

A CONTRIBUIÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PREVIDENCIÁRIOS

José Ricardo Caetano Costa

(Especialista em Ciência Política/ISP-UFPeI; Mestre em Direito Público pela UNISINOS; Mestre em Desenvolvimento Social na UCPeI; Doutor em Serviço Social pela PUC/RS; Advogado Previdenciário e Coordenador do Centro de Estudos e Pesquisas em Seguridade Social – CEPeSS).

Carlos André Birnfeld

(Especialista em Administração Universitária –FURG/UFSC/URGS, Mestre e Doutor em Direito (UFSC), Professor e Diretor da Faculdade de Direito da FURG e de pós-graduações em direito. Consultor “ad hoc” do MEC e da OAB).

RESUMO

Pretende-se, nesse artigo, investigar a contribuição do Judiciário, mediante a jurisdição constitucional, na efetivação dos direitos sociais previdenciários. Investiga-se, portanto, quais são os limites e possibilidades da intervenção do judiciário no que respeita a justiciabilidade destes direitos, mormente quando da inércia ou omissão dos poderes legislativos e executivos. Busca-se desmistificar, pois, o argumento de legislador positivo que no mais das vezes o Poder Judiciário é pejorado. Trata-se de demonstrar o papel importante que esse Poder exerce em uma sociedade em que a participação política é de baixa frequência, aliado ao fato de os demais poderes não cumprirem minimamente os preceitos constitucionais, especialmente quanto se trata dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chaves: direitos sociais; justiça social; direitos previdenciários.

The contribution of constitutional jurisdiction to the enactment of social security rights

ABSTRACT

This article is meant to investigate the contribution of the judicial system in the enactment of social security rights via constitutional jurisdiction. Therefore, it is intended to scrutinize the alleged possibilities and constraints of the judiciary to intervene in aforementioned rights, despite the legislative and/or executive branches. It is then sought out to prove the positive legislator argument wrong once the judicial power has hitherto been long undermined. It is relevant to display judiciary's fundamental role though in such a society whose political participation is deemed as low along with the fact that the other branches of the government are not carrying out their constitutional principles in the slightest, especially when it comes down to fundamental social rights.

Key words: social rights, social justice, social security rights.

INTRODUÇÃO

A Jurisdição constitucional, no que respeita à investidura do Poder Judiciário na obrigação de aplicar as normas que visem a garantia dos direitos fundamentais, é por demais controversa e complexa.

Aqueles que defendem a judicialização dos direitos sociais assim o fazem no argumento de que é obrigação/dever do Poder Judiciário fazer com que os direitos e garantias fundamentais sociais sejam devidamente respeitados. Os contrários a esse processo entendem que o Judiciário não pode intervir nas demais esferas constituídas, sob pena de tornar-se um legislador positivo.

Contraentendemos que a sabedoria, quiçá, esteja no meio do caminho: o Judiciário deve sim intervir na efetivação dos direitos fundamentais previdenciários, em particular, e nos direitos sociais como um todo, caso os demais poderes quedem-se omissos ou negligentes, sempre atento para não se reduzir em legislador positivo, de modo a interagir com os demais poderes, completando-os e não simplesmente excluindo-se. Lembremos, por oportuno, que a teoria clássica de Montesquieu não separa estanquemente os três poderes, mas sim os integra em uma lógica de auxílio recíproco. O que está em jogo, diga-se, é o resguardo dos direitos mínimos constitucionalmente inseridos na Carta Democrática de 1988.

É com este firme propósito que escrevemos este artigo, mormente quando são os direitos previdenciários os alvos prediletos da denominada “reforma do Estado”, na perspectiva autoritária e hegemônica do pensamento único neoliberal.

JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PREVIDENCIÁRIOS: LIMITES E POSSIBILIDADES

No presente artigo, por sua vez, pretende-se aprofundar este processo, ingressando na seara da jurisdição constitucional propriamente dita, demonstrando de que forma o Judiciário está auxiliando na justiciabilidade dos Direitos Sociais, especialmente os relacionados à Previdência Social, além de apontar os limites e possibilidades desta intervenção.

Vejamos, por oportuna, a lição de Sarlet, para quem

[...] em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia (SARLET, 2004, p. 262).

Primeiramente, cabe localizar onde situam-se os direitos sociais dentro da ordem constitucional, emanada da Constituição Federal de 1988.

Saliente-se que os direitos sociais encontram-se no Capítulo II, do Título II, que versa sobre os Direitos e Garantias Fundamentais. Logo, os direitos previdenciários, tipificados pelo legislador constituinte na resumida terminologia “aposentadoria” (inc. XXIV do art. 7º, devendo-se interpretar o referido como “Previdência Social”, em sentido amplo), são considerados como direitos fundamentais.

