratos indispensáveis àqueles.

No Direito, isso se verifica constantemente quando se fala na adoção de uma ou outra matriz teórica como referencial – o que não pode ocorrer, no entanto, de modo “solto” ou intelectualmente descomprometido. Parece ser essa questão central da necessária influência da Filosofia no âmbito jurídico.

Mas mais do que uma Filosofia *do* Direito – que poderia levar a uma objetificação/entificação do Direito “a partir de um pensamento já instituído e alheio à dinâmica da história que nega a reflexão da incompletude e impossibilita o desvelar do fenômeno jurídico” (TRINDADE, 2006, p. 20) -, parece adequada que essa seja caracterizada por uma Filosofia *no* Direito (TRINDADE, 2006, p. 21). Porém isso não deve corresponder a uma mera alteração gramatical da expressão.

Conforme Trindade (2006, p. 23) pontua, fundamentando-se no pensamento de Ernildo Stein, é possível se afirmar que o maior problema concernente à Filosofia *no* Direito decorre do fato de que o jurista, embora necessite estar ligado (ao menos minimamente) à Filosofia, se move num nível muito raso das discussões filosóficas não alcançando a compreensão de uma linguagem filosófica mais profunda, cujas consequências seriam sobremaneira benéficas na medida em que determinantes para se pensar e fazer o Direito.

E o problemático paradoxo dessa circunstância se daria justamente porque é a filosofia que possui um papel exclusivo no nível do discurso jurídico, haja vista ser ela a responsável por “trazer os elementos que constituem não só o campo conceitual

e argumentativo do direito, mas, sobretudo, o espaço em que ele se move, que é sustentado, ao fim e ao cabo, pelo modo como se realiza a filosofia” (TRINDADE, 2006, p. 23-24). Nesse sentido,

É preciso entender, portanto, que é inadmissível, atualmente, continuar acreditando que seja possível fazer direito sem filosofia. O direito é, inevitavelmente, filosofia aplicada; e a filosofia, por sua vez, não é mero ornamento ou orientação, mas, sim, condição de possibilidade. Ou melhor: poder-se-ia até mesmo dizer que, para o estudo do direito, a filosofia, mais especificamente no que diz respeito aos paradigmas de racionalidade atrelados ao fenômeno jurídico, é tão importante como, para o estudo da física ou da engenharia, é a matemática (TRINDADE, 2006, p. 24).

Essa reorganização atribui à filosofia o caráter de se preocupar com as questões filosóficas mais caras e fundamentais *ao* direito, o que a tornaria o ambiente adequado e privilegiado “que permite ao jurista dar conta do fato de que o direito é muito mais complexo do que parece num primeiro momento – visto que ele opera normativa e objetificadamente com todas as dimensões ligadas aos existenciais humanos” (TRINDADE, 2006, p. 24-25), possibilitando, ademais, que o jurista compreenda “que é preciso lidar, filosoficamente, com isso, na medida em que, no campo jurídico, ele sempre se move de acordo com um determinado paradigma ou *standard* de racionalidade” (TRINDADE, 2006, p. 25).

Mas de que forma essa filosofia *no* Direito poderia ser construída? Parece que o pensamento de Ernildo Stein pode contribuir com alguns direcionamentos à discussão e a uma efetiva inovação na filosofia (STEIN, 2011).

Para o autor, a produção do conhecimento filosófico tem características que a distingue completamente do conhecimento científico, dentre as quais destaca-se a possibilidade de utilização de obras, autores ou temas por vezes tidos como ultrapassados, sem cair em descrédito por isso, bem como a ausência de um objeto propriamente dito para tratar – sendo esses são alguns dos motivos que dão especial importância à História da Filosofia, motivo pelo qual todo “estudo filosófico terá de ter presente um olhar retrospectivo de como filósofos procederam na abordagem de uma questão, e uma antecipação sobre que passos podem ser dados para que o desejo ou a afirmação de uma mudança façam sentido” (STEIN, 2011, p. 10).

Mas para que esses passos sejam dados de maneira concreta, é necessária a aproximação da Filosofia às outras áreas do conhecimento, de modo a caracterizar uma real interdisciplinaridade. Com efeito, “a Filosofia não possui recursos que possam ser retirados de seu objeto, mas também não encontra resultados definitivos

que indicariam como ir adiante no seu caminho”, haja vista se situar “no contexto do conhecimento humano, num quadro isolado do qual só pode sair olhando para outros tipos de conhecimento, a partir dos quais ela termina sabendo porque deve mudar, avançar de outro modo ou desistir daquele caminho” (STEIN, 2011, p. 10). Nesse contexto de interdisciplinaridade, ao se falar em inovação na Filosofia, para Stein necessariamente deverão ser rejeitados os diagnósticos isolados.

Mas essa inovação passa, outrossim, por uma mudança de postura do próprio filósofo e seu modo de trabalho – que, no mais das vezes, desenvolve a atividade filosófica “decidindo” a partir da sua individualidade. A saída para que essa individualidade seja aproveitada em favor de uma inovação filosófica se dá com a imersão do próprio filósofo “no todo da cultura que o cerca”, bem como a sua “consciência que deveria ter do ambiente científico em que está situado” (STEIN, 2011, p. 11).

Desse modo, irá se exigir do trabalho da Filosofia que vá além da mera informação teórica sobre Filosofia e filósofos. E para isso ele terá de ir além de si como indivíduo apenas bem informado, modificando dois tipos de comportamento. De um lado, terá de descobrir o que é relevante na Filosofia hoje. E de outro lado, terá de se transformar como indivíduo que se satisfaz com uma mera presunção de competência para ser capaz de participar de maneira interdisciplinar com a busca de sentido para o conhecimento que move a vida das pessoas bem informadas (STEIN, 2011, p. 13).

Stein lembra que o trabalho filosófico se atém às diversas formas que imaginamos que o nosso conhecimento possa assumir, seja no mundo teórico ou prático, acerca dos objetos, propriedades, relações, comportamentos e eventos em geral, sendo que “ocupar-se com tais realidades já tem um efeito sobre o modo como se vai realizar o trabalho filosófico” (STEIN, 2011, p. 17).

O autor entende que existem alguns fatores que devem ser levados em conta acaso se pretenda prosseguir rumo à inovação filosófica.

O primeiro deles seria relativo à necessidade de se situar autores ou livros de Filosofia com relação ao seu tempo, haja vista a característica que permeia a atividade filosófica dela estar, “de uma ou de outra forma, motivada por seu tempo, e, portanto, recebendo influências do modo como funcionam as realidades humanas” (STEIN, 2011, p. 17). Parece uma afirmação um tanto óbvia, porém trata-se de um aspecto frequentemente esquecido entre os acadêmicos, por exemplo.

Outro aspecto a ser levado em consideração é a necessidade de maior diálogo dos filósofos entre si, “fora dos pequenos grupos e das presumidas fortalezas de

ortodoxias, as mais surpreendentes e fechadas” (STEIN, 2011, p. 17), sendo que esse aspecto estaria diretamente relacionado ao anterior, tendo em conta aquele ser condição de possibilidade deste. Para o autor

Muito já se teria conseguido desse primeiro encontro dos filósofos entre si, uma vez que isso implicaria uma intensa atividade de rever problemas, de analisar formas de abordagem, de comparar linguagens teóricas. Essa maneira de confrontar, entretanto, para então levar necessariamente a mudar comportamentos, atitudes, e mesmo convicções, enfrenta grandes dificuldades, sobretudo devidas aos temperamentos, às biografias e às rotinas de análise e reflexão (STEIN, 2011, p. 17).

Stein aponta que outro fator a ser considerado seria aquele concernente ao surgimento de interesses filosóficos, objetivando o encontro de formas abstratas de apresentação de problemas e interrogações, sem que esses interesses tivessem sua origem exclusiva e restrita ao âmbito da Filosofia. Em outras palavras, o autor questiona por qual motivo não se poderia esperar uma aproximação entre os diversos campos das ciências e interesses de conhecimento com os debates e estudos filosóficos (STEIN, 2011, p. 18).

