

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Marcelino Alves de Alcântara

O princípio da equidade na forma de participação no custeio

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Marcelino Alves de Alcântara

O princípio da equidade na forma de participação no custeio

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direita das Relações Sociais, sub-área Direito Previdenciário sob a orientação do Prof. Doutor Wagner Balera.

SÃO PAULO
2010

Banca Examinadora

A meus pais, Wisley e Lucy, fontes de inspiração, coragem, dedicação e apoio.

A minhas irmãs Marcela e Mariana, pelo incentivo incessante.

A Deus, pela saúde, fé e força para vencer esta jornada.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos:

Ao Professor Wagner Balera, fonte inesgotável de saber jurídico, mestre ímpar, condutor nos ensinamentos e ser humano exemplar.

Ao meu amigo, confidente e sócio Theodoro Vicente Agostinho, pelas palavras de apoio e de perseverança.

A Avelino Joaquim Batista e Marcos Cezar Najjarian Batista pelo incentivo.

Aos amigos e colegas, que entenderam a minha ausência em decorrência das tardes de estudos.

RESUMO

ALCÂNTARA, Marcelino Alves de. *O princípio da equidade na forme de participação no custeio*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

O presente trabalho tem como objetivo principal abordar, com precisão e rigor científico, o princípio (ou objetivo) do Sistema de Seguridade Social, equidade na forma de participação no custeio, que se encontra inserido no art. 194, parágrafo único, inciso V da Carta da República Federativa do Brasil de 1988. Para que se possa concretizar os ideários de bem estar e justiça social (objetivos últimos da Ordem Social), mister se faz guarnecer o sistema de Seguridade Social dos recursos financeiros necessários a essa missão fundamental. Neste ínterim, o legislador constituinte plasmou no texto da Norma Fundamental objetivos (princípios) específicos, que regem o modelo de financiamento da seguridade, entre eles o da equidade na forma de participação do custeio. Desta forma, o presente trabalho busca identificar corretamente, em relação ao tema, sua conceituação, natureza, seus fundamentos constitucionais, suas características próprias e aquelas eventualmente compartilhadas com os demais caracteres do Direito, tendo como campo de exploração para interpretação jurídica as normas extraídas do Direito Positivo, especialmente a Constituição Federal.

Palavras-chave: equidade; seguridade; tributo; risco; contribuição previdenciária; custeio.

ABSTRACT

ALCÂNTARA, Marcelino Alves de. *The principle of equity in the form of participation in funding*. Dissertation (Master Degree in Law) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

This paper aims to address the main, accurate and scientific rigor, the principle (or goal) of the Social Security System, in the form of equity participation in funding, which comes under art. 194, sole paragraph, item V of the Charter of the Federative Republic of Brazil in 1988. To be able to achieve the ideologies of welfare and social justice (the ultimate goals of the Social Order), must you do garnish the Social Security system of financial resources to its fundamental mission. Meanwhile, legislators shaped the text of the Standard Basic goals (principles) specific rules governing the financing model of security, including the equity in the form of participation in the costs. Thus, this paper seeks to identify correctly in relation to the subject, its definition, nature, its constitutional foundations, its own characteristics and those shared with any other character of law, with the field of exploration for legal interpretation of the rules extracted from positive law, especially the Federal Constitution.

Keywords: equity, security, tax, risk, social security contributions; funding

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	
I.1 Considerações Preliminares	12
I.2 Conceituação Jurídica de Princípio.....	14
I.3 Função dos Princípios Constitucionais	19
I.4 Distinção entre Princípios e Regras	25
I.5 Conflitos entre Princípios Constitucionais.....	33
II PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS DA SEGURIDADE SOCIAL	
II.1 Sistema de Seguridade Social	35
II.1.1 Conceito e Abrangência.....	40
II.1.1.2 Dignidade da pessoa humana.....	46
II.1.1.2.1 Mínimo existencial.....	52
II.1.1.3 Isonomia.....	56
II.1.1.3.1 Isonomia Formal e Material.....	60
II.1.1.4 Solidariedade.....	64
II.1.1.5 Legalidade.....	67
III PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS DA SEGURIDADE SOCIAL	
III.1 Notas introdutórias.....	72
III.2 Universalidade da cobertura e do atendimento	73
III.3 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais	77
III.4 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços	80
III.5 Irredutibilidade do valor dos benefícios	83
III.6 Equidade na forma de participação do custeio	85
III.7 Diversidade da base de financiamento.....	86
III.8 Caráter democrático e descentralizado da administração	91
III.9 Regra da contrapartida	94
IV O PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO NO CUSTEIO	
IV.1 Notas introdutórias.....	97
IV.1.1 Conceituação.....	97
IV.1.1.1 A Equidade no Pensamento Grego (<i>epieikeia</i>)	98
IV.1.1.2 A Equidade no Direito Romano (<i>æquitas romana</i>)	101
IV.1.1.3 A Equidade na Idade Média e na Idade Moderna.....	103
IV.1.1.4 Do Conceito Jurídico de Equidade	105
IV.2 A equidade na Seguridade Social na Constituição Federal de 1988.....	107
IV.2.1 A equidade como uma faceta da Isonomia	114
IV.2.2 Aspectos que delimitam o conceito da Equidade na Seguridade.....	118
IV.2.3 Capacidade Contributiva.....	119
IV.2.3.1 Aplicabilidade às contribuições sociais	125
IV.2.4 Correlação entre risco e equidade na Constituição	131
IV.2.5 O disposto no art. 195, §9º da Constituição de 1988	135
IV.2.5.1 Desigualação em razão da atividade econômica.....	141

IV.2.5.2	Desigualação em razão da utilização intensiva de mão-de-obra	145
IV.2.5.3	Desigualação em razão do porte da empresa	149
IV.2.5.4	Desigualação em razão da condição estrutural do mercado de trabalho	152
IV.2.6	O disposto no art. 239, §4º da Constituição de 1988	155
IV.3	Destinatários da norma	158
V	CONCLUSÃO	161
VI	BIBLIOGRAFIA	171

INTRODUÇÃO

A escolha do tema proposto neste trabalho dissertativo – o princípio da equidade na forma de participação no custeio – deveu-se a inquietação criada quando da análise do art. 194, parágrafo único, inciso V da Carta da República Federativa do Brasil de 1988.

Os questionamentos em sala de aula no curso de pós-graduação *stricto sensu*, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), também contribuíram para a determinação do tema ora abordado.

O fato é que para que a seguridade possa cumprir com seus objetivos, neutralizando necessidades sociais, ele necessita de recursos financeiros. Fundamental, portanto, a formação de fundo específico para o seu custeio, garantindo-se, assim, a concretização do seu modelo de proteção.

Assim, o problema central, que nos levou aos estudos e pesquisas, terá suas idéias desenvolvidas de forma concatenada nas paginas seguintes, com a organização das normas jurídicas extraídas dos textos legais vigentes, partindo, logicamente, da Constituição Federal a fim de imprimir precisão científica à análise do tema.

O que nos motivou, desde o início de nossas pesquisas, foi a carência de estudos específicos em face aos vários problemas que assolam o tema correspondente ao título da dissertação. De fato, a falta de aprofundamento, aqui, parece ser mais gritante do que em relação a outros assuntos pertencentes ao universo do direito previdenciário.

Identificamos que esta parte do custeio da seguridade é uma das facetas menos exploradas pela doutrina. Não localizamos, por exemplo, pesquisas com estudos conclusivos que nos dessem referência a respeito do estudo escolhido, sendo que nos trabalhos do Direito Previdenciário, até o momento, pouco espaço foi dado a problemática que nos ocupou. Esta característica, muitas vezes, tornou mais difícil a elaboração desta dissertação.

Por outro lado, este cenário desafiador funcionou como importante incentivo à realização das nossas investigações que abriram espaço para a interpretação, levando-nos ao entendimento sobre o trabalho e à produção do presente texto.

Neste ínterim, nosso trabalho terá por enfoque inicial a análise das idéias mestras dos princípios, sua conceituação, funções e particularidades face às demais normas jurídicas.

Em seguida, iremos identificar os princípios que, não sendo específicos à seara da seguridade social, possuem pertinência temática com o estudo objeto da presente dissertação.

Nada obstante, analisaremos individualmente os objetivos do sistema de seguridade, plasmados no Texto Magno, tal qual delineados no art. 194, parágrafo único e incisos da Constituição de 1988.

Por fim, interessa-nos, sobretudo, analisar o conceito de equidade previsto no texto constitucional, os sujeitos que estarão adstritos a este específico princípio, as formas de se externar os efeitos do mesmo, bem como verificar algumas manifestações constitucionais e legais de sua aplicação nas contribuições sociais.

Dizendo mais especificamente, nosso trabalho consiste em tentar aprofundar o estudo do tema e, demonstrar sua relevância dentro do denominado custeio da seguridade social. Ademais, atualmente há no nosso direito positivo, uma profusão de ocorrências tributárias lastreadas neste princípio, motivo pelo qual torna-se necessário uma maior compreensão do tema.

Desta forma, nosso objetivo é contribuir, ainda que infimamente, com o desenvolvimento do tema, na expectativa de que o trabalho possa, no mínimo, ser útil àqueles que, por quaisquer razões, necessitam conhecer a fundo o tema exposto.

I PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

I.1 Considerações Preliminares

Diante de singela análise da doutrina, percebe-se que os princípios jurídicos tem sido objeto de inúmeros estudos. Trata-se de tema relevante em todos os ramos didaticamente autônomos do Direito¹.

Assim, diversos estudiosos do Direito tem a ele se dedicado. ALEXY², CANOTILHO³ e DWORKIN⁴, exemplificativamente, forneceram preciosas contribuições sobre o tema e tem influenciado decisivamente a doutrina pátria.

Nada obstante, evidencia-se que a Constituição permite ao legislador positivar valores, proporcionando conhecimento dogmático dos princípios⁵, que se diferenciam da norma tanto pelo seu grau mais alto de abstração quanto pela maior carga qualitativa que carregam, quer no tocante à estrutura lógica, quer pela intencionalidade normativa.

Neste interím, temos que uma das bases elementais onde repousam os princípios é a Constituição.

A experiência jurídica moderna aponta para uma crescente tendência de consagração, nas Constituições, dos princípios mais relevantes das respectivas coletividades, seus princípios fundamentais.

¹ As disciplinas jurídicas, cedendo à pressão das vicissitudes contemporâneas, atualmente se dividem e subdividem em número crescente de ramos do direito, e assim se constituem disciplinas autônomas e distintas. Esta marcha de busca de especializações é útil se ordenada e ligada aos princípios gerais do direito e desde que se cuide para que em seu afã, não promova a quebra da unidade substancial do direito. Na realidade as especialidades formam o universo jurídico (que é único).

² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros. 2008, pag. 82/83

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, pag. 345.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério – tradução Nelson Boeira – 2ª Ed.* São Paulo: Martins Fontes, 2007, pag. 35.

⁵ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pag. 81.

Sobre este ângulo, poder-se-ia afirmar que a Constituição insere em seu bojo, conforme ensinamentos de EROS ROBERTO GRAU, o denominado “*direito pressuposto das sociedades*”.

Tenho sustentado que o direito, enquanto nível do todo social - dado que consubstancia um discurso ou uma linguagem dele -, é elemento constitutivo do modo de produção social. Assim, ele já se encontra no interior da estrutura social anteriormente à sua expressão como *direito moderno*, vale dizer, produzido pelo Estado. O que sustento, resumidamente, é o seguinte: a forma jurídica é imanente à infra-estrutura, como *pressuposto* interior à sociedade civil, mas a transcende enquanto *posta* pelo Estado, como direito positivo. O Estado põe o direito - direito que dele demanda - que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como *direito pressuposto*, quando o Estado põe a lei torna-se *direito posto* (direito positivo). (...) Isso significa afirmo-o em outros termos - que o *direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto*⁶.

Destarte, o Estatuto Supremo não se configura como um conglomerado caótico e desestruturado de dispositivos que guardam entre si o mesmo grau de importância⁷. Ao contrário, eles se mostram estruturados num conjunto, que, ainda que apresentem o mesmo nível hierárquico, é possível identificar que certas normas encontram-se em uma posição que lhes permite planar sobre uma área mais extensa.

Ressalte-se, ainda, conforme ensina MIGUEL REALE que “*toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber*.”⁸

Assentadas essas primárias premissas, passar-se-á a analisar o preceito princípio.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 142.

⁷ Ensina GERALDO ATALIBA que, “*as Constituições são conjuntos ordenados e sistemáticos de normas, construídos em torno de princípios coerentes e harmônicos, ou seja, a Constituição é propriamente um sistema*”. ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, pag. 3.

⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pag. 38.

I.2 Conceituação Jurídica de Princípio

A conceituação dos princípios gerais do direito passou por grandes transformações ao longo do tempo, coincidentes com a predominância das diversas escolas doutrinárias⁹.

Etimologicamente, princípio vem do *latin principium, principii*, significando origem, começo¹⁰.

No idioma pátrio, é facilmente identificável seu conteúdo morfológico, conforme disposto nos dicionários de língua portuguesa, *in verbis*:

Princípio, s.m. 1. Momento em que uma coisa tem origem; começo. 2. Causa primária; razão, base. 3. Momento em que se faz alguma coisa pela primeira vez. 4. Regra, lei, preceito. 5. Ditame moral, sentença máxima. 6. Teoria. 7. quim. E farm. Substancia química que figura em uma mistura. S.m. pl.1. Os antecedentes. 2. As primeiras épocas da vida. 3. Doutrinas fundamentais ou opiniões predominantes.¹¹

Em complemento a esta idéia inicial, é importante frisar que GENARO CARRIÓ, em trabalho clássico, apontou sete “focos de significação” do conceito de princípio na linguagem comum. Para ele, tal conceito está ligado as idéias de:

1) Parte ou ingrediente importa de algo; propriedade fundamental; núcleo básico; característica central;

⁹ Explica MARISA FERREIRA DOS SANTOS que: “A valoração conferida aos princípios jurídicos evoluiu juntamente com a ciência jurídica. Na fase jus naturalista, os princípios eram os ideais de justiça buscados pelo homem. Não tinham característica impositiva, ao revés, ostentavam caráter de abstração. Com o advento da escola positivista os princípios somente detinham caráter normativo se estivessem expressamente previstos na lei. Foi com a escola positivista que os princípios ganharam normatividade, não no sentido de serem hierarquicamente superiores às demais normas, mas sim de fonte subsidiária, fornecedora de elementos no caso de inexistência de norma específica a regular o caso concreto. Por fim, na fase pós-positivista os princípios adquiriram o caráter normativo, sendo fonte de imposição de obrigação, assim como as demais normas jurídicas. Ressalta-se que a principal característica dos princípios na doutrina contemporânea é justamente o seu caráter normativo”. SANTOS, Marisa Ferreira dos. *O princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social*. Dissertação de Mestrado. PUC, 2001, pag. 69.

¹⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. *Princípios Constitucionais Tributários e competência tributária*. 1ª ed. São Paulo: Rt, 1986, pág. 05.

¹¹ HOUAISS, Antonio e Villar, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 3º Ed. rev. Aum. – Rio de Janeiro: Objetiva, pag. 605.

- 2) Regra, guia, orientação ou indicações gerais;
- 3) Fonte geradora; causa ou origem;
- 4) Finalidade; objetivo; propósito ou meta;
- 5) Premissa; inalterável ponto de partida para raciocínio; axioma; verdade teórica postulada como evidente; essência; propriedade definitiva;
- 6) Regra prática de conteúdo evidente; verdade ética inquestionável;
- 7) Máxima; aforisma; provérbio; peça de sabedoria prática que nos vem do passado e que traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição¹²;

Percebe-se, pois, que a polissemia da palavra princípio pode levar a procura das diversas espécies distintas de princípios que o ordenamento jurídico pode apresentar em sua estrutura¹³.

Destarte, nem sempre os princípios são encontrados em normas positivadas pelo Direito, ou seja, em regras constantes do corpo da constituição ou da legislação infra-constitucional¹⁴.

Todavia, o mais razoável é que os princípios encontrem-se, sempre que possível, expressos, de forma tal a se prestigiar a segurança jurídica e a harmonia sistemática

¹² CARRIO, Genaro. *Princípios Jurídicos e Positivismo Jurídico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pag. 33/34, *apud* HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, pag. 21.

¹³ A doutrina identifica e classifica princípio em: princípios gerais e específicos, explícitos ou implícitos, classificando-os como empíricos, lógicos, ontológicos, epistemológicos e axiológicos.

¹⁴ Acentua WAGNER BALERA que, “como adverte o §2º do art. 5º do Estatuto Supremo, há princípios implícitos espalhados no interior da norma fundamental”. BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 161. Sem discordar do alegado observa LUÍS ROBERTO BARROSO, que “os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, e sem pretender enveredar por discussão filosófica acerca do positivismo e jusnaturalismo, tem-se, aqui, como fora de dúvida que estes bens sociais supremos existem fora e acima das regras legais, e nelas não se esgotam, até porque não tem caráter absoluto e se encontram em permanente mutação. No comentário de Jorge Miranda, “o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998, pag. 248

do direito¹⁵, evitando-se, dessa forma, que intérpretes apegados a formalismos neguem a existência de determinado princípio, ou então que haja riscos de abusos por parte dos operadores do direito, fundado em eventuais subjetivismos, em posturas axiológicas, ideológicas, ou outras formas de subjetividade interpretativa, fazendo com que, de forma arbitrária, sejam introduzidas normas exóticas, que poderão destruir a ordenação jurídica¹⁶.

Não resta dúvida de que a palavra princípio, como tantas outras, é plurissignificativa, o que faz com que os autores que tratam do tema muitas vezes divirjam quanto ao conteúdo, o sentido e o alcance de um determinado princípio jurídico. Em outras palavras, a polissemia é a nota característica da palavra princípio, que apresenta diversos significados, dependendo do ângulo de enfoque do objeto estudado¹⁷.

A noção do que é princípio ou até mesmo a sua conceituação, designa pensamentos ou normas através de uma idéia mestra, a estruturação de um sistema de idéias, e, por fim, um pensamento chave, de onde todas as citadas idéias, pensamentos ou normas se originam, se subordinam e se conduzem.

¹⁵ Neste sentido, JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA: *“Segundo alguns, os princípios não necessitariam de formulação normativa explícita. No entanto, pensamos que a falta de concreção normativa dos princípios, expressão da certeza jurídica, pode trazer certo grau de insegurança. Ademais, são tantas, e tão heterogêneas, as proposições que se incluem entre os princípios gerais, que o mais prudente é recorrer ao ordenamento jurídico-positivo para determiná-los, especialmente à Constituição que, como norma fundamental, e fundamentadora do ordenamento jurídico, é a instância onde devemos colher os materiais para uma reflexão sobre os princípios. Isto não nega, porém, a existência de princípios que, embora não expressos, podemos considerar implícitos no ordenamento jurídico.”* ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999.

¹⁶ Vale a pena reproduzir o ensinamento de RUY MANOEL ESPÍNDOLA que valendo-se dos pensamento de CANOTILHO sobre o assunto, explica: *“Mas o que deve entender-se por princípios consignados na constituição? Apenas os princípios constitucionais escritos ou também os princípios constitucionais não escritos? A resposta mais aceitável, dentro da perspectiva principialista (...), é a de que a consideração de princípios constitucionais não escritos como elementos integrantes do bloco da constitucionalidade só merece aplauso relativamente a princípios reconduzíveis a uma densificação ou revelação específica de princípios constitucionais positivamente plasmados”* (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 198)

¹⁷ Explica PAULO DE BARROS CARVAHO que: *“Princípio é uma palavra que freqüenta com intensidade o “início”, o “ponto de partida”, a “hipótese limite” escolhida como proposta de trabalho. Exprime também as formas de síntese com que se movimentam as meditações filosóficas (“ser, dever-ser, vir-a-ser, e não-ser”). Toda ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados). Cada princípio, é sempre passível de expressão em forma proposicional, descritiva ou prescritiva. O símbolo lingüístico que mais se aproxima desse vocábulo, na ordem das significações é lei”*. CARVALHO, Paulo de Barros. *Sobre Princípios Constitucionais Tributários*. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 55, jan. 1991, pag. 143

Tem-s de forma insofismável que, na conceituação do significado de princípio repousa a essência de uma ordem, sua delimitação fundamental e direcionamentos do próprio sistema.

O inigualável MIGUEL REALE afirma que princípios são “*verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis*”¹⁸.

Em qualquer ciência é o começo, o ponto de partida. É a pedra angular de qualquer sistema. Para DE PLÁCIDO E SILVA:

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito¹⁹.

Na doutrina pátria, o sempre abalizado posicionamento doutrinário de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁰ externa de forma precisa e elucidadora que princípio pode ser considerado:

...mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Na expressão de PAULO BONAVIDES, pode-se conceituar princípio sob o seguinte enfoque:

¹⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pag. 52

¹⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pag. 350.

²⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo* – 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pag. 573/574.

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos (os princípios), sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo a positivação em maior grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas²¹.

Não divergindo do alegado, ROQUE ANTONIO CARRAZZA²² leciona ser princípio, sob o ângulo de estudo do conteúdo jurídico, um:

...enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Para PAULO DE BARROS CARVALHO as unidades normativas selecionam fatos e regulam comportamentos, fatos e condutas recolhidas no campo do social. Os fatos jurídicos quer o previstos nos antecedentes das normas, quer os prescritos na fórmula relacional dos conseqüentes, apresentam-se na forma de fenômeno físico (relações de causa e efeito) mais o sentido, isto é, o fim jurídico que os permeia. Sem a significação jurídica que presidiu a escolha do evento e inspirou a regulação da conduta, não há que falar-se em fatos jurídicos e relações jurídicas²³.

Assim, com base em seu corte metodológico, o autor define princípio como norma jurídica “*portadora de núcleos significativos de grande magnitude, influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, as quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação de outras regras do sistema.*”²⁴

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pag. 260/261.

²² CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário* – 22ª Ed. ver. Atual. e ampl. até a EC nº 52/2006, São Paulo: Malheiros, 2006, pag. 35.

²³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Sobre Princípios Constitucionais Tributários*. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 55, jan. 1991, pag. 143

²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário* – 20ª Ed. revista, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 153

O doutrinador JOSÉ ARTUR LIMA GONÇALVES²⁵, externa de forma precisa e sintética que “*todas as vezes que utilizamos o termo princípio, desejamos recorrer à inteireza dessa carga significativa, denotativa da extraordinária relevância que emprestamos à sua noção – princípio – no contexto dos sistemas, assim normativo como descritivo*”.