Estes direitos, já analisados, estão cada vez mais ameaçados

Na medida em que os efeitos nefastos da globalização econômica e do neoliberalismo, notadamente os relacionados com o aumento da opressão socioeconômica e da exclusão social, somados ao enfraquecimento do Estado, têm gerado a diminuição da capacidade do poder público de assegurar aos particulares efetiva fruição dos direitos fundamentais [...] (SARLET, 2003, p. 51-52).

Pode-se afirmar, portanto, que estes direitos, além de serem de aplicação imediata, conforme disposto no § 1º, do art. 5º da CF/88, possuem a garantia de proteção “[...] não apenas contra o legislador ordinário, mas até mesmo contra a ação do poder constituinte reformador, já que integram – ao menos de acordo com o nosso entendimento – o rol das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF” (SARLET, 2003, p. 58).

Tendo em vista a adoção de uma Constituição “comunitarista” ou “aberta”, desencadeou-se, por iniciativa de vários setores da sociedade, um processo sistemático de questionamento de normas emanadas do Executivo e do próprio Legislativo. O questionamento da constitucionalidade destas normas foi viabilizado pela possibilidade das ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Esse fato levou alguns juristas a concluir, quiçá prematuramente, haver uma “invasão” do político no campo do jurídico (o que se denomina politização do jurídico), ou, ao inverso, de uma possível intromissão do jurídico no campo das políticas públicas e sociais (o que caracterizaria uma judicialização dos processos políticos).¹

Pensa-se ser oportuno enfocar, neste momento, a discussão, sempre recorrente, acerca da separação dos poderes e as funções do Estado. Primeiramente, deve-se situar historicamente esse verdadeiro dogma (DALLARI, 2001) da separação dos poderes. Isso porque, “[...] a teoria da separação dos poderes constitui um dos pilares do direito burguês constitucional moderno” (LEAL, 2001, p. 139), sendo perfeitamente compreensível que, após longas décadas de poder da monarquia, “[...] essa teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado.” (DALLARI, 2001, p. 215). Destarte, na atualidade, “[...] vige a moderna concepção do *checks and balances* (freios e contrapesos): nenhum dos três Poderes deve estar acima dos demais.” (PORTANOVA, 2000, p. 137).

De outro modo, o exercício, por parte da sociedade civil organizada (comportando os sindicatos, associações de classe e associações corporativistas, a exemplo da AMB e da OAB), bem como das Procuradorias e dos próprios Governadores, dentro dessa perspectiva constitucional, como “intérpretes da Constituição”, torna-se visível quando nos deparamos com o número de ADIN ajuizadas, de 1988 até 1998, tomando-se por base dez anos de vigência da Carta Magna de 1988. No ano de promulgação da CF/88, foram ajuizadas

¹ Em pesquisa realizada neste campo, Luiz Werneck VIANNA *et al* aduzem que as Adins caíram “[...] como um raio em dia de céu azul no cenário institucional brasileiro, desde logo elas foram reconhecidas como um instrumento de significativa importância, não só para a defesa de direitos da cidadania, como também para a racionalização da administração pública”. Estes autores entendem que “[...] o STF tem sido muito cuidadoso ao administrar as suas relações com os demais Poderes, evitando o comportamento que a bibliografia qualifica como ativismo judicial”, muito embora, pela pesquisa realizada, restou indicada a tendência “[...] a uma adesão maior daquela Corte ao novo papel de guardião dos direitos fundamentais que lhe foi destinado pelo legislador constituinte” (VIANNA *et al* 1999, p. 48).

somente onze ADIN. Em 1995 este número passou para 210 ADIN, caindo um pouco para 205 em 1997 e 177 em 1998².

Torna-se interessante, dentro deste quadro das ADIN interpostas junto ao Supremo Tribunal Federal, saber quem são seus autores principais. Neste talvegue, aponta Luiz Werneck Viana *et al*, “[...] que as associações de trabalhadores, de profissionais e de empresários representam juntas, o segmento que mais tem postulado ADIN, em uma tendência que se afirma, sobretudo, nos últimos anos” (VIANA et al, 1999, p. 54).

No que respeita as ADIN propostas pelas associações de trabalhadores, de profissionais e de associações empresariais, o STF mudou, em muito, a amplitude de suas participações no processo de interpretação da Constituição. Isto porque passou a ser exigido, por nossa Corte Maior, que as ADIN destes grupos “guardem pertinência temática em relação à sua identidade associativa”. Muito embora alguns juristas concordem com esta posição³, esta restrição/condição imposta pelo Supremo Tribunal Federal é autoritária, robustecendo o corporativismo, uma vez que obriga que este importante segmento da sociedade civil faça alianças com outros setores.

Os partidos políticos, notadamente os de esquerda⁴, como aponta a pesquisa de Luiz Werneck Vianna *et al*, estão se utilizando das Adins como “um recurso das minorias parlamentares”, exercendo um importante papel dentro desse processo de interpretação constitucional.

