



SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO

ESCOLA DE FORMAÇÃO – 2005

A COERÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAS QUANDO ANALISADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**MONOGRAFIA APRESENTADA COMO REQUISITO
PARCIAL À CONCLUSÃO DA ESCOLA DE
FORMAÇÃO. ORIENTADOR: PROFESSOR LIVRE-
DOCENTE VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA.**

2005

DANIEL GEMIGNANI

ÍNDICE

<u>INTRODUÇÃO</u>		2
<u>ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</u>	METODOLOGIA DE ANÁLISE	11
	MÉTODO DE PESQUISA	13
ASPECTOS QUANTITATIVOS DOS JULGADOS	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	16
	SAÚDE	18
	PREVIDÊNCIA SOCIAL	20
	SUBSÍDIOS (SALÁRIO MÍNIMO)	22
ASPECTOS QUALITATIVOS DOS JULGADOS	SAÚDE	24
	PREVIDÊNCIA SOCIAL	30
	SUBSÍDIOS (SALÁRIO MÍNIMO)	39
<u>CONCLUSÃO</u>		44
<u>BIBLIOGRAFIA</u>		52

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, dentre as novidades que encerra, surge delineando um novo Estado nacional brasileiro. Tal novo Estado, de traços dirigistas, caracteriza-se como um Estado Social, isto é, responsável pela promoção dos direitos ditos sociais, não restrito, portanto, a assuntos - sob uma óptica liberal / tradicional - materialmente constitucionais¹. Logo, inaugura a atual Carta brasileira uma nova perspectiva à atuação dos poderes da república, uma vez que agora se encontram constitucionalmente vinculados à promoção da cidadania².

Contudo, haja vista a pluralidade desses direitos sociais – ver artigo 6º -, imprescindível é a exploração de um significado comum entre eles – uma vez que para se comparar algo é necessário um elemento comum, passível de comparação -, haja vista a pretensão de analisa-los como um todo, tendo por base, portanto, a Constituição, a Doutrina e os Julgados³. Assim, respectivamente, a Carta brasileira, em dois momentos, prescreve a concepção do que vem a ser os direitos sociais, bem como sua correlação à idéia de promoção do cidadão, a ver:

“Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(...)

Artigo 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”.

¹ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11º edição. Ed. Malheiros Editores. 1996. p. 44 / 45.

² Constituição Cidadã, como ficou conhecida a presente carta.

³ A utilização do termo 'julgados' justifica-se – em consonância a hipótese que será apresentada – pela impossibilidade preliminar de caracterizar as decisões do Supremo Tribunal Federal sob uma perspectiva sistemática e coesa, ou seja, enquadrar os 'julgados' na idéia encerrada pela palavra 'jurisprudência'.

Tais artigos, como se sabe, podem ser relacionados a muitos outros – tão principiológicos e fundamentais quanto – como o 1^o⁴, o 3^o⁵ e demais, sendo, contudo, imediata a percepção, quando tomados isoladamente, dos valores que resguardam e buscam promover: a dignidade da pessoa humana e a igualdade material entre os indivíduos.

Corroborando o exposto, nesse mesmo sentido, extrai-se da Doutrina a caracterização dos direitos sociais como sendo prestações positivas do Estado, ações que têm por finalidade a promoção dos valores acima mencionados, mediante a formação de um vínculo entre o Estado e o cidadão:

“Mais adiante, (2001:224) o Canotilho afirma que, no seu trabalho, a Constituição Dirigente “é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A Constituição Dirigente aproxima-se, pois, da noção de Constituição Programática.”.

(...)

“5.10 A delineação da intensidade vinculativa das normas constitucionais impositivas implica a distinção entre imposições constitucionais e normas programáticas (essencialmente normas determinadoras dos fins do Estado e normas enunciativas de tarefas estaduais). As imposições constitucionais são permanentes mas concretas, as normas determinadoras de tarefas ou definidoras de fins são imposições permanentes mas abstratas.”[2001:481]

⁴ “Artigo 1, *caput*. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: (...).”.

⁵ “Artigo 3^o, *caput*. Constituem objetivos da República Federativa do Brasil: (...).”.

“7.2 Os direitos fundamentais a prestações não devem confundir-se com as normas programáticas e com as imposições constitucionais.”[2001:483]

(...)

Devéras, a constituição do Brasil não é um mero “instrumento de governo”, enunciador de competências e regulador de processos; mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um “estatuto jurídico do político”, mas sim “um plano global normativo”, da sociedade e, por isso mesmo, do Estado Brasileiro.”. (Grau, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9º Edição. Ed. Malheiros Editores. 2004. p. 320 / 321 e 325).

“Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilita melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento de igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da igualdade.”. (Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11º edição. Ed. Malheiros Editores. 1996. p. 277).

Por fim, encerrando-se a fonte trina, vale caracterizar os direitos sociais pela óptica do Supremo Tribunal Federal, que assim se expressa, em linhas gerais, sobre a questão:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSE CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e / ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina

a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).

(...)

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe imos, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.” (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADPF 45. p. 2 / 3).

Logo, percebe-se que os direitos sociais, independentemente de sua particularização em questões, a título de exemplo, trabalhistas, de moradia, de educação, de saúde ou outras, possuem um vínculo que os une, o qual, por conseqüência, não só submete tais direitos a um mesmo regime jurídico que os promova, como também reclama que sejam todos interpretados de forma coerente e coesa, em outras palavras, que sejam caracterizados e interpretados, quanto ao seu caráter social, da mesma forma.

No entanto – e aqui se encontra o fato motivador do tema deste trabalho –, por serem direitos inseridos num contexto estatal de economia emergente, que lida, portanto, com recursos escassos⁶, e relativa incipiência institucional, uma vez recente a vigente Carta Política, são centros concentradores de interesses, ou seja, de um lado encontram-se conveniências e possibilidades fácticas quanto à promoção dos direitos sociais, e, de outro, há o inderrogável vínculo constitucional responsabilizando o Estado frente ao cidadão.

“Um dos temas contemporâneos de discussão entre juristas, filósofos e cientistas sociais e políticos tem sido a politização do sistema judicial. Pode-se entender por politização da justiça o envolvimento dos tribunais na decisão de conflitos que necessitam de tomada de decisões coletivas, ou seja, decisões cujos resultados afetam um número de partes além das que imediatamente se apresentam em juízo (Sartori, 1994: 286 ss). Decisões assim envolvem potencialmente problemas de representação política, pois são tomadas por alguns em nome de todos ou de muitos que serão afetados por elas sem que estejam presentes no processo e sem que sejam consultadas. Parte importante desse fenômeno tem ocorrido em países de economia periférica e de estados sociais de direito incompleto ou incompletamente eficazes, cujos tribunais têm se envolvido na distribuição de custos da produção de bens coletivos, sejam eles os tradicionais direitos de bem-estar social (educação, saúde, previdência e assistência

⁶ Como pode ser depreendido dos meios de informação: Jornal Folha de São Paulo, caderno C6 de 27/10/2005 (Saúde); Jornal Folha de São Paulo, caderno B7 de 22/09/2005 (Previdência Social); Jornal O Estado de São Paulo, caderno de Economia de 29/01/2006 (Salário Mínimo).

social) sejam os custos econômicos e financeiros da vida em comum (reformas monetárias e tributárias, direito do consumidor, regulação de concessões e investimentos públicos, e.g.). (...)" (Lopes, José Reinaldo de Lima. *As Palavras e a Lei*. 1ª Edição. Editora 34. 2004. p. 197).