Percebe-se, pois, de forma indissociável que as palavras fundamento, base, premissa, ponto de partida, origem, causa, aparecem constantemente no conceito utilizado pelos doutrinadores.

Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito, e por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam²⁶.

Em síntese, pode-se entender princípio de maneira geral, como a idéia de primeiro, de precedência, de alicerce, de direção a seguir. Este é o postulado básico do conceito de princípio.

I.3 Função dos Princípios Constitucionais

É importante frisar, desde logo, que parte do quanto externado neste item, baseia-se na classificação das funções dos princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro, elaborada por PAULO BONAVIDES, segundo a qual os princípios possuem três funções: a) fundamentadora da ordem jurídica, b) orientadora do trabalho do interprete e c) de fonte em caso de insuficiência da lei e do costume²⁷.

²⁵ GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda – Pressupostos Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002, pag. 46.

²⁶ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário* – 22ª Ed. ver. Atual. e ampl. até a EC nº 52/2006, São Paulo: Malheiros, 2006, pag. 31

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Cursos de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 254/255

Os princípios ocupam-se, dentro do sistema, dos fundamentos estruturais da sociedade, vindo daí a idéia de que são vigas mestras do sistema jurídico²⁸. É precisamente na Constituição que os princípios fundamentais tem o seu lugar.

Em razão da função fundamentadora, explica RUY SAMUEL ESPÍNOLA: "*as normas que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais perderão sua validade e/ou sua vigência, em face de contraste normativo com norma de estalão constitucional*"²⁹.

Destarte, os princípios estruturam o sistema jurídico e dão ligamento a todos os seus dispositivos, conectando-os de forma que as regras de hierarquia inferior a eles ficam subordinadas. Os princípios fundamentais são o núcleo da constituição.

O princípio constitucional fornece os valores que devem ser prestigiados em todos os setores da vida social³⁰. Exemplificativamente, com relação a direitos e garantias fundamentais, o princípio fundamental da igualdade tem o seu lugar demarcado no art. 5º *caput* da Carta Magna.

O legislador constituinte prestigiou a igualdade, elegendo-a como princípio primordial que tem como tarefa dar efetividade a outros valores que elegeu como fundamentos do Estado Democrático de Direito e objetivos fundamentais da República: a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

A Ordem Social, que se constitui, também, num sistema dentro do sistema constitucional, tem, por sua vez, seu princípio, ou base, - o primado do trabalho – e seus

²⁸ No mesmo sentido MGUEL REALE externa que: "*Em verdade, toda a experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais de direito que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico*". REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pag. 317/318.

²⁹ ESPINOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, pag. 72

³⁰ Com o mesmo teor, assevera BALERA: "*Pode-se afirmar que os princípios e as regras se situam como vetores que o ordenamento normativo configura para a concretização dos valores*". BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pag. 1342.

objetivos – bem-estar e justiça sociais, na forma do artigo 193. E dentro da Ordem Social, está situada a seguridade social, que tem, também, um extenso rol de princípios, dentre eles o da equidade na forma de participação do custeio.

Assim, violar um princípio constitucional traz conseqüências jurídicas muito mais relevantes do que a violação de uma regra. Quando se viola um princípio constitucional, ofende-se o ordenamento jurídico como um todo³¹.

Quando se viola uma regra, na sua aplicação particular e específica, fica-se sujeito a sanção que ela prescreve, sem que maiores abalos atinjam a ordem constitucional (diferentemente da ofensa ao princípio).

A segunda função dos princípios é orientar o trabalho de interpretação das normas jurídicas. Os princípios são autênticos vetores interpretativos, e devem ser respeitados pelo intérprete mesmo quando não positivados³².

Sempre que uma regra puder ser interpretada em mais de um sentido, prevalecerá a interpretação de que se puser conforme os princípios constitucionais, sob pena de desvirtuar-se do sistema.

A função interpretativa dos princípios tem por escopo orientar o intérprete e o jurista para melhor adequar determinada norma ao fato social. Essa função possibilitará que o aplicador da lei a traduza da forma mais coerente possível com os nortes constitucionais, objetivando, destarte, a adequação da norma aos princípios.

³¹ Neste mesmo sentido, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO explica: “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 230.

³² A propósito a manifestação de LUCIA VALLE FIGUEIREDO: “Portanto, os princípios gerais de direito, ainda que não sejam positivados explicitamente, devem ser respeitados pelo aplicador da lei, porque conaturais ao Estado de Direito, como proclamado no art. 1º da Constituição. De conseguinte, os princípios gerais do direito são vetores interpretativos, mormente quando não houver norma expressa para contrariá-los. Alguns deste princípios encontram – como, aliás, não poderia deixar de ser – guarida expressa no próprio texto constitucional, como, por exemplo, o princípio da legalidade e o da igualdade e o da separação de poderes. Alguns outros, nesta Constituição, como o da dignidade da pessoa humana, embora se pudesse admitir estarem presentes em qualquer ordenamento jurídico, sobretudo de um estado democrático de direito, passaram a ter existência própria”. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 38/39

Nesse sentido, afirma RUY SAMUEL ESPÍNOLA: "*Através da função interpretativa, os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete. São verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas*³³".

O princípio possui, ainda, uma função interpretativa dentro do ordenamento jurídico; ele é de grande valia, como percebe-se, para a hermenêutica e perfeita aplicação tanto atos normativos, quanto dos próprios mandamentos constitucionais.

Portanto, tudo se congrega a indicar que as leis e demais atos normativos de igual ou inferior hierarquia, além de deverem obedecer as regras constitucionais, precisam ser interpretados e aplicados da forma mais congruente possível, com os princípios encartados no Código Supremo³⁴.

A última função apontada é a de fonte supletiva do direito, quando ausente disposição de lei ou costume jurídico. Muitas vezes, diante do caso concreto, depara-se o interprete com a ausência de disposição legal específica aplicável.

Sob o aspecto de integração do ordenamento por intermédio dos princípios, a doutrina do doutrinador JORGE MIRANDA preleciona de forma clara e incontroversa, que

A acção imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema. (...) Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através de prescrição de princípios³⁵.

A partir dos princípios, podemos afirmar que as lacunas deixadas na lei pelo legislador serão supridas, quer dizer, eles têm o condão de integrar a norma lacunosa para dar efetividade no seu cumprimento, não permitindo vagueza quando da sua aplicação. A

³³ ESPINOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, pag. 72

³⁴ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário* – 22ª Ed. ver. Atual. e ampl. até a EC nº 52/2006, São Paulo: Malheiros, 2006, pag. 39/40..

³⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I – Preliminares – O estado e os sistemas constitucionais. 6ª Ed. rev. e atual. Portugal: Coimbra, 1999, pag. 226/227.

integração da norma dada pelos princípios enfatiza a sua importância na aplicação do direito, mostrando-se imprescindíveis no equilíbrio do sistema jurídico.

Nesse caso, deve o hermenêuta, primeiro, socorrer-se dos princípios constitucionais e, infrutífera a busca, deve valer-se dos princípios gerais do direito. Aliás, essa função supletiva e integrativa dos princípios está prevista no art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil³⁶.

Com relação a esta função, é importante destacar que o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/42), com texto semelhante ao artigo 7º da antiga Lei de Introdução de 1916 (Lei n. 3.071/16), "*Art. 7º Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos analogos, e, não os havendo, os princípios geraes de direito*" (texto original), expressamente menciona a utilização dos princípios gerais do direito na hipótese de lacuna no ordenamento jurídico: "*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*".

Primeiramente, é de bom tom ressaltar, para não restar dúvidas, que a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), ao contrário do que possa parecer pelo próprio nome, não se trata apenas de uma lei aplicável ao direito civil.

Na verdade, como extraímos dos preciosos ensinamentos de MARIA HELENA DINIZ, percebe-se, de forma inafastável, que a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC):

... é uma lei de introdução às leis, por conter princípios gerais sobre as normas sem qualquer discriminação", sendo "uma norma preliminar à totalidade do ordenamento jurídico nacional". Não se limita a regular o direito civil, ultrapassa-o, alcançando todo o direito privado e o direito público também; aplica-se, então, a todas as normas nacionais, tanto de direito privado quanto de direito público³⁷.

Isso tem como repercussão, que o Julgador não pode denegar justiça, pois tem à sua disposição os elementos enunciados no artigo 4º da LICC que possibilitam o

³⁶ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pag. 03/04.

preenchimento das lacunas da lei: analogia³⁸, costumes³⁹ e, principalmente, os princípios gerais de direito.

A relevância e preponderância dos princípios é tamanha sob a vertente da função supletiva, que quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, leciona MARIA HELENA DINIZ, *"o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando princípios gerais de direito, que são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico"*⁴⁰.

EDUARDO ESPÍNOLA, afirma que no caso de lacuna do direito, o juiz deveria seguir a graduação estabelecida, como regra. Primeiro, se vale da analogia, depois dos costumes e, por último, dos princípios gerais de direito⁴¹.

Independentemente deste posicionamento, para MIGUEL REALE, aqueles que entendem que haveria no artigo 4º da LICC uma *"enumeração excludente, de tal modo que, em primeiro lugar, se deveria recorrer à analogia; a seguir, aos costumes e, por fim, aos princípios gerais"* seguem a equivocada tese da supremacia absoluta da lei, pois tal entendimento exige que busque primeiro outras normas do ordenamento jurídico positivo para solucionar a lacuna antes de se valer das outras fontes. É possível, na verdade, até serem utilizados concomitantemente a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; ou o juiz identificar de pronto, por exemplo, que os princípios gerais de direito fornecem uma solução satisfatória, sequer buscando uma norma para ser aplicada por analogia⁴².

³⁸ Explica MARIA HELENA DINIZ que: *"A analogia consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado"*. DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pag. 111.

³⁹ Para MARIA HELENA DINIZ, *"considera-se costume o respeito a uma determinada prática freqüente de agir de uma sociedade, cuja reiteração a transforma em regra de comportamento"*. DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pag. 116.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pag. 124/125.

⁴¹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Atualizado por Silva Pacheco. Vol. 1º. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pag. 120.

⁴² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pag. 317.

Resta clarificado, pois, que conforme os ensinamentos de EDUARDO ESPINOLA FILHO “os princípios gerais de direito constituem verdadeira fonte supletiva à lei positiva⁴³”.

I.4 Distinção entre Princípios e Regras

A partir do momento em que houve o reconhecimento da normatividade dos princípios pela doutrina, fez com que se passasse, conseqüentemente, pela distinção entre princípio e regra.

A realização dessa distinção é importante porque é justamente a partir dela que se chega a constitucionalização dos princípios e a sua posição na hierarquia das normas jurídicas.

Ressalte-se que, vários foram os aspectos analisados para se estabelecer a distinção entre regra e princípio. Com isso, a doutrina, em sua grande maioria, passou a reconhecer que ambos (princípios e regras) são normas, mas os princípios teriam uma carga de generalidade mais acentuada do que as demais normas jurídicas.

O doutrinador ROBERT ALEXY em sua obra, afirma que os princípios e regras são normas, porque dizem o que “deve ser”. Adiante o citado autor explica que ambos (princípios e regras) são compostos pelas expressões deônticas básicas de mandamento, permissão e proibição⁴⁴.

⁴³ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Atualizado por Silva Pacheco. Vol. 1º. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pag. 110.

⁴⁴ A norma jurídica tem por escopo regular comportamentos humanos, e neste espectro abrangente de todas condutas socialmente relevantes, somente há possibilidade de agir a norma em tríplice viés, ou seja, permissão, proibição ou obrigação. Este é o princípio deontológico-jurídico do quarto excluído, o qual indica que não há hipótese externa às três modalidades em que o comportamento humano pode ser regulado, ou como exprime o Professor JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: “Não há outro modal deôntico que lhe possa ser referido”. Na mesma direção segue a doutrina do Professor LOURIVAL VILANOVA, citado pelo mesmo Professor BORGES como subsídio ao seu pensar, senão, vejamos: “Sob o ponto de vista sintática e semântico do sistema de posposições normativas do Direito, a conduta que não estiver proibida ou não for obrigatória, é permitida. Quarta possibilidade não se dá.”. BORGES, José Souto Maior Borges. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, pag. 133.

O gênero são as normas jurídicas, as espécies são os princípios e as regras. A distinção, ao ver do respeitado autor, não é apenas de grau, senão também de qualidade.⁴⁵ ROBERT ALEXY adota a generalidade como critério de distinção entre princípios e regras, conforme se transcreve:

“Numerosos são os critérios para a distinção entre regras e princípios. O da generalidade é o mais frequentemente utilizado. Segundo ele, os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, e as regras normas de com um nível relativamente baixo de generalidade. Um exemplo de uma norma com um nível relativamente alto de generalidade é a norma que diz que cada qual goza de liberdade religiosa. Ao contrário, uma norma segundo o qual todo preso tem direito a converter outros presos tem um grau relativamente baixo de generalidade. Segundo o critério de generalidade, poder-se-ia pensar que a primeira norma poderia ser classificada como princípio e a segunda como regra⁴⁶”.

Nada obstante, o escritor RONALD DWORKIN, dirige seu trabalho ao estudo da importância dos princípios dentro do ordenamento jurídico. Deixa de lado toda a abstração e constrói sua teoria a partir da análise de casos concretos, colhidos na jurisprudência dos Estados Unidos. Foi através do estudo de diversas decisões judiciais que fez sua distinção entre princípios e as demais normas⁴⁷.

O citado autor, combate o positivismo afirmando que o mesmo não comporta diferenciação em razão de sua origem, mas sim de seu conteúdo. As regras são ou não são aplicáveis, enquanto que o conteúdo material dos princípios fornece subsídios para a decisão do juiz. O conteúdo material dos princípios é a justiça e a equidade, razão pela qual as regras jurídicas podem ser descumpridas quando, no caso concreto, o violarem.

Diz RONALD DWORKIN, que a regra para ser precisa e completa, deve enumerar todas as exceções. Quanto maior a lista de exceções, mais completo será o enunciado da norma. Já com os princípios não é isto que ocorre. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não enumeram as consequências jurídicas que automaticamente operam

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros. 2008, pág. 82.

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros. 2008, pág. 83/87.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* – tradução Nelson Boeira – 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 70

quando implementadas as condições de sua aplicação. Os princípios enunciam uma razão que reflete numa só direção, mas não exigem uma decisão em particular.⁴⁸

Diante da complexidade da distinção entre princípios e regras, J.J. GOMES CANOTILHO⁴⁹, baseando-se, conforme esclarece, nos pensamentos de RONALD DWORKIN, ROBERT ALEXY, entre outros, sugere os seguintes critérios para realizar a correta diferenciação:

- a) grau de abstração: princípios e regras tem grau de abstração diferente, sendo mais acentuado naqueles do que nestas;
- b) grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto: os princípios tem por característica serem vagos ou indeterminados, com que há a necessidade de “*mediações concretizadoras*” do juiz ou do legislador; tal não ocorre com as regras, que tem aplicação direta ao caso concreto;
- c) grau de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: o papel dos princípios é fundamental no sistema jurídico, quer se trate da hierarquia das fontes (com os princípios constitucionais como exemplo), quer se trate da sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (exemplificando com o princípio do Estado de Direito);
- d) proximidade da idéia de direito; os princípios são “*standards*” juridicamente vinculantes; já as regras podem ser vinculativas “com um caráter meramente funcional”⁵⁰.

Se a distinção entre princípios e regras não é apenas de grau, mas também de qualidade, é porque aos princípios foi reservado papel diferenciado do que é pertinente a outras normas jurídicas. É dos princípios a função de fixar (positivar) os valores que o sistema deverá prestigiar.

Há certo consenso na doutrina no sentido de que os princípios, ao contrario das regras, tem uma pluralidade de funções dentro do sistema normativo. PAULO BONAVIDES

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* – tradução Nelson Boeira – 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pag. 75/76

⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1995, pág. 166/167.

⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1995, pág. 167.

apoando-se nos posicionamentos de NORBERTO BOBBIO ensinou que os princípios tem uma “*tetradimensionalidade funcional*”, ou seja, tem uma função interpretativa, função integrativa, função diretiva e função limitativa⁵¹.

E JOSE JOAQUIM GOMES CANOTILHO acentua de forma acertada, *in verbis*:

... adiantar-se-á que os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo os juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito.

O doutrinador WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, externa que as regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou tipificação) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como fato permitido). Já os princípios fundamentais - prossegue o jurista cearense -, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente⁵².

E continua o citado autor, asseverando que eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si⁵³.

Em outras palavras:

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Cursos de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 110.

⁵² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Coor. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 16.

⁵³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Coor. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 17.

a) as regras descrevem uma situação jurídica, ou melhor, vinculam fatos hipotéticos específicos, que, preenchidos os pressupostos por ela descrito, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos (direito definitivo), sem qualquer exceção. Por exemplo “aquele que impossibilitado de trabalhar, preencher os requisitos legais previstos na lei nº 8213/91, terá direito a benefícios e serviços previdenciários.”;

b) os princípios, por sua vez, expressam um valor ou uma diretriz, sem descrever uma situação jurídica, nem se reportar a um fato particular, exigindo, porém, a realização de algo, da melhor maneira possível, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas (reserva do possível). Possuem um maior grau de abstração e, portanto, irradiam-se por diferentes partes do sistemas, informando a compreensão das regras, dando unidade e harmonia ao sistema normativo. Um exemplo de fácil assimilação é “*todos são iguais perante a lei*”, onde a igualdade surge como a instância valorativa adotada pela Carta Magna.

Como se observa, a diferença entre os princípios e as regras é qualitativa.

Por fim, ROBERT ALEXY admite que a diferença entre princípios e regras é qualitativa. Os princípios são normas de otimização, no sentido de se caracterizam-se pelo fato de que seu cumprimento pode dar-se em graus diferentes, e a medida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, como também das jurídicas, e estas são determinadas pelos princípios e regras opostos. Já as regras podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, cumpre-se exatamente o que ela determina, nem mais nem menos. As regras contem determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Conclui, assim, que a diferença entre princípios e regras é qualitativa e não de grau. Afirma que toda norma ou é regra ou é princípio.⁵⁴

HUMBERTO ÁVILA propõe uma classificação que admite, o que ele denominou, “*alternativas inclusivas*”, no sentido de que os dispositivos podem servir de base, simultaneamente, para mais de uma única espécie normativa. Em outras palavras, entende o doutrinador que, um dispositivo legal ou vários deles interpretados conjuntamente, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode exprimir uma dimensão imediatamente comportamental (regras) ou finalística (princípios). A partir dessa idéia o jurista afasta a

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros. 2008, pag. 90.

hipótese de "*alternativas exclusivas*" entre as espécies normativas, visto que a observação de uma espécie normativa não exclui a existência de outra, ou seja, a seu entender uma mesma norma pode ser regra e princípio ao mesmo tempo⁵⁵.

Para exemplificar esta situação o autor, analisa o dispositivo constitucional que exige lei formal para a instituição ou aumento de tributo (artigo 150, inciso I). Esse dispositivo é considerado, de forma geral, como sendo um princípio pela doutrina, no que concorda o autor ao dizer que pode ser examinado como princípio "*porque estabelece como devida a realização dos valores de liberdade e de segurança jurídica*". Ocorre que, ao seu entender, também pode ser examinado como regra, porque condicionaria a validade da lei à observância de um determinado procedimento legislativo⁵⁶.

Assim, HUMBERTO ÁVILA, propõe três critérios de dissociação fundamentais: critério da natureza do comportamento prescrito, critério da natureza da justificação exigida e critério da medida de contribuição para a decisão⁵⁷.

Seguindo o entendimento do autor, de acordo com o critério do comportamento prescrito, tanto as regras quanto os princípios fazem referência a fins e a condutas. As regras são normas imediatamente descritivas, pois descrevem as condutas a serem adotadas ao estabelecer obrigações, permissões e proibições. Essas condutas servem à realização de fins, por isso também são definidas como normas mediatemente finalísticas, visto que estabelecem indiretamente fins ao estabelecerem o comportamento devido.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, "*já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos*". Esse estado ideal de coisas a ser atingido, por óbvio, é um fim, sua realização depende de condutas necessárias. Por exemplo, o princípio do Estado de Direito

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, pag. 68.

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, pag. 69.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, pag. 70.

estabelece estados de coisas, como a previsibilidade da legislação, logo, é necessária a adoção de determinadas condutas, como a publicação com antecedência da lei⁵⁸.

No que é pertinente ao critério da justificação, o mesmo tem como base a idéia de que a interpretação e a aplicação das normas permitem a diferença entre suas espécies se for centrada no modo de justificação, que pode ser observado preliminarmente, não no modo de aplicação (tudo ou nada e mais ou menos), que só pode ser confirmado ao final.

Dessa forma, no caso das regras o aplicador avalia a correspondência entre os fatos e o conceito da norma e a finalidade que a esta dá suporte. Quando a correspondência ocorre facilmente, o aplicador necessita de uma argumentação menor, pois a descrição normativa serve, por si só, como justificação. Por haver essa correlação entre fatos e descrição normativa, as regras possuem "*caráter retrospectivo (past-regarding), na medida em que descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador*"⁵⁹.

Nada obstante, para HUMBERTO ÁVILA, no caso dos princípios, deve ser feita "*uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária*"⁶⁰. Isto demonstra a importância da análise de casos análogos para que se identifique o conteúdo normativo dos princípios, uma vez que demonstram os efeitos decorrentes da adoção de um determinado princípio.

Por fim, o critério da contribuição para a decisão demonstra que os princípios consistem em "*normas primariamente complementares*" e "*preliminarmente parciais*", em razão de não terem a pretensão de gerar uma solução específica e abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, contribuindo ao lado de outras razões. Exemplifica através do princípio de proteção dos consumidores que, por um lado, não pretende prescrever todas e quaisquer medidas para alcançar o fim e, por outro, ainda se

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, pag. 72.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, pag. 73.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, pag. 75.

harmoniza com outras razões além da proteção do consumidor, como a livre iniciativa e a propriedade⁶¹.

No que toca as regras, as mesmas consistem em “*normas preliminarmente decisivas*” e “*abarcantes*”, pois abrangem os aspectos relevantes para a tomada de decisão e aspiram gerar uma solução específica para o conflito entre razões. Como exemplo, cita disposto no artigo 150, inciso VI, "d", da Constituição Federal afasta, por si só, a inclusão de outros objetos, como quadros ou estátuas, pois, apesar de ter como finalidade a disseminação da cultura, apenas veda a instituição de impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão⁶².

De forma sintética HUMBERTO ÁVILA dissocia os princípios das regras, da seguinte maneira⁶³:

- a) As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.
- b) Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Em síntese, comparando-se o pensamento de todos os juristas citados pode-se perceber que, em regra, a distinção entre princípios e regras é qualitativa.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, pag. 75/76.