Tendo-se em vista a temática da seguridade social objeto de estudo, toma-se duas ADIN para comentar: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1664, requerida por três importantes partidos com representação no Congresso Nacional, a saber: PDT, PT e PC do B e b) Ação Direta de Constitucionalidade nº 1946, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro.

² Estes dados, como os demais trabalhados neste tópico, tomaram por base a pesquisa realizada por Luiz Werneck VIANNA *et al.*, 1999.

³ Como é o caso de Gilmar Ferreira Mendes, naquela época Procurador Geral da União, indicado pelo Governo FHC como ministro no STF, tendo sido seu Presidente, ao alegar que “[...] o legislador constituinte não cometeria nenhum ato censurável se deixasse de contemplar as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional” (2000, p. 145).

⁴ Dentre estes, o Partido dos Trabalhadores (PT) é o que aponta um número maior de Adins, durante os dez anos verificados na pesquisa, totalizando 41,2% das Adins propostas. Em segundo temos o Partido Democrático Trabalhista (PDT), com 21,2% e em terceiro o Partido Socialista Brasileiro (PSB), com 10,1% das Adins propostas durante 88-98.

Veja-se, em detalhes, as principais ADIN

Na ADIN nº 1664, requerida pelo PDT, PT e PC do B, houve a insurgência dos requerentes em face da Medida Provisória nº 1523, de 26 de agosto de 1997, que alterou os dispositivos das Leis nº. 8.212 e nº. 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, de onde restou consignado que “[...] a aposentadoria por idade será devida ao segurado que completar 65 anos de idade, se homem, e sessenta, se mulher [...]”, vindo, em seu parágrafo segundo restrito o direito da utilização do tempo de labor rural somente quando a pretensão dos segurados fosse até um salário mínimo legal.

O STF concedeu a liminar vindicada pelos três partidos de esquerda, suprimindo, do parágrafo segundo da MP acima citada, a expressão “exclusivamente para fins de concessão do benefício previsto no art. 143 desta Lei e dos benefícios de valor mínimo”. Os Srs. Ministros, ao julgarem “conforme a Constituição”⁵, alegaram que o trabalhador rural não estava obrigado a contribuir, não podendo ser prejudicado os segurados que efetivamente tivessem trabalhado no meio rural, justamente quando do pedido da averbação deste tempo de labor.

O julgamento desta Adin, mesmo que em sede liminar, abriu uma porta para milhares de segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de modo que puderam, a partir dela, seguir protocolizando seus pedidos de averbação de tempo rural, independentemente do valor da renda mensal de seus benefícios.

Na ADIN nº 1946, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), uma importante questão previdenciária restou dirimida. Trata-se do valor do salário-maternidade, ou, melhor dizendo, a quem cabe o pagamento do valor excedente ao teto dos benefícios previdenciários (à época de R\$ 1.200,00), se ao empregador ou à Previdência Social.

Essa polêmica foi criada a partir da Emenda Constitucional nº. 20, de 15 de dezembro de 1998, que, em seu artigo 14, fixava o valor do teto previdenciário como limite máximo para o pagamento do benefício denominado salário-maternidade.

⁵ Vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendia devesse ser suspenso todos os dispositivos objetos da Adin.

Cita-se, por oportuno, o texto integral do art. 14, da EC nº. 20/98: “[...] o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social”. A partir desta redação, a Previdência Social, gerenciada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), firmou entendimento que o *quantum* do salário-maternidade a ser pago pela Autarquia Previdenciária não poderia exceder ao limite pago nos benefícios de prestação continuada.

No julgamento da liminar pleiteada, que foi deferida, “[...] os ministros do Supremo avançaram na discussão do mérito, dando clara indicação de que confirmarão a sua primeira apreciação da matéria, quando entenderam que imputar o custeio da licença-maternidade ao empregador [...] importaria em introduzir no mercado de trabalho um fator de discriminação por motivo de sexo” (VIANNA, 1999, p. 118), o que é vedado constitucionalmente pelo art. 3º, IV da CF/88.

Com efeito, parece indicativo que este processo de questionamento de leis que contrariam a Constituição, cujos expedientes mais utilizados pelo Planalto são as Medidas Provisórias, torna-se imprescindível para que o bem maior seja alcançado: a concretização dos direitos sociais e fundamentais inscritos no corpo da Constituição Federal Comunitária de 1988.