Assim, o fato motivador do tema deste estudo reside, uma vez vislumbrada a questão presente nos comentários e no excerto supracitado, em como os direitos sociais inserem-se na conjuntura de um estado de economia emergente e incipiência institucional, no qual há de se compor os deveres constitucionalmente impostos com as realidades sociais, políticas e econômicas nacionais. Logo, em outras palavras, a importância do tema localiza-se na maneira como o Supremo Tribunal Federal interpreta as ações, ou omissões, estatais que se relacionam aos deveres constitucionais concernentes aos direitos sociais.

Destarte, sendo o mote deste trabalho a forma como o Supremo Tribunal Federal interpreta os direitos sociais, encerra-se a hipótese de estudo na afirmação de que o principal tribunal deste país não é coerente ao julgar os direitos aqui em foco, uma vez que não considera o caráter unívoco dos direitos em estudo, perdendo-se, pois, em interpretações tão diversas quanto são diversos tais direitos prescritos pelo artigo 6º. Assim, a hipótese formulada tem por pressuposto a coerência "intra-direitos sociais", residindo, assim, a suposta incoerência, e, portanto o foco da pesquisa, na relação "inter-direitos sociais".

Para tanto, os parâmetros / instrumentos utilizados para a análise são dois: relembrando-se a afirmação antes feita de que apesar de diferentes há um elo que liga os direitos sociais, percebe-se que o estudo se concentrará neste ponto de convergência, sendo, como já mencionado nesta introdução, a caracterização dos direitos sociais e a forma como são interpretados, os parâmetros eleitos como passíveis para a análise da hipótese suscitada.

Nesse sentido, a título explicativo, assim se justificam cada um dos parâmetros / instrumentos eleitos: A caracterização dos direitos sociais se dará com base em considerações extraídas do livro *As Palavras e a Lei*, do professor José Reinaldo de Lima Lopes, do qual se extraem os conceitos subsidiários para se constatar se o direito em questão enquadra-se num sistema de **justiça comutativa**, isto é, de caráter contratualista, intimamente relacionado ao direito privado, marcado pela figura da 'troca', ou de **justiça distributiva**, identificado pelo bem comum, relacionado ao direito público e, portanto, com a idéia de 'partilha'. Logo, para a caracterização ora proposta, se pode entender que a distinção entre a justiça comutativa e a justiça distributiva dá-se na forma como cada uma caracteriza uma relação jurídica, ou seja, no caso da primeira a relação é equacional, todos os envolvidos ganham e perdem, resultando, pois, em um coeficiente sempre igual a zero. Já na segunda, a relação se dá sob a forma de uma divisão em comum, uma socialização dos custos, portanto, uma relação na qual o final é sempre diferente de zero, uma vez que todos contribuem para que alguns usufruam algo socialmente custeado.

Ainda, utilizando-se do mesmo autor, extrai-se a forma como será analisada a interpretação do direito social, isto é, se com base numa racionalidade exclusivamente jurídica, caracterizada pelo binômio constitucional-legal / inconstitucional-ilegal, ou, se agregadas à esta racionalidade, consideram os Ministros racionalidades como a econômica, a política, a ética ou outra, também caracterizadas por binômios – custo / benefício, maioria / minoria, certo / errado, respectivamente -:

“Definições estipulativas, por sua vez, parecem-se com regras, são prescritivas: delimitam como deve ser usado um termo ou como ele será usado por certo autor em certo texto ou contexto. As ciências em geral fazem uso de definições estipulativas: a partir delas procedem as demonstrações. Uma estipulação determina, marca ou delimita um campo do saber.”. (Lopes,

José Reinaldo de Lima. As Palavras e a Lei. 1ª Edição. Editora 34. 2004. p. 27).

“Cada disciplina ou campo do saber, que em Aristóteles aparece como uma ciência, tem pontos de partida próprios, apenas seus (Berti, 1998:6). A geometria tem os seus, a física, os seus, a ética, outros tantos⁷. Por isso, os princípios de que se valerão os juristas encontram-se normalmente na parte inicial dos textos que estipula e define seu próprio campo. Fazendo isso, o direito pode destacar-se do saber comum ou leigo a respeito do que se deve fazer, do que é devido, do que é legal ou ilegal.”. (Lopes, José Reinaldo de Lima. As Palavras e a Lei. 1ª Edição. Editora 34. 2004. p. 44).

Portanto, nota-se que os parâmetros / instrumentos eleitos como ferramentas para a análise da hipótese buscam a caracterização de cada direito social naquilo que eles tem em comum e, destarte, comparável. Logo, tendo por diretriz a questão da coerência quando do julgamento dos direitos aqui em estudo, intenta-se, com este trabalho, a análise panorâmica de um ramo ainda pouco estudado do Direito, sendo, contudo, adotado como campo de pesquisa as decisões do Supremo Tribunal Federal.

⁷ E aqui, acrescento, a política, a economia, etc.

ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

METODOLOGIA DE ANÁLISE

Para a análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal algumas balizas utilizadas necessitam ser explicitadas, ou seja, precisam ser fixados os limites e os pressupostos do estudo que aqui se busca empreender.

Primordialmente, há que se salientar os limites de um estudo empírico, uma vez que se reconhece a impossibilidade de esgotamento das fontes existentes de pesquisa de julgados, haja vista que tal impossibilidade - uma vez tendo sido escolhido o método de pesquisa baseado na busca através de "palavras-chave" - caracteriza-se na infinidade de possíveis composições léxicas, as quais, dessa forma, mesmo que esgotadas, resultariam numa infinidade de resultados, impossíveis de serem, pois, considerados. Assim, tem-se a consciência de que há julgados aqui não abordados. Há que se relevar, também, as limitações referentes à forma de se estudar os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, uma vez que nem sempre são expostas de forma homogênea as razões de decidir (fundamentação / justiça da decisão), mas apenas a decisão em si dos votos (dispositivo), levando-nos a constatar acórdãos nos quais há desencontro de análises, mas concordância de conclusões. Por fim, há que circunscrever as pretensões deste trabalho ao campo da coerência interpretativa entre os direitos sociais, uma vez que análises mais amplas requerem não só um campo maior de julgados, como também um universo maior de pesquisa.

Postas estas ressalvas, passíveis de explicitação mostram-se as diretrizes adotadas para este estudo. Para tanto, como fonte de pesquisa de julgados, foi utilizado, exclusivamente, o sitio do Supremo Tribunal Federal, sendo a forma de pesquisa e a triagem de julgados explicitada a seguir. Contudo, uma importante observação necessita ser feita, uma vez que tendo por pretensão a completude dos direitos sociais, foram encontrados apenas julgados referentes aos campos da saúde, da previdência social e da

remuneração (salário mínimo). Assim, não por opção, mas por imposição fática, encerram-se as análises a estes três campos, que, vale dizer, não findam as discussões nem impedem ulteriores análises mais abrangentes, mas, por ora, limitam o campo de análise dos direitos sociais a estes três grupos de julgados.

Assim, nessa esteira, tendo por base o material colhido, dividiu-se o estudo em duas fases, uma de exposição comentada dos dados obtidos, de caráter abrangente / universal, denominada "Aspectos Quantitativos", e outra, de caráter mais pontual, e por isso analítico, denominada "Análise Qualitativa". Ambas as fases, como já mencionado na introdução, tomam como parâmetro / instrumento de comparação critérios previamente fixados e justificados.

Logo, com esta estrutura, busca-se a visão mais objetiva possível de cada um dos campos analisados para assim relacioná-los, bem como a pertinência e coerência metodológica, haja vista as pretensões a uma conclusão sólida e sustentável.