⁶² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, pag. 77/78.

⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, pag. 78/79.

I.5 Conflitos entre princípios constitucionais

São diferentes as consequências conforme o conflito ocorra entre princípios, entre regras, ou entre princípios e regras.

O conflito entre regras jurídicas caracteriza a antinomia, em razão da qual, por serem as regras em questão incompatíveis, uma delas é eliminada do sistema jurídico.

As regras em conflito dentro do ordenamento jurídico tem a mesma validade. Ocorrendo a antinomia, a consequência é a eliminação de uma das regras. A situação se passa e tem solução dentro do campo de validade das regras.

Esse é o posicionamento de ROBERT ALEXY. As regras conflitantes se excluem, ao contrário dos princípios. A solução do conflito entre regras pode estar numa cláusula de exceção que elimina o conflito, ou declarando-se não válida uma das regras.

O conceito de validade jurídica, no dizer de ROBERT ALEXY, não é graduável, de modo que a norma vale ou não vale juridicamente. A decisão sempre será circunscrita ao terreno da validade⁶⁴.

Com os princípios a questão se coloca de forma diferente, porque relacionam-se aos valores, e é com base neles que se soluciona o conflito.

Havendo colisão de princípios, a solução desponta no campo dos valores. Cada princípio corresponde a eleição de um valor, de modo que um não exclui o outro, mas sim, cada um deles tem um peso diferente. Um deles deverá recuar ante o peso do outro, no caso concreto, mas ambos continuarão a coexistir dentro do sistema⁶⁵.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros. 2008, pag. 88.

⁶⁵ Em outras palavras, no conflito entre princípios deve-se tomar em consideração o peso de cada um deles, ou, em última análise, o seu valor. Diferentemente do que ocorre com as regras, pois no caso de serem conflitantes, há que se questionar, em primeiro lugar, acerca da validade de cada uma delas.

Não se declara a invalidade do princípio que se deixou de aplicar, até porque a colisão só pode existir entre princípios válidos. Em algumas hipóteses, um dos princípios precede o outro. Em outras circunstâncias, o que se leva em conta é o valor que está em jogo⁶⁶.

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros. 2008, pag. 89.

II PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS DA SEGURIDADE SOCIAL

II.1 Sistema de Seguridade Social

Em primeiro plano, para conceder legitimidade ao estudo, mister se faz destacar a etimologia da palavra "sistema".

Pode-se afirmar que, o vocábulo sistema, é polissêmico. Tal assertiva é facilmente identificável mediante singela verificação de seu conteúdo morfológico, disposto nos dicionários de língua portuguesa, *in vebis*:

Sis.te.ma – s.m.1. conjunto de elementos, concretos ou abstratos, relacionados entre si 2. Conjunto de unidades organizadas de determinadas forma para alcançar um fim <s. eleitoral> <s. financeiro> 3. Qualquer conjunto natural de partes interdependentes <s. auditivo> <s. planetário> 4. P.ext. constituição política, econômica ou social de um estado, de uma comunidade, etc.<s. capitalista> 5. Método, modo. Sistema internacional de unidades loc. subs. Sistema de unidades de medida utilizado internacionalmente, composto por unidade de base (quilograma, metro, segundo, kelvin, mol, ampere e candela) e unidades derivadas {sigla: SI}. S. métrico decimal. loc. subs. Sistema de unidades de medida que emprega o metro e seus múltiplos e submúltiplos decimais. S. nervoso loc. subs. Nos vertebrados, conjunto dos centros nervosos (cérebro, medula gânglios) e dos nervos que agem no comando e coordenação dos órgãos e do aparelho locomotor, na recepção dos estímulos sensoriais e, nos humanos, nas funções psíquicas e intelectuais. S. operacional loc. subs. Software que controla a operação de hardwares e outros softwares instalados no computador. S. solar loc. subs. Conjunto de corpos celestes (planetas, satélites, cometas, etc) que gravitam em torno do sol ~ sistematicidade s.f.⁶⁷.

Percebe-se, neste íterim, a diversidade de conteúdo que comporta esta palavra. Em primeiro lugar, iremos analisar de forma mais aprofundada, o sentido da palavra sistema no que é pertinente a conjunto, ordenação.

⁶⁷ HOUAISS, Antonio e Villar, Mauro de Sales. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. 3º Ed. rev. Aum. – Rio de Janeiro: Objetiva, pag. 692.

Podemos então, conceituar sistema, primeiramente, como um elemento que tem por característica aglutinar (sob específicos aspectos) determinadas situações ou coisas. Nestes termos, tudo é possível de se organizar sobre a forma de um sistema, bastando ao interprete encontrar o específico elo de ligação.

É interessante, assim, a lição do doutrinador GERALDO ATALIBA que com precisão destaca;

O caráter orgânico das realidades dos componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretendem estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos de um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina, ‘sistema’⁶⁸.

Segundo os ensinamentos de JOSÉ ARTUR DE LIMA GONÇALVES, “*sistema é um conjunto harmônico, ordenado e unitário de elementos reunidos em torno de um conceito fundamental ou aglutinante*”⁶⁹. O autor cita o doutrinador mexicano JUAN MANOEL TERÁN, prof. da Universidade do México, segundo o qual “*Sistema é um conjunto ordenado de elementos segundo uma perspectiva unitária*”⁷⁰.

Ao se catalogar, criar ou compor um sistema, é importante atentar-se à perspectiva unitária que serve de vetor ao mesmo, mediante inafastável respeito à sistemática que os engendrou. Isto porque, um sistema só pode ser assim considerado, quando os elementos que o compõem, encontram-se harmonizados de forma tal que, o fim almejado é comum.

⁶⁸ ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: R.T., 1968, pag. 04.

⁶⁹ GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda – Pressupostos Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002, pag. 40.

⁷⁰ GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda – Pressupostos Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002, pag. 41.

Isto porque, *"os elementos integrantes de um sistema não lhe constituem o todo mediante sua soma, mas desempenham funções coordenadas, uns em função dos outros e todos harmonicamente, em função do todo."*⁷¹

Nessa mesma esteira, PAULO DE BARROS CARVALHO discorre sobre o conceito fundamental de sistema:

“O sistema aparece como o objeto formado por porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário único ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema.”⁷²

Fixados os nortes principais pelos quais se assenta o conteúdo (e conceito) fundamental de sistema, mister se faz, agora, analisar seu alcance e aplicação com relação ao estudo do direito.

Neste diapasão, podemos falar em sistema em *“sentido amplo, enquanto conjunto normativo, e também como método, como instrumento metódico do pensamento, ou melhor, da ciência jurídica”*⁷³.

O primeiro encontra-se como instrumento de organização, arrumação lógica e coerente do sistema normativo⁷⁴.

As normas jurídicas formam um sistema, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador. Essas normas estão dispostas em uma estrutura hierarquizada, regida por critério de fundamentação ou derivação. Ademais, todas buscam validade formal e material na Constituição Federal, convergindo, todas elas, inclusive

⁷¹ ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: R.T., 1968, pag. 04.

⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário* – 20ª Ed. revista, São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 137

⁷³ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 11.

⁷⁴ GERALDO ATALIBA ressalta que: *“Essencialmente, em última análise, reduzido o objeto à sua mais simples estrutura, o direito não é senão um conjunto de normas (conjunto este a que se convencionou designar sistema jurídico, ordenação jurídica)”*. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2005, pag 25

a Constituição, para a norma hipotética fundamental, que dá fundamento de validade à constituição positiva⁷⁵.

Esse reconhecimento coerente e harmônico de elementos para composição de um sistema deve ser feito, antes de mais nada, pela verificação do que TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, denominou de “*estrutura*” e “*repertório*”⁷⁶.

Repertório é o conjunto de elementos que integram um determinado sistema, enquanto que estrutura é o conjunto de regras de relacionamento entre os elementos componentes do sistema.

Isso traz como consequência que, existindo situações de incompatibilidades e inconsistência nos elementos que compõem o sistema normativo, o mesmo perde seu objetivo último que é de organização e harmonização.

Do ponto de vista de WAGNER BALERA, “*a colocação de regra qualquer em um lugar que não lhe cabe poderia provocar desajustamento estrutural do sistema, que passaria a funcionar como um mecanismo defeituoso*”⁷⁷.

Sob a mesma vertente da necessidade de coerência do sistema, a sempre abalizada opinião de CARLOS MAXIMILIANO destaca a questão de que, o “*direito não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio*”⁷⁸.

A importância destas considerações é decorrente da necessidade que deve ter o interprete sobre o método de aplicação da norma, uma vez que, indiscutivelmente, deve ser feita em harmonia com o sistema como um todo, com o alcance e eficácia à luz dos princípios maiores desse próprio sistema.

⁷⁵ JOSÉ ARTUR LIMA GONÇALVES citando KELSEN, assevera que o sistema de normas é tratado como “*uma ordem na qual uma norma retira seu fundamento de validade de outra norma, e assim sucessivamente, até encontrar-se a norma fundamental, que funciona como vínculo e origem comum de todas as normas integrantes do sistema.*” GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda – Pressupostos Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002, pag. 41.

⁷⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1990, pag. 165

⁷⁷ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 148.

⁷⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª Ed, São Paulo: Forense, 2007, pag. 128

É justamente por isso que ao interpretar a norma jurídica, o intérprete deve ter em mente que os elementos da Constituição não tem valor isoladamente. Esse, aliás, é o posicionamento externado por JOSÉ AFONSO DA SILVA, que em sábias e coerentes palavras, sublinha:

“... os elementos da Constituição não tem valor isoladamente, pois, com se inserem num sistema, condicionam-se, reciprocamente, de sorte que não se pode interpretar uns sem ter presente a significação dos demais. Influenciam-se mutuamente e cada instituição constitucional concorre para integrar o sentido das outras, formando uma rede interpenetrante que confere coerência e unidade ao sistema, pela conexão recíproca de significados.”⁷⁹”

Uma vez determinados os contornos fundamentais do conceito de sistema e, de sua subespécie sistema normativo, se faz necessário, então, identificar e conceituar o sistema de seguridade social.

O Sistema de Seguridade Social, para WAGNER BALERA pode ser conceituado como o “conjunto normativo integrado por um sem-número de preceitos de diferentes hierarquias e configurações”⁸⁰.

FEIJÓ COIMBRA, complementando a idéia assinala que “a seguridade social é o conjunto de regras que tendem a atuar como instrumento protetor, garantindo o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos de uma sociedade, eliminando todo o estado de necessidade social em que os membros dessa sociedade possam se encontrar”⁸¹”.

Enquanto sistema, a seguridade social deve atuar através de todo o aparato normativo constitucional (regras, princípios e valores), com um escopo unitário e indissociável de seus fins últimos, que é a busca da concretização do bem-estar e da justiça social, bases de sustentação da ordem social.

Existindo necessidades sociais o sistema de seguridade social (o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos indivíduos e da coletividade concernentes à saúde, à

⁷⁹ SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 210.

⁸⁰ BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 11.

⁸¹ COIMBRA, Feijó. Direito Previdenciário Brasileiro. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas. 1999, pag. 45.

previdência e à assistência social) deve atuar de forma uníssona para combatê-las.

II.1.1 Conceito e Abrangência

Afirmamos no item anterior que enquanto sistema, a seguridade social deve atuar através de todo o aparato normativo constitucional (regras, princípios e valores), com um escopo unitário e indissociável de seus fins últimos, que é a busca da concretização do bem-estar e da justiça social, bases de sustentação da ordem social.

Nada obstante, explicamos que existindo necessidades sociais o sistema de seguridade social (o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos indivíduos e da coletividade concernentes à saúde, à previdência e à assistência social) deve atuar de forma uníssona para combatê-las.

Urge, porém, conceituar o objeto do sistema outrora identificado, qual seja, a seguridade social. Há de se ressaltar, todavia, a dificuldade em conceituar a seguridade social⁸², pois ela se baseia na idéia central de proteção aos indivíduos que se encontram em situação de necessidade social.

⁸² G. MAZZONI externa a dificuldade existente para se conceituar o instituto em tela, bem como assinala as seguintes proposições sobre a seguridade social, a saber: “a) a seguridade social é um princípio ético-social não redutível a um sistema com exclusão de outros: existem, com efeito, outros sistemas de seguridade social, mas o escopo mínimo da seguridade social é a libertação do homem da indigência e da miséria. Tal objetivo concretiza o princípio inscrito no art. 22 da declaração dos direitos do homem, isto é, do direito de cada indivíduo, na qualidade de membro da sociedade, à proteção da seguridade social; b) a prevenção dos riscos sociais, a generalização da cobertura das necessidades essenciais a toda a população, o automatismo das prestações, a unidade de orientação ou da gestão administrativa, a participação financeira do Estado não são características absolutas da seguridade social, mas podem caracterizar um dado sistema, por exemplo, de base seguradora obrigatória ou de serviço público, mas deve tratar-se sempre de um serviço público divisível, isto é, exequível através de uma pluralidade de prestações individuais; c) a seguridade social nada mais é que um dos aspectos do Estado Social, no que se insere como elemento essencial, mediante o pressuposto da solidariedade social que permita uma relativa redistribuição da renda; d) a seguridade social não exclui que, em uma sociedade de bem-estar, possam ser utilizados, de forma autônoma, quer os instrumentos da previdência (obrigatória, mutualista ou voluntária, integrativa e supletiva, de categorias profissionais ou particulares), quer os de assistência (pública e privada, inclusive o serviço social) ou, ainda, os de cobertura de determinados riscos, mediante contrato, pelo contratante mais abonado; e) se a seguridade social não encontra na Constituição italiana uma norma que a ela se refira expressamente, tal fato não impede que toda a nossa Constituição seja inspirada, em suas normas fundamentais, na garantia dos cidadãos e, em suas normas programáticas de tutela social, nos princípios de seguridade social; O e, finalmente, é de considerar a repercussão que a introdução de um sistema de seguridade social pode causar sobre as relações de trabalho. Pode prever, além do mais, que o empresariado seria aliviado dos ônus sociais de competência da comunidade, pelo princípio da solidariedade geral, tais como a doença, a invalidez (não a devida a acidentes ou doenças

O termo seguridade social, fora empregado nos Estados Unidos da América em 1935, quando no desenvolvimento político do *New Deal*, foi promulgado o “*Social Security Act*”, o qual contemplava os velhos e desempregados com medidas de proteção inspiradas na técnica do seguro privado, sob custeio do empregado, do empregador e do Estado⁸³.

Lord BEVERIDGE, através de seu plano de ação, também contribuiu para a implantação de um sistema de seguridade social. O primeiro relatório, datado de 1942, intitulado *Social Insurance and Allied Services*, tratou de maneira bastante genérica do ideário da seguridade social⁸⁴.

Nada obstante, a humanidade alcançou a maior expressão jurídica da seguridade social com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que dispunha sobre a proteção de direitos para a garantia do bem-estar.

Este direito era decorrente da proteção contra doenças, velhice, viuvez, a serviços sociais, ao seguro-desemprego, o combate a fome, à pobreza e outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do controle do ser humano.

Neste sentido, o artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelece que:

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito a seguridade social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos Direitos Econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

A fim de reduzir as situações de necessidade, surgiu a Seguridade Social que, antevendo as situações de necessidade que poderiam acarretar riscos aos indivíduos, criou mecanismos para ampará-los caso o risco venha a ocorrer.

*profissionais) e a velhice; ficariam, contudo, a seu cargo os riscos profissionais propriamente ditos e os riscos derivados da posição de subordinação do trabalhador (riscos de perda do emprego), exceto, conforme dissemos acima, as formas voluntárias ou complementares da previdência, decorrentes dos contratos coletivos ou medidas de âmbito empresarial”. G. MAZZONI. Existe um Conceito Jurídico de Seguridade Social?, Traduzido da Revista *I Problemi della Sicurezza Sociale*, n. 02, março-abril 1967, pag. 38/39*

⁸³ SILVA, Roberta Soares da Silva. *Direito Social: Aposentadoria*. São Paulo: Ltr, 2009, pag. 66

⁸⁴ SILVA, Roberta Soares da Silva. *Direito Social: Aposentadoria*. São Paulo: Ltr, 2009, pag. 67.

A seguridade objetiva, pois, proporcionar tranquilidade e segurança às pessoas quando estas não mais puderem promover o próprio sustento através do exercício de uma atividade profissional.

O sempre importante posicionamento doutrinário de CELSO BARROSO LEITE, externa que *"deve ser entendida a seguridade social como conjunto das medidas com as quais o Estado, agente da sociedade, procura atender à necessidade que o ser humano tem de segurança na adversidade, de tranquilidade quanto ao dia de amanhã."*⁸⁵

Sem se afastar das premissas iniciais apresentadas, ILÍDIO DAS NEVES assim conceitua a seguridade social:

...como um sistema de garantia de direitos sociais (vertente pública), quer a consideremos no plano das pessoas enquanto agentes econômicos, caso em que falamos da segurança social como um sistema de garantia de rendimentos ou transferências (vertente econômica)⁸⁶.

Todavia, as necessidades sociais, tais como a sociedade, evoluem. Assim o que hoje não é uma necessidade social amanhã poderá ser ou vice e versa. Destarte, como as necessidades sociais são transitórias e na medida em que a situação fática vai se alterando, as normas também se alterarão para proteger esta nova situação⁸⁷.

⁸⁵. Outrossim, CELSO BARROSO LEITE discorre sobre os objetivos da seguridade social, informando que, *"segundo a primeira das dez Lições de Seguridade Social, que emerge do conceito dado pela Organização Internacional do Trabalho, que retomou as grandes linhas da política social, originárias tanto do seguro social como da assistência social, sem esquecer a proteção à saúde, são: "a) cobrir de maneira completa e coordenada todas as eventualidades capazes de levar o trabalhador, sem culpa sua, a perder o salário, temporária ou definitivamente (invalidez), completando essa proteção pela assistência médica e pelos abonos familiares; b) estender a proteção a todas as pessoas adultas, na medida de sua necessidade, e aos seus dependentes; c) prover prestações que, embora de montante moderado, permitam aos beneficiários manter nível de vida aceitável, e que sejam outorgadas em virtude de um direito nitidamente definido em lei; d) financiar o sistema de métodos tais que tornem o beneficiário suficientemente consciente do custo das prestações que recebe, aplicando amplamente o princípio da solidariedade entre os pobres e ricos, entre as pessoas que gozam de saúde e aqueles de saúde abalada, entre os homens e as mulheres, entre pessoas em atividade e os velhos demais ou jovens demais para trabalhar"*. LEITE, Celso Barroso. *Curso de direito previdenciário*. Coordenador: Wagner Balera Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira. São Paulo: LTr, 2002. p. 17

⁸⁶ NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pag. 20.

⁸⁷ Para ALOISIO TEIXEIRA, *"o conceito de seguridade social, tal qual formulado pela doutrina clássica, a cada dia que passa são acrescidos novos aportes. Tal flexibilidade conceitual, se deve, é certo, ao próprio evoluir da qualidade social e da concepção de mundo globalizado que tem sido adotada nos tempos modernos."* TEIXEIRA, Aloisio. O conceito de Seguridade Social na Constituição de 1988 – A Previdência Social e a Revisão Constitucional, coordenador Marcelo Viana Estevão de Moraes. Ministério da Previdência Social (MPS), Comissão Econômica para América Latina

É um instrumento de bem-estar, destinado a garantir os mínimos necessários à subsistência, reduzindo as desigualdades resultantes da falta de recursos financeiros, conduzindo à justiça social.⁸⁸

ANA CLÁUDIA P. TOREZAN ANDREUCCI, manifestando-se sobre o tema, posiciona-se no sentido de que, *"na ordem contemporânea, vem ganhando novo contornos, fixando-se na idéia de garantia de um mínimo vital para os indivíduos, abandonando-se assim a noção de renda profissional e adotando a idéia de necessidades mínimas vitais a merecerem proteção do Sistema de Seguridade Social"*⁸⁹.

Baseado nestas premissas pode-se concluir que quando se atende à necessidade de um indivíduo, indiretamente beneficia-se toda a sociedade.

Adequando a conceituação de Seguridade Social a realidade brasileira, em especial tendo e vista o nosso sistema constitucional, WAGNER BALERA, exprime de forma incontroversa que, podemos entender seguridade social como *"o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos indivíduos e da coletividade concernentes à saúde, à previdência e a assistência social"*⁹⁰.

Aliás, conteúdo do preceito constitucional disposto no artigo 194 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, em muito se assemelha a essa assertiva, uma vez que, assevera de forma precisa, clara e objetiva, que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Destarte, a seguridade social a que se propõe construir a Carta Magna de 1988 está assentado no trabalho como força motriz da Ordem, cuja finalidade deve ser o bem-estar e a justiça sociais, a fim de garantir a todos um mínimo quando submetidos a situações geradoras de necessidades sociais.

⁸⁸ CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 53/2006, São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 515.

⁸⁹ ANDREUCCI, Ana Cláudia P. Torezan. *Salário-maternidade à mãe adotiva no direito previdenciário brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005, pag. 54.

⁹⁰ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 34.

Assim, é importante frisar que o princípio da universalidade de cobertura e do atendimento foi consagrado como vetor do sistema de seguridade social. Inúmeros, aliás, são os princípios consagrados no texto constitucional que estão a indicar o ideário do sistema de seguridade social.

Pode-se afirmar que, a seguridade social é uma técnica moderna de proteção social, que tem por escopo implementar a dignidade da pessoa humana. As suas diversas facetas, quais sejam, a assistência, a saúde e a previdência Social, no sistema de Seguridade Social, deveriam atuar de articulada e integradas, mas percebe-se a existência de uma nítida separação no respectivo campo de atuação extraída do próprio texto constitucional.

Sobreleva referir que as prestações de saúde acabaram estendidas a toda a população, deixando de estar condicionadas ao cumprimento de obrigações precedentes⁹¹. A assistência social, igualmente, não exige dos seus beneficiários a exigência do custeio, sendo devidas suas prestações a todos aqueles que se encontrem em situação de indigência⁹².

Já as prestações de Previdência Social, em que pese o ideário constitucional de se vincular a um regime de seguridade social, continuam atreladas ao custeio prévio⁹³, limitando algumas espécies de prestações a certas categorias de trabalhadores, com prevalência dos trabalhadores empregados.

Nestes termos, a separação das áreas que compõem o sistema de seguridade social, entre previdência, saúde e assistência é evidente, tem como marco diferenciador principal justamente o espectro de abrangência das camadas de proteção, pois enquanto a saúde e a assistência social estão focadas para o atendimento do que se convencionou chamar de *mínimos sociais*, a previdência social busca "*assegurar níveis economicamente mais elevados de subsistência, limitados, porém, a certo valor*"⁹⁴.