Este processo, por sua vez, quiçá por representar algo de novo em nosso constitucionalismo, ainda é visto por uns como uma forma de intromissão do Judiciário nas questões políticas, ou, ao contrário, da politização das questões jurídicas. Parece, entretanto, que nem um nem outro estão corretos. Isto por que: O cenário pós-constituente, à exceção do governo Collor, tem sido o da expressão concentrada da vontade da maioria, particularmente nesses dois governos de Fernando Henrique, quando, pelo uso continuado e abusivo das medidas provisórias, provoca-se a erosão das formas clássicas de controle parlamentar da produção da lei. Foi esse o contexto que veio a favorecer a concretização dos partidos e dos sindicatos no exercício de intérpretes da Constituição, convocando o Poder Judiciário ao desempenho de um *tertius* capaz de exercer funções de *checks and balances* no interior do

sistema político, a fim de compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalização. (VIANNA, 1999, p. 51).

Vejamos, por ora, para demonstrar esse processo de justiciabilidade dos direitos sociais previdenciários um exemplo concreto: a defasagem histórica dos valores dos benefícios inscritos dentro do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Antes de adentrar na discussão do reajustamento dos benefícios previdenciários, tendo sempre como norte o disposto na Constituição Federal de 1988, cremos ser pertinente desenharmos o contexto histórico e social precedente à CF/88, assim como o trabalho dos constituintes.

É mister anotar que a intervenção do Governo Federal foi sempre em matéria de revisão e recomposição dos valores dos benefícios pagos pela Previdência Social no sentido de aviltar estes valores. E não foi diferente com a promulgação da Lei nº 6.708, de 30/10/79, que estabelecia a correção automática dos salários, cujo valor passou a ser corrigido semestralmente pelo INPC, sendo dividido os assalariados e, conseqüentemente, os beneficiários da Previdência Social (pagas pelo extinto INPS – Instituto Nacional de Previdência Social), em faixas salariais.⁶

Como não bastasse, o INPS adotou uma prática totalmente arbitrária, eis que utilizava, no critério de reajustamento, os índices do salário mínimo revogado e não do novo valor. A conseqüência desta política atuarial é de todos conhecida: queda drástica do poder aquisitivo dos benefícios, ou seja, do poder de compra dos segurados detentores destes benefícios e, por óbvio, marginalização e aumento da discriminação dos segurados. O que é agravado se considerarmos o perfil dos segurados: em sua majoritária parcela pessoas idosas, cujos gastos em saúde, medicamentos etc., são cada vez mais elevados.

⁶ Com esta política salarial o INPS passou a cometer duas práticas que corroíam o valor dos benefícios: a uma, o referido Instituto passou a aplicar, no primeiro reajustamento do benefício, o critério da proporcionalidade, o que vale dizer que, dependendo da data de início do benefício, os segurados passavam a ter um índice de reajustamento totalmente diferenciado, quebrando, destarte, o sagrado princípio da isonomia contributiva e, a duas, ao dividir os segurados em grupos mediante os valores percebidos em seus benefícios (o que equivale às faixas salariais dos trabalhadores ativos), o INPS quebrou, mais uma vez, a isonomia nos benefícios, eis que, quanto mais alta era a faixa salarial, menos percentual de reajustamento percebiam os segurados. Isto conduzia a uma situação no mínimo curiosa: quem mais contribuiu para os cofres da Autarquia, no decorrer do tempo, passava a perceber menos, enquanto quem menos contribuiu, ao inverso, passava a receber mais.

Os prejuízos experimentados pelos aposentados e pensionistas, que, não fugindo à regra geral, em nada sensibilizou o Poder Executivo, teve ressonância no Poder Judiciário,⁷ vindo o extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) a emitir a Súmula nº 260, que assim resolveu a problemática: “No primeiro reajuste do benefício previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão, considerando, nos reajustes subseqüentes, o salário mínimo então atualizado”.

Muito embora a Súmula nº 260 não tenha garantido, ao contrário do que pensam alguns juristas⁸, a equivalência salarial, o que somente foi garantida pelo art. 58 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88, significou um avanço na busca da manutenção e preservação do valor dos benefícios previdenciários.

O legislador constituinte, por sua vez, sensível aos apelos dos segurados que sentiam, diuturnamente, corroídos os valores de seus benefícios, inscreveu na Constituição de 1988 uma regra, transitória, diga-se, visando à recuperação da renda mensal inicial (RMI) dos benefícios pagos pela Previdência Social. Transcreve-se, por sua importância, a referida regra, inscrita no art. 58, dos ADCT, *in verbis*:

Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.

Pode-se extrair algumas lições do artigo 58, dos ADCT da CF/88. Primeiro, que a referida regra possui um lapso temporal determinado, o que vale dizer que deverá ter sua validade a contar de 5 de outubro de 1988, data de promulgação da Carta Magna, indo seus critérios até a edição das Leis de Custeio e de Benefícios da Previdência Social, promulgadas em 24 de julho de 1991⁹. Segundo, este artigo deverá ser compreendido dentro de uma

⁷ Compreende-se, porém, que não houve nenhum voluntarismo na atitude do Judiciário que, face à inércia total do Poder Executivo (que poderia alterar a política atuarial e não o fez) e do Poder Legislativo (que poderia, por sua vez, ter resolvido a questão por meio de legislação ordinária). O Poder Judiciário foi “conduzido” a resolver esta problemática, tendo em vista os milhares de pedidos revisionais interpostos pelos segurados, que buscaram no Judiciário o que não encontrariam em outro Poder Constituído.