O derradeiro aspecto apontado pelo filósofo consiste numa verdadeira e enfática crítica ao ensino da filosofia no nível de graduação, cuja própria rotina acadêmica limitaria o potencial dos próprios alunos sob o “risível argumento de que se trata de principiantes e de que é preciso reservar os melhores currículos para os outros níveis de estudo” (STEIN, 2011, p. 18). Ocorre que tal postura traz uma indesejada consequência, a saber, a formação de hábitos “quase sempre marcados por uma espécie de autismo intelectual que se reforça cada vez mais com a concentração num autor, numa forma de análise e num tipo de convicção do que é um verdadeiro problema filosófico” (STEIN, 2011, p. 19).

Assim, para o autor, a sugestão de Wittgenstein apresenta-se adequada ao representar “o ensino da Filosofia como a arte de oferecer aos interessados não o alimento de que eles gostam, mas de fazê-los apreciar aquilo que não gostam” (STEIN, 2011, p. 19), o que poderia corresponder a uma ampla busca do conhecimento, além do estudo da estrita disciplina filosófica.

Fazendo esses apontamentos, Stein destaca que embora tenhamos sido acostumados com o estudo de questões filosóficas (teóricas ou práticas) num suposto ambiente fechado, com suas próprias regras, convicções e hábitos permanentes, o conhecimento humano, em verdade, “sofre as cambiantes influências da cultura em que se situa. Estamos (...) situados num mundo que não é mais comandado por

instituições do conhecimento, como se fosse possível delimitar campos autônomos e necessários para uma área determinada” (STEIN, 2011, p. 19).

Considerando que vivemos numa época imersa em uma rede ilimitada de informações, a Filosofia não deve perder a sua característica de reflexão e contemplação. Todavia, não pode simplesmente ficar alheia a esse novo contexto, sobretudo na questão do conhecimento. Nesse sentido, o autor sintetiza seu ponto de vista sustentando que

A nossa insistência na inovação na Filosofia tem, portanto, a sustentá-la, questões muito complexas para as quais temos hoje recursos que nos vêm do progresso do saber humano. Para enfrentar tal mudança é que se torna necessária a conjugação dos filósofos que se encontram com filósofos, de cientistas que se encontram filósofos, e terminam sendo filósofos, e de filósofos que se aproximam dos cientistas, para permanecerem filósofos no seu tempo (STEIN, 2011, p. 21).

Tendo-se em vista a linha de raciocínio desenvolvida no presente estudo, tem-se que essas considerações, de passo marcadamente fenomenológico, mostram-se sobremaneira razoáveis para uma real inovação da Filosofia *no* Direito.

Ora, é pouco razoável se esperar do Poder Judiciário um rigor acadêmico semelhante àquele das obras de Teoria do Direito, até porque, “decisão judicial”, em absoluto, não se confunde com ciência jurídica.

Mas isso não significa que a densidade da discussão deva ser absolutamente desprezada pelos julgadores, ou que a mesma possa ser inadvertidamente simplificada, ou, ainda, que possa ser utilizada uma argumentação teoricamente irresponsável.

Quanto mais quando uma dada linha de raciocínio argumentativo – como a racionalidade moral ora abordada – é utilizada, há uma evidente responsabilidade de quem a invoca desincumbir-se da sua adequada fundamentação de justificação e aplicabilidade.

E isso não foi observado no estudo de caso levado a efeito, tanto nos argumentos morais favoráveis, quanto nos argumentos morais contrários à tese da desaposentação.

Argumentos como o de que “nenhuma pessoa pode ser compulsoriamente filiada ao RGPS para custear benefício que não seja o seu” corresponde a uma tentativa de correção moral de uma (suposta) injustiça do sistema jurídico, que acaba por desconsiderar, por completo, a normatividade do princípio constitucional da solidariedade.

Em sentido oposto, contudo, apenas invocar a “solidariedade” e o “bem comum” como causa totalmente excludente dos aspectos individuais, e em detrimento dos direitos fundamentais do segurado, revela a um apego descolado da interpretação constitucional concretizadora dos direitos fundamentais e, sobretudo, revela um apego quase metafísico a alguns conceitos jurídicos³³, de difícil definição, a qual não raras as vezes é apresentada a partir de um critério de exclusiva conveniência subjetivista.

³³ Com essa crítica, não se pretende sustentar a pouca importância dos conceitos jurídicos, pelo contrário. O Direito é um fenômeno especialmente linguístico e às suas conceituações atribui-se a possibilidade de estabilidade e segurança jurídica. Ocorre que tal compreensão conceitual não pode ser descolada da compreensão teórica do que seja o próprio fenômeno jurídico, tampouco do momento histórico e social no qual está inserido. Nesse contexto, como indicativo metodológico, sugere-se a obra de Reinhart Koselleck (1992).

5 PARA ALÉM DA CRÍTICA: PROPOSIÇÕES TEÓRICAS

Ao longo das páginas antecedentes foi possível estabelecer o objeto de análise da pesquisa e o problema a ser enfrentado, bem como foi possível desenvolver-se a metodologia proposta para a coleta das inferências, especialmente a partir do estudo de caso dos julgamentos selecionados.

Disso, concluiu-se parcialmente que as racionalidades aferidas (legalista, institucionalista, econômica, consequencialista e moral) são, ao menos se consideradas de modo exclusivista, insuficientes à adequada análise jurídica do caso em discussão.

A partir de toda revisão bibliográfica realizada, e para além da refutação argumentativa feita no tópico anterior, parece apropriada, agora, a construção, ainda que incipiente, de uma proposta de resposta jurídica àquele debate posto em julgamento.

5.1 A razão jurídica concretizadora: a hermenêutica jurídica

A tarefa que mais buscamos, por meio de nossas atividades racionais, é a compreensão, haja vista que ela é “o método para alcançarmos a validade objetiva nas ciências humanas” (SCHMIDT, 2014, p. 74).

A partir das construções de Dilthey, tem-se que a compreensão orientada por regras de manifestação da vida permanente é a finalidade última e justificadora da interpretação, ao passo que a mente e o espírito encontram sua completa possibilidade de expressão na linguagem, o que torna a ciência da hermenêutica a compreensão orientada por regras na linguagem. Destarte, “a hermenêutica tem uma tarefa nova e importante. A hermenêutica é, assim, o modelo para toda a compreensão nas ciências humanas” (SCHMIDT, 2014, p. 74).

Assim, a elevação da hermenêutica enquanto ferramenta necessária à compreensão das ciências sociais e humanas é um pressuposto teórico necessário à continuidade das investigações, especialmente porque “entender e interpretar um texto não é somente um empenho da ciência, já que pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo” (GADAMER, 1997, p. 31).

Sem desconhecer a importância dos inúmeros teóricos que o antecederam, por questões metodológicas, necessário se abordar dois autores, cujas obras apresentam e representam duas propostas teóricas distintas, e que ainda hoje marcam inegavelmente sua influência no pensamento contemporâneo. São eles Emílio Betti e Hans-George Gadamer.

Emílio Betti é considerado herdeiro da tradição de Schleiermacher e Dilthey, no sentido de apreender a hermenêutica como um corpo geral de princípios metodológicos que sustentam o ato interpretativo (PALMER, 1999, p. 55).

Um dos objetivos de sua obra é a apresentação de uma teoria geral acerca de como as objetificações do espírito humano (experiência humana) podem ser interpretadas. Para tanto, defende a autonomia do objeto de interpretação, bem como sustenta a possibilidade de uma objetividade histórica do intérprete na elaboração de suas interpretações válidas (PALMER, 1999, p. 55).

A pretensão de Betti é apresentar distintos modos de interpretação das disciplinas humanas, formulando um conjunto de princípios elementares por meio dos quais se interpretasse tanto as ações humanas e quanto os objetos da interpretação propriamente ditos (PALMER, 1999, p. 64). A objetividade interpretativa é a grande preocupação de sua obra, sem que isso signifique a absoluta desconsideração do papel da subjetividade na interpretação, mas, sim, que seja estabelecido o pressuposto de que o objeto a ser interpretado mantém-se objeto, independentemente dos aspectos subjetivos. Conforme comenta Richard Palmer (1999, p. 65), para Betti, “um objeto fala, e pode ser ouvido de um modo correto ou incorreto, precisamente porque nele há um significado objetivamente verificável. Se o objeto não é diferente do seu observador, e se não fala por si mesmo, para quê então escutá-lo?”.

