

Direitos fundamentais de seguridade social e interpretação judicial evolutiva: princípios hermenêuticos da ONU e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹

STRAPAZZON, Carlos Luiz *
DALLA COSTA, Fernanda **

Resumo: A interpretação evolutiva, ou progressiva, dos direitos fundamentais sociais é fortemente recomendada pelo direito internacional e pela jurisprudência de organismos internacionais, tanto para políticas públicas quanto para a jurisprudência dos tribunais. Um dos mais importantes princípios de interpretação dos direitos fundamentais sociais está positivado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Trata-se do princípio da implementação progressiva do Pacto. Uma forma de compreender a evolução dos direitos fundamentais é, portanto, analisar em que medida o Poder Judiciário atua como instituição de garantia da implementação progressiva dos direitos fundamentais sociais.

Abstract: The evolutive, or progressive, interpretation of the fundamental social rights is strongly recommended by international law and jurisprudence of international organizations, both to public policies and to jurisprudence of the courts. One of the most important principles of interpretation of the fundamental social rights is established in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. It is the principle of progressive implementation of the Covenant rights. One way to understand the evolution of fundamental rights is therefore, to examine the extent to which the judiciary acts as a guarantee institution of the progressive implementation of the fundamental social rights.

* Doutorando em direito constitucional pela Universidade Federal de Santa Catarina; professor-pesquisador em direitos fundamentais sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

** Bolsista de iniciação científica pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Estudante do curso de graduação em Direito da Unoesc *Campus* de Joaçaba, SC.

¹ Este artigo é a versão final, revisada e ampliada, de um *paper para discussão* apresentado no I Seminário de Pesquisa do Curso de Direito da Unoesc *Campus* de Joaçaba, realizado em 29 de abril de 2011. Gostaria de agradecer a todos os participantes do Seminário, em especial aos meus colegas de Grupo de Pesquisa em direitos fundamentais sociais – Seguridade social, Valéria Machado e Cristhian De Marco, pelos comentários críticos e sugestões; também ao Prof. Gerson L. C. Branco, pelas discussões deste trabalho durante o Seminário e ao Professor Roni Fabro, pela cuidadosa atenção com a organização do evento. A elaboração deste artigo só foi possível graças ao apoio institucional da Unoesc.

Este trabalho é o resultado parcial de pesquisas em andamento, na Unoesc, sobre a teoria e a prática da implementação progressiva dos direitos fundamentais sociais prescritos pelo direito internacional, mas seu recorte específico trata de discutir a implementação progressiva e a interpretação evolutiva dos direitos fundamentais de seguridade social: esses são os objetos teóricos e empíricos deste estudo. Por isso, apresenta as orientações teóricas essenciais dessa doutrina, revela suas ligações com o direito internacional da seguridade social e apresenta os primeiros resultados da pesquisa sobre a interpretação evolutiva dos direitos de seguridade social no âmbito da jurisprudência de tribunais superiores.

Palavras-chave: Direitos fundamentais de seguridade social. Interpretação judicial evolutiva de direitos fundamentais. Jurisprudência brasileira.

This paper is a partial outcome of a research in progress at Santa Catarina's West University (UNOESC) on the theory and practice of progressive implementation of the fundamental social rights prescribed by international law. His specific focus however, tries to discuss the progressive implementation and the evolutive interpretation of the fundamental rights of social security: these are the theoretical and empirical objects of this paper. Therefore, it presents the essential theoretical orientations of this doctrine, reveals its links with the international law of social security and presents the firsts results of the research on the evolutive interpretation of social security rights by the brazilian high courts.

Keywords: Fundamental social security rights. Evolutive judicial interpretation of fundamental rights. Brazilian. Judiciary Law.

Introdução

O juízo de inconstitucionalidade das leis não é, necessariamente, um juízo negativo, isto é, que constata antinomias entre o texto da lei e alguns preceitos constitucionais e que decide pela não aplicação da lei. Pode ser, também, um juízo que considera o tratamento jurídico que o legislador deu ao caso, como *insuficiente* ou *excessivamente restritivo* para corresponder às expectativas fundamentais do sistema de direito constitucional. Esse é um ângulo do *judicial review* pouco explorado pela doutrina brasileira, mas é bem conhecido na doutrina estrangeira e, por certo, também, aqui, como no estrangeiro, é causa de muita polêmica. Vamos denominar esse tipo de revisão constitucional das leis de *interpretação evolutiva das leis*.

A maioria dos doutrinadores considera a interpretação evolutiva como "um processo informal de reforma do texto da Constituição"² normalmente decorrente do caráter aberto e polissêmico de muitas das normas constitucionais que, assim, exigem do magistrado um esforço hermenêutico de concretização do sentido indeterminado do texto constitucional.³ Clássico, nesse sentido, é o esforço

² Barroso (2008, p. 146).