⁸ Na análise de Marcelo Leonardo TAVARES, “[...] o mais comum hoje, nas demandas judiciais ainda é pretender vincular o valor da renda a número de salários mínimos, frustrada pelo entendimento majoritário do Judiciário da impossibilidade desse atrelamento” (TAVARES, 2001, p. 573).

⁹ Este prazo, aliás, foi ampliado até dezembro de 1991, por força do Mandado de Segurança proposto em face do Ministério do Trabalho e da Previdência Social). (MS nº 1233-DF, Rel. Min. Garcia Vieira, RSTJ 30/260-277).

interpretação mais sistemática e teleológica, eis que não está solto dentro da Carta Magna de 1988, muito pelo contrário, o legislador constituinte quis assegurar uma regra de transição, na esperança de que, com as Leis nº. 8.212/91 (Custeio) e nº. 8.213/91 (Benefício), fosse resolvida de vez esta problemática envolvendo o valor real dos benefícios. Ledo engano, como se verá a seguir.

Antes de adentrar nos critérios assegurados pelas duas leis supra, será observado, com mais cautela, os preceitos constitucionais que versam sobre a preservação dos valores dos benefícios.

Encontra-se no artigo 194 da CF/88 a vedação legal da diminuição dos valores dos benefícios previdenciários¹⁰. Na Seção Terceira da CF/88, que trata da Previdência Social propriamente dita, foi assegurado que os planos de previdência social, mediante aportes contributivos, garantirá que ninguém receba menos que o salário mínimo legal (§ 5º), restando “[...] assegurado o reajustamento dos benefícios para lhes preservar, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei” (§ 2º).

A doutrina, por seu turno, está sendo construída no sentido de que a expressão “irredutibilidade” represente não somente os descontos do benefício, como também a não manutenção do mesmo em seu poder de compra originário, isto porque:

A irredutibilidade do valor dos benefícios é norma de nítida natureza de princípio, com elevado grau de abstração e pouca carga normativa, um verdadeiro mandado de omitização de regras constitucionais, legislativas e de atos de administração, na medida do possível, fática e juridicamente. Já a disposição não permite análise de possibilidade: é uma ordem clara ao legislador para manter seu valor real; não há campo para ponderações ou dimensão de peso; é tudo-ou-nada, ou se edita regra ordinária integrativa mantendo o poder de compra das prestações ou a norma constitucional estará sendo desrespeitada (TAVARES, 2001, p. 575).

¹⁰ Veja-se o dispositivo na íntegra: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. [...] IV – irredutibilidade do valor dos benefícios”.

A norma constitucional, como se viu acima está sendo desrespeitada, uma vez que os índices de reajustamento utilizados pela Previdência Social, por força do disposto no artigo 41, da Lei n.º. 8.213/91¹¹, não reajustam os benefícios de modo a preservar seus valores reais.

Transcreve-se, por oportuno e esclarecedor, o posicionamento da Des. Juíza Luiza Dias Cassales, do TRF da 4ª Região, sobre o “valor real” e a perda do poder aquisitivo dos benefícios previdenciários a partir dos critérios estabelecidos na Lei n.º. 8.213/91, *in verbis*:

[...] a preservação do valor real dos benefícios está constitucionalmente garantida aos assegurados da Previdência Social, não podendo tal garantia ser violada ou reduzida, de forma direta ou indireta, pela legislação infra-constitucional. Para melhor atendimento da *questio*, é necessário que se conceitue o que vem a ser valor real do benefício, que, de acordo com os ditames da Carta Política, deverá ser preservado. O termo utilizado pela Constituição valor real não pode ser tomado por uma expressão abstrata, cujo conceito possa ser manobrado livremente pela Administração. Refere-se à situação concreta, perfeitamente definível. Em meu entender, o valor real, a ser preservado, conforme posto Constituição, só pode ser considerado como o valor de compra, ou valor da moeda, ou seja, sua aptidão para a aquisição de mercadorias. De acordo com a garantia constitucional, o segurado deverá poder adquirir com os seus proventos, transcorridos, cinco, dez ou mais anos, os mesmos, por exemplo, dez sacos de farinha, que lhe eram possível comprar por ocasião da concessão de seu benefício.^[12]