A interpretação, para Betti, é uma reconstrução do significado que o autor do objeto a ser interpretado foi capaz de incorporar, o que obriga o observador/intérprete a contextualizar-se numa subjetividade que lhe é estranha – a do próprio autor – e, por intermédio da inversão do processo criativo, voltando à ideia e à interpretação primitiva, necessária e essencialmente incorporada ao próprio objeto (PALMER, 1999, p. 65).

Ainda, Betti elege como regras interpretativas a necessidade de se observar o “contexto do sentido” - significando a apreensão do “todo” existente no interior do qual o somatório das partes individuais são interpretadas – e o reconhecimento do “caráter tópico” do significado – no sentido de que há relação entre a posição e os atuais

interesses do intérprete e o processo de compreensão propriamente dita. Com efeito, “Betti está longe de imaginar que a compreensão é uma questão de receptividade passiva; antes a considera como um processo de reconstrução que envolve a própria experiência que o intérprete tem no mundo” (PALMER, 1999, p. 65-66).

Embora este último aspecto possa aparentar semelhança com o pensamento de Gadamer – que será abordado adiante –, o raciocínio proposto por Betti apresenta alguns pontos de cisão definitiva, especialmente por meio das objeções à intersubjetividade existencial e à historicidade da compreensão, sustentando a crítica à obra de Gadamer no sentido de que este autor não teria êxito na produção de métodos normativos que viabilizassem a distinção entre uma interpretação certa e uma interpretação errada (PALMER, 1999, p. 66).

Do outro lado, há a chamada “nova hermenêutica”, orientada por uma perspectiva mais filosófica – e menos metodológica – quanto à interpretação em si mesma, e sustentando a historicidade do ato interpretativo.

Atribui-se ao pensamento de Gadamer muito daquilo que representa a forma como a hermenêutica é hoje conhecida, cuja obra, no âmbito da filosofia da linguagem e teoria do conhecimento, é tida por verdadeira ruptura paradigmática ao pensamento até então dominante, marcado essencialmente pela obra de Kant – especialmente quanto à separação kantiana entre o “sujeito conhecedor” e o “objeto a ser conhecido”, em relação à qual tem sido aceita a ideia de que tal relação é menos estática/estranha do que outrora se imaginava.

A partir disso, passou a ser cada vez mais questionada a ideia de ser possível, conforme estabelece a teoria positivista, uma interpretação (ou uma epistemologia) capaz de descobrir o significado próprio de algum objeto. Aliás, esse aspecto remete a outro igualmente sensível, a saber, a ideia de neutralidade, que consiste em verdadeiro pressuposto da pureza metodológica desejada, por exemplo, na ciência jurídica kelseniana.

Atribui-se a força desses questionamentos ao movimento teórico denominado “giro linguístico”, ocorrido no séc. XX.

O giro linguístico – também conhecido como *linguistic turn* ou reviravolta linguística – foi um movimento teórico promovido principalmente pelos pensamentos de Gadamer, sob a influência Wittgenstein e Heidegger, que embora dirigido principalmente à filosofia da linguagem e à hermenêutica, trazem novos pressupostos à própria construção do conhecimento. Ao Direito, tais contribuições mostram-se

ainda mais relevantes na medida em que a atividade jurídica (seja de conhecimento, seja de aplicação) envolve, no mais das vezes, análises textuais e de fala.

Para Gadamer, “a hermenêutica é a teoria filosófica do conhecimento que afirma que todos os casos de compreensão envolvem necessariamente tanto interpretação quanto aplicação” (SCHMIDT, 2014, p. 12).

Para o que importa ao presente trabalho, a teoria gadameriana passa pelo necessário entendimento acerca dos seguintes conceitos: compreensão; projeção arremessada; tradição; preconceitos; e autoridade.

Gadamer é adepto da definição heideggeriana da compreensão como a forma original da realização de *Dasein*, por sua vez relacionado à presença do “ser-no-mundo”. É pela compreensão que *Dasein* projeta possibilidades de seu próprio ser, sendo arremessado ao ser-no-mundo e descobrindo-se em meio a um contexto histórico (tendo, portanto, um passado). A facticidade do ser, o *Dasein* lançado ao mundo e a tradição histórica em que *Dasein* vive se tornam a base de qualquer compreensão protetiva (SCHMIDT, 2014, p. 144-145).

Contudo, se de um lado Heidegger aceita a compreensão como uma estrutura ontológica do ser humano, Gadamer, por outro, assume a análise da compreensão de um ponto de vista epistemológico, com o intuito de descrever a verdade ou como alcançar a compreensão correta (SCHMIDT, 2014, p. 146).

Da mesma forma, diferentemente do que, por exemplo, Schleiermacher propunha até então – numa perspectiva muito mais subjetivista, voltada à apreensão da vontade e individualidade do orador ou autor, e não apenas às palavras exatas e seu significativo objeto –, Gadamer entende que o ato de recriação da vontade comunicativa é impossível. Para o autor, a sua proposta romperia com o círculo estabelecido pela hermenêutica romântica, “na medida em que já não se refere à individualidade e suas opiniões, mas à verdade da coisa, um texto não entendido como mera expressão vital, mas é levado a sério na sua pretensão de verdade” (GADAMER, 1997, p. 444).

Por constituir as possibilidades do ser-no-mundo, a compreensão ganha também uma perspectiva do “há de vir”. Essa circunstância de “projeção arremessada” que a compreensão alcança é o que a faz tratar das possibilidades futuras do ser humano, inclusive culminando na questão da autocompreensão e nas futuras possibilidades do ser.

O caráter arremessado significa, então, o fato de que a tradição herdada surge como o ponto de partida para a compreensão, notadamente a partir da ideia heideggeriana de que a tarefa do intérprete não é abstrair da visão, posição e concepções prévias, tratando-as como meras circunstâncias casuais, mas, sim, garantir o tratamento científico ao desenvolvê-las nos termos das coisas em si (SCHMIDT, 2014, p. 146).

Com efeito,

A tarefa de Gadamer na hermenêutica filosófica é demonstrar como se pode obter a compreensão correta fundamentando as estruturas prévias da compreensão nas coisas em si. Enquanto Heidegger revela a compreensão como uma estrutura ontológica do ser humano, a compreensão epistemologicamente. Ele descreverá a experiência da verdade, ou como alcançar a compreensão correta. Como estamos interessados em compreender corretamente, esta descrição implica em prescrições para a compreensão correta (SCHMIDT, 2014, p. 146).

Nesse sentido, a compreensão funciona como um diálogo de pergunta e resposta, que tem por propósito o estabelecimento de um acordo quanto ao assunto discutido.

A base ontológica para a experiência hermenêutica, nesse contexto, é a linguagem, uma vez que é ela o meio e o objeto da compreensão. A linguagem, por sua vez, não é um mero sistema de sinais designados para objetos já conhecidos, mas, sim, é a expressão correta que traz o objeto para a presença pela primeira vez (SCHMIDT, 2014, p. 188).

As estruturas prévias da compreensão são denominadas por Gadamer de “preconceitos”, para quem “somente o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão leva o problema hermenêutico à sua real agudeza” (GADAMER, 1997, p. 406). Registra-se que a escolha do termo “preconceito” se refere a uma opção propositalmente provocativa, conforme admite o próprio autor (GADAMER, 1997, p. 407).

Sejam aspectos que se tem conhecimento consciente ou inconscientemente, os preconceitos incluem tudo o que sabemos - como o significado de palavras, as preferências, os fatos que aceitamos, os juízos estéticos, os valores, os juízos sobre a natureza humana e sobre questões espirituais etc. -, sendo que os mesmos, na maior parte das vezes, passam despercebidos. Num processo de aculturação, todos os preconceitos do indivíduo são herdados do seu próprio passado, e isso ganha especial significação diante do caráter arremessado da compreensão (que é a possibilidade de sua constituição vindoura) (SCHMIDT, 2014, p. 147-148).