⁹¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁹² Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

⁹³ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

⁹⁴ PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Ltr, 2001, pag. 33.

Em razão disso, assevera-se que a existência de regras jurídicas destacadas sobre previdência (sobretudo de origem constitucional) é reveladora de uma estrutura modeladora da previdência social brasileira dotada de "*especificidades capazes de conformar um sistema próprio (um subsistema), um regime jurídico-previdenciário, dentro da totalidade do sistema de seguridade social*"⁹⁵.

Outrossim, a organização pautada no caráter contributivo do regime jurídico constitucional da previdência social é uma de suas especificidades mais latentes.

Assim, ainda que tenha experimentado uma enorme evolução nos últimos tempos, no que toca a Previdência Social, não conseguiu afastar-se por completo do regime de seguro social, porquanto tem como pressuposto para a concessão de suas prestações a necessidade de prévia contribuição por parte dos trabalhadores expostos aos riscos sociais, mesmo vigorando a contribuição tripartide.

Com isso, podemos afirmar que a universalidade de cobertura e atendimento não se concretizou por completo, sendo um ideário a ser buscado pela Previdência Social brasileira⁹⁶.

Pela ampla proteção concebida, a Constituição Federal de 1988 objetivou construir um sistema abrangente de seguridade social. E essa abrangência, indiscutivelmente, dificulta a concretização dos objetivos primários da ordem social.

Em síntese, levando em consideração as bases utilizadas até o momento, poderíamos extrair o conceito de seguridade social no direito brasileiro, como o conjunto sistematizado, integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos a saúde, previdência social e assistência social, tendo

⁹⁵ PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Ltr, 2001, pag. 34.

⁹⁶ Explica WAGNER BALERA que: "*Claro que a ser considerada o ideário da seguridade social como mecanismo universal de proteção (veja-se, por todos, o meu A Seguridade Social na Constituição de 1988, São Paulo, RT, 1989, p.50), ter-se-ia entranhado o sistema de tal modo no aparelho do Estado que seria impossível distinguir a função estatal daquela de seguridade. De fato, a seguridade social é a mais autêntica expressão do Welfare State. O Brasil permanece, porém, atrelado ao financiamento baseado no seguro social. A seguridade social é, por enquanto, programa para o futuro*". BALERA, Wagner (coordenação). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pag. 22.

como base o primado do trabalho e, como finalidade, superar necessidades sociais para alcançar bem-estar e justiça sociais⁹⁷.

II.1.1.2 Dignidade da pessoa humana

Dignidade é um termo deveras elusivo. De fato, a dignidade da pessoa humana ganha destaque, não obstante esta se enquadrar como um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambigüidade, assim como sua natureza necessariamente polissêmica.

Quanto ao significado de dignidade, reconhecendo a dificuldade de sua conceituação⁹⁸ WAGNER BALERA expressa que:

Advirta-se, para logo, que o conceito é intuitivo. No entanto, não se apresenta de imediato em nossa reflexão. Convém, destarte, que se encontre uma primeira explicação para tão conhecida quanto controvertida expressão. Deriva a palavra dignidade do latim dignitas, que quer dizer valor, distinção, princípio em que se funda a conduta que provoca respeito⁹⁹.

Segundo o disposto Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, dignidade pode expressar:

Dignidade: ~substantivo feminino. 1. qualidade moral que infunde respeito: consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza Ex.: sempre se mostrara homem de muita d.; 2. qualidade do que é grande, nobre, elevado; 3. modo de alguém proceder ou de se apresentar que inspira respeito; solenidade, gravidade, brio, distinção Ex.: <agir com a. > <repeliu o insulto com o. >; 4. respeito aos próprias sentimentos, valores; amor-próprio Ex.: sua d. impediu-o de continuar

⁹⁷ PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Ltr, 2001, pag. 10.

⁹⁸ Para LUIZ ROBERTO BARROSO dignidade da pessoa humana é “*uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana.*” BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 296.

⁹⁹ BALERA, Wagner. *A dignidade da pessoa e mínimo existencial*. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana - coordenação: Jorge Miranda, Marco Antonio Marques da Silva; Andreia Sofia Esteves Gomes, São Paulo: Quartier Latin, 2008, pag. 1342.

naquele casamento degradante; 5. prerrogativa, honraria, título, função ou cargo de alta graduação Ex.: foi elevado à d. de ministro; 6. Rubrica: termo eclesiástico. Estatística: pouco usado. benefício vinculado a cargo proeminente ou a alto título em um cabido; Derivação: por metonímia. Rubrica: termo eclesiástico. Estatística: pouco usado. indivíduo detentor desse benefício¹⁰⁰.

A conceituação da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização, mas manteve o seu foco primordial que era o conhecimento fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade, bem como, liberdade, e esta por sua vez seria a opção pelo modo de viver, pensar e agir conforme os seus próprios desígnios.

Sobre a evolução histórica do conceito de dignidade, IMMANUEL KANT ofereceu importantes fundamentos para a compreensão deste instituto, pois, construiu conceito de dignidade a partir da racionalidade humana, dizendo que esta dignidade parte da autonomia ética do ser humano, tendo ela como fundamento da dignidade do homem, ou seja, não podendo ele ser tratado como objeto nem por ele mesmo:

O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional¹⁰¹.

A consagração da dignidade da pessoa humana, como visto, implica em considerar-se o homem, com exclusão dos demais seres, como o centro do universo jurídico.

Esse reconhecimento, que não se dirige a determinados indivíduos, abrange todos os seres humanos e cada um destes individualmente considerados, de sorte que a projeção dos efeitos irradiados pela ordem jurídica não há de se manifestar, a princípio, de modo diverso ante a duas pessoas.

¹⁰⁰ HOUAISS, Antonio e Villar, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 3º Ed. rev. Aum. – Rio de Janeiro: Objetiva, pag. 250.

¹⁰¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Ed. Abril, Coleção Os Pensadores, 1973, p. 205.

Sem embargo, o princípio da dignidade da pessoa humana adquiriu contornos universalistas, desde que a Declaração Universal de Direitos do Homem o concebeu em seu preâmbulo¹⁰².

Pois bem, assentadas essas premissas, é de vital importância ressaltar que, a dignidade da pessoa humana, é um fundamento basilar de todo o sistema jurídico previsto pela Constituição Federal de 1988, conforme se extrai das disposições do art. 1º, inciso III, *in verbis*:

Art. 1º 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 fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado.

Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos Direitos Fundamentais antes da organização do Estado.

Do ponto de vista de INGO WOLFGANG SARLET, “*inspirando-se especialmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, a Constituição de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, pela primeira vez, à condição de princípio (e valor) fundamental*”¹⁰³.

¹⁰² Declaração Universal de Direitos do Homem o concebeu em seu preâmbulo: “*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo... Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.*”

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pag. 68.

Ou seja, que num conflito indivíduo *versus* Estado, privilegie-se sempre aquele. Nosso ordenamento jurídico, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Desses primeiros delineamentos do conceito é possível, de plano, identificar a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental (um valor positivado).

Entendemos que o "valor" concerne ao objetivo (fim) que se pretende alcançar mediante o ordenamento jurídico. Assim como o bem, a verdade e o belo são propriedades transcendentais do ser, também o é a dignidade da pessoa humana. A dignidade, assim como a justiça, são os valores a que aspira o direito. Ninguém pode deixar de considerar tais valores, nem tampouco abrir mão deles¹⁰⁴.

A dignidade da pessoa humana é, pois, um valor, independente de qualquer qualidade que lhe queiram atribuir, ou circunstancia a considerar. Esse norte constitucional é inerente à essência do ser humano, sendo aplicado em qualquer momento, visto que preserva o que o homem tem de mais precioso que é a vida.

Dito fundamental, o princípio – cuja função de diretriz hermenêutica lhe é irrecusável – traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.

FÁBIO KONDER COMPARATO assinala que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela

¹⁰⁴ E continua o WAGNER BALERA: “Aliás, não é outro o programa da Constituição da Republica Federativa do Brasil que, igualmente, identifica a dignidade da pessoa humana como valor fundamental.” BALERA, Wagner. *A dignidade da pessoa e mínimo existencial*. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana - coordenação: Jorge Miranda, Marco Antonio Marques da Silva; Andreia Sofia Esteves Gomes, São Paulo: Quartier Latin, 2008, pag. 1343.

resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita¹⁰⁵.

Não destoando do alegado, INGO WOLFGANG SARLET conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma:

...qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁰⁶.

Ao cabo das breves considerações expendidas, percebe-se que o Constituinte de 1988 plasmou, como fundamento da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, retratando o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primacial da ordem jurídica¹⁰⁷.

Sob outro ângulo, o direito à existência digna não é assegurado, por exemplo, apenas pela não abstenção do Estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade. Passa também pelo cumprimento do que podemos enquadrar de prestações positivas.

Não foi à toa que a nossa Lei Fundamental impôs, ao Estado e à sociedade, a realização de ações integradas para a implementação da seguridade social, destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social¹⁰⁸.

¹⁰⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pag. 32.

¹⁰⁷ Art. 1º 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 fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁰⁸ 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.

Disso decorre que ao Estado cabe organizar e manter sistema previdenciário, com vistas a suprir os rendimentos do trabalhador por ocasião das contingências da vida gregária (art. 201), englobando: a) cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; b) proteção à maternidade, especialmente à gestante; c) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes do trabalhador de baixa renda; e) pensão por morte.

Da mesma forma, àqueles não filiados à previdência social, incumbe-se ao aparato estatal a prestação de assistência social quando necessitarem (art. 203), consistindo nas seguintes prestações: a) proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; b) amparo às crianças e adolescentes carentes; c) promoção da integração ao mercado de trabalho; d) habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiências, com a sua integração à vida em comunidade; e) garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, tendo sua regulamentação advindo com a Lei 8.742/93.

Destarte, tem-se, ainda, as ações no campo da saúde, realizadas mediante políticas sociais e econômicas que colimem a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo-se o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Ressalte-se que, o papel da dignidade da pessoa humana no campo dos direitos sociais, é o de garantir o mínimo a cada indivíduo que se encontre em situação de necessidade.

Neste diapasão, a carta política de 1988, por intermédio do sistema de Seguridade Social, teve o intuito de resguardar o norte da dignidade da pessoa humana, através da implementação da justiça social, elemento ínsito da estrutura do Estado Social¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Dispõe WAGNER BALERA: “...a concretização da justiça social em nossa pátria, está inscrito na ossatura própria do Estado Social de Direito, Estado que se organiza em função da pessoa e que quer (vide objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, art. 1º da Constituição de outubro de 1988) conferir a todos uma existência digna”. BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 18

II.1.1.2.1 Do mínimo existencial

A conexão entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana estabelece um grau de importância dos primeiros para a efetiva fruição de uma existência digna (noção mutante em cada sociedade e em cada época¹¹⁰), mas que, todavia, possui um núcleo mínimo intangível, sem o qual ninguém haverá de cogitar de uma vida com dignidade.

E dentro desse contexto de direitos essenciais à dignidade, interessa aqueles relacionados como a própria subsistência mínima do indivíduo, comumente nomeados pela como mínimo vital ou existencial do indivíduo, e sobre os quais, em nosso direito positivo, existe certo consenso tratarem-se, basicamente, daqueles que sobressaem da hermenêutica conjunta dos artigos 6º e 7º, IV, da Constituição Federal: saúde, alimentação, educação, moradia, lazer, vestuário, higiene, transporte e os de seguridade social para o indivíduo e sua família¹¹¹.

Conforme ensina MARCELO SALDANHA ROHENKOHL, “a dignidade não se encontra satisfeita com a mera garantia do direito à vida, mas, ao contrário, só se realiza, na sua plenitude, em uma vida minimamente “boa” e com segurança.”¹¹²,

¹¹⁰ Conforme externado por WAGNER BALERA, a conceituação de mínimo existencial foi alterando-se com o tempo. Nestes termos, externa o autor “a concepção moderna do mínimo existencial. Trata-se da posição defendida por John Rawls em Uma Teoria da Justiça: Rawls lançou as bases de um procedimento que conduz à equidade entre as pessoas, de modo que cada qual obterá um resultado mais justo ou menos injusto. Seria necessário garantir, a cada um, mínimas condições materiais de existência. O autor reconhece que o mínimo social atua como mecanismo de promoção da dignidade humana. Seu valor deve ser fixado segundo certos parâmetros que são longamente enunciados no livro e que podemos assim sintetizar: “... o mínimo deve ser fixado no ponto que, levando-se em conta os salários, maximize as expectativas do grupo menos favorecido.” Pode-se dizer que a explosão do interesse por esse tema se deve, em grande parte, à obra citada. Quando se fala, hoje em dia, do mínimo social, a discussão é reconduzida à justiça como equidade. A originalidade do pensamento de RAWLS consiste nessa proposta de um novo começo para todos”. O mínimo social garante esse novo começo. BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pag. 1354.

¹¹¹ Explica BALERA que “a dignidade da pessoa humana é bem mais exigente. Tem como objetivo proporcionar um mínimo de bem estar, suficiente para que alguém possa conduzir-se neste mundo com certa qualidade de vida, naquela mesma linha da definição do salário mínimo, vale dizer, atendimento de suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte. Lamentavelmente, pareceu ao legislador que deveria nivelar por baixo a proteção mínima, como se quisesse preservar a situação de miséria e pobreza a que se encontra reduzida boa parte da população”. BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pag. 1353.

¹¹² ROHENKOHL, Marcelo Saldanha. O princípio da capacidade contributiva no Estado Democrático de Direito (Dignidade, igualdade e progressividade na tributação). São Paulo: Quartier Latin, 2007, pag.87.

Anota-se, fundamentalmente, que tal noção de dignidade que cita-se acima é a que restou prestigiada na Constituição de 1988, que incluiu, no rol dos direitos sociais, para além dos relacionados com a própria subsistência física (saúde, alimentação, etc.), os já aludidos direitos de seguridade social¹¹³.

Conforme ensina WAGNER BALERA, “*configurar o mínimo existencial é tarefa atinente ao conjunto da sociedade que quer ser fraterna (como afirma o preâmbulo da Constituição do Brasil) e que lança como objetivo dela mesma - dever constitucional, portanto - a solidariedade (art. 3º, I, do mesmo Diploma Fundamental)*”¹¹⁴.

Quando se cogita de se identificar um mínimo vital sob o ângulo tributário, essencialmente irá se referir ao *quantum* de rendimentos, bens de consumo e patrimônio que devem ser entendidos, como essenciais ao conceito de vida digna do contribuinte e, nestes termos, estariam fora do campo de incidência de tributos.

Enquanto projeção do princípio da dignidade humana com relação aos direitos sociais, o princípio do mínimo vital tributário, para a sua eficácia, determina ao Estado uma postura consistente na abstenção de gravar, por meio de tributos, tudo que concorra para fruição de uma vida que possa ser qualificada como digna.

O conceito e delimitação da imunidade é tema que encontra-se a inserido na temática da competência tributária (no Brasil, questão de cunho constitucional), como norma que estabelece uma competência negativa, conformando um legítimo limite material à tributação.

Sintetiza tal concepção a definição extraída dos ensinamentos de ROQUE ANTONIO CARRAZZA, *in verbis*:

¹¹³ Sobre o mínimo vital tributário, ainda que em extensão parcial em relação ao alcance que lhe empresta, a Constituição Federal de 1988, foi consagrado expressamente pelo art. 15, § 1º, da Constituição brasileira de 1946, para os impostos de consumo: “§ 1º - São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica.”

¹¹⁴ BALERA, Wagner. *A dignidade da pessoa e o mínimo existencial*. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pag. 1354.

Sempre que a Constituição estabelece uma imunidade, está, em última análise, indicando a *incompetência* das pessoas políticas para legislar acerca daquele fato determinado. Impõe-lhes, de conseguinte, o dever de se absterem de tributar, sob pena de irremissível inconstitucionalidade. É imune a pessoa que, por sua natureza, atividade que desempenha ou por estar relacionados a determinados fatos, bens ou situações prestigiados pela Carta Magna, encontra-se fora do alcance da entidade tributante. Esta, em função da regra constitucional imunizante, é *incompetente* para tributá-la, até porque as normas imunizantes são de eficácia plena e aplicabilidade imediata¹¹⁵.

No mesmo sentido, dando relevo, ademais, para a existência de imunidades implícitas, isto é, que não aquelas expressas nas alíneas do art. 150, VI¹¹⁶, da Constituição Federal, MISABEL ABREU MACHADO DERZI externa que:

Podemos conceituar as imunidades como regra expressa da Constituição (ou implicitamente necessária), que estabelece a não-competência das pessoas políticas da Federação para tributar certos fatos e situações, de forma amplamente determinada, delimitando negativamente, por meio de redução parcial, a norma de atribuição de poder tributário¹¹⁷.

É importante frisar que, é indissociável a conjugação do mínimo existencial e o princípio da capacidade contributiva. Assim, o mínimo vital é o limite a partir do qual tem se início a aptidão de pagar tributos.

Para alguns doutrinadores, é inafastável assertiva de que a capacidade contributiva é um princípio que garante imediatamente a não tributação do mínimo existencial.

¹¹⁵ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário* – 22ª Ed. ver. Atual. e ampl. até a EC nº 52/2006, São Paulo: Malheiros, 2006, pag. 662.

¹¹⁶ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

¹¹⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Notas in BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao poder de tributar*. 7ª Ed. Rio de Janeiro; Forense, 2003, pag. 16.

Esta afirmação, sobressai dos trabalhos de RUBENS GOMES DE SOUSA, onde capacidade contributiva é definida como "*a soma de riqueza disponível depois de satisfeitas as necessidades elementares de existência, riqueza essa que pode ser absorvida pelo Estado sem reduzir o padrão de vida do contribuinte e sem prejudicar as suas atividades econômicas*"¹¹⁸."

Não destoando do alegado, ALFREDO AUGUSTO BECKER, explica que quando da verificação da capacidade contributiva deve o legislador resguardar o indispensável a vida, nos seguintes termos:

O dever jurídico que a regra constitucional (da capacidade contributiva) impõe ao legislador ordinário não é apenas o de escolher fatos-signos presuntivos de renda ou de capital para a composição da hipótese de incidência do tributo, mas também e principalmente o dever de criar isenções tributárias que resguardem a imunidade indispensável de capital e renda¹¹⁹.

Percebe-se, pois, a absoluta pertinência da relação entre o que denominamos de mínimo vital tributário e o princípio da capacidade contributiva, uma vez que, para alguém do indispensável a uma vida digna não há que se cogitar, em regra, de aptidão para o pagamento de tributos.

É preciso, com efeito, atentar-se ao conteúdo que, por si só, encerra o princípio do mínimo vital sob o enfoque tributário. É que mesmo que não exista aptidão econômica (capacidade contributiva) no montante pecuniário reservado à satisfação das necessidades básicas do indivíduo, estar-se-ia diante de garantia que encontra suporte nos fundamentos do Estado Democrático de Direito consagrados no art. 1º da Constituição¹²⁰.

No mesmo sentido, pela afirmação da natureza da regra de imunidade do mínimo vital e da sua derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, explica com lapidar sabedoria:

¹¹⁸ SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1981, p. 95.

¹¹⁹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª Ed. São Paulo: Lejus, 1998, pag. 499.

¹²⁰ Art. 1º 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 fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

No sistema tributário da CF de 1988, informado pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e pelo direito à vida (art. 5º, *caput*) não será descomedido afirmar que o mínimo vital, mais que isento, é *immune*. E a essa conclusão não será lícito contrapor-se a relativa indeterminação do conceito de "mínimo vital". Sua determinação caberá aos fios condutores da legislação integrativa e portanto infraconstitucional. Não se trata porém de norma - a proibição da tributação do mínimo vital- nem expressa, nem de eficácia *limitada*. Sua eficácia é plena e independe do seu grau de determinação conceitual. Não postula integração legislativa. O mínimo vital é algo que aqui e agora já deve ser concretamente fixado pelo juiz, na repartição das coisas exteriores em que o direito se manifesta: "dar a cada um o que é seu", ensina a fórmula romana. O ser do mínimo vital é a imunidade; ele tipifica um *resjuridica* immune, para cuja aferição é competente o juiz, no ato de aplicação do direito. Ilusório portanto supor que a regra foi erradicada do sistema jurídico em vigor. Somente poderia sê-lo se ele não fora informado pela justiça tributária, cujo nome jurídico positivo é isonomia ¹²¹(...)

Percebe-se, pois, que sem a manutenção da higidez do mínimo existencial, não há que falar em vida digna, nem tampouco em justiça social, uma vez que, a pessoa humana não terá a plena satisfação dos ideais constitucionalmente previstos.

II.1.1.3 Isonomia

Ainda que o principio da isonomia não esteja expressamente previsto dentre os objetivos da seguridade social, traçados no parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal, representa verdadeira linha mestra e ideal a ser seguido pelo ordenamento jurídico pátrio, revelando-se por diversas facetas ao longo do texto constitucional, ainda que previsto genericamente em seu artigo 5º, *caput*¹²².

Conforme se extrai do entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, tem se que a igualdade constitui signo fundamental da democracia, pois repudia privilégios que a

¹²¹ BORGES, José Souto Maior. Teoria Geral da Isenção Tributária. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 56.

¹²² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

liberdade integral propicia, contrariando, portanto, o sentido em que se assentava a democracia liberal burguesa¹²³.

Neste ínterim, assevera-se que as constituições tem reconhecido no seu sentido jurídico-formal a igualdade perante a lei, conforme disposto no artigo 5º da Magna Carta, que dispõe serem “*todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”.

Ressalte-se que, a Constituição de 1988 faz expressa referência à redução das desigualdades sociais e regionais, e veementemente repulsa qualquer forma de discriminação (art. 3, III e IV), elegendo estas diretrizes como fundamentos da República do Brasil¹²⁴.

No Brasil, a partir da proclamação da República, a igualdade atingiu patamares mais elevados, uma vez, passou a não admitir privilégios de nascimento, desconhecendo foros de nobreza e extinguindo as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho¹²⁵.

Sublinhe-se que a igualdade implica numa relação tripartite, pois consiste em apreciar dois ou vários sujeitos em relação a uma ou mais qualidades. Por conseguinte, é intrínseco ao conceito de igualdade o *tertium comparationes*, que deverá ser estabelecido em cada caso¹²⁶.

Neste diapasão, com relação ao mundo do direito, o citado *tertium comparationis* deve ter pertinência jurídica. Com isso, três são as etapas apontadas pela

¹²³ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 214/215.