³ Barroso (2008, p. 146).

de concretização de cláusulas gerais, como as *cláusulas pétreas*, do Art. 60, § IV, da Constituição Federal. Sobre o campo semântico dessas cláusulas abertas, o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou:

O efetivo conteúdo das “garantias de eternidade” somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana.⁴

Muito embora esse aspecto corresponda a um dos sentidos da interpretação evolutiva, parece que é um critério incompleto por considerar a interpretação evolutiva como destinada, exclusivamente, à interpretação da constituição, das normas constitucionais. As coisas não se passam, porém, desse modo.

A interpretação evolutiva é, seguramente, um juízo discordante do significado comum atribuído ao estatuto normativo. Não se restringe, no entanto, à mutação constitucional orientada por cláusulas gerais. A interpretação judicial é evolutiva quando o campo semântico das normas constitucionais, ou infraconstitucionais, é melhor conformado, pela interpretação judicial, aos fins sociais amparados pelo sistema de direito constitucional, ou melhor, às expectativas fundamentais do ordenamento jurídico.

É Gustavo Zagrebelsky quem leciona: “Na realidade, interpretação evolutiva significa que as disposições jurídicas, sob a pressão de fatos externos avaliados com respeito a fins, mudam de significado, expressam normas que não cabiam nas previsões iniciais.”⁵

A interpretação evolutiva das leis, como é usual em sede de controle de constitucionalidade, é sempre discordante da decisão do legislador. Por vezes essa discordância é de grau, por vezes é também de conteúdo quanto à regulação oferecida pelo legislador.

A decisão judicial evolutiva, então, inova na ordem jurídica, e o faz sob os mais variados fundamentos.⁶ Uns são bem conhecidos da dogmática tradicional, como é o caso da máxima da integração de lacunas, outros são bem conhecidos da dogmática constitucional mais recente, como é o caso da máxima da *reserva legal razoável* ou *proporcional*, como será visto a seguir. No caso dos direitos fundamentais sociais, a interpretação evolutiva é uma prática constante, mas é também recomendada por estatutos internacionais prioritários.

Neste trabalho vamos analisar alguns fundamentos jurídicos que orientam essa prática diante de direitos fundamentais sociais para, em seguida, discutir algumas tendências jurisprudenciais brasileiras em sede de direitos da seguridade social.

1 Legitimidade da interpretação evolutiva de direitos fundamentais sociais

É claro que os juízes não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e virtudes da moralidade em geral, para proceder interpretações evolutivas de direitos fundamentais. Por isso, apelam para valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública de justiça e de razão pública.⁷

Os juízes de direito, nessas ocasiões, inevitavelmente convertem-se em juízes constitucionais e, como tais, tornam-se juízes da política pois incorporam em suas decisões certo pragmatismo que

⁴ Brasil (2003, p. 13).

⁵ Zagrebelsky (1988, p. 85, tradução nossa).

⁶ Cappeletti (1981).

⁷ Rawls (2000, p. 286-287)

considera as consequências políticas e sociais das decisões de Estado. Esse pragmatismo consequencialista é, normalmente, fundamentado como dever jurisdicional de garantir a concretização de expectativas jurídicas⁸ criadas por princípios do sistema de direitos constitucionais. Tais princípios, normalmente associados a direitos fundamentais,⁹ são admitidos como normas jurídicas vinculantes e que precisam, por isso, ser efetivadas na maior medida possível, tanto pelos órgãos legislativos quanto pelas demais instituições de garantia.

À luz da complexidade do direito de nossos dias e dos princípios que o governam, flexibilidade e adaptabilidade não são defeitos que exigem correção, mas exigências verdadeiramente impostas pelas constituições. Há circunstâncias em que as normas legais, diante da necessidade, devem ser cuidadosamente trabalhadas para se adequarem à natureza do caso, para as personalidades e para as respectivas situações concretas, de tal modo a que se permita a aplicação dos princípios sem sacrifícios desarrazoados.¹⁰

Tudo se passa, então, como se o ordenamento normativo nada fosse além de sua própria interpretação razoável, levada a cabo pelo Poder Judiciário, como salienta, frequentemente, o Ministro Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal.¹¹

O certo é que a dinâmica do direito não pode ser diferente. Todas as tentativas já envidadas para impedir as autoridades jurisdicionais de assim proceder, por quaisquer motivos que possam já ter sido imaginados, desde políticos, como fez o imperador Justiniano ao proibir interpretações ao *Digesto*,¹² religiosos, como procedeu a ciência jurídica medieval da escola de Bolonha, com sua doutrina da *ratio scripta* em relação ao *Corpus Iuris Civilis*,¹³ até legalistas, como procedeu o iluminismo francês.¹⁴ Todos, regularmente, faliram.

A interpretação evolutiva do direito, isto é, a reconstrução dinâmica do direito efetuada pela jurisprudência, precisa ser admitida pelo que ela efetivamente é: uma prática do poder jurisdicional do Estado. À ciência do direito compete esclarecer o fenômeno e oferecer os contornos dogmáticos de sua prática.