É nesse ponto de sua obra que Gadamer procura demonstrar que, nas experiências da arte, do conhecimento histórico e da linguagem, existem três verdades que não são produzidas pelo método lógico-analítico, de caráter notadamente cartesiano. Segundo Gadamer, o cerne e pressupostos da ideia cartesiana de método – a saber, “a premissa fundamental do *Aufklärung*, segundo a qual um uso metódico e disciplinado da razão é suficiente para nos proteger de qualquer erro” (GADAMER, 1997, p. 416) – é equivocado, visto que incapaz de assegurar que o pré-conceito, inerente à historicidade humana, seja eliminado.

Para Gadamer, a questão epistemológica fundamental é representada pela pergunta “em que pode basear-se a legitimidade de preconceitos? Em que se diferenciam os preconceitos legítimos de todos os inumeráveis preconceitos cuja superação representa a inquestionável tarefa de toda razão crítica” (GADAMER, 1997, p. 416).

Assim, para o autor os preconceitos dividem-se entre os legítimos e ilegítimos. De forma bastante sintética, a diferenciação pode ser definida nos seguintes termos: os preconceitos legítimos são aqueles baseados nas coisas em si, ao passo que os ilegítimos são baseados em ideias soltas ou senso comum.

A aferição da legitimidade, ou não, dos preconceitos é operada por meio da autoridade da tradição, outro conceito-chave na obra de Gadamer. É a tradição que possibilita a transferência de conhecimento, juízo e costumes de uma geração à outra, e o fato de alguma coisa ter eventualmente sobrevivido numa dada tradição, significaria que, muito provavelmente, ela foi considerada digna por aqueles que a acolheram. E ainda que se admita que a autoridade da tradição é apenas relativa – haja vista que nem tudo numa tradição é necessariamente verdadeiro ou imutável –, ela não deixa de ser uma fonte possível de preconceitos legítimos (SCHMIDT, 2014, p. 148-149).

Para analisar a chamada “autoridade da tradição”, Gadamer utiliza-se do exemplo dos clássicos: assimila-se um texto dentre os clássicos a partir do raciocínio de que o mesmo que, dada a sua constante repetição, de fato seu conteúdo esteja imbuído de preconceitos verdadeiros ou legítimos, o que não significa que, no futuro, haverá o mesmo juízo e entendimento acerca da legitimidade daqueles preconceitos outrora invocados. Com efeito, “a temporalidade da compreensão descoberta nas estruturas prévias da compreensão implica que todos os nossos preconceitos vieram do passado” (SCHMIDT, 2014, p.149).

Num contexto de tradição no qual todos os seres estão inseridos, a tarefa da hermenêutica seria diferenciar os preconceitos legítimos, de todos os demais, ilegítimos, os quais precisam ser abandonados/refutados/criticados com o avanço temporal. A compreensão, destarte, precisa começar a partir dos preconceitos herdados, apenas tratando de alguns poucos deles, relegando os demais preconceitos a um âmbito não questionado da compreensão, haja vista que devemos “pensar a compreensão não como um ato subjetivo, e sim como a participação num evento de tradição, um processo de transmissão em que passado e o presente são mediados constantemente” (GADAMER, 1997, p. 385)

O passado, na teoria de Gadamer, influencia a compreensão de duas formas: a primeira, por intermédio da aculturação e do aprendizado de uma linguagem, da qual é herdado o conjunto de preconceitos (os quais igualmente guiam a compreensão); a segunda, por sua vez, por se traduzir na herança de uma série de interpretações de textos significativos (SCHMIDT, 2014, p. 153).

A compreensão, que se dá em meio ao chamado círculo hermenêutico, corresponde à fusão de horizontes na qual o horizonte do intérprete se expande de modo a incluir o horizonte projetado do futuro. O círculo hermenêutico – enquanto ambiência necessária à compreensão – exige que o intérprete pressuponha que o texto seja coerente e vise à verdade, para a partir daí reconhecer preconceitos em conflito no texto e assim questionar seus próprios preconceitos (SCHMIDT, 2014, p. 155).

Gadamer não rejeita a ideia de Heidegger de que, por conta do círculo hermenêutico, toda a compreensão seria interpretativa. Contudo, pretende ir além, no sentido de que toda compreensão interpretativa requer a própria aplicação, de modo a possibilitar a projeção do significado do texto, haja vista que a aplicação seria uma parte tão importante do processo hermenêutico quanto a própria compreensão ou a interpretação (GADAMER, 1997, 400-416).

É o próprio Gadamer quem aproxima sua teoria à experiência da hermenêutica jurídica, numa tentativa de demonstrar, em termos teóricos, que “a distância entre a hermenêutica espiritual-científica e a hermenêutica jurídica não é tão grande como se costuma supor” (GADAMER, 1997, p. 482). Para o autor, é importante estabelecer se a diferença entre o interesse dogmático (levado a efeito pelo jurista) e o interesse histórico (levado a efeito pelo historiador do direito) representa uma diferença unívoca.

Quanto à hermenêutica jurídica, Gadamer admite que a postura do juiz em adequar determinada lei transmitida às necessidades do caso concreto presente representa uma tarefa prática, mas sem que isso se traduza numa possibilidade de tradução arbitrária. Assim, partindo do pressuposto de que a hermenêutica jurídica também recorda em si mesma o modelo de relação entre passado e presente, a compreensão e interpretação significam, em última análise, a possibilidade de reconhecimento de um determinado sentido vigente, no sentido do juiz visar responder a “ideia jurídica” da lei, contextualizando-a com o presente, numa clara mediação jurídica. Destarte, não estaria se comportando como historiador mas, enquanto responsável pela sua própria história, estaria se ocupando de escrevê-la no presente, podendo, eventualmente e a cada momento, “assumir a posição do historiador, face às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz” (GADAMER, 1997, p. 487).

Por outro lado, afirmando que embora o historiador do direito não tenha diante de si qualquer espécie de tarefa jurídica propriamente dita, Gadamer sustenta que, por conta do objeto de estudo do historiador ser, também, uma criação do próprio direito, é necessária que a análise seja feita também em termos jurídicos, e não apenas históricos (GADAMER, 1997, p. 487). O autor registra que tal necessidade de apreensão histórica, mas também jurídica, se apresenta também nos casos de um determinado texto jurídico ainda vigente, haja vista que “o historiador que deseja compreender a lei a partir de sua situação histórica original não pode ignorar sua sobrevivência jurídica: ela lhe fornece as questões que ele coloca à tradição histórica” (GADAMER, 1997, p. 487).

O pressuposto teórico a justificar tal afirmação é o entendimento de que a compreensão não se limita a descrever corretamente um objeto, ou falar da aproximação do sujeito a ele, haja vista que, para Gadamer (1997, p. 487-488), o entendimento de que “o verdadeiro objeto da compreensão histórica não são eventos, mas sim seu ‘significado’”. Com efeito,

Em toda compreensão histórica sempre já está implícito que a tradição que nos chega fala sempre ao presente e tem de ser compreendida nessa mediação – mais ainda: como essa mediação. O caso da hermenêutica jurídica não é portanto um caso especial, mas está capacitado para devolver à hermenêutica histórica todo o alcance de seus problema se reproduzir assim a velha unidade do problema hermenêutico, na qual o jurista e o teólogo se encontram com o filólogo (GADAMER, 1997, p. 488).

Gadamer aponta como condição de possibilidade da hermenêutica jurídica a necessidade de que a lei vincule todos os membros da comunidade jurídica, de

maneira equânime. Isso porque, dependendo da vontade individual de um dado soberano absoluto, não seria mais possível qualquer hermenêutica, visto que este “senhor” poderia explicar suas próprias palavras, ainda que em desacordo com as regras ordinárias de interpretação (GADAMER, 1997, p. 488).

Para o autor, a problemática da hermenêutica jurídica refere-se ao âmbito de aplicação, visto que, para Gadamer, a tarefa da interpretação jurídica consistiria justamente em *concretizar a lei* no caso concreto. Tal concretização representaria verdadeira complementação produtiva do direito, cujo exercício estaria reservado ao julgador, o qual, por sua vez, também se sujeitaria à normatividade estabelecida enquanto membro de qualquer comunidade jurídica (GADAMER, 1997, p. 489).

Gadamer admite sempre ser possível conceber-se a norma jurídica vigente, o que demandaria a reelaboração dogmática de qualquer complementação jurídica realizada. Há, para Gadamer, uma relação essencial entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica, “na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção” (GADAMER, 1997, p. 490).