¹²⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹²⁵ Art. 72 da CF de 1891 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

¹²⁶ KERBAUY, Luis. *A previdência na área rural – benefícios e custeio*. São Paulo: LTr, 2009, pag. 32

doutrina de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO a fim de ser apurada quebra ou não de isonomia, quando da seleção do termo de discriminação.

Conforme ensina CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, há a necessidade de se identificarem alguns requisitos intrínsecos (etapas), para se comprovar o desrespeito à isonomia. Destarte, o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) A primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) A segunda reporta-se a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) A terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados¹²⁷.

Seguindo-se os ensinamentos do evidenciado doutrinador, é importante ter em mente que, ao analisar a eventual ocorrência de ofensa a igualdade, tem-se de investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, a vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada¹²⁸.

E continua o ilustre Mestre, asseverando que é deveras importante, analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles¹²⁹.

¹²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 21.

¹²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 22.

¹²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 23.

Sintetizando de forma precisa e objetivo, explica o renomado jurista que: importa que exista mais de uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.

Por fim, ressalta a prescindibilidade de preenchimento cumulativo dos requisitos, uma vez que, a hostilidade ao preceito isonômico pode residir em quaisquer deles. Não basta, pois, reconhecer-se que uma regra de direito é ajustada ao princípio da igualdade no que pertine ao primeiro aspecto. Cumpre que o seja, também, com relação ao segundo e terceiro¹³⁰.

Resta incontestável e, inclusive é corolário lógico, que a ofensa a requisitos da primeira questão é suficiente para desqualificá-la como isonômica. *Incontinenti*, o mesmo, ocorrerá por ofensas a exigências das demais questões, porém é de vital importância ressaltar a necessidade de que a norma jurídica observe cumulativamente aos reclamos provenientes de todos os aspectos mencionados para ser ofensiva em face do princípio isonômico¹³¹.

Assim, conforme se extrai dos termos do posicionamento doutrinário de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO haverá ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretendo tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

¹³⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 24

¹³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 25.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discríminen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discríminen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita¹³².

Neste diapasão, ocorrendo algumas das hipóteses citadas, ainda que de forma isolada (não é necessária a cumulatividade), restar-se-ia atacado o preceito isonômico, motivo pelo qual a norma padeceria de inafastável vício insanável, visto que ofensiva a um dos preceitos basilares da Constituição e do Estado de Direito.

A aplicação do princípio da isonomia implica, pois, na idéia de justiça social de sorte que não deverá ser visto como um princípio único, mas como um complexo de princípios, que sobrepostos nos apontam um senso humanitário.

II.1.1.3.1 Isonomia Formal e Material

Conforme outrora exposto, o art. 5º da Constituição Federal trata sobre o princípio da igualdade. Ocorre que, a sua expressão dá ensejo a uma possível redundância. Isto ocorre porque ele declara que “*todos são iguais perante a lei*”, mas, além disso, diz que devem sê-lo “*sem distinção de qualquer natureza*”.

Uma leitura apressada do dispositivo poderia levar ao entendimento de que a isonomia foi garantida duas ou mais vezes. Isso, porém, não ocorre.

¹³² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 47/48

Na verdade, o dispositivo protege duas formas de igualdade: a igualdade *perante a lei* (*Gleichheit vor dem Gesetz, equality before the law*), também conhecida como *igualdade formal*; e a igualdade *na lei* (*Gleichheit im Gesetz, equality by the law*), também chamada de *igualdade material*.¹³³

Verifica-se o que poderia ser chamado de isonomia formal quando pessoas em situações idênticas deverão ser tratadas da mesma forma. A questão que se coloca, entretanto, é quais parâmetros são normativamente relevantes e quais não são, o motivo pelo qual poder-se-ia entender a isonomia formal como mero fruto da racionalidade.

Percebe-se que, a igualdade formal garante a aplicação uniforme da lei, ou seja, os cidadãos, e os contribuintes em particular, devem ter o mesmo tipo de aplicação da lei, sem qualquer distinção.

Para HUMBERTO AVILA, isto quer dizer que “*uma mesma lei não pode ser aplicada de um modo para um contribuinte e de outro, para outro contribuinte. Quando o dispositivo declara que "todos são iguais perante a lei" faz, pois, referência à igualdade perante a lei, exigindo uniformidade na sua aplicação, independente do seu conteúdo*.”¹³⁴

Conforme leciona JOSE AFONSO DA SILVA, o direito alienígena aponta a diferenciação dentre o princípio da igualdade no sentido de sua aplicação perante a lei e da igualdade na lei¹³⁵.

A igualdade formal, no entanto, é apenas um aspecto da igualdade. Ou, no dizer de HUMBERTO ÁVILA citando seu entendimento sobre Kelsen, “*igualdade perante a lei não é assim igualdade, mas adequação à norma*”¹³⁶.

É que a lei, embora aplicada de modo uniforme, pode conter uma distinção arbitrária em seu conteúdo. Se a exigência de igualdade se exaurisse na igualdade perante a lei, leis que tratassem diferentemente os cidadãos, e os contribuintes em particular, em razão

¹³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pag. 74.

¹³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pag. 74.

¹³⁵ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 218.

¹³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pag. 75.

do sexo ou da raça, seriam constitucionais, desde que aplicadas da mesma forma para todos aqueles do mesmo sexo ou da mesma raça.

No primeiro caso, será avaliado o tratamento na aplicação do sentido geral da norma ao caso concreto, caracterizando a isonomia em seu âmbito meramente formal, pois se exige que a aplicação seja feita indistintamente. Por outro lado, a verificação do princípio em comento na lei exige que o conteúdo normativo seja disposto de forma isonômica.

Assim, no primeiro aspecto, o princípio da isonomia possui como destinatário os aplicadores do direito que no enquadramento do fato concreto à norma deverão pautar-se pela isonomia.

No segundo, por seu turno, o princípio deve incidir de forma que a lei em sentido abstrato tenha seu conteúdo regido pela isonomia, a fim de conferir tratamento adequado àqueles que se encontrem em posições iguais ou diferentes. Tem como destinatário, portanto, o legislador.

É justamente por isso que o dispositivo (do art. 5º) garante o “*direito a igualdade*”, “*sem distinção de qualquer natureza*”, reportando-se, neste ponto, à igualdade na lei. Não basta, portanto, que a lei seja aplicada de modo uniforme para satisfazer a exigência da igualdade. É preciso, além disso, que ela própria não contenha uma distinção arbitrária. Não é suficiente que a lei seja aplicada a todos; é preciso que ela seja também igual para todos. Afinal, uma lei arbitrária também pode ser aplicada de modo uniforme¹³⁷.

No Brasil, aponta-se essa dupla finalidade do princípio, que teria, pois, como destinatários, tanto o legislador como os aplicadores da lei.

A concepção de que o princípio da igualdade se dirige ao legislador engrandece a importância da igualdade jurisdicional, pois caso conduzisse apenas a conduta do operador do direito, bastaria que houvesse respeito ao princípio da legalidade para que a isonomia encontrasse sua satisfação.

¹³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pag. 75.

O legislador, portanto, vê-se igualmente abarcado pelas diretrizes da isonomia, de sorte que, caso não atue de conformidade com este princípio, proferirá lei eivada do vício de inconstitucionalidade.

A igualdade no que diz respeito à atuação do juiz decorre, por conseguinte, da igualdade na lei. Não obstante, deverá ser garantida interpretação que não crie distinção, imposição que se coaduna com as finalidades da seguridade social¹³⁸.

Em suma, o conceito de isonomia formal desenvolveu-se e, atualmente, coloca-se perante a lei, no sentido em que a norma trata a todos igualmente (art. 5, *caput*, da CF) e difere-se da isonomia material, consubstanciada segundo a adoção de princípios fundamentais, conforme se verifica nas previsões do art. 7, XXX e XXXI, da Constituição

¹³⁸ Sob este ângulo, HUMBERTO ÁVILA, traz um exemplo de atuação jurisdicional referente à aplicação do princípio da igualdade: *"Embora a distinção entre igualdade perante a lei e na lei seja antiga e, até certo ponto, trivial, reveste-se de extrema importância e atualidade. Um exame atento da jurisprudência logo evidencia que a aplicação da igualdade muitas vezes se circunscreve, de modo velado, à igualdade perante a lei. Um exemplo pode ilustrar essa situação: "O Poder Legislativo, ao instituir a contribuição social sobre o faturamento, majorou a sua alíquota de dois para três por cento, autorizando a compensação de até um terço dela com outra contribuição social, a incidente sobre o lucro. Com isso, o legislador terminou por estabelecer alíquotas diferenciadas para contribuintes com lucro e sem lucro: aqueles que tinham lucro no exercício poderiam efetuar a compensação e, com isso, pagar menos um por cento da contribuição sobre faturamento; aqueles que não tinham auferido lucro no exercício, justamente por isso, não poderiam fazer a compensação, sujeitando-se, por isso, a uma alíquota um ponto percentual mais elevada. A questão crucial era, portanto, a de saber se o conteúdo da lei obedecia ao princípio da igualdade, sendo necessário, para tanto, verificar, seguindo a terminologia proposta neste trabalho, se a medida de comparação (lucratividade) mantinha uma relação fundada e conjugada de pertinência com a finalidade da contribuição (financiamento da seguridade social). Essa questão, porém, independente do seu mérito, foi tergiversada pela maioria dos julgadores. É que, levada a questão a julgamento, apenas uma minoria dos julgadores adentrou no exame do conteúdo da lei, entendendo que a medida de comparação (lucratividade) seria discriminatória, pois além de submeter contribuintes em situação equivalente (obrigação de pagar a contribuição com base na alíquota majorada) a regras diferentes (as empresas lucrativas com direito à dedução de um por cento da contribuição a pagar e as não-lucrativas sem esse direito), ainda beneficiava as empresas em melhores condições para financiar a Seguridade Social (empresas lucrativas) em prejuízo daquelas que tinham piores condições de fazê-lo (empresas não-lucrativas), o que não só afrontaria a exigência de razoabilidade como, também, a medida de comparação eleita pela própria Constituição (equidade no custeio). A maioria dos julgadores, no entanto, fixou-se apenas na aplicação uniforme da lei, afastando a lesão ao princípio da igualdade "porque o benefício foi concedido a empresas que preenchem os requisitos devidos" (voto do Ministro Gilmar Mendes) e "porque todos aqueles submetidos à contribuição (...) continuam recolhendo essa contribuição à alíquota de 3% (três por cento). Esses são iguais entre si. E todos os contribuintes da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido podem, eventualmente, compensar parte do valor devido a tal título com aquilo que já foi recolhido a título de COFINS. Portanto são esses a outra categoria de iguais tratados com absoluta isonomia" (voto da Ministra Ellen Gracie). Ao afirmar que todos que se encontram submetidos à lei terão o mesmo direito, os votos terminaram por não investigar o conteúdo da lei, mas, apenas, a sua aplicação isonômica. Obedeceram apenas à primeira parte do caput do art. 52 da Constituição, que prescreve que "todos são iguais perante a lei", sem atentar, no entanto, para a sua segunda parte, onde consta que os cidadãos devem ser tratados "sem distinção de qualquer natureza", garantindo-se a eles "a inviolabilidade do direito à igualdade". O que merece consideração, do quanto se disse a respeito dos modos de manifestação da igualdade aqui analisados, é que não basta, para realizar a igualdade, que se garanta sua aplicação uniforme". ÁVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pag. 77.*

Federal, a assegurar a trabalhadores diferenças salariais, critérios de admissão por motivo de sexo etc¹³⁹.

II.1.1.4 Solidariedade

Com relação ao conceito etimológico de solidariedade NICOLA ABBAGNANO¹⁴⁰ esclarece tratar-se de termo de origem jurídica que, na linguagem comum e na filosófica, significa: inter-relação ou interdependência; assistência recíproca entre os membros de um mesmo grupo (por exemplo: solidariedade familiar, solidariedade humana etc.). Nesse sentido, fala-se de solidarismo para indicar a doutrina moral e jurídica fundamentada na solidariedade.

Assim, pode-se dizer que solidariedade significa a responsabilidade de todos os homens pelas necessidades vitais básicas dos outros homens que se encontram em situação de carência, de forma que todos possam ter uma vida digna, e sua finalidade última é realizar o bem comum e a justiça social.

Na Carta Encíclica *Populorum Progressio* de Sua Santidade o papa JOÃO PAULO VI, o dever de solidariedade é considerado o mesmo tanto para as pessoas como para os povos: "*é dever muito grave dos povos e nações desenvolvidas ajudar os que estão em vias de desenvolvimento*"¹⁴¹.

¹³⁹ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 218.

¹⁴⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pag. 918.

¹⁴¹ E continua o sumo pontífice: "*é necessário pôr em prática este ensinamento do Concílio. Se é normal que uma população seja a primeira a beneficiar dos dons que a Providência lhe concedeu como fruto do seu trabalho, é também certo que nenhum povo tem o direito de reservar as suas riquezas para seu uso exclusivo. Cada povo deve produzir mais e melhor, para dar aos seus um nível de vida verdadeiramente humano e, ao mesmo tempo, contribuir para o desenvolvimento solidário da humanidade. Perante a indigência crescente dos países subdesenvolvidos, deve considerar-se normal que um país evoluído dedique uma parte da sua produção a socorrer as suas necessidades; é também normal que forme educadores, engenheiros, técnicos e sábios, que ponham a ciência e a competência ao seu serviço*". PAULO VI, Carta Encíclica *Populorum Progressio*, 1967, item 48.

MIGUEL HORVATH JUNIOR¹⁴² classifica a solidariedade social, sob quatro vertentes distintas:

- a) de acordo com a natureza do vínculo entre as partes, a solidariedade pode ser direta (quando as partes sabem concretamente quem participa do grupo) ou indireta (quando o vínculo se estabelece sem a manifestação da vontade das partes de forma expressa e atinge um número indeterminado de pessoas);
- b) de acordo com os sujeitos envolvidos a solidariedade pode ser interpessoal (quando se dá entre duas ou mais pessoas individualmente consideradas) ou intergrupar (quando se dá entre dois ou mais grupos);
- c) de acordo com o seu fundamento ou fonte, a solidariedade pode ser ética ou moral (imposta pelos preceitos éticos-morais) ou jurídica (estabelecida pela norma jurídica com aplicação compulsória);
- d) de acordo com a extensão, a solidariedade pode ser total (quando engloba todos os valores das partes vinculadas) ou parcial (quando abarca apenas alguns valores concretos e determinados).

No Brasil, a idéia de solidariedade não é mera discussão teórica, filosófica ou sociológica; a idéia de solidariedade encontra consagração expressa no texto constitucional.

É o primeiro objetivo apontado pela Constituição brasileira a ser perseguido pela sociedade no texto do seu artigo 3º, inciso I, que estabelece ser objetivo fundamental “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”.

Nessa linha, podemos afirmar que a solidariedade social prevista no inciso I do artigo 3º da Constituição da República é um dos mecanismos impostos pelo legislador constituinte visando minimizar essa desigualdade social decorrente de fatores sociais

¹⁴² HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. Revista EPD – Escola Paulista de Direito, Ano 02 nº 02 (mar./ab. 2006), São Paulo: Escola Paulista Direito, 2006, pag. 247/248

produtivos, fazendo com que aqueles que "podem mais" contribuam, mesmo que indiretamente, para a melhoria de vida daqueles que "podem menos".

A solidariedade social se aproxima do conceito de justiça distributiva que visa promover a redistribuição igualitária dos direitos, dos deveres, das vantagens e da riqueza aos membros que compõem a sociedade.

A seguridade social brasileira em relação à saúde¹⁴³ e assistência social¹⁴⁴ fulcra-se na solidariedade coletiva (nacional), enquanto em relação à previdência social¹⁴⁵ baseia-se na solidariedade interpessoal fundada na obrigatoriedade de contribuições *ex lege*¹⁴⁶.

Nesse contexto, o princípio da solidariedade vem assegurar, no campo da previdência social, a distribuição dos encargos inerentes ao custeio do sistema entre seus participantes atuando como meio apropriado de consecução do equilíbrio atuarial e financeiro dos regimes.

O princípio da solidariedade sustenta a idéia de previdência social, pois é através dele que se impede a adoção de um sistema puramente de capitalização em todos os seus segmentos, vez que o mais bem-sucedido deve contribuir mais do que o desafortunado.

É esta solidariedade social que autoriza a obrigatoriedade da filiação ao sistema previdenciário e, ainda, o pagamento da contribuição financeira que o alimenta.

Ao ser imposto tanto ao Estado quanto aos membros de sua sociedade o dever de erigir uma sociedade solidária, o poder constituinte originário constitucionalizou um novo valor exigível, qual seja, a solidariedade jurídica, que passou a atuar em conjunto com aqueles já existentes¹⁴⁷.

¹⁴³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁴⁴ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

¹⁴⁵ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

¹⁴⁶ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Salário-maternidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pag. 26.

¹⁴⁷ MARCO AURÉLIO GRECO, externa quatro fundamentos de validade do princípio da solidariedade na seguridade brasileira: "*Em primeiro lugar, a partir da perspectiva de um estado social ela está dizendo: não*

II.1.1.5 Legalidade

O princípio da legalidade (sob a sua forma abrangente) está inserto no artigo 5.º, inciso II, da Constituição da República Federativa de 1988, onde dispõe: "*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei*".

A lei, portanto, determina e delimita as ações das pessoas em convívio social e do Estado, impondo normas de conduta a serem por todos observadas indistintamente. Constitui assim, a direção a ser seguida pelos seus aplicadores e cidadãos.

Tal instituto existe desde os primórdios para proteger o cidadão contra os abusos do Poder¹⁴⁸.

podemos ver a tributação apenas como técnica arrecadatória, temos de vela da perspectiva também da proteção e da viabilização da dimensão social que o ser humano tem. Segundo, a idéia de solidariedade social é muito forte no tema das contribuições, que hoje representam mais de 50% da arrecadação federal. A idéia de solidariedade social tem aparecido nas contribuições. Há pouco tempo, o Supremo Tribunal Federal, na ADIn 3105, decidiu o caso das contribuições dos funcionários públicos inativos. Se lermos o voto do Ministro Peluso, veremos com muita nitidez que ele afirma estarem os aposentados submetidos a uma contribuição de caráter tributário porque pertencem a um grupo específico que demanda recursos específicos e, por esta razão, se justifica uma contribuição apenas sobre eles incidente. A idéia de grupo de "pertencer a", a idéia de "participar de", é a que justifica, em última análise, a figura das contribuições. Terceira decorrência no plano do fundamento da tributação consiste em, na medida em que a Constituição coloca como objetivo construir uma sociedade solidária, a tributação não precisar necessariamente caminhar naquela direção, ou seja, não vou extrair do art. 3º, I, um preceito que bastaria em si, como se fosse suficiente para solucionar quaisquer problemas tributários, mas em uma regra se extrai do dispositivo, qual seja, a de que a tributação não pode caminhar contra o objetivo. Ou seja, a tributação não precisa ser a melhor possível da perspectiva solidária, mas não pode conter preceitos que contrariem o objetivo da solidariedade, o que serve como critério de avaliação da constitucionalidade das leis tributárias especificamente editadas. Quarto, é a dignificação dos deveres fundamentais, ou seja, não há como raciocinar sobre direitos fundamentais sem os equivalentes deveres entre os quais, o dever de ratear o custo de financiamento do Estado que queremos. Primeiro se queremos um Estado que não seja proprietário de tudo, e que faça alguma coisa, o dinheiro que vai estar disponível deve vir de algum lugar, ou seja, através da figura tributária." GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação. (Currículo Permanente. Caderno de Direito Tributário: módulo 1). Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2006, pag. 18/19.

¹⁴⁸ Em relação a presença da lei no decorrer da história do Estado e do Direito, temos a excelente lição de CANOTILHO: "*a) Desde o período pré-socrático até Aristóteles, passando por Sócrates, os estóicos e Platão, que o conceito de lei é praticamente inseparável da sua dimensão material; leis verdadeiras são as leis boas e justas, dadas no sentido do bem comum. A lei só pode ser determinada em relação ao justo (igual), dirá Aristóteles na Ética a Nicómaco; a "soberania da lei equívale à soberania de deus e da razão", "é a inteligência sem paixões", escreverá ainda o mesmo autor em A Política. A lei é a "suprema ratio, ínsita na natureza", opinará Cícero. A "lei é uma ordenação racional, dirigida no sentido do bem comum e tornada Pública por aquele que está encarregado de zelar pela comunidade", escreverá São Tomás. Retenhamos, pois, as duas características da lei, mais ou menos explicitamente acentuadas pela filosofia antiga e intermédia: a dimensão material, na medida em que lei era expressão do justo e do racional; dimensão de universalidade, porque a lei se dirigia ao bem comum da comunidade. "A lei ao dispor só de uma maneira geral, não pode prever todos os casos acidentais" (Aristóteles, Política, III, X). A natureza geral da lei ressaltava também da forma clara como a jurisprudência romana distinguia entre as leis (leges) e os privilegia: através das primeiras, o povo estabelecia uma determinação geral; os segundos eram determinações individuais a favor ou contra*

Em face deste elemento, portanto, o intérprete, que tem consciência dessa finalidade, busca nesse princípio a efetiva proteção dos cidadãos. Frise-se, o direito é um instrumento de defesa contra o arbítrio, e a supremacia constitucional, que alberga os mais importantes princípios jurídicos, é, por excelência um instrumento do cidadão contra o Estado.

A lei é chamada a desempenhar certa função orgânica, como expressão que é do intervencionismo estatal na economia, nas corporações e na proteção social.

Pelo princípio da legalidade, sob o aspecto tributário, tem-se a garantia de que nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser através de lei (CF, art. 150, I¹⁴⁹). A constituição é explícita. Tanto a criação como o aumento dependem de lei.

No tocante as contribuições sociais, mormente a discussão outrora existente sobre sua natureza jurídica¹⁵⁰, não há mais espaço para questionamentos de sua natureza tributária, a partir do advento da Constituição de 1988¹⁵¹.