2 Reserva legal proporcional

O direito constitucional contemporâneo não impede que o legislador inove, invente instituições, crie novos e originais direitos e deveres. Exige dele, no entanto — do Poder Legislativo — sujeição às possibilidades do sistema de direitos constitucionais e aos princípios de justiça que o dirige. Isso significa, entre outras coisas, que a ação legislativa encontra limites, nas decisões constitucionais, no *princípio da proporcionalidade*. Mesmo a Suprema Corte Americana, ainda que diante de fortes objeções colocadas pela doutrina, mesmo nela tem sido invocado esse argumento em matéria constitucional: “A proporcionalidade é um padrão comumente usado pelas Cortes fora dos Estados Unidos, mas ela vem sendo utilizada pelo *Chief Justice* Breyer, o mais cosmopolita de nossos *Justices*.”¹⁵

⁸ Ferrajoli (2007).

⁹ Alexy (2008).

¹⁰ Zagrebelsky (2003, p. 647, tradução nossa).

¹¹ Brasil (2000, p. 3149).

¹² Savigny (1867, p. 252).

¹³ Wieacker (1980, p. 49).

¹⁴ Aubry (1857, p. 124).

¹⁵ Posner (2008, p. 356, tradução nossa).

Essa é, precisamente, a lição que se extrai do voto do ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes.

[A] doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).¹⁶

3 Seguridade Social em convenções e pactos internacionais

Uma forma de compreender a evolução dos direitos fundamentais, inclusive os de seguridade social, é analisar em que medida o Brasil adere, formalmente, aos compromissos internacionais que garantem esse tipo de direitos. Essa é uma exigência da dogmática dos direitos fundamentais, visto que, no Brasil, há previsão expressa no texto constitucional (Art. 5º § 2º) de que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por isso, antes de adentrar na análise jurisprudencial, serão analisados dois estatutos internacionais, bem como diretrizes de interpretação fixadas pelos organismos internacionais que os aprovou. Tudo isso com o propósito de indicar fundamentos jurídicos para a legítima interpretação evolutiva de direitos fundamentais sociais.

3.1 Normas mínimas de seguridade social: a Convenção 102, da OIT

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a Convenção 102, denominada Convenção concernente às Normas Mínimas para a Seguridade Social, em 1952. Essa convenção é o mais importante instrumento internacional a reconhecer direitos de seguridade social. Fixa um conjunto de obrigações aos Estados signatários e, por isso, tem grande valor explicativo, pois permite visualizar, claramente, quais são os tipos de direitos que fazem parte da categoria dos direitos fundamentais de seguridade social.

A Convenção 102 da OIT estabelece que os Estados-parte devem assegurar prestações de serviços de saúde de caráter preventivo ou curativo às pessoas quando seu estado de saúde assim o exigir. Os serviços de saúde devem abranger qualquer estado mórbido, seja qual for a sua causa; devem abranger também cuidados especiais para as mulheres em período de gestação, parto e suas conseqüências. Os serviços médicos devem ser, no mínimo, de clínica geral, visitas domiciliares; serviços de especialistas;

¹⁶ Brasil (2008b, p. 1168).

produtos farmacêuticos indispensáveis, hospitalização, de gestação e de trabalho de parto, assistência pré-natal e assistência após o parto.

A Convenção também autoriza que os Estados cobrem parte dos custos diretamente do usuário, mas ressalva que, independentemente dessa fonte de custeio, o sistema deve ser capaz de conservar, restabelecer ou melhorar a saúde, bem como a capacidade de trabalho das pessoas amparadas.

Além de implementarem essas políticas de saúde, os Estados devem assegurar o pagamento de benefícios a pessoas que perderam sua autonomia financeira, ou que reduziram sua capacidade de trabalho. Os benefícios enumerados na Convenção são os seguintes:

- a) auxílio-doença;
- b) auxílio-desemprego;
- c) aposentadoria por velhice;
- d) auxílio em caso de acidentes de trabalho e de doenças profissionais.
- e) auxílios familiares para a garantia de sustento de crianças. Esses podem ser um pagamento periódico e/ou fornecimento direto de alimentos, roupas, habitação, local para férias ou assistência domiciliar, ou uma combinação de ambas;
- f) auxílios para cobrir os gastos do período de gravidez (assistência pré-natal), do parto (assistência durante o parto) e suas consequências, bem como assistência após o parto;
- g) auxílios de aposentadoria por invalidez profissional;
- h) pensão por morte, ao viúvo ou viúva, ou aos filhos.

Como se vê, trata-se de uma ampla lista de direitos a serviços de saúde e a benefícios previdenciários.

A Convenção também se preocupa em afirmar que tais direitos devem ser judicialmente exigíveis. Por isso, cada Estado deve assegurar meios jurídicos e administrativos de os usuários apelarem em caso de recusa da prestação, de má-qualidade ou de insuficiente quantidade dos serviços.