A teoria gadameriana passa pela afirmação de que o sentido da compreensão somente se concretiza e se completa mediante a interpretação. Contudo, acerca da liberdade do intérprete, o autor reflete que “essa ação interpretadora se mantém inteiramente atada ao sentido do texto. Nem o jurista nem o teólogo veem na tarefa da aplicação uma liberdade face ao texto” (GADAMER, 1997, p. 493)

Diante de tais elementos, ao menos para aquilo que interessa à presente pesquisa, tem-se que o cerne da guinada linguística, representativa das contribuições teóricas de Gadamer, se dá a partir da apropriação da ideia de que nossos preconceitos e nossa tradição são linguísticos, sendo que a compreensão justamente começa a partir de nossos preconceitos herdados. Por tal motivo, seria “mais correto dizer que a linguagem nos fala em vez de nós a falarmos” (SCHMIDT, 2014, p. 188). Com efeito, o “trabalho de leitura de um texto não leva apenas à interpretação do mesmo, mas os momentos de interpretação, compreensão e aplicação estão intimamente relacionados em um processo circular e infinito” (OMMATI, 2014, p. 87).

Nesse sentido, numa breve síntese do significado e contribuições do giro linguístico para a hermenêutica, Ommati (2014, p. 87-88) pontua que o trabalho interpretativo deixa de ser meramente mecânico, passando a envolver uma relação circular entre compreensão, interpretação e aplicação, bem como uma relação de

envolvimento entre o texto e o próprio leitor, diante do que não haveria a possibilidade de uma interpretação absolutamente neutra ou asséptica, uma vez que toda a leitura está imersa em valores e pressupostos do próprio indivíduo intérprete.

Levando-se em conta todas as contribuições teóricas promovidas pelo giro linguístico, e considerando, a partir do pensamento de Castanheira Neves (1993, p. 90), o pressuposto defendido anteriormente de que o Direito é linguagem e assim o deve ser considerado para efeito de compreensão, interpretação e aplicação, não há motivo lógico, teórico ou racional para que estes predicados da hermenêutica filosófica não sejam aplicados, em concreto, na interpretação jurídica. Em, ao menos em certa medida, isso já ocorre desde sempre.

A questão que importa refletir é se os elementos teóricos têm sido introduzidos de maneira sólida na discussão jurídica ou se apenas tornaram-se dimensões conceituais despidas de uma maior criteriosidade.

E a relevância desse questionamento se dá em meio à observação de que o direito processual e a teoria geral do processo ainda estão imersos no racionalismo – circunstância que, em certa medida, se opõe aos avanços e contribuições proporcionados pelo giro linguístico e pelas novas correntes da teoria do direito.

Com efeito, o paradigma racionalista trouxe à ciência (em geral) a necessidade de se prestigiar e buscar, mais do que qualquer coisa, a segurança. Essa busca insaciável por tal “certeza” e absolutização ensejou a elevação da dogmática, enquanto forma e técnica, a um patamar de dominância no âmbito processual civil.

Todavia, essa mesma dogmática - sabe-se especialmente após a problematização da ideia de “neutralidade” - fundamenta-se sob interesses não tão expressamente evidenciados que, muito embora escondidos, não devem ser tirados de vista. Nesse sentido, valem os ensinamentos de Ovídio Baptista da Silva (2006, p. 65-66) ao esclarecer que:

O autoritarismo que se oculta sob o dogmatismo, foi sem dúvida o principal ingrediente na formação do Direito processual Civil, como ciência formal e abstrata. Assim, como as verdades matemáticas são absolutas, enquanto categorias intemporais, do mesmo modo pretendeu-se absolutizar as instituições processuais, desligando-as de seus compromissos históricos, o que as relativizaria, situação que o industrialismo nascente – com sua exigência de segurança jurídica – não poderia tolerar. A relação entre dogmatismo e autoritarismo, afinal entre direito formal e formas autoritárias de organização política, não pode ser esquecida.

A dogmática, travestida de técnica jurídica, é eminentemente conservadora. E “a ‘astúcia da razão conservadora’ está, precisamente, na ideologia que somos

levados a reproduzir da velha e conhecida separação entre o dictum e o factum” (SILVA, 2006, p. 55). Ou seja: diz-se que o racionalismo jurídico está morto e sepultado – o que é o discurso -, mas, no mundo real, zela-se religiosamente pela preservação de tais instituições e pela crença no encanto de suas virtudes milagrosas – o que é o fato. Daí advém um “discurso invertido que, no mesmo tempo em que impede a evolução do sistema, mantém-nos confiantes em seus prodígios” (SILVA, 2006, p. 55).

Também aqui, no que tange à (e como uma resposta à necessidade da) superação do apego irrestrito ao dogma, faz-se necessária uma mudança paradigmática para a consequente democratização da produção do direito, aproximando-o da realidade social e de seus problemas (SILVA, 2006, p. 55).

Até porque o dogmatismo jurídico, ao se transformar em simples artefato da manutenção do status de poder, entra em conflito com a autêntica democracia participativa. Se se faz necessário o reconhecimento de que nenhum sistema jurídico pode sobreviver sem sólidas bases dogmáticas – o que em nenhum momento tentou-se evidenciar -, também faz-se necessário que a função dogmática “deve consistir numa maneira de lidar com aporias, tais como justiça, utilidade, certeza, prudência, legitimidade e outras tantas que a experiência judiciária nos oferece” (SILVA 2006, p. 55).

Contudo, por mais que se reconheça as profundas rupturas teóricas que o conhecimento jurídico vem sofrendo nos últimos tempos, a dogmática ainda ocupa local central na aplicação do direito, acabando por restringir as possibilidades e o alcance que só a hermenêutica jurídica poderia oferecer enquanto ambiente adequado à concretização do direito.

O desafio é que ocorra a superação ao dogma em sua acepção e apreensão irrestrita – de forma parcial, frisa-se, visto que o direito é naturalmente dependente de concepções, institutos, ficções e abstrações dogmáticas *de per si* -, sem cair num subjetivismo e relativismo teórico no qual tudo é racional e juridicamente válido.

5.2 A resposta juridicamente adequada à questão da desaposentação

Após todas as digressões e reflexões que a presente pesquisa pretendeu realizar, no sentido de denunciar aspectos da argumentação jurídica que não se

coadunam com sentido próprio do Direito, e sem desconhecer-se os limites metodológicos e científicos de uma pesquisa em nível de dissertação, e a partir das conclusões até aqui obtidas, mostra-se oportuna a apresentação de uma resposta juridicamente adequada ao caso da desaposentação.

E a propósito disso, registra-se que a ideia de “resposta juridicamente adequada”, ora adotada, é amparada na teoria dworkiniana de que, em Direito, há apenas uma resposta jurídica correta - ou no mínimo mais correta do que outras - (DWORKIN, 2001, p. 175), e na tese de Lenio Luiz Streck (2007, p. 281) no sentido de que há uma resposta hermeneuticamente adequada à constituição. Frisa-se que tais autores não são referência integral à presente pesquisa, mas suas contribuições se prestam à grande utilidade em relação a este aspecto em particular.

Isso não significa negar as inúmeras possibilidades de solução que o fenômeno jurídico, enquanto ética e linguagem aplicadas pelo poder estatal, pode proporcionar. Se assim não o fosse, jamais haveria teses contrapostas nos processos ou jamais haveria dissenso jurisprudencial. O sistema jurídico, por vezes, é um infinito de possibilidades normativas.

Contudo, a existência de inúmeras possibilidades não as torna todas igualmente válidas, corretas, eficazes e/ou adequadas. Isso porque, levando-se em conta todos os âmbitos do sistema jurídico (Constituição, leis, regras infralegais, princípios, distribuição do ônus e análise do acervo probatório, apreensão da norma enquanto resultado da interpretação, respeito à autoridade da tradição [direito como integridade] etc.), sempre haverá uma resposta que levará em conta, de maneira mais adequada do que as demais, todas essas variáveis.

Por outro lado, conforme narrado anteriormente, tem-se que as racionalidades legalista, institucionalista, econômica, consequencialista e moral, ao menos na forma como apresentadas ao longo dos julgamentos objetos dos estudos de caso, são insuficientes a responder, de modo juridicamente adequado à questão da desaposentação.