MÉTODO DE PESQUISA

Frentes utilizadas para a pesquisa:

Sítio do Supremo Tribunal Federal

1º) Jurisprudência > Pesquisa de Jurisprudência > Acórdãos

2º) Jurisprudência > Inteiro Teor de Acórdãos

3º) Jurisprudência > A Constituição e o Supremo Tribunal Federal

Dados colhidos com o uso da frente n 1^{o8}:

Palavras utilizadas: "Dever Constitucional". (15 encontrados / 1 utilizados):

⁸ Pesquisas realizadas até o dia 27 de novembro de 2005.

AGRRE 271.286-8/RS

Palavras utilizadas: "Políticas Públicas". (3 encontrados / 1 utilizados):
RE 242.859-3/RS(repetido)

Palavras utilizadas: "Direito Público Subjetivo". (52 encontrados / 3 utilizados):

ADI 1458-7 MC/DF (repetido)

ADI 1445/DF (repetido)

AGRRE 271.286-8/RS (repetido)

Palavras utilizadas: "Educação e Dever". (10 encontrados / 0 utilizados):

Palavras utilizadas: "Educação e Acesso". (11 encontrados / 0 utilizados):

Palavras utilizadas: "AIDS e Tratamento". (6 encontrados / 6 utilizados):

RE 256.327-7/RS

AGRRE 268.479-1/RS

AGRRE 255.627-1/RS

AGRRE 271.286/8/RS (repetido)

RE 242.859-3/RS (repetido)

AGRAG 238.328-0/RS

Palavras utilizadas: "Subsídios e Benefícios e Valor". (3 encontrados / 2 utilizados):

ADC 8-8 MC/DF

ADI 2010 MC/DF (repetido)

Palavras utilizadas: "Salário Mínimo e Benefícios". (198 encontrados / 4 utilizados):

ADI 1458-7/DF (repetido)

ADI 529-4/DF

ADI 1442-1/DF

ADI 1445/DF (repetido)

Palavras utilizadas: "Moradia". (67 encontrados / 0 utilizados):

Palavras utilizadas: "Lazer". (8 encontrados / 0 utilizados):

Palavras utilizadas: "Segurança e Pública e Social". (57 encontrados / 0 utilizados):

Palavras utilizadas: "Previdência e Inativos e Contribuição". (52 encontrados / 4 utilizados):

RE 430514-3 AGR/RS

ADI 3105-8/DF

ADI 3128-7/DF

ADI 2010 MC/DF (repetido)

Palavras utilizadas: "Previdência Social e Benefícios e Contribuição". (27 encontrados / 2 utilizados):

RE 422.268-0 AGR/SP

RE 414.816-1 AGR/SC

Palavras utilizadas: "Previdência Social e Finanças". (6 encontrados / 4 utilizados):

ADI 2034-0 MC/DF

ADI 62-4/DF

SS 471-9 AGR/DF

SS 472-7 AGR/DF

Palavras utilizadas: "Assistência e Seguridade". (29 encontrados / 0 utilizados):

ASPECTOS QUANTITATIVOS DOS JULGADOS

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A análise quantitativa dos julgados pesquisados, situados aqui sob a rubrica de "Aspectos Quantitativos", tem por intento a exposição de dados, não a formulação de conclusões ou inferências. Tal restrição quanto às pretensões deste capítulo se dá, pois, vislumbram-se limites a passos mais alongados, o que, dessa forma, acaba por delimitar um campo no qual apenas a obtenção de dados, de forma objetiva, se mostra o mais isento de afirmações enviesadas ou por demais subjetivas.

Assim, as tabelas formuladas respeitam alguns padrões, isto é, só se classifica aquilo que puder ser depreendido do texto ou, que pelo próprio texto não puder ser negado. Para tanto, adotaram-se alguns pressupostos, ou seja, parte-se do ponto de partida de que os direitos em estudo caracterizam-se sob a óptica da justiça distributiva, pois, preliminarmente, acredita-se que assim se classificam e, nessa linha de presunções, toma-se por pressuposto que tais direitos são interpretados utilizando-se apenas uma racionalidade, isto é, jurídica, haja vista estarem sob a análise de um tribunal pertencente ao Poder Judiciário. Contudo, repita-se, são apenas pressupostos, dotados de relatividade, utilizados apenas quando não for possível realiza-se a classificação a partir dos votos proferidos ou, quando desses votos não se puder dizer o contrário.

Além disso, buscou-se a divisão das tabelas por temas (direitos sociais específicos), sendo, quando pertinente, explicitadas certas razões de classificação de cada direito. Por fim, salienta-se que cada tabela se forma mediante um padrão, a ver: Identificação do julgado, decisão proferida, classificação do direito objeto do julgamento e racionalidades envolvidas na interpretação do direito social respectivo. Logo, o primeiro tópico identifica o julgado, o segundo indica sua decisão final e, como indispensáveis, os

dois últimos tópicos correlacionam-se aos parâmetros / instrumentos utilizados para a análise comparativa dos julgados.

SAÚDE

<u>IDENTIFICAÇÃO</u>	<u>DECISÃO</u>			<u>JUSTIÇA DO DIREITO</u>		<u>RACIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO</u>	
	DEF.	IND EF.	INDEF. POR RAZÕES PROC.	DISTRI.	COMUT.	SOMENTE JURÍDICA	VÁRIAS RACIO.
AGRRE 255.627-1/RS		X		X		X	
AGRRE 268.479-1/RS		X		X		X	
AGRAG 238.328-0/RS		X		X		X	
RE 256.327-7/RS		X		X		X	
AGRRE 271.286-8/RS		X		X			X
RE 242.859-3/RS		X		X		X	

Comentários:

- Destaca-se que o indeferimento dos recursos significa a concessão do direito pleiteado. Logo, o que o tribunal analisa nestes julgados é o recurso interposto pelo Estado condenado pelo Tribunal de Justiça local, o qual concede o direito social objeto da ação principal.
- Para a classificação das racionalidades respeitou-se o critério de presunção anteriormente firmado, segundo o qual a classificação se daria ou por expressa caracterização do objeto sob análise pelos votos proferidos no acórdão ou, na impossibilidade de se caracterizar o contrário, classificaria como de racionalidade exclusivamente

jurídica, haja vista a falta de menção direta do assunto. Assim, se no julgado AGRRE 271.286-8/RS pôde-se classificar o direito com fundamento no acórdão, nos demais, não. Logo, por serem decisões proferidas por um tribunal, partiu-se do pressuposto anteriormente firmado de que a interpretação baseou-se em uma racionalidade exclusivamente jurídica, fato que, contudo, apesar de não poder ser comprovado, também não pode ser negado.

PREVIDÊNCIA SOCIAL

<u>IDENTIFICAÇÃO</u>	<u>DECISÃO</u>			<u>JUSTIÇA DO DIREITO</u>		<u>RACIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO</u>	
	DEF.	INDEF	INDEF. POR RAZÕES PROC.	DISTRIB.	COMUT.	SOMENTE JURÍDICA	VÁRIAS RACIO.
ADI 2034-0 MC/DF		X		X		X	
ADI 62-4/DF			X				
ADI 2010 MC/DF	X			X		X	
ADI 3128-7/DF		X		X		X	
ADI 3105-8/DF		X		X		X	
ADC 8-8 MC/DF	X			X		X	
RE 430.514-3 AGR/RS		X		X		X	
RE 422.268-0 AGR/SP		X		X		X	
RE 414.816-1 AGR/SC		X		X		X	
SS 471-9 AGR/DF		X					
SS 472-7 AGR/DF		X					

Comentários:

- Importante salientar que as mudanças percebidas quanto à decisão dos julgados aqui expostos (Def. / Indef. / Indef. Por razões proc.) expressam, na realidade, a coerência entre os julgados (como será demonstrado na análise qualitativa). Assim, a coerência que se afirma aqui se dá entre o que decide o juiz e o que prescreve a lei, sendo, pois, as mudanças nas decisões resultado de mudanças nas leis. A título exemplificativo, destacam-se as mudanças encerradas pelas EC 20/98 e EC 41/03⁹.
- Apesar de caracterizados como de “justiça distributiva”, vale ressaltar a existência de controvérsias internas, as quais, contudo, nunca formam a maioria vencedora, sendo majoritário o grupo de Ministros que optam pela classificação que aqui se fez.
- A uniformidade quanto às racionalidades utilizadas para a interpretação do direito social à previdência pública correlaciona-se estritamente a coerência dos julgados, uma vez que por ser jurídica a interpretação, qualquer mudança legislativa enseja mudanças na forma de se decidir. Tal observação, aqui sublinhada, será objeto de outras conclusões na análise qualitativa.
- A título explicativo, a razão para haver julgados não classificados se deu pelo seu indeferimento conjugado a inexistência de análise do mérito, ou consideráveis anotações quanto à este. Por outro lado, há julgados que mesmo indeferidos, tiveram considerações tecidas sobre o objeto de julgamento.

SUBSÍDIOS (SALÁRIO MÍNIMO)

⁹ “EC 20/98. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.”.

“EC 41/03. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do §3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.”.

<u>IDENTIFICAÇÃO</u>	<u>DECISÃO</u>			<u>JUSTIÇA DO DIREITO</u>		<u>RACIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO</u>	
	DEF.	INDEF.	INDEF. POR RAZÕES PROC.	DISTRI.	COMUT.	SOMENTE JURÍDICA	VÁRIAS RACIO.
ADI 529-4 MC/DF		X					
ADI 1458-7 MC/DF		X		X		X	
ADI 1442-1/DF			X	X		X	
ADI 1445/DF			X	X		X	

Comentários:

- Observa-se que dentre os quatro julgados analisados, todos foram indeferidos. A ADI 529-4/DF por falta de aditamento da inicial, haja vista as sucessivas reedições da medida provisória objeto deste julgado. Nessa linha, como nos julgados relativos à previdência social, também não se pode proceder à classificação subsequente, uma vez que não foram feitas considerações sob o direito pleiteado. Já as ADI 1458-7/DF, 1442-1/DF e a 1445/DF, apensada à 1442-1/DF, foram indeferidas por razões que mais adiante serão expostas.
- Para a classificação da justiça do direito pleiteado respeitou-se o critério de presunção anteriormente firmado, segundo o qual a classificação se daria ou por expressa caracterização do objeto sob análise pelos votos proferidos no acórdão ou, na impossibilidade de se caracterizar o contrário, classificaria como de justiça distributiva, haja vista a falta de menção direta do assunto. Assim, mesmo com poucas considerações a respeito, mas tomando-se por base a completude dos julgados, caracterizou-os como de "justiça distributiva".

- A classificação da racionalidade utilizada para se interpretar o direito social à remuneração se deu com as mesmas feições da classificação do direito social à previdência social, uma vez que não se deu por expressa menção dos Ministros em seus votos, mas por decorrência direta da forma como foram decididos ao final. Tal fato, contudo, será melhor explicado ao longo da análise qualitativa.

ANÁLISE QUALITATIVA DOS JULGADOS

SAÚDE

Para a escolha dos julgados que serão analisados no âmbito do direito à saúde, dois critérios foram utilizados: universalidade, isto é, diversidade quanto aos assuntos abordados pelas decisões – uma vez que se constata dos julgados que independentemente do assunto específico, o mote de todas as decisões assenta-se na problemática da aplicabilidade do direito social – e, centralidade, uma vez que se buscou acórdãos que mais profundamente tratassem do assunto ou fossem referência a outros julgados similares. Nesse sentido, respectivamente, foram eleitas três decisões: RE nº 256.327-7/RS, por abordar questão diversa da tão comum problemática HIV/AIDS, isto é, por tratar de indivíduo portador de doença neurológica requerendo tratamento médico; AGRRE nº 271.286-8/RS, por abordar de forma mais aprofundada a aplicabilidade do direito à saúde e o AGRAG nº 238.328-0/RS, por se tratar de acórdão referência à outros julgados.

Assim, primordialmente, com o intento de relacionar os julgados escolhidos e justificar a afirmação de que todos possuem um tema em comum, destaca-se a concepção de direito social em cada um deles:

“Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo¹⁰ à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada a generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas

¹⁰ “(...) direitos subjetivos públicos, ou direitos oponíveis ao próprio Estado.”. (Voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres de Britto. ADI 3105-8 /DF. p. 12).

idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no artigo 196¹¹ da Carta Política (...) não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional.

(...)

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positividade dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (José Afonso da Silva, “Poder Constituinte e Poder Reformador”, p.199, itens nº 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impõe a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado proclame o reconhecimento meramente formal de um direito. Torna-se essencial que para além da simples declaração constitucional deste direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como

¹¹ “Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução das desigualdades e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promulgação, proteção e recuperação.”.

prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.”. (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. AGRRE nº 271.286-8/RS. p. 9 / 12).

“Se uma série de percalços administrativos se impõem à lei teórica e à sua aplicação prática, tal se deve por falta de medidas administrativas eficazes, ou por omissão dos agentes responsáveis. O certo é que não se admite por conveniências ou em vista de outros destinos de verbas públicas concorrer para o desenlace fatal do paciente.”. (Relatório, no qual o Ministro Moreira Alves se utiliza de voto proferido por desembargador do TJ/RS, para sustentar sua posição em seu futuro voto. RE nº 256.327-7/RS. p. 2).

“É hora de atentar-se para o objeto maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade humana.”. (Relatório, no qual o Ministro Marco Aurélio se utiliza de voto proferido por desembargador do TJ/RS, para sustentar sua posição em seu futuro voto. AGRAG nº 238.328-0/RS. p. 2).

Logo, dos excertos, pode-se notar, também, a amplitude¹² e a imperatividade que o caráter constitucional empresta ao direito à saúde. Assim, percebe-se que característica desse direito social é o vínculo entre Estado e cidadão, impondo à todos os entes federativos a responsabilidade

¹² “Artigo 194, parágrafo único, inciso I. Universalidade da cobertura e do atendimento.”.

quanto a promoção da saúde pública. Destarte, independentemente do assunto específico referente à saúde, a da existência de legislação infraconstitucional regulamentadora¹³, impõe-se ao Estado o dever de proporcionar condições mínimas e dignas de acesso à saúde.

Nesse sentido, relatada a visão do Tribunal sobre o tema comum aos julgados – aplicabilidade do direito à saúde -, passível caracterizar-se os dois parâmetros / instrumentos que serão utilizados como instrumento de comparação entre os direitos sociais, ou seja, a classificação em justiça distributiva / comutativa do direito sob análise e as racionalidades envolvidas na interpretação do mesmo.

Em ordem, referente à classificação do direito, extrai-se dos julgados a identificação com o regime ditado pela justiça distributiva, a ver:

“O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”. (Relatório, no qual o Ministro Marco Aurélio se utiliza de voto proferido por desembargador do TJ/RS, para sustentar sua posição sem eu futuro voto. AGRAG nº 238.328-0/RS. P. 1)

“Argumenta-se, também, que a Constituição Federal não assegura a destinação de recursos públicos a uma situação individualizada, eis que a assistência à saúde é para a coletividade.”. (Relatório, no qual o Ministro Moreira Alves se

¹³ “Artigo 194, parágrafo único, inciso III. Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios.”.

utiliza de voto proferido por desembargador do TJ/RS, para sustentar sua posição em seu futuro voto. AGRAG nº 238.328-0/RS. p. 2).

"Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no artigo 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa.". (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. AGRRE 271.286-8/RS. p. 7 / .8)

Já com relação às racionalidades envolvidas, pode-se perceber, no julgado AGRRE 271.286-8/RS, a composição de fatores (ou racionalidades) econômicos e éticos associados aos jurídicos. Logo, constatou-se que ao analisar o direito social à saúde, não só na racionalidade jurídica baseou-se o julgador, suscitando, assim, dúvidas quanto quais racionalidades foram, e são, realmente utilizadas para decidir casos semelhantes, uma vez que nestes não é explícito o emprego exclusivo da racionalidade jurídica. Assim, a ver:

"Tal como pude enfatizar, em decisão proferida por mim no Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (artigo 5º, caput e artigo 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma

vez configurado esse dilema -, que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que tem acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.”. (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. AGRRE 271.286-8/RS. p. 8).

Portanto, constata-se que o direito social à saúde, para o Supremo Tribunal Federal, caracteriza-se como um vínculo entre Estado, responsável pela promoção, e cidadão, detentor de um direito subjetivo respectivo, sendo a igualdade material e a dignidade humana fins pretendidos e perseguidos por este programa constitucional. Nota-se, também, a unidade interpretativa relativa à aplicabilidade do direito à saúde, na medida em que independentemente da problemática trazida, sempre se reconhece tal direito subjetivo público. Percebe-se, além disso, a caracterização do direito em pauta como de justiça distributiva, bem como, infere-se a indefinição no uso das racionalidades, isto é, por não ser explícita em todas as decisões se há, ou não, pluralidade no uso das racionalidades – exceção do AGRRE 271.286-8/RS-, impossível torna-se afirmar com certeza a forma como foi interpretado o direito social à saúde, abrindo, pois, margem à especulações e incertezas que, apesar de serem notoriamente vulneráveis, não podem ser desconsideradas quando da leitura de outros acórdãos semelhantes, uma vez que fica em aberto a questão quanto a(s) racionalidade(s) adotada(s) quando do julgamento. Contudo, classifica-se a forma de se interpretar, por consequência, como exclusivamente jurídica, uma vez que se adotou como pressuposto tal entendimento¹⁴. Logo, por não se poder afirmar o contrário, caracteriza-se os julgados referentes ao direito à saúde, com exceção da decisão supracitada, como interpretados sob uma racionalidade exclusivamente jurídica.

¹⁴ Pressupostos, Página 15, “Aspectos Quantitativos dos julgados – Considerações”

PREVIDÊNCIA SOCIAL

À análise da forma como é caracterizado, pelo Supremo Tribunal Federal, a previdência social, dois julgados dentre os utilizados para o tabelamento quantitativo foram eleitos. Para tal escolha, assim, dois critérios, em conjunto, foram utilizados: abrangência, haja vista a abordagem panorâmica do tema por ambas as decisões e, profundidade, uma vez que os dois julgados não se limitam a caracterizar o sistema previdenciário, como também o esquadrinham, de modo a contextualizá-lo na ordem jurídica nacional. Destarte, as decisões escolhidas foram: a ADC 8-8 MC / DF e a ADI 3105-8 / DF, ambas tratando da contribuição previdenciária de servidores públicos inativos e pensionistas, sendo o objeto da primeira os artigos 1º e 2º da lei 9.783/99¹⁵ e o da segunda, o artigo 4º da Emenda Constitucional 41/03¹⁶.

Assim, de modo mais detalhado, e a título preliminar, à caracterização do sistema previdenciário, imprescindível mostra-se a exploração do tema de ambos os julgados, uma vez que não só o mote, mas também o encadeamento temporal, ligam estas duas decisões:

“Os termos originais da Constituição de 1988 desenhavam um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo¹⁷, no qual a comprovação de tempo de serviço, sem limite de idade, era uma das condições do direito ao benefício, sem nenhuma referência à questão da proporcionalidade, ou de equilíbrio atuarial, entre o volume de recursos e o valor das contribuições

¹⁵ Lei federal 9.783/99. “Dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos demais pensionistas dos três Poderes da União, e dá outras providências.”.

¹⁶ EC 41/03. “Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do §3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.”.

¹⁷ Distributivo, aqui, tem significado diverso do empregado neste trabalho para a caracterização dos direitos sociais. Neste contexto, o do julgado, distributivo é antônimo de contributivo, não de comutativo.

desembolsadas pelo servidor na ativa e o dos proventos da aposentadoria. Seu cunho solidário e distributivo vinha, sobretudo de os trabalhadores em atividade subsidiarem, em certa medida, os benefícios dos inativos.

O sistema padeceu substancial alteração com a emenda constitucional 20/98 que lhe introduziu feição contributivo, baseado, já não no “tempo de serviço”, mas no tempo de contribuição, “observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial” (artigo 40, in fine, da Constituição da República, com a redação da EC 20/98).

E a emenda constitucional 41/03 instaurou regime previdencial nitidamente solidário e contributivo, mediante a previsão explícita de tributação de inativos, “observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”.

A questão da chamada “tributação” dos funcionários públicos inativos não é nova em nossa história jurídico-constitucional recente e, ex professo, já foi analisada por esta corte em, pelo menos, duas oportunidades marcantes: i) na ADI nº 1441-2/DF; e ii) na ADI 2010-2/DF.”. (Voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso. ADI 3105-8/DF. p. 20 / 21).

Nesse sentido, nota-se que de um sistema subsidiado unicamente pelo Erário, passou-se, paulatinamente, e por via constitucional, para um sistema no qual os servidores contribuía, enquadrando-se, assim, no disposto pelo artigo 194, parágrafo único, inciso VI¹⁸, e outros.

Logo, de forma complementar, ressalta-se:

¹⁸ “Artigo 194, parágrafo único, inciso VI. Diversidade da base de financiamento.”.

“Sob esse aspecto (Contribuição dos servidores federais inativos e pensionistas), muito mais do que a análise prévia da alegada incompatibilidade formal da lei 9783/99 com o que prescreve o artigo 195, § 4º, da Carta Política, impõem-se responder a uma indagação básica: Pode, a União federal, pelo novo regime introduzido pela Emenda Constitucional 20/98, instituir e exigir contribuição para a seguridade social dos servidores federais inativos e dos pensionistas?

Entendo que não.

Antes, contudo, devo registrar que esta corte, no regime anterior ao que foi instituído pela EC 20, de 15/12/98, apreciou esta questão de modo diverso, pois, tendo presente uma realidade constitucional substancialmente distinta daquela que hoje prevalece em nosso sistema de direito positivo, admitiu, ainda que em sede de mera deliberação, a possibilidade de impor, a servidores inativos e pensionistas a contribuição de seguridade social.

(...)

Torna-se necessário enfatizar, no entanto, que esses julgamentos ocorreram sob a égide de um quadro normativo positivado em texto constitucional substancialmente diverso daquele que resultou da promulgação da EC 20/98.”.
(Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADC 8-8 MC/DF.p. 47 / 49. Comentários sob grifo)

Logo, observa-se que o regime previdenciário, desde a promulgação da Constituição, vem sofrendo mudanças, adaptando-se à realidade e às necessidades, sendo cada decisão, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, uma foto do momento no qual se encontra inserido este sistema no contexto constitucional, bem como das exigências para-

jurídicas¹⁹ judicializadas / constitucionalizadas²⁰, haja vista a instituída pela EC 20/98: "(...)observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.". (Artigo 40, caput) – racionalidade econômica judicializada / constitucionalizada -.