Quanto à forma de financiamento desses direitos e programas sociais, a diretriz programática da Convenção é que devem ser financiados solidariamente, por toda a sociedade, por meio de impostos, de modo a evitar que pessoas de poucos recursos tenham que suportar encargos por demais pesados.

Para garantir o cumprimento dessas obrigações, a OIT adota um mecanismo de supervisão da eficácia de suas convenções que vem sendo empregado, igualmente, e cada vez mais, por outros organismos internacionais. Exige do Estado-signatário o encaminhamento anual de relatórios sobre a situação de sua legislação de seguridade e de suas práticas. Além disso, firma convênios e recebe denúncias diretamente da sociedade civil, seja por intermédio de organizações representativas, seja reclames de indivíduos atingidos por inobservância de seus mandamentos. Além disso, a OIT envia comissões de especialistas aos locais denunciados.

Na América Latina, cinco países ratificaram antes do Brasil essas *normas mínimas de seguridade social* previstas na Convenção 102, são eles: México (1961), Peru (1961), Costa Rica (1972), Equador (1974), Venezuela (1982). A ratificação formal pelo Brasil ocorreu muito tardiamente: 56 anos depois de a Convenção ter sido aprovada pela OIT. A ratificação brasileira ocorreu em 18 de setembro de 2008, pelo Decreto Legislativo n. 269, do Congresso Nacional, e o depósito da ratificação foi realizado na OIT em 15 de junho de 2009. Depois do Brasil, também o Uruguai (2010) aderiu formalmente às normas.

A proposta de ratificação dessa Convenção 102 havia sido enviada, pela primeira vez, ao Congresso Nacional, em 1964, mas foi rejeitada, na época.

A justificativa utilizada foi que a Previdência Social brasileira não incluía 50% dos assalariados, não agregava os trabalhadores rurais nem domésticos, nem cuidava dos acidentes de trabalho. O projeto de ratificação voltou a ser encaminhado ao Congresso Nacional em 2004 com a justificativa de que os direitos previdenciários já haviam sido ampliados no Brasil, com a criação de diversos benefícios contidos no texto da Convenção e com a inclusão de novos contingentes de segurados.¹⁷

3.2 Seguridade Social e o direito à implementação progressiva do pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, da ONU

Outro documento internacional de inquestionável importância para a compreensão da fundamentalidade dos direitos de seguridade social, e de sua interpretação evolutiva, é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966. O PIDESC, como é mais conhecido, recebeu 160 adesões e 69 ratificações desde sua entrada em vigor, em 1976. Na América Latina, o instrumento foi ratificado por 21 países, em quatro fases distintas. A primeira é formada pelos países que internalizaram imediatamente o instrumento: Costa Rica (1968), Colômbia (1969), Equador (1969). Depois, o grupo de países que o internalizou ao longo dos anos 1970: Uruguai (1970), Chile (1972), Jamaica (1975), Suriname (1976), Panamá (1977), República Dominicana (1978), Trinidad e Tobago (1978), Venezuela (1978), El Salvador (1979). Em seguida, os que incorporaram ao direito interno apenas nos anos 1980: Nicarágua (1980), Honduras (1981), México (1981), Bolívia (1982), Argentina (1986), Guinéa equatorial (1987), Guatemala (1988). Por fim, os países que mais demoraram para internalizar o instrumento no seu direito interno: Brasil (1991)¹⁸ e Paraguai (1992).

Pelo que diz respeito à normatividade, esse Pacto é mais abrangente que o anterior, mas é nele que se encontra positivado o mais importante princípio hermenêutico dos direitos fundamentais sociais: trata-se do princípio inscrito no seu Art. 2º, que prescreve a implementação progressiva do Pacto, de acordo com os recursos disponíveis, ou simplesmente, a *progressividade dos direitos fundamentais sociais*.

É um princípio porque a *implementação progressiva* é um dever jurídico, não um postulado doutrinário. O sentido e o alcance desse princípio é interpretado, atualmente, em duas direções: a primeira expressa que nem todos os direitos sociais são imediatamente aplicáveis, como são aqueles direitos de liberdade que implicam, tão somente, em dever de não intervenção. A segunda direção é o sentido específico do vocábulo *progressividade*.

Este ponto é muito sensível para os objetivos deste trabalho, posto que o vocábulo *progressividade* assumiu dois significados no âmbito da jurisprudência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da ONU.

O primeiro diz respeito à *proibição de retrocessos*, ou seja, expressa que os direitos sociais não admitem nenhuma forma de *retrocesso* em relação aos progressos já alcançados. O segundo significado representa o *compromisso com evolução*, isto é, que os países signatários se comprometem, perante a sociedade internacional, em *melhorar*, paulatinamente, mediante esforços do Estado e da sociedade, o *status* jurídico, político e social dos titulares desses direitos.

¹⁷ Elias (2009, p. 175).