¹¹ O INPC, calculado pelo IBGE, foi o índice eleito pela Lei n.º 8.213/91 para corrigir os valores dos benefícios, sendo substituído pelo IRSM a partir da Lei n.º 8.542/92. Menos de dois anos após o IRSM, a Lei n.º 8.880/94 elegeu o IPC-V como índice oficial, vindo, a MP n.º 1.033/95, adotar um retorno ao INPC, que perdurou até a MP n.º 1.415/96, quando, através da Portaria MPAS n.º 3.253, o IGP-DI passou a substituir o INPC. O problema que envolve os índices consiste no fato de os mesmos não ter uma abrangência maior, no que respeita ao cálculo do aumento do custo de vida. Somente para termos uma idéia do problema, o Índice de Preços ao Consumidor, por exemplo, apura, mensalmente, o movimento dos preços de alguns bens específicos, bem como serviços no mercado varejista, na cidade do Rio de Janeiro e em São Paulo. Já o IPC, por seu turno, verifica mensalmente a evolução dos preços em todo o território nacional, cuja composição é dada pela média ponderada do IPA, IPC e INCC. Na verdade dos fatos, o índice que melhor espelha os índices inflacionários é o INPC, do IBGE, uma vez que apura, mensalmente, a média dos Índices de Preços ao Consumidor nas principais cidades brasileiras, considerando o aumento da média dos produtos adquiridos por famílias com renda entre um a oito salários mínimos. Infelizmente o INPC foi, como se viu, substituído pelo IGP-DI.

¹² Conferir o fundamento da Relatora, que julgou procedente o pedido de revisão de benefício, no AC n.º 94.04.40607, TRF 4ª R.

A questão da intervenção do Poder Judiciário, no sentido de preencher as lacunas deixadas pelos outros Poderes Constituídos, não é nada pacífica. Muito pelo contrário, ainda grande parcela dos julgadores entendem que, ao instituírem índices de reajustamento ou outros mecanismos de reajuste dos valores dos benefícios, estarão fazendo as funções de legisladores ou de administradores¹³.

Encontra-se, embora timidamente, alguns juízes defendendo a tese de que o Poder Judiciário deve outorgar aos demandantes, face aos seus pedidos judiciais, em decorrência da inércia/omissão do Poder Legislativo, o direito de terem seus benefícios devidamente revisados, de modo que readquiram o poder aquisitivo – de compra.

Não são poucos os julgados que já apontam para uma maior efetividade do preceito no artigo 194, IV e 201, § 2º, da Constituição Federal de 1998¹⁴.

¹³ Veja-se, neste sentido, o julgado que segue: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 3ª Turma. “PREVIDENCIÁRIO – REVISÃO DE BENEFÍCIO – INAPLICABILIDADE DOS ARTIGOS 201 E 202 DA CF E 58 (ADCT)/CF. 1. Para os benefícios concedidos antes da promulgação da atual Carta Magna, descabe a correção dos doze últimos salários-de-contribuição. 2. O artigo 41 da Lei nº 8.213/91, que não está eivado de inconstitucionalidade, instituiu novo critério de correção do benefício da Previdência Social, definindo o índice (INPC) a ser utilizado para seu cálculo e reajustes. 3. Os artigos 194, inciso IV, e 201, § 2º, da CF tiveram sua aplicação condicionada, expressamente à edição de lei infraconstitucional. 4. A Lei nº 8.213/91 veio complementar os artigos 194, inciso IV, e 201, § 2º da CF determinando o reajustamento dos benefícios pelos índices oficiais de inflação, de modo a assegurar a irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários, em caráter permanente [...] 7. A norma prevista no artigo 41, § 2º, da Lei nº 8.213/91, diz respeito a procedimento administrativo de competência do conselho nacional de seguridade social, não estando o judiciário autorizado a exercer tal mister. 8. Apelo do INSS provido. Sentença reformada. (AC nº 94.03.078275-7/SP (00041355). Relatora: Juíza Tânia Marangoni, j. em 08 set. 1997, DJ em 14 out. 1997, p. 85196).

¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 3ª Turma. CONSTITUCIONAL – PREVIDENCIÁRIO: REVISÃO DE BENEFÍCIO APÓS A PERDA DE EFICÁCIA DO ART. 58/ADCT.

I – Aos reajustes de benefícios previdenciários vigentes anteriormente à edição da Carta Política de 1988 aplica-se, até 30/04/89, a SÚMULA 260 do antigo TFR; após esta data, aplicam-se os critérios estabelecidos no art. 58, do ADCT, até 07/12/91, data de implantação dos Planos de Custeio e Benefícios da Previdência Social – Leis nº 356 e 357 de 07/12/91; regulado o assunto nos termos do § 2º, do art. 201, da Carta Constitucional, ou seja, a revisão deve ser efetuada de modo a que seja preservado, em caráter permanente, o valor real do benefício, pois o legislador ordinário não poderá editar lei que contrarie esse dispositivo, nem estabelecer critérios que o ofendam.