Assim, finda introdução, a que se explorar a caracterização delineada pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao direito social à Previdência Pública. Primordialmente, classifica-se tal direito como sendo de cunho distributivo. No entanto, importante salientar que essa classificação não se dá de forma pacífica²¹. Contudo, sendo interpretação majoritária da Corte, pode-se notar expressa no voto vencedor decisivo proferido pelo Ministro Cezar Peluso na ADI 3105-8/DF:

"Ninguém tem dúvida, porém, de que o sistema previdenciário, objeto do artigo 40 da Constituição da República, não é nem nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por normas de direito privado e, tão pouco de que o valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas tributo predestinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social, que é terreno privilegiado de transcendentais interesses públicos ou coletivos. O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice, e, conforme o artigo 195 da Constituição da República, deve ser custeado por

¹⁹ Conforme Dicionário Aurélio, o prefixo "para" indica "ao lado de", "proximidade". Logo, com a expressão "para-jurídico" buscou-se encerrar a idéia de elementos tangentes ao mundo do Direito.

²⁰ Judicializadas, pois inseridas e analisadas sob uma racionalidade jurídica, inserção que, aliás, se dá pela constitucionalização, pois positivadas.

²¹ Divergências encontradas nos Votos dos Ministros Ellen Gracie, p. 8/22, Carlos Ayres de Britto, p. 8/22, Celso de Mello, p. 25 e Marco Aurélio, p. 5/27.

toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que bem poderia chamar-se princípio estrutural da solidariedade²².

Diferentemente do Chile, cujo ordenamento optou por regime essencialmente contributivo e capitalizador, em que cada cidadão financia a própria aposentadoria, contribuindo para uma espécie de fundo de capitalização, administrado por empresas privadas, com fins lucrativos, nosso contribuinte adotou um regime público de solidariedade, em cuja organização as contribuições são destinadas ao custeio geral do sistema, e não, a compor fundo privado com contas individuais.

Os servidores públicos em atividade financiavam os inativos e, até à EC nº 3/93, os servidores ativos não contribuía, apesar de se aposentarem com vencimentos integrais, implementadas certas condições. A EC nº 20/98 estabeleceu regime contributivo e, com coerência, obrigou à observância do equilíbrio financeiro e atuarial, enquanto princípios mantidos pela EC nº 41/03.

Teria, com isso, a emenda instituído regime semelhante ou análogo ao chileno? A resposta é imediatamente negativa.

O regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio eqüitativo e equilibrado dos benefícios, mas sem prejuízo do respeito aos objetivos ou princípios constantes do artigo 194, parágrafo único, quais sejam: i) Universalidade; ii) Uniformidade; iii) Seletividade

²² Este termo, mesmo subsistindo controvérsias quanto ao caráter distributivo do direito social aqui em análise, também é utilizado por outros Ministros: Nelson Jobim, p. 8, Joaquim Barbosa, p. 5, Ellen Gracie, p.15, Carlos Ayres de Britto, p. 1, Celso de Mello, p.1, Cezar Peluso, p. 35 e Eros Grau, p. 31.

e Distributividade; iv) Irredutibilidade; v) Equidade no custeio; vi) Diversidade da base de financiamento. Noutras palavras, forjou-se aqui um regime híbrido submetido às normas de direito público e caracterizado, em substância, por garantia de pagamento de aposentadoria mediante contribuição compulsória durante certo período, o que lhe define o predicado contributivo, sem perda do caráter universal, seletivo e distributivo.". (Voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso. ADI 3105-8/DF. p.34 / 36).

Nessa linha, também se podem perceber as racionalidades utilizadas pelos Ministros ao interpretar o direito social em questão. Assim, em dois momentos pode-se afirmar que só é utilizada a racionalidade jurídica para se interpretar o direito social em questão, mesmo que ela se de sobre uma racionalidade econômica judicializada / constitucionalizada, como é o caso da idéia encerrada pela expressão contida em artigo constitucional "observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial". Assim, em um primeiro momento, o encadeamento histórico, marcando contextos e regimes normativo-constitucionais diversos, que motivaram análises diversas do tema da contribuição previdenciária pela Corte Suprema nacional, nos leva a constatação de que se não por alteração legal não se depreendem reexames do regime jurídico relativo ao sistema previdenciário, mesmo que este sofra notórias pressões para-jurídicas. Logo, passível é a percepção de que somente enseja mudanças interpretativas no sistema de previdência social alterações essencialmente jurídicas, independentemente de essas mudanças terem ocorrido por deliberação própria do legislador, ou por pressões fáticas alheias ao direito:

"Ditaram essa transmutação do regime previdencial – alteração legal, que leva a uma reinterpretção pelo Supremo Tribunal Federal – entre outros fatores políticos-legislativos, o aumento da expectativa de vida do brasileiro e,

conseqüentemente do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (...).” (Voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso. ADI 3105-8/DF.p. 28).

Logo, pode-se afirmar que patente é a composição de racionalidades diversas – social, econômica, política e jurídica – no âmbito do Poder Legislativo que, com a finalização de sua função legiferante, judicializa / constitucionaliza tais racionalidades, tornando-as, pois, passíveis de serem analisados pelo Poder Judiciário, sob o binômio constitucional-legal / inconstitucional-ilegal, em outras palavras, na análise do direito social em questão, notório é o fato de que só são consideradas questões, a priori, alheias à racionalidade jurídica quando judicializadas / constitucionalizadas, como no caso, sob a forma de Emenda Constitucional.

“Se em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito sugerem ou reclamam a alteração da constituição, em ordem a conferir-lhe maior contemporaneidade, ajustando-a, desse modo, a novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, se promovam, então, mudanças no texto da Lei Fundamental, observando-se, no entanto, as limitações e o processo de reforma nela própria estabelecidos.” (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADC 8-8 MC/DF. p. 94).

Em um segundo momento, nesse sentido, também se percebe o caráter eminentemente jurídico da interpretação:

“(...) desejo observar, na mesma linha das considerações que expus²³, quando do

²³ Como também se apresenta no Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgado da ADI 3105-8/DF. p. 5 / 10.

juízo do pedido de medida cautelar na ADI 2010/DF, de que sou relator, que não desconheço as graves distorções e a séria crise que afetam, dramaticamente, o sistema previdenciário nacional.

Também não ignoro que se impõe, a todos - cidadãos e governantes - o dever de buscar, em atenção ao princípio da solidariedade social e em face da necessidade da realização do bem comum, a superação dos obstáculos que impedem a construção de uma sociedade justa.

A realização dessa tarefa, contudo, não pode ser feita sem que se respeitem, com estrita fidelidade, os valores delineados e as limitações impostas no texto da Constituição da República. Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer, jamais, sobre o império da Constituição. Razões de Estado, por sua vez, não podem ser invocados para legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e a valores essenciais que informam o nosso sistema de direito constitucional positivo (AI 234/63-AGR-MA. Relator Ministro Celso de Mello).

Impõe-se advertir, com apoio em autorizado magistério doutrinário (EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, "la lucha contra las inmunidades del poder", 3ªed., 1983, editorial Civitas Madrid), que as razões de Estado - quando invocadas como argumento de sustentação das pretensões do Poder Público - representam expressão de um perigoso ensaio destinado à submeter, à vontade do Príncipe, a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a idéia de que o

exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, esta permanentemente exposto à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e tribunais.”. (Trecho de Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADC 8-MC /DF. p. 91 / 93).