Diante dessas circunstâncias, aquelas racionalidades serão doravante abandonadas, limitando-se à tentativa de adoção de uma racionalidade jurídica (e, portanto, normativa) hermeneuticamente fundamentada.

Nesse contexto, num primeiro momento, entende-se que a previsão contida no art. 18, §2º da Lei 8.213/91 é inaplicável à tese da desaposentação. Aquele dispositivo prevê que os aposentados pelo RGPS que permanecerem em atividade sujeita a este

Regime, ou a ele retornar, não farão jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Se o objetivo dessa previsão legal fosse a de impedir o recebimento de duas aposentadorias, tratar-se ia de norma carcomida pela redundância, visto que o art. 124, II, da Lei 8.213/92 é suficientemente claro acerca da impossibilidade jurídica de recebimento de duas aposentadorias provenientes do RGPS.

A proposito disso, nas palavras de Wladimir Novaes Martinez (2018, p. 86), “possivelmente o legislador quis com esse *bis in idem* reforçar a ideia da acumulação indevida, mas a desaposentação não é nada disso”. Com efeito, em que pese toda a dificuldade conceitual de um instituto jurídico não previsto em lei, certo é que a desaposentação não versa sobre cumulação de benefícios, mas, sim, sobre a renúncia do benefício primitivo ou, quiçá, apenas adotando “a natureza de uma revisão de cálculo da renda mensal mantida, com o cômputo das contribuições vertidas após a aposentação” (MARTINEZ, 2018, p. 86).

Assim, tem-se que o art. 18, §2º da Lei 8.213/91 é inaplicável ao caso da desaposentação.

Um segundo dispositivo legal utilizado e discutido amiúde em meio ao julgamento do STF é encontrado no art. 181-B do Decreto 3.048/99. O dispositivo em comento prevê que “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis” (BRASIL, 1999).

Como visto, em alguns dos ministros adeptos da racionalidade legalista – conforme o voto do Min. Gilmar Mendes, por exemplo –, a impossibilidade da desaposentação decorreria dessa expressa previsão legal, cuja normatividade seria plenamente válida e eficaz ao caso posto em discussão.

Por outro lado, os autores que defendem a possibilidade da desaposentação, entendem que a renúncia operada pela pretensão não é a do benefício em si, mas, sim, dos valores mensais dele provenientes, e que, portanto, tal previsão do art. 181-B do Decreto 3.048/99 seria inaplicável. Assim, sustentam que a desaposentação seria “a desistência de um direito próprio, o de receber as mensalidades de uma prestação anteriormente constituída que esteja sendo mantida (nunca de um direito por vir)” (MARTINEZ, 2018, p. 42). Para tanto, apegam-se à suposta distinção entre a renúncia ao benefício como um direito e a renúncia às mensalidades, no sentido de

que “a renúncia aos proventos não implica a perda do direito à aposentadoria, pois esse já foi adquirido, passou a integrar o patrimônio do segurado. Apenas parcelas que seriam devidas caso o segurado estivesse aposentado são renunciadas” (SILVA, 2005 apud. MARTINEZ, 2018, p. 42).

Tal ponto de vista, no entanto, parece limitar-se a um jogo semântico despidido de maior significação técnica e normativa. A literalidade do art. 181-B do Decreto 3.048/99 é cristalina, e nem mesmo essa distinção conceitual parece dar conta de afastar a sua incidência.

Assim, entende-se que, *a priori*, a norma contida no art. 181-B do Decreto 3.048/99 é aplicável ao caso da desaposentação, porquanto, ao menos em tese, juridicamente válida.

Reconhecer tal situação normativa, no entanto, não implica em admitir-se o total esvaziamento da pretensão à desaposentação – mas, sim, limitar o nível de toda a discussão ao âmbito normativo.

Sendo aquele diploma legal válido e em tese aplicável, ainda resta de analisar a sua constitucionalidade em face das regras e princípios constitucionais que se operam no caso – mormente porque, conforme inúmeras vezes repetidos, a desaposentação tem sua gênese em princípios constitucionais que regem a previdência social.

O caminho, para tanto, passa por declarar sua (in)constitucionalidade e/ou atribuir interpretação conforme à Constituição Federal – compreendida como “técnica de decisão de controle de constitucionalidade, e não apenas um método ou técnica de interpretação” (FERNANDES, 2013, p. 1186) -, sendo necessário, em qualquer das posturas procedimentais, a necessária obediência a uma hermenêutica jurídica constitucional e racionalmente bem fundamentada, com base nos predicados teóricos gadamerianos, prenunciados no tópico anterior.

As informações que compõe o espectro do preconceito gadameriano são as seguintes: a matriz constitucional, mais do que mera regulação de poder, é a de garantia dos direitos fundamentais; e são fatos sociais marcantes da contemporaneidade (i) o aumento da expectativa de vida; (ii) o baixo valor dos benefícios previdenciários; (iii) a necessidade e/ou interesse dos aposentados retornarem ao mercado de trabalho como forma de complementação de renda.

Ainda, há que se considerar como partes integrantes do contexto interpretativos as sucessivas alterações legislativas, de índole notadamente neoliberal, que, num

cenário pós CF/88, passaram a restringir inúmeros direitos previdenciários (como pecúlio, abono de permanência etc.) sem a sua adequada “compensação”.

Outrossim, há de ser considerado o arcabouço principiológico incidente no caso: o direito à previdência social é um direito fundamental social, amparado especialmente nos princípios da contributividade e da solidariedade, os quais, por sua vez, são aplicáveis *prima facie* e passíveis de sopesamento e incidência normativa. A vedação à desaposentação gera enriquecimento sem causa por parte do INSS – que fica desobrigado de qualquer prestação previdenciária em favor daqueles, mesmo sendo beneficiado das contribuições compulsórias –, o que é uma situação jurídica vedada por princípio pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ainda, a vedação à desaposentação acaba por inobservar o princípio da proibição do retrocesso social, especialmente considerando-se o histórico legislativo que tem reduzido sucessivamente o âmbito de proteção aos aposentados que retornam ao mercado de trabalho (conforme extinção do pecúlio e abono). Acerca de tal princípio, certo que não se defenda a absoluta impossibilidade de revogação ou alteração de lei que versem sobre direitos fundamentais. Contudo, quando isso ocorrer, o legislador deve substituir ou alterar a lei por disposições de garantias e de direitos de igual ou maior grau de proteção das anteriores (DERBLIE, 2007, p. 281-283).

A propósito disso, por mais que se cogite que o “núcleo essencial” do direito à previdência social não seria afetado pela negativa à desaposentação – visto tal direito fundamental ser tutelado de outras formas, inclusive pela concessão da aposentadoria primitiva –, ao que parece, não há resposta jurídica à altura dos anseios constitucionais à situação jurídica do já aposentado, que nesse cenário fático, torna-se especificamente desprotegido. Tais circunstâncias precisam ser compreendidas em termos contextuais(lizáveis) pelo intérprete, visto tratar-se de elemento fático e normativo que também influencia no julgamento a ser realizado.

Por fim, há de se admitir como até então legítima a tradição levada a efeito pelo STJ, no sentido de ser órgão constitucionalmente competente para apreciar e julgar a matéria, e concluir, em nível de repercussão geral, pela possibilidade da desaposentação.

Diante desse cenário, o caminho teoricamente mais óbvio seria o de buscar-se uma interpretação conforme a constituição ao art. 181-B do Decreto 3.048/99, para o

fim de reconhecer-se que a desaposentação não estaria prevista na limitação daquele dispositivo.

Contudo, tendo em vista o entendimento solidificado no âmbito jurisprudencial no sentido de que “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição” (BRASIL, 1998), tal possibilidade certamente ainda encontraria resistência na *práxis* judiciária.

Contudo, a Lei 9.868/99 dá outra possibilidade: a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, que, conceitualmente, corresponde à possibilidade do STF, sem reduzir o texto normativo, declarar a inconstitucionalidade de uma de suas hipótese e/ou variantes de aplicação da norma jurídica. Ou seja: “embora o texto da norma continue o mesmo gramaticalmente, literalmente ou no ordenamento, uma hipótese de aplicação do mesmo é extirpada por inconstitucionalidade” (FERNANDES, 2013, p. 1188).