II – À ausência de um parâmetro explícito e pré-determinado para definir a expressão ‘índice oficial de inflação’, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, outro melhor, no momento, não há outro além do que o índice utilizado para a atualização do salário mínimo, o que garante ao segurado a manutenção do mesmo número de salários mínimos à época do cálculo da Renda Mensal Inicial, em que pese isso não importa em reconhecer que esteja sendo cumprido o preceito constitucional, que determina a preservação do valor real dos benefícios previdenciários [...] IV – Recurso a que se dá parcial provimento para que, na forma do § 2º, do artigo 41, da Lei nº 8.213/91, o INSS reponha o poder aquisitivo do benefício do Autor, reajustando-o de acordo com o índice do salário mínimo, se este for igual ou inferior ao que medir a inflação, ou índice oficial da inflação, se o do salário mínimo for maior. Os valores em atraso serão atualizados pelos mesmos índices que atualizarem os Precatórios Judiciais [...] (AC nº 94.02.06696-9/RJ (60745). Relator: Juiz Arnaldo Lima, j. em 26 maio 1998, DJU 16 mar. 2000).

A jurisdição constitucional, como se pode constatar contribui, significativa e definitivamente, para a resolução desta controvérsia, eis que ninguém duvida que a majoritária parcela dos processos que tramitam nas Varas Federais e nos Juizados Especiais Federais, são, direta ou indiretamente, no intuito da busca de recomposição do valor dos benefícios.¹⁵

O caso da aplicação do índice denominado IGP-DI (Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna), em substituição ao INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), notadamente por parte dos Juizados Especiais Federais, pode ser citado como exemplar neste sentido, restando frustrada esse meio de recomposição dos valores dos benefícios em virtude do julgamento ocorrido em sentido contrário no STF.

Com efeito, os inúmeros Juizados Especiais Federais criados a partir da Lei nº. 10.259/01, com o intuito de agilizar o julgamento das demandas sociais que envolvem, num primeiro momento, o INSS e os segurados (sendo aberto, num segundo passo, para demandas outras que envolvam a União e autarquias), foram o principal instrumento para viabilizar a recomposição dos valores dos benefícios percebidos pelos segurados da Previdência Social.¹⁶

No dia 29 de abril de 2003, a Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Federais decidiu que o IGP-DI deveria ser o índice de reajustamento dos benefícios previdenciários, com a observância dos percentuais de 9,97% em 07/97; 7,91% em 07/99; 14,19% em 07/00 e 10,91% em 07/01. Esta matéria restou sumulada no dia 09/05/03, com a edição da Súmula nº 3 da Turma de Uniformização dos JEF's, restando assim redigida: “Os benefícios de prestação continuada, no regime geral da Previdência Social, devem ser reajustados com base no IGP-DI nos anos de 1997, 1999, 2000 e 2001”.¹⁷

¹⁵ Como bem percebe Maria Lúcia Luz Leiria, “{...} em que pese às específicas determinações que garantem tais direitos sociais, continua-se frente à multidão de processos em relação aos quais, sob o prisma do objetivo último perseguido pelos segurados, chega-se à conclusão de que se identificam na essência, visto que, de um lado, o segurado procurando maiores valores monetários nos seus benefícios e, de outro lado, a Previdência Social busca, por meio de regras de cálculo, indexadores e fórmulas, manter os valores de maneira a superar o grande déficit tão falado e cuja origem, longe da insuficiência das contribuições dos segurados, está mais na sonegação, na falta de fiscalização e no desvio de finalidade das contribuições arrecadadas” (LEIRIA, 2001, 175).

¹⁶ Segundo o Relatório dos Juizados Especiais Federais, relativos ao 1º Semestre de 2002, apresentado por Marcela de Siqueira Freitas, Coordenador de Acompanhamento dos JEF/INSS, em seis meses de existência já tinham sido ajuizadas mais de 71.500 ações em face do INSS. Nestes primeiros seis meses, informa este Coordenador, foram gastos 244,1 milhões de reais para o pagamento de requisições de pequeno valor, ou seja, até sessenta salários mínimos.

¹⁷ Esclareça-se que, no ano de 1998, o índice de reajustamento dos benefícios previdenciários superou o IGP-DI, por isso não foi o mesmo cogitado neste ano.

Apreciando o Recurso Extraordinário (RE 376.846), o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, por sete votos a dois,¹⁸ cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso, entendeu em sentido contrário do julgado pelas Turmas de Uniformização, devendo sumular neste sentido, frustrando a expectativa de milhões de beneficiários que buscavam nos Juizados Especiais Federais de todo o Brasil a recomposição dos valores aviltados de seus benefícios.