¹⁸ O Brasil somente internalizou o PIDESC por via do Decreto Legislativo n. 226(1), de 12 de dezembro de 1991.

Os direitos sociais previstos no Pacto são, em primeiro lugar, os direitos do trabalho: aí estão o direito ao trabalho, o de trabalhar em condições justas e favoráveis, o de receber salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, o de existência decente para empregados, o de segurança e higiene no trabalho, a igual oportunidade de promoção, o direito ao descanso, lazer; o de limitação razoável das horas de trabalho e de férias periódicas remuneradas. Além desses direitos individuais o pacto reconhece também direitos coletivos, como o direito sindical e o direito de greve.

O pacto contempla também o direito social à educação: nesse ponto distingue a educação primária como de oferta obrigatória, a secundária devendo ter sua oferta generalizada e a superior devendo ser acessível a todos.

Como direitos culturais destaca o direito de participar da vida cultural do país; de desfrutar do progresso científico; de contar com a proteção de direitos autorais e, por fim, a liberdade de pesquisa científica.

Depois, o Pacto reconhece, brevemente, que toda pessoa tem direito à *previdência social* e ao *seguro social*. Especifica que todas as mulheres devem ter direito à licença-maternidade remunerada; as crianças e adolescentes devem contar com políticas específicas de proteção contra quaisquer formas de abusos ou de exploração. Além desses direitos previdenciários, o pacto institui direitos relativos à saúde: aí estão reconhecidos o direito à alimentação, à vestimenta e à moradia. A saúde protegida é tanto a física quanto a mental, tanto a preventiva quanto a curativa (assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade). Por isso reconhece como fundamentais o direito a sistemas de prevenção e também de tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais.

O instrumento não adota, explicitamente, a expressão *seguridade social*, ou direitos de seguridade social. Na verdade, nesse documento todos os direitos econômicos, sociais e culturais fazem parte do sentido ampliado de *social security rights* ou *welfare rights*.

Como se pode extrair desses dois instrumentos internacionais, a seguridade social sempre diz respeito à proteção da saúde e de um nível mínimo de renda capaz de garantir, primeiramente, vida digna (o mínimo vital) a todos e de promover, igualmente, melhores condições de vida a todos, a partir de um financiamento coletivo.

Uma análise detida dos efeitos dessas normativas mostra que nos países do mundo que têm sistemas completos de *seguridade social*, há, necessariamente, regulação e políticas especializadas de manutenção de renda, bem como de serviços de saúde (International Social Security Association 2010). As políticas estatais que implementam, porque *levam a sério* o Pacto, têm promovido os direitos de seguridade social assim:

- a) ajudas financeiras para proteger indivíduos contra a interrupção ou perda do poder aquisitivo, para fazer face a certas despesas decorrentes do casamento, do nascimento e da morte, além de ajudas especiais para os cuidados com crianças;
- b) ajudas financeiras a pessoas desamparadas ou dependentes, por causa de sua condição de idade avançada, inaptidão para o trabalho, morte, doença, maternidade, acidente de trabalho, desemprego;
- c) serviços de hospitalização, cuidados médicos e reabilitação.

3.3. Diretrizes internacionais de interpretação evolutiva dos direitos de Seguridade Social

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (Comitê DESC) elabora, regularmente, observações gerais sobre as condições de cumprimento, pelos Estados-Parte, dos direitos e deveres inscritos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), antes analisado. Esses comentários são reconhecidos, atualmente, como importantes fontes de interpretação das normas do PIDESC.¹⁹

O que surpreende não é que tais observações sejam utilizadas pelo Comitê DESC, da ONU, supervisionar o *cumprimento progressivo* do PIDESC, mas que tais observações sejam sendo utilizadas também, pela jurisprudência doméstica dos países signatários, como fonte de interpretação constitucional desses direitos,²⁰ sempre que os casos guardem relação com o PIDESC. Desse modo, pode-se dizer que vem surgindo, a partir dessa experiência, uma nova possibilidade para a *interpretação conforme a Constituição*, qual seja, uma abertura para uma interpretação conforme uma concepção cosmopolita dos direitos fundamentais sociais.

A *Observação Geral n. 19*²¹ é uma singular fonte de compreensão disso que acaba de ser afirmado. É um documento que representa os consensos, em matéria de seguridade social, na experiência de mais de uma década de relatórios elaborados pelos Estados signatários.

De fato, seria uma extravagância a teoria brasileira dos direitos fundamentais sociais não estar atenta a isso e a interpretação evolutiva dos direitos fundamentais sociais deixar de adotar esse documento como fundamento de interpretação constitucional.

A Observação Geral n. 19 é um instrumento *descritivo* do modo como os Estados cumpriram suas obrigações e *normativo* quanto ao modo como os Estados devem agir para assegurar progressividade no cumprimento dos direitos de seguridade social inscritos no PIDESC.