Pela conjugação de todos esses elementos, como resposta juridicamente adequada ao caso da desaposentação, tem-se pela possibilidade de, sem a declaração de total inconstitucionalidade do disposto no art. 181-B, do Decreto 3.048/99 – visto que há legítimas razões jurídicas e políticas para a sua existência, como no caso de pessoas aposentadas, que não voltam a trabalhar mas que com o passar dos anos desejam renunciar sua aposentadoria, para a obtenção de uma nova, com a incidência menos gravosa do fator previdenciário -, realizar-se a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, no sentido de reconhecer-se que a impossibilidade de renúncia não é imposta aos aposentados que retornaram ao mercado de trabalho e verteram novas contribuições ao sistema previdenciário.

CONCLUSÃO

Ao longo do desenvolvimento do trabalho foi possível se verificar que, nos julgamentos da chamada “desaposentação”, foram adotados pelos julgadores cinco linhas teóricas-argumentativas, aqui chamadas de “racionalidades”, as quais foram depreendidas do conteúdo dos respectivos votos dos Ministros atuantes. São elas: a racionalidade legalista; a racionalidade institucionalista; a racionalidade econômica; a racionalidade consequencialista/utilitarista; e a racionalidade moral.

No entanto, após a coleta de informações por meio dos estudos de caso, e posterior cotejamento teórico daquelas argumentações com a revisão bibliográfica, entendeu-se que nenhuma das racionalidades observadas, ao menos na forma levadas a efeito, são jurídica e cientificamente sólidas para amparar a decisão.

A racionalidade legalista - seja pela arquitetura principiológica existente no ordenamento jurídico pátrio, seja porque “norma”, no atual estágio de compreensão do fenômeno jurídico, não se confunde mais com “lei”, seja porque “segurança jurídica” não se limita a aspectos puramente textuais -, torna-se insustentável ao pretender o julgamento da inviabilidade da desaposentação pelo argumento da “ausência de lei”.

Por sua vez, a racionalidade institucionalista, baseada no argumento da “separação de poderes”, demonstrou-se inapropriada na medida em que representa um descolamento histórico das contemporâneas teorias da democracia, reproduzindo a lógica estanque do paradigma liberal e significando, ainda que indiretamente um enfraquecimento do princípio democrático – na medida em que se distancia da finalidade última do Estado, a saber, a utilização de cada função estatal para a proteção dos direitos e garantias fundamentais (individuais, sociais e difusos).

Já a racionalidade econômica, representada por argumentos amparados e desenvolvidos pela AED, não obstante a mesma tenha se apresentado como relevante mecanismo de aferição da relação custo x benefício de determinada opção política, constatou-se que tal racionalidade não angaria os requisitos mínimos de juridicidade, necessários para que as suas análises se traduzam em norma. E de forma idêntica àquilo que ocorre com as correntes de matriz sociológica acerca da criação e aplicação do direito, as conclusões feitas pela AED apresentaram-se mais no plano do dever ser metanormativo do que da norma propriamente dita, e, por tal motivo, os votos que utilizaram de sua metodologia e abordagem, revelaram-se

inaplicáveis (e insustentáveis) no aspecto. Assim, concluiu-se que, ao menos na forma como levada a efeito no julgamento da desaposentação, a racionalidade econômica não é um critério decisório científica e juridicamente válido para se atribuir sentido às normas postas em discussão.

Em quarto lugar, a racionalidade consequencialista/utilitarista – traduzida em afirmações como a de que o julgamento favorável à tese da desaposentação implicaria em inviabilização do sistema previdenciário, estímulo às aposentadorias precoces e revogação tácita do fator previdenciário –, também se revelou inadequada, haja vista estar amparada em hipóteses despidas de objetividade. Assim, após a análise dos referenciais da filosofia utilitarista, chegou-se à conclusão de que a tomada de decisão em momento anterior (julgamento prévio) ao próprio espaço dos argumentos de fundamentação, a desconsideração dos “limites cognitivos” em relação às consequências, a utilização de pressupostos consequenciais falaciosos, completamente abstratos ou posteriormente comprovados inverídicos, ou a própria desconsideração da interferência em direitos fundamentais igualmente relevantes, fazem com que o utilitarismo ou o consequencialismo não se apresentem como mecanismos interpretativos adequados à resolução dos casos postos sob julgamento, não podendo as consequências serem tratadas, por si só, como os critérios de justificação e decisão.

Por último, a pesquisa apontou a conclusão de que a racionalidade moral também não se presta a servir como “razão de decidir” juridicamente sólida, na medida em que foi adotado um referencial teórico que separa o direito da moral. Ademais, ainda que não se espere um absoluto rigor acadêmico das decisões judiciais, a pesquisa levou à conclusão de que a densidade da discussão das aproximações entre Direito e Moral não podem ser simplificadas, havendo uma evidente responsabilidade de quem invoca a racionalidade moral desincumbir-se da sua adequada fundamentação de justificação e aplicabilidade, sendo que tal medida não foi minimamente observada no estudo de caso realizado, tanto nos argumentos morais favoráveis, quanto nos argumentos morais contrários à tese da desaposentação.

Nesse contexto, dadas as diferenças de perspectiva teórica, não foi possível se estabelecer a existência de uma matriz teórica dominante que fundamente as decisões judiciais perante o STJ e o STF.

Embora absolutamente independentes umas das outras, as cinco racionalidades apreendidas revelam, no mínimo, um traço em comum: a dificuldade

de situar-se em limite estritamente jurídico-normativo. E aqui, embora não tenha sido o objeto (direto ou indireto) da presente pesquisa, se sobressai o desdobramento para um interessante aspecto epistemológico a ensejar a continuidade da pesquisa, num espectro mais amplo e abstrato, o da produção, compreensão e reprodução do conhecimento jurídico, num contexto de significativa mudança da teoria do Direito nas últimas décadas. É necessário que se supere o distanciamento “teoria” e “prática” – porquanto, em última análise, refere-se a uma falsa dicotomia – e que a *práxis* jurídica seja cada vez mais aliada à teoria jurídica sólida devida e logicamente fundamentada. O espaço da argumentação jurídica, nesse contexto, apresentou-se como campo profícuo à essa (re)aproximação.

A partir do levantamento de informações e da revisão bibliográfica realizada, a pergunta acerca de qual perspectiva teórico-interpretativa melhor se coadunaria com a norma constitucional, no sentido de proteção e efetivação do direito fundamental à previdência social, ocasião em que a hermenêutica jurídica, de referência gadameriana, apresentou-se como matriz teórica capaz de dar resposta jurídica, lógica, conceitual e científica ao caso objeto do julgamento – e, em última análise, à própria compreensão do Direito.

Embora não tenha sido o objetivo propriamente dito do trabalho – que possui índole mais descritiva e menos propositiva, conforme projeto de pesquisa anteriormente submetido à qualificação -, após o estabelecimento da discussão teórica, cogitou-se da existência de uma resposta juridicamente adequada ao caso da desaposentação, entendendo-se que a saída seria a adoção de uma hermenêutica constitucional por meio do qual, sem a declaração de total inconstitucionalidade do disposto no art. 181-B, do Decreto 3.048/99, seria declarada a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, no sentido de reconhecer-se que a impossibilidade de renúncia não é imposta aos aposentados que retornaram ao mercado de trabalho e verteram novas contribuições ao sistema previdenciário.

Tal conclusão, para além de estar amparada na concretização do princípio da proibição do retrocesso social, seria possível pela absorção e utilização do conceitos de “preconceito”, “tradição” e “autoridade legítima”, na forma difundida por Gadamer: ainda que o intérprete possua informações e convicções prévias – e que precisam ser devidamente explicitadas e contextualizadas -, a história interpretativa demanda continuidade, especialmente ao tratar-se de direitos fundamentais historicamente adquiridos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. In.: **Direito, Estado e Sociedade**. V. 9, n. 29, p. 49 a 68. Jul/dez 2006. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em 03 dez 2019.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; RECK, Janriê Rodrigues. **Direito & Ação Comunicativa**: Apresentação e fundamentação teórica da matriz linguístico-pragmática de Jürgen Habermas e suas repercussões na compreensão do Direito. Porto Alegre: HS Editora, 2013.