“Faço tal observação – de que os aposentados e pensionistas possuem interesse legítimo em contestar a contribuição social que lhes foi imposta pela EC 41/03 – apenas para registrar, nesse julgamento público, a par do papel desta corte em proferir um julgamento a partir de critérios jurídico-constitucionais, uma expressa rejeição a uma utilização demagógica e “eleitoreira” de um pleito defendido por um setor expressivo da nossa sociedade.”. (Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes. ADI 3105-8/DF. p. 2).

Portanto, conclui-se o estudo aqui empreendido constatando-se o caráter distributivo da previdência social pública, haja vista sua distanciação de um regime privado e contratual, aproximando-se, pois, de um regime público, baseado em diretrizes prescritas para a seguridade social, isto é, o já mencionado artigo 194. Constatou-se, também, a exclusiva utilização da racionalidade jurídica, uma vez que além de anunciarem tal tendência, os ministros, em seus históricos de decisões assim também o fizeram, julgando baseados na lei, mudando suas decisões apenas quando alteradas as bases legais. Assim, diferentemente da análise anterior, os julgados aqui estudados não deixam margem à especulações, encerrando, pois, cada uma das frentes utilizadas para o estudo comparativo.

SUBSÍDIOS (SALÁRIO MÍNIMO)

Por fim, serão analisados os julgados referentes ao direito social ao trabalho, mais especificamente a forma como este trabalho é remunerado, ou seja, o salário mínimo. Para tanto, salienta-se o artigo 7º, inciso IV, que não só circunscreve o tema da remuneração quanto à sua faceta social, como também serve de parâmetro constitucional aos julgados que aqui serão estudados.

“Artigo 7º, inciso IV. Salário Mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.”.

Nessa linha, cumpre explicitar os julgados eleitos, bem como os critérios utilizados para tanto. As decisões para análise são a ADI por omissão 1458-7/DF e a ADI 1442/DF (na qual foi apensada a ADI 1445/DF). A razão para a escolha desses julgados foi o fato destes serem os únicos nos quais foram feitas considerações sobre a questão de mérito, isto é, mesmo quando não conhecida a ação – caso da ADI 1442/DF - sobre seu mérito são tecidos comentários, o que, portanto, fornece subsídios para o presente estudo. Contudo, vale ressaltar que as questões não são analisadas profundamente pelos ministros, o que finda por comprometer, relativamente, as conclusões deste tema em específico.

Assim, como já mencionado, ambos os julgados tomam por parâmetro constitucional o artigo supracitado, sendo, pois, objeto de contestação tanto o valor do salário mínimo fixado, quanto o índice adotado à sua revisão:

“Com efeito, a cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política – para além da

proclamação da garantia social do salário mínimo – consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo.”. (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADI 1442/DF e ADI 1458-7/DF. p. 10 e p 6 / 7. respectivamente).

Assim, observa-se que o preceito constitucional delimita e determina a atividade legiferante, vinculando-a a um programa constitucionalmente prescrito.

Já com relação à análise dos parâmetros escolhidos para a comparação entre os direitos sociais, pode-se afirmar o caráter distributivo do direito em questão. Tal afirmação se dá, contudo, pela visão global dos votos, uma vez que não sendo suficientemente aprofundados ou explícitos, não transparecem, *prima facie*, essa caracterização. Contudo, como é notória a ciência do Tribunal referente ao custo social e ao impacto sobre as finanças públicas decorrentes da aplicação do artigo 7º, inciso IV, bem como a consciência de que os beneficiados circunscritos por esta norma constituem uma classe (na qual se inserem trabalhadores em atividade, aposentados e pensionistas)²⁴, conclui-se pela caracterização do direito em pauta como afeito as diretrizes da justiça distributiva.

“Vê-se, portanto, que o legislador constituinte brasileiro delineou um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado,

²⁴ Não se excluí as sabidas repercussões decorrentes de modificações no salário-mínimo. Contudo, como estas não são abordadas pelos ministros, não são postas como elementos de análise explícitos. Vide reportagem publicada no jornal O Estado de São Paulo, dia 29/01/2006, caderno de Economia.

mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público – e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social (daí um direito social) e de caráter econômico-financeiro (como analisado nos julgados anteriores, esta é uma racionalidade econômica judicializada / constitucionalizada, logo, caracteriza-se como jurídica)-, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar o poder aquisitivo desse piso remuneratório, em caráter permanente.”. (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADI 1442/DF. p. 11. Comentários sob grifo).

Por conseguinte, já com relação as racionalidades constituidoras da interpretação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tal como ocorrido nos julgados analisados no capítulo anterior com relação a forma sistemática de se inferir certa conclusão, isto é, afirmou-se a maneira como interpretado o direito social lá analisado através da forma como proferidos os acórdãos, vislumbra-se aqui, também, o uso exclusivo da racionalidade jurídica, mesmo que esta esteja baseada em racionalidades alheias ao direito, mas por ele judicializadas / constitucionalizadas, seja pelo indeferimento da ADI 1458-7/DF, na qual são tecidas considerações várias, mas que findam pelo dito indeferimento por razões jurídico-materiais, seja pelo também indeferimento, mas por razões processuais, da ADI 1442/DF, a ver:

“A questão do salário mínimo não é uma simples questão de ordem técnica. É, sobretudo, um problema de natureza social, com graves implicações de caráter político, pois revela, na

exata definição de seu valor, o real compromisso do programa governamental com a justa remuneração do trabalho e com a plena emancipação da classe trabalhadora de sua inaceitável condição de opressão e de arbitrária exploração econômica.”. (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADI 1458-7/DF. p. 11).

“Vê-se, portanto, que, em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional, são extremamente limitados os poderes deferidos pela Carta da República ao Supremo Tribunal Federal (Artigo 103, §2º), que não poderá, em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada – ou editada de maneira insatisfatória- pelo Poder Público. Daí a impossibilidade de concessão de medida liminar em sede de controle concentrado de omissão estatal, eis que, reduzindo-se o pronunciamento final da Corte à mera cientificação do órgão em situação de mora, torna-se evidente que o provimento cautelar não poderá revestir-se de força maior e mais abrangente que a própria decisão concernente ao mérito da causa, a ponto de determinar ao Presidente da República e ao Congresso Nacional a adoção das medidas legislativas adequadas.”. (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADI 1458-7/DF. p. 26).

“É por tal razão que não se pode, na situação exposta pela Confederação autora, sequer cogitar-se da concessão de medida liminar, pois, se eventualmente deferida, culminaria por

agravar, ainda mais, a situação remuneratória dos trabalhadores, reduzindo-lhes o salário mínimo dos atuais R\$ 112,00 para a anterior e inaceitável importância de apenas R\$ 100,00.”. (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADI 1442/DF. P. 36).

Portanto, pode-se concluir que apesar de superficiais, ou pouco abrangentes, os julgados utilizados fornecem dados mínimos para a formulação de conclusões. Assim, se por um lado, de forma imprecisa, pode-se afirmar a caracterização do direito social ao trabalho, no que tange a sua remuneração, como de justiça distributiva, por outro, com menor dúvida, em decorrência de uma análise baseada em maior número de dados, pode-se dizer que a racionalidade utilizada para a interpretação foi, exclusivamente, jurídica.

CONCLUSÃO

A análise dos dados obtidos ao longo deste estudo leva-nos à constatações singulares, haja vista o fato de que, como exposto na introdução, os direitos sociais caracterizam-se como direitos novos, imersos em uma nova expectativa e, portanto, dotados de um novo e único comportamento. Assim, tendo em vista que as grandes “disparidades” se deram quando da análise das racionalidades envolvidas na interpretação dos direitos em pauta, rever alguns dados já expostos, como expor novos, torna-se imprescindível:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSE CARLOS VIEIRA DE ANDRADE”, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 “, p.207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e / ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da

Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).” (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADPF 45. p 2 / 3).