De outra forma, questiona-se até que ponto esta questão, atinente ao reajustamento dos benefícios, não é função privativa do Poder Legislativo, tal como restou consignado no art. 41 da Lei nº. 8.213/91. Aliás, o disposto no § 2º, inc. II do referido artigo, dispôs literalmente que, “[...] na hipótese de se constatar perda de poder aquisitivo com a aplicação do disposto neste artigo, o Conselho Nacional de Seguridade Social – CNSS poderá propor um reajuste extraordinário para recompor esse valor, sendo feita igual recomposição das faixas e limites fixados para os salários-de-contribuição”.

A gravidade desta questão reside na extinção do CNSS, que poderia, dentro de seus poderes, propor reajustamento dos benefícios buscando manter o poder aquisitivo dos referidos. Diante disso, parece-nos prudente que o Poder Judiciário “provoque” uma decisão do Poder Legislativo e do Poder Executivo, sem que, com isso, ao contrário do que acreditam alguns, possa exorbitar de suas funções.

Acredita-se, com efeito, que o Poder Judiciário tem um papel importante neste processo, que “[...] não o transforma em legislador positivo, ou em usurpador de funções legislativas e agressor do princípio da separação dos poderes”^[19], mas o impele a julgar conforme os direitos sociais e fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988.

¹⁸ Votando a favor do Recurso interposto pelo INSS, visando a manutenção do INPC, o próprio relator da matéria, bem como os ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Gimar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, sendo a favor da substituição deste índice pelo IGP-DI os ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Frise-se, por oportuno, que o relator fundamentou o seu posicionamento aduzindo que “[...] o índice mais adequado para correção dos benefícios é mesmo o INPC, dado que ‘a população-objetivo’ deste ‘é referente a famílias com rendimentos mensais compreendidos entre 1 (um) e 8 (oito) salários-mínimos, cujo chefe é assalariado em sua ocupação principal”.

¹⁹ Nesse sentido Leonardo Tavares, que espousa o mesmo entendimento adotado pela Juíza Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, desembargadora do TRF da 2ª Região, para quem “[...] o Juiz não pode ser tímido no exercício de seu mister, nem eximir-se de exercê-lo. Para suplantar eventuais barreiras, criadas no mais das vezes por qualquer dos Poderes Constituídos, deve ele agir com as armas que o sistema jurídico garantir aos indivíduos o exercício dos direitos previstos na própria Lei Fundamental, armas essas que hoje são inúmeras.” (TAVARES, 2000, p. 128).

CONCLUSÕES

A proposição das ADIN como vimos, serve para demonstrar o tipo de constituição “aberta” ou “comunitária” adotada na Constituição Democrática de 1988. Por outro lado, o pensamento neoliberal, expressado nítida ou veladamente na “reforma” do Estado brasileiro, desencadeado após a década de 1990, rompe com essa lógica. Nesta nova perspectiva, o Brasil é inserido no cenário trazido pelo capitalismo financeiro internacional, sendo aplicado, como objeto destas “reformas”, a redução e a retração dos direitos sociais, a redução dos gastos com a seguridade social como um todo, a flexibilização das relações empregatícias, resultando na precarização do trabalho, com importantes desdobramentos para a Previdência Social diante da perda de contribuição, dentre outros reflexos das políticas neoliberais.

Acredita-se que é dentro desse contexto conjuntural que deve ser compreendido o papel e as funções do Poder Judiciário, mormente quando está em jogo a desconstitucionalização destes direitos consagrados como fundamentais pela Carta Democrática de 1988.

De outro modo, pelo que estudamos e expomos no presente trabalho, parece que o guardião da Constituição, qual seja o Supremo Tribunal Federal, não está cumprindo a contento com sua parte dentro dessa perspectiva ora acenada.

As provas desse descumprimento são expressas em vários julgamentos emanados dessa Corte Maior, sendo prova disso o julgamento pela inconstitucionalidade do reajuste dos benefícios pelo IGPDI, como estudamos.

Seria de todo desnecessário elencar os diversos julgamentos em que o STF foi chamado a dizer da constitucionalidade (ou não) de direito fundamental social e o fez na perspectiva mais política (neoliberalizante) do que jurídica (na perspectiva ora defendida).

Mas nem tudo está perdido, vez que encontramos nos julgamentos dos juízes e comumente dos Tribunais, julgados que buscam outro norte, pendendo para a judicialização dos direitos sociais, de modo a garantir o primado da Constituição Democrática de 1988.

Sigamos refletindo, de modo que esperamos auxiliar, com este trabalho, no processo de concretização dos direitos (fundamentais) sociais que ainda maduram, passado mais de duas décadas da promulgação da Carta Cidadã de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Brasileira. *In: Em Busca dos Direitos Perdidos – uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 1, p. 147-195, 2003.

TAVARES, Marcelo Leonardo. “A Manutenção do Valor Real dos Benefícios Previdenciários.” **Revista de Previdência Social**. São Paulo: LTr., n. 249, p. 573-580, ago. 2001.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