*particulares. A fórmula de Ulpiano ficou na História: “Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur”. b) Com Hobbes, surge o conceito voluntarista e positivo de lei: “a lei, propriamente dita, é a palavra daquele que, por Direito, tem comando sobre os demais”. Deste modo, a lei é vontade e ordem e vale como comando e não como expressão do justo e do racional. Daí a fórmula: “autorictas, non veritas facit legem”. c) Com Locke surgem os contornos da lei, típica do liberalismo. A lei é o instrumento que assegura a liberdade. A lei, afirma Locke nos célebres Two Treatises of Government, II, VI, 57, no seu verdadeiro conceito, “não é tanto a limitação, mas sim o guia de um agente livre e inteligente, no seu próprio interesse”. A lei geral e abstracta é entendida já como a proteção da liberdade e propriedade dos cidadãos ante o arbítrio do soberano. Montesquieu, que definirá as leis como as “relações necessárias que derivam da natureza das coisas”, articulará a teoria da lei com a doutrina da separação dos poderes, ligando as leis gerais ao poder legislativo e as ordens e decisões individuais ao poder executivo. d) A Rousseau competirá o mérito de considerar a lei como instrumento de actuação da igualdade política e daí a consideração da lei como um produto de vontade geral. A lei era geral num duplo sentido: geral, porque é a vontade comum do povo inteiro, e geral porque estatui não apenas para um caso ou homem mas para o corpo de cidadãos. A lei é, pois, geral quanto à sua origem e quanto ao seu objecto: é o produto da vontade geral e estatui abstractamente para os assuntos da comunidade. e) A distinção entre lei (Gesetz) e máxima é um ponto de partida para a concepção kantiana da lei: é um princípio prático e uma proposição contendo uma determinação torna-a válida para qualquer ser racional e por isso é lei; se for válida só pela vontade do sujeito é uma simples máxima. f) Hegel, ao conceber o poder legislativo como o poder de organizar o universal, considera lei como expressão do geral e os actos do executivo como expressão do particular. “Quando se tem de distinguir entre aquilo que é objecto de legislação geral e aquilo que pertence ao domínio das autoridades administrativas e da regulamentação governamental, pode essa distinção geral assentar em que na primeira se encontra o que, pelo seu conteúdo, é inteiramente universal. No segundo encontram-se, ao contrário, o particular e as modalidades de execução”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. Ed. Revista. Coimbra : Livraria Almedina, 1995, pag. 817/818.*

¹⁴⁹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

¹⁵⁰ Na constituição de 1967, a partir da Emenda Constitucional n.º 08/77, as contribuições sociais foram destacadas topograficamente no texto constitucional dentre as contribuições especiais, qualificando-se como as contribuições destinadas ao financiamento da intervenção do Estado na área social, o que findou por firmar o

Este, aliás, é o posicionamento de WAGNER BALERA, pois em seu ponto de vista “...entendo que as contribuições cuja instituição é autorizada pelos artigos 149 e 195, conquanto revestidas de peculiaridades que conformam o regime jurídico especial, são espécies do gênero tributo e, enquanto tais, devem ser instituídas com observância dos princípios gerais comuns a tributação, acrescidos dos princípios pertinentes a tais figuras tributárias especiais¹⁵²”.

E continua o evidenciado autor, “aliás, o enquadramento das contribuições no gênero jurídico tributo carrega consigo a virtualidade de demarcar as limitações constitucionais ao poder de tributar através da espécie tributária que se cuida¹⁵³”.

Assim, o regime jurídico das contribuições é o tributário, motivo pelo qual deve captar exatamente a natureza jurídica desta, sob pena de não lhe poder ser aplicado, por lhe ser incompatível, e de por em risco toda a racionalidade que deve existir no sistema jurídico.

As contribuições sociais possuem um regime jurídico tributário, porém atrelado a algumas singularidades. Nestes termos, se a norma instituidora de um tributo possuir como fim específico do produto da sua arrecadação o financiamento da seguridade social (este é o elemento de *discrímen*), fim autorizado pela CF/88, então se estará diante de uma contribuição social para a seguridade social.

Caso contrário, se não houver na norma instituidora de um tributo um fim específico do produto de sua arrecadação, estar-se-á diante de qualquer outro tributo. Portanto, percebe-se que este critério é perfeitamente admitido pela estrutura lógica da norma jurídica tributária, e é útil para diferenciar a natureza específica tributária das contribuições sociais, além de justificar o seu regime jurídico próprio.

entendimento de que as contribuições especiais poderiam ser tributárias, mas as contribuições sociais não eram tributos.

¹⁵¹ Neste sentido IONAS DEDA GONÇALVES, assevera que: “Com o advento da Constituição de 1988, não resta dúvida sobre a inclusão das contribuições sociais dentro do sistema tributário nacional.” GONÇALVES, Ionas Deda. *A natureza jurídica das contribuições de seguridade social*. Revista EPD (Escola Paulista de Direito), ano 2, nº 02, São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2006, pag. 383.

¹⁵² BALERA, Wagner. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética / Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. – ICET, 2003, pag. 563.

¹⁵³ BALERA, Wagner. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética / Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. – ICET, 2003, pag. 563.

É de se constatar que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL considera as contribuições sociais como espécie autônoma de tributo, e que as contribuições sociais, estão dentro da sistemática tributária brasileira, porém de forma apartada dos demais tributos (art. 149, caput., da CF/88; art. 217, caput. e incisos, do CTN)¹⁵⁴.

Tem-se, pois, com o princípio da legalidade tributária, uma garantia destinada ao contribuinte, pertinente ao fenômeno tributário, de forma a delimitar o modo de invasão do patrimônio e da renda dos particulares pelos Poderes Públicos.

Resta como indiscutível, que no direito tributário brasileiro estão colocadas sob reserva de lei todas as contribuições, consoante depreenderemos da leitura combinada dos artigos 149 e 150, I, do Estatuto Supremo.

A lei que institui contribuição tem dúplice função, como comumente ocorre com as leis fiscais. Trata, a um só tempo, de *direito* - e nesse sentido podemos dizer que não há tributação sem lei prévia definidora da hipótese de incidência - e de *garantia* expressiva do que se convencionou chamar estatuto do contribuinte¹⁵⁵.

A reserva de lei, em tema de contribuições envolve aspectos formais e materiais. Do ponto de vista formal, a reserva absoluta de lei proclama: só é vera norma jurídica aquela que surge com base no modo de produção legal que a Carta Magna com seus consecutórios formais (notadamente os regimentos das Casas Legislativas) designam com circunstanciado *iter* que, partindo da iniciativa, culmina com a promulgação¹⁵⁶.

No Sistema de Seguridade Social, assim como nos demais sistemas jurídicos, a lei é que vai traçar as diretrizes, organizando e estruturando o modelo para que fique consoante com os ditames constitucionais.

¹⁵⁴ Vide RE 138.284, Rel. Min. CARLOS MÁRIO VELLOSO, j. 1.7.92, RTJ 143/313; Pleno RE 150.755, rel. Min. Sepúlveda pertence, j. 18.11.92, RDA 193/107, 1993.

¹⁵⁵ BALERA, Wagner. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética / Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. – ICET, 2003, pag. 577.

¹⁵⁶ BALERA, Wagner. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética / Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. – ICET, 2003, pag. 578.

Na Seguridade Social, o princípio da legalidade é de fundamental importância, visto que, como já dito, é por intermédio da lei que são analisados os critérios da hipótese de incidência quando da aplicação da norma securitária. Isso quer dizer que a ocorrência de um fato somente formará uma relação jurídica se e quando se subsumir à norma prescritora (hipótese delineada pela lei).

Trata-se, portanto, de um princípio geral de aplicação imediata e necessário no sistema securitário. Nesse sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que *“o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria”*¹⁵⁷.

Dessa forma, a obrigação de proporcionar proteção a todos - cumprindo os ideais de bem-estar e justiça sociais - nascerá, tão-somente, por conduto de uma prescrição legal que estabelecerá os critérios imprescindíveis para a concretização da cobertura dos riscos inerentes à sociedade.

A partir dessa assertiva, considera-se que o dever de pagar uma contribuição que gera, em regra, direito de receber um benefício - previdenciário ou assistencial - somente surgirá por lei, que deve estar conforme com o processo legislativo constitucional, previsto no artigo 59 da Lei Magna¹⁵⁸.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo* – 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pag. 71.

¹⁵⁸ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

III PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS DA SEGURIDADE SOCIAL

III.1 Considerações iniciais

A seguridade social rege-se com objetivos constitucionalmente traçados, levando-se em conta o contexto em que se insere: como instrumental para a realização da Ordem Social.

Para atingir esse fim, princípios foram relacionados pelo legislador no art. 194 da Constituição Federal e devem ser interpretados em consonância com o princípio da isonomia, previsto genericamente no art. 5º da Lei Maior, mormente pelo fato de que, em muitos dos casos, dele são corolários.

Esses princípios, representam, ademais, o ponto de partida necessário e fundamental que o intérprete há de ter, pois espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins¹⁵⁹.

Deveras, prestam-se como critério de interpretação e integração do texto constitucional, pois, representam a síntese dos valores da ordem jurídica, indicando o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos¹⁶⁰.

A redação do artigo 194 da Lei Maior aponta os objetivos buscados pela seguridade social. *"É de ver que muitas vezes a Constituição se refere a 'princípio', quando na verdade está significando uma verdadeira finalidade¹⁶¹"*, é de se ressaltar, porém, que a *contrario sensu* se obtém o mesmo resultado.

¹⁵⁹ Segundo WAGNER BALERA, "o sistema de seguridade social brasileiro obedece a um conjunto de princípios (apropriadamente denominados objetivos) que possuem, entre si, uma hierarquia além de, claro, sobreporem-se às demais normas do ordenamento protetivo". BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 84.

¹⁶⁰ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, pag. 146.

¹⁶¹ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, pag. 149.

As diretrizes elencadas no dispositivo constitucional em análise, representam verdadeiro manto protetor do sistema e se sobrepõem à atuação do legislador infraconstitucional que, indiscutivelmente, deverá balizar sua atuação segundo os guides que ali lhe foram impostos.

É nesta seara, pois, que não obstante apontarem as finalidades da seguridade social, os denominados objetivos da seguridade social, atuam, igualmente, como princípios basilares do sistema.

É de importância vital destacar que, não se pretende neste capítulo esgotar o tema, nem tampouco abordar a totalidade dos princípios da seguridade social, mas tão somente destacar aqueles que, dentro do corte metodológico utilizado, tenham pertinência com o estudo e se mostrem relevantes para o seu desenvolvimento.

III.2 Universalidade da cobertura e do atendimento

Plasmado no texto constitucional, mais precisamente no artigo 195, parágrafo único, inciso I, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento é um dos elementos centrais do sistema de seguridade social brasileira.

Sua indicação na Carta Magna em primeiro lugar dentre os denominados objetivos de sistema organização da seguridade social, demonstra sua relevância dentro deste arcabouço normativo, inclusive, denotando aspectos de primazia sobre os demais¹⁶², tendo em vista tratar-se de uma das bases estruturais do sistema¹⁶³.

¹⁶². Neste sentido, MARISA FERREIRA DOS SANTOS explica que: “*Sua colocação em primeiro plano mostra a existência de uma certa hierarquia entre os princípios regentes da seguridade social.*” SANTOS, Marisa Ferreira dos. *O princípio da seletividade das prestações da seguridade social*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Católica de São Paulo, 2001, p. 202

¹⁶³ Não divergindo do alegado dispõe WAGNER BALERA: “*O primeiro pilar estrutural da seguridade social se expressa no inciso I do parágrafo único do art. 194 da Constituição e é assim enunciado: universalidade da cobertura e do atendimento. Pode-se dizer que, dessa base, a universalidade, modo pelo qual a seguridade social deverá ser implementada em nosso país, todas as demais derivam.*” BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 19.

É decorrente da busca dos ideais de bem-estar e justiça sociais, sendo um traço característico da transição do modelo do sistema de seguro para o de seguridade social.

Este, aliás, é o posicionamento externado pelo doutrinador WAGNER BALERA, pois, analisando o princípio da universalidade destaca que, em nosso sistema constitucional atual “...se vislumbra a passagem do angusto esquema do seguro social para o portentoso sistema de proteção que a seguridade instaura na ordem social”¹⁶⁴.

Isto tem como consequência que, o Estado Social pautado na universalidade, não pode discriminar os indivíduos que o compõem. Assim, exemplificativamente, a universalidade irá garantir a proteção social a todos que vivem em território brasileiro, sem exceções.

Isso determina que a universalidade seja um vetor da igualdade, pois, o legislador deve ter em consideração a impossibilidade de existirem excluídos da proteção que a seguridade social deve fornecer.

Nestes termos, se concretizada uma espécie de necessidade originada de alguma contingência prevista no ordenamento, terá o indivíduo direito constitucionalmente assegurado a proteção pelos institutos que integram a seguridade. A idéia motriz é a de inclusão social.

É importante ressaltar, porém, que as assertivas acima são as buscadas dentro de um ideário de concretização de todos os desígnios constitucionais, motivo pelo qual, ainda, não está completamente efetivada em nosso sistema¹⁶⁵.

Pois bem, a universalidade age sob duas vertentes de atuação: a objetiva e a subjetiva¹⁶⁶.

¹⁶⁴ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 84.

¹⁶⁵ Um dos motivos que impossibilitam a efetivação da universalização é a suposta carência de recursos. Neste sentido, FABIO ZAMBITTE IBRAHIM assevera que: “Obviamente, este princípio é realizável, na medida em que recursos financeiros suficientes são obtidos... A universalidade será atingida dentro das possibilidades do sistema”. IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 12ª Ed.: Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 56.

¹⁶⁶ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 158.

A dimensão objetiva, também conhecida por universalidade da cobertura ou aspecto pessoal, tem por objeto os sujeitos a serem protegidos. Portanto, o Estado deve dar proteção social a todas as pessoas indistintamente. Em outras palavras, para cumprir o seu mister, o Estado deve disponibilizar atendimento a todos os cidadãos, sem ressalva de qualquer espécie.

FABIO LOPES VILELA BERBEL reforçando o quanto externado, salienta de forma precisa e concisa que “*o critério pessoal determina a abrangência populacional da proteção social*”¹⁶⁷.

Por sua vez, o aspecto ou dimensão subjetiva (também identificado como universalidade da cobertura), está diretamente e intrinsecamente relacionado com a cobertura dos riscos sociais¹⁶⁸, isto é, com as situações que geram necessidades desta mesma categoria (sociais).

Noutros dizeres, poder-se-ia enquadrar seu alcance às situações da vida, entendidas e delimitada sob o aspecto social.

Levando em consideração a linguagem do seguro, pode-se afirmar que cobertura é um termo deveras apropriado ao seguro social, pois abrangeria riscos e indenizações predefinidas, mediante o pagamento do prêmio (ou cota), por parte dos trabalhadores.

Todavia, quando aplicado em um sistema de seguridade social, o termo cobertura deve ampliar-se e generalizar-se, pois deve alcançar todas as contingências geradoras de situações de necessidade.

¹⁶⁷ Além disso, FÁBIO LOPES VILELA BERBEL assevera que: “*Diz-se que a universalidade foi alcançada nesse aspecto quando a totalidade da população encontrar-se hipoteticamente protegida, pois nesse estágio de proteção a discriminação de sujeitos a de ser repelida. Todos os cidadãos contingenciados, pelo simples fato de serem pessoas, hão de ser protegidos*”. BERBEL, Fabio Lopes Vilela. *Teoria Geral da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 175

¹⁶⁸ Para ARMANDO DE OLIVEIRA ASSIS o conceito antigo de risco social é caracterizado como “*o risco de o trabalhador, isto é uma pessoa economicamente fraca, perder seu salário, ou melhor, ver-se impossibilitada de o ganhar por motivo de certas eventualidades que são inerentes a vida do homem*”. Em seu entender a nova conceituação de risco social, não deve restringir-se somente aos trabalhadores, pois “*essa restrição é que, a nosso ver, retira da seguridade social o seu caráter universal*”, e finaliza: “*o homem não deve ser protegido não porque seja um trabalhador, um produtor de riquezas: mas pelo simples fato de ser um cidadão, de conviver em sociedade*.” ASSIS, Armando de Oliveira. *Em busca de uma concepção moderna de risco social*. Monografia, Revista IAPI, v. 17 p. 26

Neste diapasão, é de vital importância frisar-se que, o princípio da universalidade, a depender do programa o social a que está adstrito (previdência, assistência ou saúde), irá possuir algumas particularidades.

Assim, por exemplo, no que é pertinente a previdência social, espécie notoriamente contributiva, não se prescinde da necessária participação econômica do segurado, sem a qual o sistema não seria viável, razão pela qual estamos frente a uma clara mitigação do alcance da universalidade do atendimento¹⁶⁹.

A mesma redução de abrangência está relacionada ao recebimento de benefícios em patamares valorativos diferentes, pois o valor dos benefícios dependerão (em conformidade com o tipo de sistema de financiamento e do método de cálculo estabelecido) em maior ou menor grau, dos aportes vertidos pelos segurados.

Aliás, a própria constituição traz limitações quanto ao aspecto objetivo da universalidade, uma vez que, o disposto no art. 201 e demais incisos, acaba por demarcar os riscos que poderão ser cobertos, impedindo que situações de necessidades outras, possam ser resguardadas¹⁷⁰.

Com relação à assistência social, como a mesma é concebida para amparar aqueles que não tem capacidade contributiva, sua linha de alcance é voltada, prioritariamente para as famílias que enfrentam o grau máximo de indigência. Por isso, alguns de seus

¹⁶⁹ Sob este ângulo reconhece WAGNER BALERA que há efetivamente uma mitigação ao princípio em comento. Nada obstante, oferece uma possível forma de redução de seus efeitos: “*Onde não é devida a proteção previdenciária, é de ser oferecida alguma espécie de cobertura tudo em prol do devir da universalidade da cobertura e do atendimento*”. BALERA, Wagner. *Da proteção social à família*. Revista de Direito Social, nº 06, 2002, pag. 241.

¹⁷⁰ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

programas podem não atender famílias que, comprovadamente, atravessam serias dificuldades econômicas.

A saúde, em tese, seria a única esfera de proteção social que teria alcançado patamares mais altos de enquadramento sob os auspícios da universalidade tanto da cobertura quanto do atendimento, tendo em vista seu caráter geral e desprovido de maiores requisitos de fruição¹⁷¹.

A universalidade da cobertura e do atendimento configura uma das tarefas da seguridade social, que é a de proporcionar os mínimos necessários ao bem-estar, reduzindo as desigualdades, alcançando, assim, a justiça social. Em outras palavras, WAGNER BALERA, não diverge do alegado, pois, ao seu entender “*os fins da Ordem Social (bem-estar e justiça sociais) serão atingidos por intermédio da universalização dos planos de proteção*”¹⁷².

No que é pertinente ao objeto basilar deste trabalho (um dos princípios do financiamento da seguridade social), é importante destacar, todavia, que a universalidade da cobertura e do atendimento, não teve como condão alcançar o modo de arrecadação de recursos da seguridade social, uma vez que, “*não universalizou o modo de financiamento*”¹⁷³.

E continua o autor, “*essa universalização consagraria o modo indireto de financiamento, mediante o qual as receitas de seguridade social são hauridas do orçamento geral do Estado, que é constituído de tributos vertidos por toda a sociedade*”¹⁷⁴.

III.3 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços prestados às populações urbanas e rurais, previsto no art. 194, parágrafo único inciso II, da Constituição

¹⁷¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁷² BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 23.

¹⁷³ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 39.

¹⁷⁴ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 39.

da República de 1988, teve como um de seus maiores méritos, trazer e efetivar uma equiparação constitucional a muito pretendida.

Isto é decorrente do fato de que, mesmo o Brasil sendo no passado um país estritamente rural, as primeiras regras de proteção previdenciária foram criadas exclusivamente para os trabalhadores urbanos¹⁷⁵.

Assim, o princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços prestados as populações urbanas e rurais, acaba por ser um desdobramento da base de todo o sistema de seguridade social que é a universalidade e cobertura de atendimento. Indo além, representa também, a concretização dos ideais de igualdade como fundamento indissociável do Estado Democrático de Direito.

Conforme o magistério de WAGNER BALERA, *“a base estrutural lançada pelo constituinte exige igual sistema de proteção social, vale dizer, o mesmo elenco de prestações, com critérios idênticos de apuração do respectivo valor, contemplará assim os trabalhadores do campo como os que laboram na cidade”*¹⁷⁶.

Tal como o princípio anteriormente analisado, o mesmo comporta duas dimensões (ou aspectos) distintos, a saber: uniformidade e equivalência¹⁷⁷.

A uniformidade, implica na homogeneidade na seleção dos riscos, contingências eventos que devem ser resguardados pela seguridade social, que devem ser semelhantes para as duas populações (urbanas e rurais).

¹⁷⁵ Assevera LUIS KERBAUY que, *“somente em 1964, com o Estatuto do Trabalhador Rural, deu-se a criação de um sistema organizado destinado a população do campo, e, em padrões muito inferiores aos concedidos para o trabalhador urbano. A instituição do PRORURAL, pela Lei Complementar nº 11/71, publicada em 26.05.71, não representou grande avanço no tocante à redução das desigualdades, estabelecendo-se um rol de contingências restrito e prevendo-se benefícios no valor de 30% a 50% do salário-mínimo.”* KERBAUY, Luís. *A previdência na área rural: benefício e custeio*. São Paulo: Ltr, 2009, pag. 46.

¹⁷⁶ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 20.

¹⁷⁷ MARLY A. CARDONE sintetiza de forma bem clara e precisa a significação e conceito dos aspectos ora discutidos. *“Uniformidade é igualdade quanto ao aspecto objetivo, isto é, no que se refere aos eventos cobertos. Equivalência é quanto ao valor pecuniário ou qualidade da prestação.”* CARDONE, Marly A. *Previdência, Assistência, Saúde: o não trabalho na constituição de 1988*. São Paulo, Ltr, 1990, pag. 30.

Nestes termos, os riscos mínimos previstos no texto constitucional, devem alcançar todas as espécies de trabalhadores, sendo vedado a imposição de critérios diferenciados para a concessão de benefícios e serviços¹⁷⁸.

No que é pertinente á expressão equivalência, quis o legislador exprimir a dimensão (aspecto) quantitativa e qualitativa das prestações a serem asseguradas, tendo por objetivo, vedar o estabelecimento de critérios diversificados para cálculos dos benefícios e prestação dos serviços.

Isto quer dizer que, é possível que, em determinadas situações específicas haja discrepância entre o valor dos benefícios e a extensão dos serviços que devem ser prestados aos cidadãos.

Neste sentido o entendimento de DANIEL MACHADO DA ROCHA, explicita de forma abrangente, as situações onde podem ocorrer estes *discriminens*:

Atentando a estas particularidades, tendo em vista que o segurado especial, em razão de não contribuir diretamente para a seguridade social (§ 8º do art. 195 da CF/88), possui distinções quanto aos benefícios que pode receber e também quanto ao valor das prestações. Entretanto, caso resolva contribuir como os demais segurados, fará jus as mesmas prestações, sendo o valor dos benefícios calculados em conformidade com os mesmos critérios (art. 39 da Lei nº 8213/1991). Podem-se apontar, ainda, discriminações positivas realizadas a favor dos trabalhadores rurais, tais como: a) os trabalhadores rurais desfrutam de uma redução de cinco anos para o deferimento da aposentadoria por idade (§ 1º do art. 48 da LBPS); b) o aproveitamento do tempo rural laborado até o advento dos Planos de Benefício e de Custeio, sem o

¹⁷⁸ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

recolhimento de contribuições, para todos os efeitos, exceto para carência (§ 2º do art. 55 da LBPS)¹⁷⁹.