“Se uma série de percalços administrativos se impõem à lei teórica e à sua aplicação prática, tal se deve por falta de medidas administrativas eficazes, ou por omissão dos agentes responsáveis. O certo é que não se admite por conveniências ou em vista de outros destinos de verbas públicas concorrer para o desenlace fatal do paciente”. (Relatório, no qual o Ministro Moreira Alves se utiliza de voto proferido por desembargador do TJ/RS, para sustentar sua posição em seu futuro voto. RE nº 256.327-7/RS. p. 2).

“(…) desejo observar, na mesma linha das considerações que expus, quando do julgamento do pedido de medida cautelar na ADI 2010/DF, de que sou relator, que não desconheço as graves distorções e a séria crise que afetam, dramaticamente, o sistema previdenciário nacional.

Também não ignoro que se impõe, a todos - cidadãos e governantes - o dever de buscar, em atenção ao princípio da solidariedade social e em

face da necessidade da realização do bem comum, a superação dos obstáculos que impedem a construção de uma sociedade justa.

A realização dessa tarefa, contudo, não pode ser feita sem que se respeitem, com estrita fidelidade, os valores delineados e as limitações impostas no texto da Constituição da República. Argumentos de necessidade, por mais respeitáveis que possam ser, não devem prevalecer, jamais, sobre o império da Constituição. Razões de Estado, por sua vez, não podem ser invocados para legitimar o desrespeito e a afronta a princípios e a valores essenciais que informam o nosso sistema de direito constitucional positivo (AI 234/63-AGR-MA. Relator Ministro Celso de Mello).

Impõe-se advertir, com apoio em autorizado magistério doutrinário (EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, "la lucha contra las inmunidades del poder", 3ªed., 1983, editorial Civitas Madrid), que as razões de Estado – quando invocadas como argumento de sustentação das pretensões do Poder Público – representam expressão de um perigoso ensaio destinado à submeter, à vontade do Príncipe, a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a idéia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, esta permanentemente exposto à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e tribunais.". (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADC 8-8 MC/DF. p. 91 / 93).

Logo, a princípio, poderia sustentar que há incoerência na análise dos direitos sociais a partir da comparação destes excertos expostos, com esses à seguir:

“Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e aplicação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e / ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pelo processo gradual de sua concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política..”. (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADPF 45. p 3).

“Tal como pude enfatizar, em decisão proferida por mim no Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos

pela própria Constituição da República (artigo 5º, caput e artigo 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema -, que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que tem acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.”. (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. AGRRE 271.286-8/RS. p. 8).

Assim, a incoerência aqui suscitada residiria não só na consideração da existência de racionalidades diversas à jurídica quando da formação da convicção do juiz, mas também na possibilidade de usá-las, sob a denominação de “reserva do possível”, para restringir a aplicabilidade de um direito social. Contudo, esta conclusão precipitada não seria correta, seja por não analisar a completude dos dados, seja por estar contaminada pelo vício da vaidade de se tender a confirmar às primeiras impressões da análise dos julgados a afirmação suscitada na hipótese. Destarte, para a objetividade da conclusão, outros dados precisam ser agregados aos que aqui, neste capítulo, foram expostos: Assim, há que se relevar os dados obtidos quando da constatação da existência de racionalidades para-jurídicas judicializadas / constitucionalizadas, como são os casos da Previdência Social e da Remuneração (Salário Mínimo).

“Ditaram essa transmutação do regime previdencial – alteração legal, que leva a uma reinterpretção pelo Supremo Tribunal Federal – entre outros fatores políticos-legislativos, o aumento da expectativa de vida do brasileiro e, conseqüentemente do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente

com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (...).” (Voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso. ADI 3105-8/DF. p.28).

“A questão do salário mínimo não é uma simples questão de ordem técnica. É, sobretudo, um problema de natureza social, com graves implicações de caráter político, pois revela, na exata definição de seu valor, o real compromisso do programa governamental com a justa remuneração do trabalho e com a plena emancipação da classe trabalhadora de sua inaceitável condição de opressão e de arbitrária exploração econômica.” (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADI 1456-7/DF. p.11).

Logo, tendo por base todos estes dados, isto é, a caracterização dos direitos sociais, a aparente contradição aqui suscitada, a judicialização / constitucionalização de racionalidades para-jurídicas e o relativo consenso acerca do caráter distributivo dos direitos em questão, pode-se concluir que:

“Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as ações legislativas e organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no

Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra a Separação dos Poderes(...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, moradia ou alimentação. Nem a Doutrina nem a Jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.”. (Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. ADPF 45. p. 4).

Portanto, a conjugação de dados novos à dados expostos ao longo do trabalho leva-nos a concluir que os direitos sociais - repisando as restrições e limitações anteriormente anunciadas na Metodologia -, quando interpretados, prescindem de outras racionalidades além da jurídica, haja vista, num contexto mais geral, o caráter sociológico do Direito, que solitariamente perde sua razão, encontrando-a, pois, apenas quando em choque com o mundo das limitações, isto é, o mundo real (Dever Ser / Ser). Logo, conclui-se pela coerência do Supremo Tribunal Federal ao julgar os direitos sociais, falseando, pois, a hipótese inicial, uma vez que se entende que não só todos os direitos sociais aqui analisados foram coerentes na caracterização da justiça (distributiva) adotada, como também, sublimado o campo meramente frio das classificações, reconhece-

se que para a formação de uma convicção são imprescindíveis racionalidades alheias à racionalidade jurídica, sejam elas expressas e utilizadas abertamente (AGRRE 271.286-8/RS, Saúde), sejam elas apresentadas, e utilizadas através do fenômeno da judicialização / constitucionalização (ADI 3105-8/DF, Previdência Social; 1442-1/DF, Subsídios). Assim, apesar de salientado ao longo do trabalho que as racionalidades alheias à jurídica, quando judicializadas / constitucionalizadas, passam a ser analisadas sob a óptica do binômio constitucional ou legal / inconstitucional ou ilegal, percebe-se, seja pela existência da cláusula da "reserva do possível", seja pelos fatores que motivaram os legisladores em sua atividade, seja, por fim, pela própria essência dos direitos sociais, que por si só necessitam da composição de situações, além da jurídica, para a sua implementação / efetivação, que a pluralidade de racionalidades é aspecto imprescindível à formação da convicção do julgador.

Vale dizer, contudo, que não estás a dizer, aqui, que se alteraram as classificações propostas, nem se estás a afirmar que os Ministros, em silêncio, utilizam-se de racionalidades diversas. Na verdade, está se dizendo que independentemente da forma como estas racionalidades para-jurídicas aparecem, elas são utilizadas, não sendo, pois, a judicialização / constitucionalização fator capaz de apagar esta essência (leia-se racionalidade) não-jurídica. Assim, apesar de receberem o juízo de valor constitucional-legal / inconstitucional-ilegal, são racionalidades que não perdem sua essência, bastando ver a forma como aplicadas, mesmo que judicializadas / constitucionalizadas.

BIBLIOGRAFIA

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional 45. Editora Saraiva. 2005.

Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª Edição. Editora Nova Fronteira.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9º Edição. Ed. Malheiros Editores. 2004.

LEITE, Glauco Salomão. A "politização" da justiça constitucional e o controle de políticas públicas. Artigo publicado no "Jornal do 22". N 7º, outubro de 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. As Palavras e a Lei. 1º Edição. Editora 34. 2004.

ROCHA, Jean Paul Cabral da. A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: O Déficit Democrático da Regulação Financeira. Tese de Doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro. 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11º edição. Ed. Malheiros Editores. 1996.

Sítio do Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br.