A análise das observações revela que há um consenso internacional quanto à obrigação estatal de garantir um nível mínimo indispensável de prestações na área da seguridade social. Os serviços essenciais indispensáveis estão na área da saúde, desemprego e subemprego, moradia, água, saneamento, alimentação e educação. E as políticas que devem implementar proteções nessas áreas devem contemplar, no mínimo, os seguintes programas: 1. serviços de saúde (preventivos e curativos); 2. ajuda financeira e serviços médicos indispensáveis à maternidade (atendimento pré-natal, parto e pós-natal); 3. ajuda financeira e serviços de acompanhamento para garantir os cuidados indispensáveis aos deficientes e órfãos; 4. ajuda financeira e serviços de acompanhamento para assegurar que todas as crianças e adolescentes de famílias carentes não sejam explorados econômica ou socialmente; 5. ajuda financeira aos impossibilitados de trabalhar (por razões de saúde, acidente, idade, desemprego); 6. ajuda financeira a trabalhadores a tempo parcial, eventuais e informais.

O Comitê entende que violações a esses direitos podem decorrer de atos de comissão ou de omissão. Os de comissão são usualmente *retrocessivos*, ou seja, são atos que deliberadamente definem a seguridade social de maneira muito restritiva (§ 4), que revogam direitos ou que, decididamente, dificultam seu exercício (§ 64), por exemplo, quando não aloca meios suficientes para realizar as ações exigidas pelo PIDESC ou quando não fiscaliza (nem responsabiliza) jurisdicionados que não cumprem obrigações securitárias.

Violações aos direitos de seguridade social decorrentes de atos *omissivos* vêm sendo identificadas como medidas insuficientes para garantir o chamado *nível mínimo* (§ 59a) de garantia dos direitos

¹⁹ Abramovich e Courtis (2002)

²⁰ Courtis (2008); Craven (1993) e Maus (2009).

²¹ Organização das Nações Unidas (2008).

de seguridade social. Entre os mais destacados atos omissivos expressados no documento, estão: a inexistência de legislação reguladora do PIDESC; a não aplicação da legislação vigente; a gestão não sustentável dos planos de previdência; a não revogação de legislação manifestamente incompatível; a não regulação de certas atividades que, reconhecidamente, violam direitos de seguridade social; a negligência quanto à busca de apoio internacional para viabilizar o exercício mínimo desses direitos; a falta de informações precisas (indicadores, análises de resultados) sobre o cumprimento dos direitos de seguridade.

A análise das observações do Comitê DESC sugere que há uma forte presunção internacional de que seja proibido adotar medidas regressivas relativas à seguridade social (§ 42). Tanto é assim que o Estado que as adotar terá de provar, perante o Comitê DESC: que tem uma justificativa razoável; que analisou detidamente todas as alternativas possíveis; que todas as partes afetadas pelas medidas participaram da decisão; que as medidas não são discriminatórias; que as medidas terão uma repercussão sustentável e que não foram violados direitos adquiridos; que nenhum grupo foi privado de um acesso ao mínimo indispensável de seguridade.

Apesar de o direito à seguridade social ter sido reafirmado categoricamente no direito internacional, apenas 20% da população mundial conta com serviços adequados de seguridade social (§ 7). Por isso, o Comitê recomenda, à luz do que prescreve o PIDESC, que os Estados-Parte empenhem o máximo de seus recursos disponíveis para realizar o direito de todas as pessoas à seguridade social mínima, sem nenhum tipo de discriminação negativa, especialmente entre homens e mulheres, e, entre trabalhadores da economia estruturada e os da economia não estruturada.

O documento revela que o não cumprimento, ou o cumprimento insuficiente, de obrigações para com a seguridade social é, normalmente, justificado, pelos Estados signatários, com a alegação da *reserva do possível*.²² Tal motivação, porém, não é aceita pelo Comitê como suficiente. O argumento da escassez de recursos deve ser provado com evidências de que o Estado *adotou todas as medidas mais adequadas* para cumprir suas obrigações mínimas (§ 60).

Os Estados, em especial o que estão em situação de descumprimento ou de cumprimento insuficiente de suas obrigações ante à ONU, devem reconhecer o papel decisivo que a cooperação internacional tem na efetivação dessas políticas de seguridade social. As obrigações internacionais dos Estados signatários do PIDESC são muito mais amplas do que a noção de cooperação internacional, à primeira vista, pode sugerir. O Estado, que tem o dever de não prejudicar terceiros, pode atuar também para evitar que seus jurisdicionados violem, no exterior, tais direitos. Além disso, a cooperação internacional é decisiva para a proteção dos trabalhadores que migram periodicamente ou que são apátridas. Além disso, o Comitê recomenda que o Estado signatário considere os direitos de seguridade social em todas as decisões internacionais de que participar. Assim, nas discussões sobre acesso ao crédito internacional, sobre a atuação do Banco Mundial, OMC e FMI, na regulação de mercados, em questões bélicas ou religiosas, enfim, em todas as questões internacionais de que o Estado for parte deve-se comprometer a propugnar para que outros campos não interfiram na adequada prestação dos serviços de seguridade social.