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. Salvador: Juspodivm, 2017.

APOSENTADOS voltam ao mercado de trabalho para complementar a renda. **EBC**, Brasília, 22 out. 2019. Caderno Repórter Visual. Disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/reporter-visual/2019/10/aposentados-voltam-ao-mercado-de-trabalho-para-complementar-renda>>. Acesso em 23 fev. 2020.

ARAÚJO, Cidália et al. **Estudo de Caso**. Métodos de Investigação em Educação. Instituto de Educação e Psicologia, Universidade do Minho, 2008. Disponível em <http://grupo4te.com.sapo.pt/estudo_caso.pdf>. Acesso em: 29 de set. 2015.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A decisão judicial no Common Law: utilidade, maximização de riqueza ou integridade? In.: COELHO, André, MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (org.). **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Domínio público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em 23 dez. 2019.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. São Paulo, **Lua Nova**, 2004, n. 61, pp.5-24. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452004000100002&script=sci_abstract&tlng=pt>.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Trad. Maurício de Andrade. Baueri: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

_____. **O positivismo jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRAGA, José Luiz. **Para começar um projeto de pesquisa**. Comunicação & Educação. São Paulo, Ano X, número 3, set/dez/2005, p. 288-296. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/comueduc/article/view/37542>>. Acesso em 05 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Poder Legislativo**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 04 fev. 2019, às 19h20min,

_____. **Decreto nº 3.048/1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Poder Executivo, Brasília, DF, 06 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em 23 fev. 2019, às 14h35min.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657/1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 28 out. 2019, às 16h20min.

_____. **Lei 8.213/1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em 06 fev. 2019, às 21h08min.

_____. **Lei 8.870/1994**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Poder Legislativo, Brasília, DF, 15 de abril de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8870.htm>. Acesso em 06 fev. 2019, às 21h15min.

_____. **Lei 9.032/1995**. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 de abril de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9032.htm>. Acesso em 07 fev. 2019, às 19h52min.

_____. **Lei n.º 10.887/2004.** Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L10.887.htm> Acesso em: 06 fev. 2019, às 20h07min.

_____. Comissão de Constituição e Justiça. **Projeto de Lei 7.448/2017 (Parecer).** Rel. Dep. Paulo Abi-Ackel, apresentado em 15 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1598338&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017>. Acesso em 28 dez. 2019 às 17h40min.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Os cem maiores litigantes (relatório).** Brasília, março de 2011. Disponível em: http://cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 21 fev. 2019 às 22h33min.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.488 – SC** (2012/0146387-1), Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 08 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Consulta-Processual>. Acesso em 06 fev. 2019, às 21h10min.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema 503. Recurso Extraordinário nº 661.256 – SC**, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 27 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4157562&numeroProcesso=661256&classeProcesso=RE&numeroTema=503>>. Acesso em 09 fev. 2019, às 15h10min.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Representação nº 1.417 - DF.** Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 15 de abril de 1988. Disponível em

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia jurídica: Problemas fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, livro virtual (edição *epub*).

COSTA, Claudio. Razões para o utilitarismo: uma avaliação comparativa de pontos de vista éticos. **ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy**, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 155-174, jan. 2002. ISSN 1677-2954. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/14591>>. Acesso em: 26 dez. 2019. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos dos Homens, **ONU**, 1948. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Felipe Wagner de Lima; NASCIMENTO, Victor Hugo Macedo do. **Opinião: o consequencialismo jurídico e o artigo 20 da LINDB**. In.: Revista Consultor Jurídico, 07 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/opiniao-consequencialismo-juridico-artigo-20-lindb>

DORTIER, Jean-François. **Dicionário de ciências humanas**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EMBARGOS declaratórios do IBDP pedem mais esclarecimentos do STF sobre desaposentação e reapresentação. In.: **Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário**, 2017. Disponível em: <<https://www.ibdp.org.br/noticia.php?n=2971>>. Acesso em 10 fev. 2019, às 17h25min.

FACHIN, Zulmar e OLIVEIRA, Evaldo Dias de. **Seguridade social como direito fundamental: garantia de efetivação na Constituição brasileira**. In: Scientia Iuris. Vol. 15, n. 1, p. 175-197, 2011. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/8566/8876>. Acesso em 8 jan. 2019, às 9h53min.

FALCÓN Y TELLA, María José. **Lições de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2013.

FLORES, Alfredo de Jesus Dal Molin. **Fundamentos históricos e filosóficos do método de estudo de casos no direito**. Direito & Justiça. Porto Alegre, vol. 37, n. 1, 2011, p. 25-29. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/9096/6596>>.

FORNARI, Homero José Nardim. **A análise econômica do direito e a redução das falhas de mercado pela contabilidade no processo de recuperação judicial**. Dissertação. Mestrado em Direito. São Paulo: Mackenzie, 2016. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/2860>>. Acesso em 15 nov. 2019.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALVÃO, Pedro. Consequencialismo. In.: MARQUES, Antônio; AURÉLIO, Diogo Pires (coord.). **Dicionário de Filosofia Moral e Política**. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova, 2012. Disponível em: <https://www.ifilnova.pt/file/uploads/1d386edb7f12fcfa633cc3f1ecb6619c.pdf>. Acesso em 26 dez. 2019.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. Dissertação. Mestrado em Direito. Florianópolis: UFSC, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106450>. Acesso em: 04 nov. 2019.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destrancendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A., **O Conceito de Direito**. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEINEN, Luana Renostro. **Performatividade**: o direito transformado em dispositivo pela análise econômica do direito. Tese. Doutorado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/168283/339457.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 04 nov. 2019.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **A Previdência Social Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro, sem data. Disponível em: <www.impetus.com.br/noticia/download/21/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>. Acesso em 20 dez. 2017, às 11h10min.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 134-146, jul. 1992. ISSN 2178-1494. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1945>>. Acesso em: 06 Fev. 2020.

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>

KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. In.: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ed. 36, n.º 144, p. 239-260, out/dez. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2003.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARCATO, Marília Bassetti; MARTINEZ, Felipe Pasini P. **A tomada de decisão do agente econômico: uma breve discussão sobre incerteza e a Teoria do Prospecto**. In.: Revista Economia Ensaios. Uberlândia, v. 28, n. 1, p. 47-66, Jul/Dez. 2013. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistaeconomiaensaios/article/view/26505>. Acesso em 04 nov. 2019.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **Desaposentação: uma intrigante decisão do STF**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2018.

MASSAU, Guilherme Camargo. **Kelsen e seu mundo-positivista: uma revisão bibliográfica**. Pensar. Fortaleza, vol. 14, n. 2, 2009, p. 321-343. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/1714>>. Acesso em 02 out. 2015, às 23h40min.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. A Nova Lindb e os Problemas da Argumentação Consequencialista. In **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 53, n. 4, p. 497 - 523, out. 2018. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3229>. Acesso em: 29 dez. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v53i4.3229>.

MORAIS, José Luis Bolzan de, BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas E Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

PALMER, Richard. E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1999.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. **A moral e o conceito de direito em H. L. A. Hart**. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-06062012-091850. Acesso em: 2020-01-25.

PINTO, Élida Graziane. ADCT é o “retrato de Dorian Gray” da Constituição de 1988. Contas à vista. In.: **Revista Consultor Jurídico**, 27 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-27/adct-retrato-dorian-gray-constituicao-1988>. Acesso em 24 fev. 2020.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. **História da filosofia, 5: do romantismo ao empiriocriticismo**. São Paulo: Paulus, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais**: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In.: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 15, sete/outubro/novembro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>>.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. 2010. 276 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2014.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em: 29 Dez. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas**. In.: Novos Estudos Jurídicos. Vol. 14, n. 2, p. 3-26, 2009. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1766/1406>.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451/1585>. Acesso em: 26 jan. 2020. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2451>.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Karam. **A Filosofia no direito**: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo. 2006. 351 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

VENTURIM, Eduardo Luiz. **Análise econômica do direito regulatório**: a (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor. 2017. 187 p. Dissertação. Mestrado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/179918/348337.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 04 nov. 2019.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971.

_____. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 2009, vol. 1.