Enfim, neste prisma fica patente que a implantação da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços prestados as populações urbanas e rurais, acaba, mais uma vez, em robustecer a isonomia¹⁸⁰.

III.4 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

O terceiro princípio previsto entre os objetivos da ordem social é o da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços, disposto no art. 194, parágrafo único inciso III, da Constituição da República de 1988¹⁸¹.

É um comando destinado ao legislador ordinário que serve como norte fundamental para a criação das normas, nestes termos podemos enquadrá-lo como pré-legislativo¹⁸².

Da análise do texto constitucional, percebe-se que, em verdade, são dois princípios: seletividade e distributividade. Estão colocadas em conjunto, pois a distributividade é um complemento da seletividade

A seletividade diz quais são as contingências-necessidades objetos da relação jurídica de seguridade social. Por meio da seletividade, o legislador deverá verificar quais os

¹⁷⁹ VELLOSO, Andrei Pitten. *Comentários à lei do custeio da seguridade social: lei nº 8212 de 24 de julho de 1991, atualizada até a LC 118/2005*/ Andrei Pitten Velloso, Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Junior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed., 2005, pag.30.

¹⁸⁰ Sobre esta assertiva WAGNER BALERA comenta: “Sobre ser a implantação definitiva da isonomia entre os residentes, a regra em exame também traz em seu bojo, e como resultado, a identidade de prestações entre urbano e rural integrando, ao fim e ao cabo, num único sistema, toda a população do país”. BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 85.

¹⁸¹ 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. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...0

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

¹⁸² Para WAGNER BALERA, “o momento da seletividade está situado no estágio de elaboração legislativa. Orientando a intenção normativa, que se expressa nas finalidades a serem atingidas...” BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pag. 96.

riscos sociais que merecem proteção e através de quais prestações estes riscos serão atendidos e resguardados¹⁸³.

Ao Estado cabe, pois, estabelecer as diretrizes para os sistemas de proteção social, de modo que, ao invés de reparar todas as necessidades, propicie a cobertura das mínimas necessárias para que o homem tenha condições de buscar o bem-estar.

Com relação à distributividade, deverá o legislador definir uma forma de distribuição igualitária, que coadune com a necessidade do indivíduo. A distributividade fixa o grau de proteção a que terão direito os beneficiários das prestações previamente selecionadas.

Ocorre que, as supostas limitações de recursos econômicos destinadas aos caixas da Seguridade Social, determinam uma regra de identificação do universo de necessidades sociais que podem alcançar o cidadão, bem o universo dos necessitados da proteção¹⁸⁴.

Com essas premissas em mente, é que o legislador poderá selecionar as necessidades cuja reparação o sistema tem condições de suportar, sempre confrontando com o rol dos beneficiários da proteção, com os níveis de proteção que podem ser estabelecidos.

É importante frisar que, indiscutivelmente, há uma certa discricionariedade no que se refere à seleção e distribuição das prestações securitárias. Contudo, essa discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. O legislador, ao utilizar o

¹⁸³ Conforme CRISTIANE MIZIARA MUSSI, o legislador deve ter em mente que “*serão avaliados os fatos que, ocorridos no mundo fenomênico, necessitam de proteção. Há, pois, que ser observada toda a tensão fático-axiológica existente, e, a partir do complexo axiológico (valorativo) que se mostra e do complexo fático que se coloca, surgirão proposições normativas das quais será escolhida através da intervenção do poder, dando origem a norma*”. MUSSI, Cristiane Miziara. *O princípio da seletividade e distributividade das prestações no sistema da seguridade social*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Católica de São Paulo, 2004, p. 105.

¹⁸⁴ Explica MARISA FERREIRA DOS SANTOS que, “*não sendo possível que todas as necessidades sociais sejam superadas pela seguridade social, dentro do seu orçamento há um elenco possível de contingências que geram necessidades. Por que ainda não se chegou à fase de eliminação de todas as necessidades, há também um elenco possível de prestações destinadas à proteção social. No Brasil, para exemplificar, o equilíbrio financeiro e atuarial do caixa da previdência social é exigência constitucional, com o que, nessa área, a seleção de necessidades e a distribuição da proteção não poderão superar os recursos financeiros*.” SANTOS, Marisa Ferreira dos. *O princípio da seletividade das prestações da seguridade social*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Católica de São Paulo, 2001, p. 209.

princípio em análise, deve agir conforme os ditames constitucionais, tomando decisões legalmente aceitas, sob pena de desconfigurar a real intenção do constituinte¹⁸⁵.

No tocante a previdência social, a Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) estabelece as normas mínimas protetivas, ou seja, os riscos mínimos que devem ser objeto de proteção para caracterizar um sistema de proteção social.

O Brasil ratificou a Convenção nº 102 da OIT relativa à fixação de normas mínimas de seguridade social, tornando-se o 44º país a adotar esta convenção. O Decreto Legislativo 269/2008 que ratifica os 87 artigos da Convenção foi publicado na edição do Diário Oficial da União (DOU) de 19 de Setembro de 2008.

No texto da convenção constam disposições referentes ao tratamento mínimo adequado que deve ser dado a doenças mórvidas de qualquer origem, gravidez e parto. Aborda também a concessão de auxílio-doença, de benefício de velhice e afastamento por acidente de trabalho; benefício familiar (para manutenção dos filhos); auxílio-maternidade; benefício por invalidez e benefício de sobreviventes, em decorrência do falecimento do segurado, entre outras.

A previdência social, a assistência à saúde e a assistência social destinam-se à garantia dos mínimos vitais objetos de seu campo de atuação.

Por conseguinte, em tese, não podem adotar os mesmos critérios seletivos. Cada uma, dentro de sua área específica, deverá ter selecionadas as necessidades a proteger, e, seguindo critério de seleção, deverá discriminar os sujeitos de direito da proteção concedida pelo sistema de seguridade social.

Frise-se, por fim, que as necessidades, tal qual a sociedade, é deveras mutante. Isto determina a imperiosa necessidade de margem de manobra e alteração sobre os riscos a serem protegidos e aos sujeitos a serem enquadrados como titulares dos direitos de seguridade social.

¹⁸⁵ MUSSI, Cristiane Miziara. O princípio da seletividade e distributividade das prestações no sistema da seguridade social. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Católica de São Paulo, 2004, p. 107.

WAGNER BALERA explica que, “*novas circunstâncias poderão exigir a definição de outro plano tático e a fixação de outras prestações, com valores diferenciados, a fim de que se realize, em plenitude, a igualdade de cobertura e do atendimento*”¹⁸⁶.

Enfim, como corolário da isonomia o objetivo em destaque será atendido se proporcionar tratamento equânime aos segurados e beneficiários do sistema de seguridade social, de sorte que os critérios utilizados na distribuição e seletividade deve levar em conta a promoção da justiça, tendo em vista sua inseparável ligação com o princípio constitucional da isonomia.

III.5 Irredutibilidade do valor dos benefícios

Disciplinado no texto constitucional, mais precisamente no artigo 195, parágrafo único, inciso IV, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento é um dos elementos centrais do sistema de seguridade social brasileira.

Com o princípio da irredutibilidade, busca-se impedir a diminuição dos valores nominais e reais das prestações previdenciárias. Uma vez definido o valor devido a título de prestação previdenciária, este não pode ser reduzido nominalmente, salvo se houver erro na sua concessão¹⁸⁷.

Outro aspecto de relevância notável para a manutenção do valor real destas prestações, cujo pagamento em geral é feito de forma continuada, é o sistema de reajustamento, destinado a não permitir que a inflação avilte o poder aquisitivo dos aposentados e pensionistas (embora existam intermináveis discussões, em todos os períodos, sobre a adequação dos índices escolhidos pelo legislador ordinário na tentativa de tornar efetivo o preceito constitucional).

¹⁸⁶ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 21.

¹⁸⁷ MIGUEL HORVATH JUNIOR ensina que, “*este princípio comporta dois aspectos, a saber: o da irredutibilidade nominal e da irredutibilidade real do valor. A irredutibilidade nominal projeta-se em dois momentos distintos: o da concessão dos benefícios e o do reajustamento dos benefícios previdenciários*”. HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 5ª Ed – São Paulo: Quartier Latin, 2005, pag. 71.

É certo que a irredutibilidade é derivada do direito adquirido e, conforme assevera WAGNER BALERA, “*é ilícita e antijurídica, a modificação unilateral do direito que constitui objeto da relação existente entre a pessoa protegida e a entidade previdenciária*”¹⁸⁸.

Relembre-se que, em passado recente uma das formas mais empregadas na tentativa de equilibrar as contas do Governo Federal consistia em não repor integralmente a defasagem verificada nos benefícios previdenciários¹⁸⁹.

Neste ponto, foi elogiável o trabalho do legislador constituinte no 2º § do art. 201 da Carta Republicana, na sua redação original (atual 201), ao dizer que: “*É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei*”.

É importante atentar-se para a redução da garantia que concretizou a Emenda Constitucional nº 20, de dezembro de 1998, pois no texto anterior do art. 202, da Constituição, vinha fixado o período básico de cálculo dos benefícios de aposentadoria: trinta e seis meses.

Desse modo, o valor do benefício seria estabelecido a partir da média dos últimos trinta e seis salários de contribuição. A Emenda referida retirou do Texto Magno qualquer menção ao assunto.

¹⁸⁸ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 87.

¹⁸⁹ Posiciona-se FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM no sentido de que: “*Muitas alegações sobre a insuficiência de valor dos benefícios são erroneamente enquadradas como violação deste princípio. O que acontece é que os benefícios da previdência social têm estrita correlação com o salário-de-contribuição, que é a base-de-cálculo da contribuição. Como o salário-de-contribuição, muitas vezes, não traduz um mínimo necessário de subsistência (especialmente com as exclusões permitidas pela lei), é comum que o benefício calculado também reproduza valor insuficiente. Isto, no entanto, não retrata uma falha do sistema de seguro social mas derivada da má remuneração ao longo da vida, com um salário mínimo que não chega nem perto de atender suas funções, aliada a uma má regulamentação legal do salário-de-contribuição. Na verdade, o que os segurados percebem (o valor pequeno de seus benefícios) é, na maioria das vezes, apenas o efeito do relatado, e não a causa. Se o segurado recolheu contribuições durante toda a vida sobre um salário inadequado de baixo valor, não há como o sistema previdenciário garantir a ele uma remuneração adequada. Tal situação somente aumenta a importância de, ao menos o órgão gestor da previdência social aplicar corretamente a correção do benefício e abster-se de reduzi-lo indevidamente.*” IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 12ª Ed.: Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 59.

Neste diapasão, a lei poderá considerar todo o período de trabalho do segurado para apurar o valor da prestação a ele devida. Aliás, o salário-de-benefício, hoje em dia considera oitenta por cento de todo o período contributivo do segurado.

Ainda que os valores sejam corrigidos, como comanda a Constituição, é evidente que quanto maior o período menor será a média e, conseqüentemente, o valor da prestação a ser concedida ao beneficiário¹⁹⁰.

Resta então claro que, o que a Constituição Federal assegura, é que os benefícios deverão sofrer reajustamento periódico que lhes garanta a manutenção, em caráter permanente, do valor real.

Agora, se este reajustamento será pautado pela adoção de determinado índice, apurada por determinada instituição, ou mesmo a periodicidade deste reajustamento, são aspectos não definidos pela norma constitucional.

III.6 Equidade na forma de participação do custeio

O princípio da equidade na forma de participação no custeio, previsto no art. 194, parágrafo único inciso V, da Constituição da República de 1988, constitui um dos pilares de sustentação do sistema de seguridade social, tendo em vista a indiscutível relevância que ostenta como instrumental de consolidação da isonomia.

Por tratar-se do objeto de estudo desta dissertação, em capítulo específico, o trabalho tentará em tentar aprofundar o estudo do tema e, demonstrar sua relevância dentro do denominado custeio da seguridade social.

Nestes termos, buscar-se-á, sobretudo, analisar o conceito de equidade previsto no texto constitucional, os sujeitos que estarão adstritos a este específico princípio, as formas de se externar os efeitos do mesmo, bem como verificar algumas manifestações

¹⁹⁰ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 88.

constitucionais e legais de sua aplicação nas contribuições sociais.

Dizendo mais especificamente, o trabalho consiste em tentar aprofundar o estudo do tema e, demonstrar sua relevância dentro do denominado custeio da seguridade social.

Assim neste capítulo, o trabalho apresentado, resignar-se-á somente indicar a existência do objetivo (equidade na forma de participação do custeio) perante a ordem social, ressaltando-se, porém, que os elementos necessários a compreensão do tema encontram-se adiante.

III.7 Diversidade da base de financiamento

O objetivo (ou princípio) da diversidade da base de financiamento, prima por possuir ligação direta com a questão da arrecadação dos recursos necessários e indispensáveis para amparar as necessidades e/ou contingências dos cidadãos dentro do sistema de seguridade social.

O art. 121, §1º, alínea h, da Constituição de 1934 já consagrava o princípio da tríplice forma de custeio ao estabelecer a *“instituição de previdência , mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente do trabalho ou morte”*.

Sob essa mesma metodologia, a Constituição de 1946 assegurava em seu art. 157, inciso XVI, *“a previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice , da invalidez e da morte”*.

Da mesma forma, o artigo 158, inciso XVI da Constituição de 1967 disciplinava: *“previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado”*.

A, ainda, o artigo 165, inciso XVI da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, estabelecia que “*nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção a maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado*”.

O modelo de financiamento originário, pautado única e exclusivamente no esquema de contribuição tripartite: dos trabalhadores, dos empregadores e do Estado, mostrou-se insuficiente para custear a realidade de um sistema de seguridade social¹⁹¹.

Assim, o legislador constituinte previu a necessidade de criar um mecanismo que possibilitassem a existência de alternativas de base de financiamento da seguridade, como forma de garantir segurança ao sistema, evitando, com isso, sua vulnerabilidade.

Ora, a possibilidade de surgimento de diferentes riscos sociais, aliada a eventuais modificações dos sujeitos protegidos, tudo somado a necessidade de constante adequação do sistema de seguridade social a novas realidades, impõem, sem a menor sombra de dúvida, a diversificação do financiamento da seguridade, apto a amparar os gastos e a manter o equilíbrio financeiro do sistema.

Com este fito, o constituinte elegeu diversas hipóteses de incidência, com o objetivo de garantir os recursos necessários para a solvência das obrigações contraídas pelo sistema de proteção social.

Em decorrência disto, o art. 195 da Carta Constitucional traz em seu texto atual que a seguridade será financiada por toda sociedade, direta e indiretamente, e pelas contribuições sociais, *in verbis*:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

¹⁹¹ Explica WAGNER BALERA que: “O esquema tradicionalmente adotado pelo direito brasileiro, e que, desde 1934, passou a ser definido constitucionalmente, baseou-se na chamada contribuição tripartite (dos trabalhadores, dos empregadores e da União). O esquema de contribuição tripartite revelou-se insuficiente e, já de há muito, a seguridade social exigia novas fontes de custeio”. BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 92.

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Nova redação dada pela EC nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela EC nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela EC nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela EC nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Nova redação dada pela EC nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela EC nº 42, de 2003)

Diversificou-se, então, a captação de receitas, com a inclusão de contribuições sociais que incidem sobre o faturamento, o lucro, a apuração das loterias e, posteriormente, a movimentação financeira¹⁹², receita¹⁹³, importação de bens ou serviços, para que não apenas a previdência, mas o sistema de seguridade social como um todo se tornasse menos vulnerável

¹⁹² A Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) substituiu o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), criado em 13 de julho de 1993 e que vigorou de 1º de janeiro de 1994 até 31 de dezembro de 1994. O IPMF tinha uma alíquota de 0,25%, que incidia sobre o débitos lançados sobre as contas mantidas pelas instituições financeiras. A CPMF passou a vigorar em 23 de janeiro de 1997, baseado na edição da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996. A contribuição foi extinta em 23 de janeiro de 1999, tendo sido substituída pela IOF até o restabelecimento em 17 de junho de 1999. A alíquota, que era originalmente de 0,25%, foi elevada na época de seu restabelecimento para 0,38% e posteriormente abaixada para 0,30% em 17 de junho de 2000 e novamente para 0,38% em 19 de março de 2001. Diferente da IPMF, a CPMF era uma contribuição destinada especificamente ao custeio da saúde pública, da previdência social e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. No começo, o artigo 18 da Lei nº 9.311 de outubro de 1996, estipulava que a totalidade da arrecadação seria destinada exclusivamente ao Fundo Nacional de Saúde. A partir de 1999, com a Emenda constitucional 21, a CPMF passou a destinar parte de seus recursos a previdência social e a erradicação da pobreza. No seu fim a previdência social e a erradicação da pobreza recebiam aproximadamente 26% e 21% da arrecadação, respectivamente. Na madrugada do dia 13 de dezembro de 2007, o Senado rejeitou a proposta de prorrogação da CPMF até 2011, por 45 votos a favor do tributo e 34 contra (não houve abstenções). No dia 28 de maio de 2008 o bloco governista fechou uma proposta de recriar o tributo sob o nome de Contribuição Social para a Saúde (CSS).

¹⁹³ As Leis Complementares 7/70 e 70/91, ao instituírem, respectivamente, o PIS e a COFINS cumulativos, elegeram o faturamento como fato gerador e base de cálculo dessas contribuições sociais. Enquanto que a base de cálculo do PIS era o faturamento do sexto mês anterior, a da COFINS era o faturamento mensal. De qualquer modo, em ambos os casos, o faturamento era considerado a receita bruta decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços. Com a publicação da Lei 9.718, em 28/11/98, alterando as referidas leis complementares (em sentido formal, pois materialmente são leis ordinárias), foi mantido o faturamento como fato gerador e base de cálculo do PIS e da COFINS, porém, essa mesma legislação entendeu que faturamento corresponde à receita bruta. Ocorre que, até o advento da Emenda Constitucional (EC) 20, publicada em 16/12/98, havia autorização no art. 195, I, da Constituição Federal (CF) de 1988 para se instituir contribuições sociais destinadas a financiar a seguridade social incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro. Nestes termos, não havia permissão constitucional para a exigência de contribuições sociais sobre a receita. Como tratava-se de uma das mais rentáveis bases de cálculo existentes, e, de forma a garantir os recursos dela provenientes, o art. 195, I, da CF/88, a partir da EC 20/98, ganhou nova redação, passando a prever a incidência dessas contribuições em relação a) à folha de salários e demais rendimentos do trabalho, b) à receita ou ao faturamento e c) ao lucro.

ao ciclo econômico e fazendo com que toda a sociedade contribuísse para a manutenção das três áreas, consideradas direitos da cidadania e obrigação do Estado.

WAGNER BALERA, entende existir uma dupla dimensão no princípio em estudo. Poder-se-ia falar em diversidade objetiva e em diversidade subjetiva¹⁹⁴.

A primeira (diversidade objetiva) seria atinente aos fatos sobre os quais incidirão as contribuições. Esses fatos seriam as manifestações de riqueza que podem ser objeto de tributação¹⁹⁵.

Com isso, o comando estampado, reconhecendo a diversificação dos signos de riqueza econômica da coletividade exige que tais valores sejam objeto da tributação por meio das contribuições sociais.

Com relação a segunda (diversidade subjetiva) a mesma refere-se as pessoas jurídicas e/ou naturais, que verterão contribuições ao sistema¹⁹⁶.

O elemento relevante para a instituição de uma contribuição social para o financiamento da seguridade social, com base na diversidade da base de financiamento, é a sua afetação aos respectivos objetivos.

Destarte, as receitas da seguridade social, consoante estabelecido o no §1º do artigo 195 da constituição, constituem orçamento próprio, devendo ficar interditada a sua aplicação a outras finalidades¹⁹⁷.

¹⁹⁴ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 92.

¹⁹⁵ Para ALFREDO AUGUSTO BECKER, “os fatos signo-presuntivos de riqueza não podem estar relacionados com a obtenção do mínimo indispensável à sobrevivência do indivíduo”. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª Edição. São Paulo: Lejus, 1998, pag. 481

¹⁹⁶ Alerta WAGNER BALERA, porém, que: “No entanto, ao prever e regular grupos e casos em que a incidência ocorrerá, o constituinte restringiu o âmbito de incidência, pondo em risco a expansão do sistema”. BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 23

¹⁹⁷ Para ANDREI PITTEN VELLOSO: “Lamentavelmente, até pouco tempo atrás, o orçamento da seguridade social era uma peça de ficção, pois não tem sido efetivamente montado e acompanhado, não havendo, para qualquer ano, a publicação de sua execução. Em face da importância macroeconômica do orçamento da seguridade social - considerando-se as perdas de receita sofrida pela União com a partilha das receitas tributárias, as quais vêm sendo atenuadas pela instituição de contribuições sociais (cujos recursos são integralmente da União) que, por força de leis ordinárias, “abrem o orçamento da seguridade social”, permitindo a utilização desses recursos em outras finalidades - instituiu-se uma garantia relevante com a promulgação da EC nº 20/98. Pelo acréscimo do inciso XI ao art. 167 da Constituição, vedou-se, expressamente, o emprego dos aportes dos trabalhadores e do arrecadado a título de contribuição sobre a

Assim, evidenciando a diversidade da base de financiamento da seguridade social, o art. 195 da Constituição Federal nos dá a exata noção da enormidade de fontes de onde brotam os recursos financeiros, frise-se, porém, que em face das bases de sustentação do sistema de seguridade, os mesmo não seriam suficientes para se alcançar os fins últimos da ordem social que são o bem-estar e a justiça social.

Assim, a constituição estabelece uma fonte subsidiária de recursos que poderá ser instituída a qualquer tempo, por intermédio de lei complementar, desde que destinada a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, não se lhes aplicando o princípio da anterioridade e exigíveis em noventa dias, e, finalmente, não poderão ter fatos geradores semelhantes aos dos impostos do sistema ou das contribuições sociais já existentes. Mais ainda, os fatos geradores dessas novas contribuições não podem ser cumulativos¹⁹⁸.

folha de salários para a realização de outras despesas diferentes do pagamento dos benefícios previdenciários". VELLOSO, Andrei Pitten. Comentários à lei do custeio da seguridade social: lei nº 8212 de 24 de julho de 1991, atualizada até a LC 118/2005/ Andrei Pitten Velloso, Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Junior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed., 2005, pag. 34.