O PIDESC não é concebido como norma programática pelo Comitê. Bem ao contrário; é visto como um instrumento que também impõe obrigações imediatas aos Estados. Por exemplo, eliminar todas as formas discriminatórias de acesso aos serviços de seguridade social, adotar as mais adequadas soluções de aplicação de recursos públicos; lograr a cabal aplicação do princípio da *melhoria contínua das condições de vida de todas as pessoas*; e do *mais elevado nível possível de saúde física e mental*²³. A

²² Strapazon (2010).

²³ Art. 11 e 12 do PIDESC.

efetivação desses direitos requer políticas públicas *responsivas*, isto é, estratégias racionais para destinar recursos (humanos e financeiros) suficientes aos fins esperados.

Como se pode notar, os direitos de seguridade social são interpretados pelo Comitê como garantias jurídicas plenamente estabelecidas. E, nessa medida, são vistos como direitos plenamente justiciáveis. Como o Comitê exige que os Estados ofereçam procedimentos de reparação de danos e de acesso à justiça para tornar efetivos os direitos de seguridade social, deve-se reconhecer a relevante contribuição do Comitê para fundamentar interpretações do PIDESC ou de interpretações constitucionais quando os direitos fundamentais tiverem relação direta com o instrumento internacional.

Em face dessas orientações teóricas e das diretrizes garantistas observáveis no direito internacional da seguridade social, é de se indagar como vem, a justiça brasileira, procedendo em relação à interpretação dos direitos fundamentais de seguridade social.

4 Pesquisa sobre a jurisprudência evolutiva em sede de direitos previdenciários no STJ

Os resultados da pesquisa empírica que serão discutidos agora fazem parte de uma pesquisa em andamento, no âmbito do programa de pesquisa em direitos fundamentais sociais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc).

Ainda que a pesquisa se encontre em estágio inicial de desenvolvimento, e os dados coletados ainda estejam recebendo o devido tratamento analítico, é possível oferecer algumas conclusões úteis para a compreensão do fenômeno e para o aprimoramento da teoria brasileira dos direitos fundamentais sociais.

A pesquisa jurisprudencial em andamento tem como escopo amplo compreender como julga a jurisprudência brasileira em sede de direitos fundamentais de seguridade social e, nessa medida, se assume uma interpretação constitucional garantista e coerente com as diretrizes do direito internacional da seguridade social, ou se, por outro lado, sua inclinação jurisprudencial é pela interpretação legalista, formalista e conservadora.

O escopo específico desta etapa é analisar a jurisprudência da terceira seção do Superior Tribunal de Justiça em relação aos direitos previdenciários previstos no Art. 18 da Lei 8.213/91²⁴. O marco temporal da pesquisa são decisões proferidas entre 1988 e 2010.

Nessa primeira fase, estão sendo analisadas decisões relativas ao benefício de aposentadoria, em suas quatro versões admitidas pela legislação: aposentadoria por invalidez, por idade, por tempo de contribuição e aposentadorias especiais.

O método é quantitativo e analítico, de modo que todas as decisões proferidas em Recurso Especial e Agravos (de Instrumento e Regimental) estão sendo analisadas à luz das diretrizes teóricas da interpretação evolutiva e da progressividade reclamada pelo art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais. Para isso, a pesquisa adotou 20 variáveis de análise, a partir das quais, serão feitos os cruzamentos de dados, identificados *leading cases* e formuladas/confirmadas as hipóteses de pesquisa.

²⁴ Lei 8.213/91, Art.18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; II - quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão; III - quanto ao segurado e dependente: a) serviço social; b) reabilitação profissional.

As variáveis de análise são as seguintes:

1. Matéria: Previdência ou saúde.
2. Tema: Benefício previdenciário ou outro
3. Subtema: Benefício específico em conformidade com a Lei n. 8.213/ 24.7.1991. Art. 18.
4. Identificação do processo: número do processo.
5. Relator do processo: nome completo.
6. Data do julgamento: dia, mês e ano.
7. Decisão da turma: unânime ou por maioria.
8. Palavras-chave da decisão:
9. Órgão julgador: Terceira seção, Quinta turma ou Sexta turma
10. Súmula relativa ao tema: indica a Súmula que a decisão acompanha ou diverge.
11. Questão constitucional: indica os artigos da Constituição Federal que fundamentam a decisão.
12. Direitos fundamentais envolvidos: indica se a decisão adota um direito fundamental como fundamento.
13. Elementos evolutivos na interpretação: analisa o teor mais, ou menos, favorável à concessão do direito fundamental, e em que consiste o argumento evolutivo.
14. Síntese da interpretação evolutiva na ementa do acórdão: sintetiza os argumentos evolutivos da decisão.
15. Fundamentos principiológicos: indica os princípios invocados pela decisão para fundamentação.
16. *Leading case* do tema: aponta o *leading case* do tema. Analisa, a partir disso, se a decisão acompanha o *leading case* ou se promove evoluções a partir dele.
17. Data do julgamento do *leading case*:
18. Relator do *leading case*:
19. Precedentes citados no *leading case*:
20. Jurisprudência divergente citada na decisão: indica a jurisprudência divergente e analisa os argumentos de superação da divergência.

5 Conclusão

Até a conclusão deste artigo, 207 acórdãos foram identificados, todos da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que é o órgão competente para julgar matéria previdenciária.

Pouco mais de um terço (36,71%) das decisões identificadas foram analisadas. Foram identificadas 80 decisões relativas à aposentadoria por invalidez, das quais 35 (43,75%) foram analisadas; e 122 decisões relativas à aposentadoria por idade, das quais 41 (33,6%) foram analisadas.

O levantamento indica, até aqui, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pratica a interpretação evolutiva, porém de forma muito pontual e contida.

A adaptabilidade da lei às circunstâncias socioeconômicas do segurado são as principais causas de interpretações evolutivas em sede do benefício de aposentadoria por invalidez. Nos casos em que o Superior Tribunal decidiu de forma evolutiva, discordou com os critérios legais para definir o profissional como *apto* a retornar ao trabalho, valendo-se de critérios gerais aplicáveis, portanto, a todos os segurados em situação semelhante.

São exemplos dessa orientação hermenêutica os acórdãos proferidos nos processos AgRg no REsp n. 1.000.210, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 21/9/2010; Ação Rescisória n. 3.644, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 26/5/2010; AgRg no REsp n.1. 055.886-PB, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1/10/2009.

Nos casos analisados relativos ao benefício de aposentadoria por idade, nenhuma das decisões revelou conter elementos de interpretação evolutiva.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUBRY, Charles; RAU, C. . *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*. 3. ed. Paris: Marchal et Billard, 1857. 9 v. v.1.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto Legislativo n. 226*. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembléia-Geral das Nações Unidas. Brasília, DF, 12 dez. 1991.

_____. Congresso Nacional. *Decreto Legislativo n. 269*. Aprova o texto da Convenção n. 102 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, relativa à fixação de normas mínimas de seguridade social, adotada em Genebra, em 28 de junho de 1952. Brasília, DF, 19 set. 2008a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.000.210*. Relator: Ministro. Napoleão Nunes Maia Filho. 21 set. 2010b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ação Rescisória n. 3.644*. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 26 maio 2010a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n.1.055.886-PB*. Relator: Ministro. Napoleão Nunes Maia Filho, 1 out. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso de agravo regimental no Recurso Extraordinário n. 269.579-RS*. Relator: Ministro Celso de Mello. Unanimidade. 2a. Turma. 26 set. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pleno. 29 out. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. *Recurso Extraordinário n. 466.343-SP*, Relator: Ministro Cezar Peluso. Pleno. Unanimidade. 13 dez. 2008b.

CAPPELLETTI, Mauro. The law-making power of the judge and its limits: a comparative analysis. *Monash University Law Review*, v. 8, p. 15-67, Sept. 1981.

COURTIS, Christian. *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Genebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Comisión Internacional de Juristas, 2008.

CRAVEN, Matthew C. R. The domestic application of the international covenant on economic, social and cultural rights. *Netherlands international law review*, n. 40, p. 367-404, 1993.

ELIAS, Rosangela Aparecida (Ed.). *Atuação Governamental e Políticas Internacionais de Previdência Social*. Brasília, DF: MPS, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007. v. 2.

INTERNATIONAL SOCIAL SECURITY ASSOCIATION. *Social securities programs through the world: europe 2010*. Washington: ISSA, 2010.

MAUS, Didier. Conference Mondiale de Justice Constitutionnelle. *Le recours aux precedents etrangers et le dialogue des cours constitutionnelles*. Cidade do Cabo, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 102 - Normas Mínimas da Seguridade Social*. Aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, 28 jun. 1952.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general n. 19 - el derecho de seguridad social (artículo 9)*. Genebra: ONU, 2008.

_____. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales e Culturais*. New York: ONU, 16 dez. 1966.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

RAWLS, John. A ideia de elementos constitucionais essenciais. In: RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

SAVIGNY, Friedrich Von Carl. *System of the modern Roman Law*. Tradução William Holoway. Madras: J. Higginbotham publisher, 1867. v. 1.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos sociais fundamentais, seguridade e a cláusula da "reserva do possível": garantias e eficácia em casos julgados no Brasil. *Jurispoiesis*, n. 13, p. 149-165, 2010.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução Antonio M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: an italian point of view. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 4, p. 621-650, 2003.

_____. *Manuale di diritto costituzionale*. Torino: UTET, 1988. v. 1.