¹⁹⁸ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-deobra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

O objetivo da ampliação da fonte de custeio é garantir a expansão de proteção das necessidades sociais, de forma que a sociedade possa alcançar a mais alta finalidade, qual seja, o bem-estar e a justiça social, primados da ordem social e objetivos últimos do Estado Democrático de Direito.

III.8 Caráter democrático e descentralizado da administração

Como o beneficiário direto da seguridade social será sempre a população brasileira¹⁹⁹, nada mais justo que esta participe da administração do sistema, até mesmo com o fim de fiscalização, uma vez que, conforme constitucionalmente previsto, contribui diretamente e indiretamente para seu sustento.

Neste sentido, a positivação desse direito, é corolário lógico do sistema de seguridade social, conforme se extrai da análise da normatividade constitucional:

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.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Nova redação dada pela EC nº 20, de 1998)

O estímulo à atuação efetiva da sociedade, que já seria consectário natural de um regime democrático, ainda é também previsto no art. 10 da Constituição, *in verbis*:

¹⁹⁹ A partir da Emenda Constitucional de nº 20, concretizou-se totalmente a participação da comunidade de forma quadripartite, com representantes dos empregados, dos trabalhadores, dos aposentados e do governo, pois anteriormente os aposentados não eram considerados como elementos da descentralização.

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Pelo princípio da gestão democrática e descentralizada, a administração de negócios referentes à seguridade social, em todos os níveis - desde a fase de planejamento orçamentário (a fase em que se descobre o montante de recursos necessários para custear todos os benefícios e serviços), de forma a garantir o atendimento das necessidades sociais, passando pela aplicação desses recursos, chegando acompanhamento dos programas -, deve contar com a efetiva participação dos atores sociais (empregados, empregadores, aposentados e governo)²⁰⁰.

A atual Constituição brasileira adotou a gestão democrática da seguridade social, como já tinha defendido *Beveridge* décadas atrás. Nada mais natural que as pessoas diretamente interessadas na seguridade participem da sua administração. A participação das empresas também se justifica, na medida em que essas entidades são responsáveis, em parte, pelo custeio securitário. As medidas de ajuste na cotização patronal certamente trazem repercussões na atividade produtiva do País, e as considerações dos empregadores são fundamentais, antes de qualquer alteração das regras existentes²⁰¹.

Nestes termos, à descentralização surgiu com o intuito de otimizar a gestão democrática através dos mais diversos órgãos.

O exemplo mais evidente com relação a descentralização é justamente o Sistema Único de Saúde – SUS, que é responsável diretamente pela gestão e organização desse ramo da seguridade sem, contudo, deixar de fazer parte do grande sistema de proteção que é uno.

Além disso, sua participação é efetivada na composição dos mais diversos órgãos, como os conselhos estaduais e municipais de previdência social, vinculados ao conselho nacional, assim como há representantes dessas categorias também nas juntas e conselhos de recursos.

²⁰⁰ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 5ª Ed – São Paulo: Quartier Latin, 2005, pag. 79.

²⁰¹ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 12ª Ed.: Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 62.

Com relação ao Conselho Nacional de Previdência Social - CNPS, órgão superior de deliberação colegiada, que tem como membros (art. 3º da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 8.619/93), há a seguinte formulação em seus quadros: I - seis representantes do governo federal; II - nove representantes da sociedade civil, sendo: a) três representantes dos aposentados e pensionistas; b) três representantes dos trabalhadores em atividade e c) três representantes dos empregadores.

Os membros do CNPS e seus respectivos suplentes são nomeados pelo Presidente da República, tendo os representantes titulares da sociedade civil mandato de 02 (dois) anos, podendo ser reconduzidos, de imediato, uma única vez.

Destarte, o órgão que poderia melhor espelhar a representatividade dos atores sociais perante o sistema de seguridade social, seria o Conselho Nacional de Seguridade Social, mas, em decorrência da revogação do art. 6º da Lei nº 8.212/91, pela Medida Provisória nº 1.799-5/1999, o espaço democrático máximo de proteção social, jamais chegou a ser devidamente implementado.

Sobre essa situação, WAGNER BALERA, externou que:

Expressão maior do caráter democrático e descentralizado da administração, que sobressai como princípio de organização (art. 194, parágrafo único, VII, da Constituição de outubro de 1988), incumbiria a certo órgão - o Conselho Nacional de Seguridade Social - exprimir em seu funcionamento: a) o ideário do sistema; b) a estrutura organizacional capaz de implementá-lo e; c) as mudanças necessárias aptas a ordená-lo aos seus superiores fins (que se confundem, é claro, com os fins da Ordem Social). Ainda que se lhe atribuisse função predominantemente (ou exclusivamente) simbólica, esse órgão acabaria representando a totalidade integrada da seguridade social e, nessa medida, avulta a importância estratégica com que deveria se achar investido. Teriam voz, voto e lugar no Conselho os representantes dos setores da saúde, da previdência social e da assistência social, bem como a comunidade dos beneficiários e contribuintes²⁰².

Percebe-se, pois, a relevância deste dispositivo constitucional, caracterizado sob os auspícios de princípio (objetivo) do sistema de seguridade social.

²⁰² BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 43.

III.9 Regra da contrapartida

A seguridade social, tendo em vista a tradição iniciada por Bismark, segue as linhas gerais de um modelo de seguro. Nestes termos, o segurado encontrar-se-á coberto com relação a determinados riscos, recebendo indenização da seguradora, se, e somente se, pagar previamente o respectivo prêmio.

Nota-se, portanto, que a constituição de reservas deve dar-se anteriormente ao pagamento da indenização.

Com relação a previdência o constituinte previu especificamente a necessidade do equilíbrio financeiro e atuarial, conforme redação dada ao artigo 201²⁰³. Entretanto, foi além em relação ao financiamento da seguridade social, todo integrado pela previdência social, ao especificar, no art. 195, § 5º, que:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Dispositivo semelhante, vinha previsto na redação da denominada Constituição de 1969²⁰⁴, não obstante referir-se a prestação de serviço da assistência ou de benefício compreendidos na previdência²⁰⁵.

²⁰³ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

²⁰⁴ Art. 165. A Constituição o assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem a melhoria de sua condição social:

(...)

Parágrafo único. Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.

²⁰⁵ É importante frisar que, a primeira normatividade pátria a tratar do tema foi a LOPS (Lei nº 3860/60), que em seu artigo 158, determina, *in verbis*: “Art. 158. Nenhum outro benefício de caráter assistencial ou previdenciário, se não previsto nesta lei, poderá ser criado pelos poderes competentes se que, em contrapartida, seja estabelecida a respectiva receita de cobertura..”. Nada obstante, a primeira constituição brasileira tratou sobre o tema, foi a de 1946, após a Emenda Constitucional nº 11, que acrescentou o parágrafo segundo ao art.

Essa disposição constitucional, representa a perfeita relação que deve existir entre receita e despesa. É um poder de vedação dirigido ao legislador, de forma a manter o equilíbrio financeiro do sistema protetivo.

Inserto no Texto Constitucional em localização distinta dos demais objetivos da seguridade social²⁰⁶, previstos no parágrafo único do art. 195, esse dispositivo possui importância vital à manutenção do sistema de seguridade, devendo ser considerado como um dos princípios específicos da ordem social²⁰⁷.

Com muito acerto, o doutrinador WAGNER BALERA denominou este evidenciado princípio de regra da contrapartida²⁰⁸.

Pode-se dizer que a regra da contrapartida é um princípio de vedação constitucional ao poder de criar ou aumentar benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio.

Esse mesmo doutrinador, traça de forma deveras coerente as premissas que legitimam esse preceito, nos seguintes termos:

Com prudência, o constituinte imaginou que o sistema de seguridade social deveria merecer, com o tempo, expansão compatível com o crescimento do País e com o progresso econômico. A vida social há de caminhar no rumo da proteção integral (ideal da universalidade). As fontes de custeio existentes não podem sofrer expansão, por naturais limitações econômicas. Antevendo a necessidade de campo futuro de incidência de contribuições previdenciárias, o constituinte estabeleceu, no

157: “art. 157...§2º. Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total”.

²⁰⁶ MIGUEL HORVATH JUNIOR assevera que, “esta regra ainda que não estivesse escrita integraria o sistema previdenciário, pois um sistema cuja finalidade é assegurar proteção social, precisa primeiro obter antecipadamente os recursos para depois selecionar e quantificar os benefícios”. HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 5ª Ed – São Paulo: Quartier Latin, 2005, pag. 82.

²⁰⁷ Explica WAGNER BALERA que: “Temos considerado que, conquanto não tenha sido formalmente catalogado no lugar lógico que lhe cabia, ao lado dos princípios estampados no art. 194, parágrafo único, há outro princípio da seguridade social insculpido no Texto Fundamental. É o preceito que se acha inscrito no § 5º, do art. 195, da Constituição.” BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 160

²⁰⁸ Entende WAGNER BALERA que: “Temos considerado que essa diretriz, que denominamos regra da contrapartida, desvela a preocupação do legislador constituinte, vedando a criação de benefícios ou serviços sem previsão de fonte de custeio, com o equilíbrio financeiro do sistema de proteção social”. BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 41.

art. 195, que ‘A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção e expansão da seguridade social.’²⁰⁹.

Assim, desdobrando o preceito constitucional, pode-se dizer que não há saída de prestações previdenciárias sem que exista entrada (receitas que possibilitem o pagamento de benefícios ou serviços), ou seja, a criação ou o aumento de prestações de seguridade social somente poderá ocorrer com a respectiva fonte de custeio.

É um princípio de segurança jurídica, de modo a impedir o legislador de ampliar a proteção social sem antes buscar o instrumental financeiro.

A regra da contrapartida funciona como garantia do sistema, evitando a criação de novas contribuições sem o conseqüente aumento do nível de proteção social, bem como evita que por motivos paternalistas, eleitores, sejam criados benefícios sem suporte técnico-financeiro capazes de gerar desequilíbrio na equação financeira-atuarial sistema²¹⁰.

Por fim, note-se que esta regra é uma via de mão dupla. Assim, analisando o seu conteúdo a *contrario sensu* conclui-se que igualmente não será possível criar fonte de custeio para serviços ou benefícios inexistentes.

²⁰⁹ BALERA, Wagner. *O custeio da previdência na zona rural*. Revista de Previdência Social, São Paulo: Ltr, jun 1994, p. 437.

²¹⁰ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 5ª Ed – São Paulo: Quartier Latin, 2005, pag. 83

IV O PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO DO CUSTEIO

IV.1 Notas introdutórias

A República Federativa do Brasil, constitui um estado democrático de direito e, tendo em vista suas bases estruturantes, demanda inafastável política de tributação apta a exprimir o ideal de justiça.

Certas visões exprimem que a justiça tributária equivale simplesmente às limitações ao poder de tributar com aplicação de preceitos constitucionalmente consagrados como o princípio da legalidade (art. 150, II, da CF/88) e da segurança jurídica.

Essas limitações formais não se mostram suficientes para animar o modelo em atenção ao ideal de justiça, impõe, ainda, a repartição eqüitativa das cargas tributárias (capacidade contributiva); exercendo função transformadora da realidade social²¹¹.

Este papel mostra-se ainda mais presente no tocante às contribuições sociais, que além de custearem a seguridade social promovem indiscutível distribuição de renda, em típica função modificadora da realidade.

IV.1 Conceituação

É extremamente necessário oferecer nos estudos científicos, de modo preliminar, conceitos e definições essenciais ao posterior desenvolvimento do tema.

²¹¹ COIMBRA, Marcelo Aguiar. *Fundamentos constitucionais da justiça fiscal no campo: em defesa da tríade liberdade econômica, capacidade contributiva e preservação do meio ambiente*. In: Tributação no Agronegócio. Coord.: Eduardo de Carvalho Borges. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pág. 162.

Diante disso, verificar o conteúdo e o alcance do instituto analisado é uma tarefa essencial ao estudioso. Com essa premissa em mente, percebe-se que é impossível iniciar o estudo do tema objeto desta dissertação, sem se valer dos conceitos originários do que vem a ser equidade.

Conceituar equidade é uma tarefa deveras hercúlea. Isto ocorre, uma vez que, a equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade.

Outrossim, o conceito de equidade está intimamente relacionado às concepções jurídicas-filosóficas, de modo que não há entre os autores um certo consenso sobre ele. Isto é assim por que o termo equidade não é unívoco, pois não se aplica a uma só realidade, nem tampouco equívoco, já que não designa duas ou mais realidades desconexas, mas sim análogo, pois refere-se a realidades conexas ou relacionadas entre si²¹².

Neste diapasão, com o fito de se alcançar uma conceituação do instituto em epígrafe, buscar-se-á demonstrar de forma sintética, a evolução histórica do conceito de equidade no decorrer de algumas civilizações²¹³.

IV.1.1.1 A Equidade no Pensamento Grego (*epieikeia*)

Há certo consenso sobre o entendimento de que a Grécia é entendida como o berço da equidade. A existência das cidades-estado gregas, em primazia Atenas, levou ao desenvolvimento do estudo filosófico que, indiscutivelmente, foi a fonte inicial da equidade grega.

²¹² Sob este ângulo, a MARIA HELENA DINIZ ressalta a divergência doutrinária entre os pensamentos de Goffredo Telles Junior, Franco Montoro, Limongi França entre outros. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8ª Ed. adaptada ao novo código civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002). São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 243.

²¹³ WAGNER BALERA, ensina que analisar um instituto sob a vertente de sua história, tem por objeto “perquirir os momentos que levaram a história “mestra da vida” a configurar determinada categoria jurídica daquela e não de outra maneira” BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 141.

Na Grécia, a equidade era chamada de *epieikeia*, e manifestava a idéia de adaptação do direito ao caso²¹⁴. Consistir-se-ia, então, em uma forma do intérprete aplicar a norma jurídica de modo mais aperfeiçoado, o que pressupõe a existência de leis diferentes onde seria aplicada a mais justa.

Na filosofia jurídica grega, ARISTÓTELES foi o primeiro a desenvolver o tema, e é por isso que a ele se faz obrigatória referência quando se define a equidade como a “*justiça do caso concreto*”, atribuindo-se-lhe essa clássica definição²¹⁵.

ARISTÓTELES trata do tema em duas obras, *Ética a Nicômaco* (V. 1.137 a – 1.138 a) e *Retórica* (I, 1374 a-b).

Ensina MARIA HELENA DINIZ que desempenha a equidade “*o papel de um corretivo, de um remédio aplicado pelo julgador para sanar defeitos oriundos da generalidade da lei, pois a aplicação fiel de uma norma a um caso concreto poderia ser injusta ou inconveniente*”²¹⁶.

Percebe-se, pois, que a equidade seria, em regra, um instrumento de que deve lançar mão o intérprete, para amenizar os rigores de uma norma deveras genérica, fazendo com que esta não contrarie os reclamos da justiça. Considera, portanto, a equidade como um elemento informador da Justiça.

O posicionamento de ARISTÓTELES serve para corroborar o quanto externado, como se verifica nessa passagem de sua obra *Ética a Nicômaco*, uma vez que, ele delineia, de forma clara e precisa, a relação umbilical existente entre a justiça e a equidade, “*coisas que não parecem ser absolutamente idênticas nem diferir genericamente entre si, pois*

²¹⁴ Para FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO “*epieikeia, é um princípio de interpretação da lei positiva que permite justificadamente um comportamento que se afasta da letra, mas é conforme com a mente do legislador*”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A equidade no Código Civil Brasileiro*. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do CJF (Conselho Justiça Federal), Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pag. 17.

²¹⁵ Explica MARIA HELENA DINIZ: “*Na Grécia, Aristóteles, que, apesar de considerar a equidade como uma concepção jusnaturalista, veio a separá-la da justiça ligando-a à idéia do justo natural, definindo-a como "a justa retificação do justo, rigorosamente, legal"*”. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8ª Ed. adaptada ao novo código civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002). São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 244.

²¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8ª Ed. adaptada ao novo código civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002). São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 244.

*o equitativo, embora superior a uma espécie de Justiça, é justo; a mesma coisa, pois, é justa e equitativa e, embora ambas sejam boas, o equitativo é superior*²¹⁷.

E continua o citado autor asseverando que “*o que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda a lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta*”²¹⁸.

E finaliza com um modelo paradigmático: “*Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbias (da ilha de Lesbos): a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida (...)*”.

Isto dá ensejo a exigência de que a igualdade de todos perante a lei, sob o ponto de vista formal, não pode desconhecer a necessidade da aplicação da norma também ser materialmente justa, de acordo com as circunstâncias.

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, explica que em sua obra *Retórica*, ARISTÓTELES é mais enfático ao tratar do tema, acentuando que *o equitativo parece ser justo, mas esse é o justo que vai além da lei escrita*, por ser inviável que o legislador preveja, no texto, todas as hipóteses que a vida pode oferecer²¹⁹.

Por isso, em face do entendimento aristotélico, diz-se ser a equidade a justiça do caso concreto. Nestes termos, uma norma será equitativa quando levar em conta as especiais circunstâncias do caso e a situação pessoal dos respectivos interessados.

²¹⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1. ed. Trad. Leole Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 325.

²¹⁸ Continua o pensador: “*Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou, e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão, em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso. E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade*”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1. ed. Trad. Leole Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pag. 326.

²¹⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Equidade no Código Civil Brasileiro*. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do CJF (Conselho Justiça Federal), Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pag. 17

DE PLÁCIDO E SILVA, posiciona-se de forma semelhante ao afirmar que “a equidade é a que se funda na circunstancia especial de cada caso concreto, concernente ao que for justo e razoável²²⁰”.

Tem-se, em síntese, que ARISTOTELES separou equidade de justiça e, colocou a primeira num patamar superior a da justiça normativa, bem como, externou que a equidade servia para atenuar o rigor do direito, como uma regra proporcional da justiça, dando a cada um conforme o seu mérito.

IV.1.1.2 A Equidade no Direito Romano (*æquitas romana*)

Conforme fora demonstrado o mundo grego é o ponto de partida da reflexão sobre a equidade. Nada obstante, o corpo central da construção jurídica ocidental é o Direito romano, nas suas sucessivas fases.

Sob este ângulo, a equidade teve papel fundamental no desenvolvimento do Direito Romano. Tendo contornos indefinidos e por vezes controvertidos, a noção de *aequitas* é essencial para a compreensão do direito romano.

Aequitas significa basicamente igualdade, proporção, simetria²²¹.

Embora não fosse sinônimo, tinha um sentido próximo, paralelo ao da *epieikeia* grega, uma vez que ambas as palavras eram utilizadas com o sentido de um modelo ideal de justiça que contorna a rigidez da norma geral e abstrata.

A *epieikeia* era, precisamente, uma manifestação da Justiça; antes, um melhoramento desta, pois servia para mitigar os excessos decorrentes do seu absolutismo. A

²²⁰ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pag. 180.

²²¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pag. 180.

sua essência estava na adaptação da lei geral ao caso concreto, no substituir-se ao legislador interpretando-lhe a vontade e a orientação²²².

Enquanto a *epieikeia* grega, criava a norma como princípio ético que se identificava com a justiça, a *aequitas* romana não criava a norma, apenas adaptava o *ius* (direito) aos fatos concretos. Não era “*superior ao ius, estava nele*”²²³.

O pensamento romano, no entender de MARIA HELENA DINIZ “*mostra-nos que, já nos tempos mais antigos, nas épocas arcaica e pré-clássica, a rigidez das normas de Direito, principalmente do ius civile, era eventualmente contrariada e posta de lado em nome da aequitas, um modelo ideal de Justiça e princípio inspirador do Direito*”²²⁴.

Tem-se, de forma inafastável que a relação entre o direito (*ius*) e a *aequitas* é de contigüidade, vinculação, como se extrai no brocardo “*ius est ars boni et aequi*” o “Direito é a arte do bom e do eqüitativo”²²⁵.

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO explica que para compreender essa relação (entre *ius*) e a *aequitas*), é preciso ter em mente o contraste existente no âmbito do Direito romano entre *ius quiritium* e *ius honorarium*, isto é, entre o *persistente formalismo do Direito arcaico e a reconhecida exigência de um mais largo e livre respiro da vida jurídica*²²⁶.

O *ius quiritium* era o *ius civile*, o direito dos cives, o Direito da época arcaica, o qual era rígido, fechado, primitivo. O *ius honorarium*, por sua vez, era o Direito criado pelos magistrados com a finalidade de ajudar, integrar ou corrigir o *ius civile*, por motivo de utilidade pública. O *ius honorarium* ou *ius praetorium* difere, assim, do *ius civile*, mas não o derroga; completa-o, *adaptando a estática do ius civile à dinâmica das condições sociais e econômicas*. Concretamente, o pretor obtém esse resultado admirável de permanente e

²²² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Equidade no Código Civil Brasileiro*. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do CJF (Conselho Justiça Federal), Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pag. 20

²²³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Equidade no Código Civil Brasileiro*. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do CJF (Conselho Justiça Federal), Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pag. 20

²²⁴ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8ª Ed. adaptada ao novo código civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002), São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 246.

²²⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pag. 180.

²²⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Equidade no Código Civil Brasileiro*. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do CJF (Conselho Justiça Federal), Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pag. 21

fecunda adaptação mediante expedientes próprios, baseados ora no seu *imperium*, ora na sua *iurisdictio*. A contribuição do *ius honorarium* foi assim decisiva. Por meio de *edictos*, o pretor criava um Direito de equidade que, paulatinamente, superava o rigor do *ius civile* arcaico, suprimindo-lhe as lacunas e reformulando-o²²⁷.

No entender de MARIA HELENA DINIZ, para os romanos, a equidade correspondia à justiça, distinguindo-se em *aequitas naturalis* e *aequitas civilis* sendo que a primeira seria a justiça absoluta ou ideal, que o direito tinha por objetivo precípua atingir, e a segunda, que, como elemento integrante da primeira, era a aplicada pelos pretores (*aequitas praetoris*), sendo assim o direito vigente. De forma que o suprimento da justiça, contida na lei, era feito pela equidade, que, semelhante à justiça seria sob certos aspectos mais extensa. A "equidade", bem delineada e definida, projetava-se, portanto, no *Corpus Juris*²²⁸.

Era, portanto, a equidade romana uma idéia extremamente variável, que impedia a cristalização do Direito em fórmulas definitivas, e que se manifestava de modo objetivo, em um conjunto de regras com a função de interpretar e complementar o Direito legislado²²⁹.

IV.1.1.3 A Equidade na Idade Média e na Idade Moderna

A partir da Idade Média prevaleceram-se as idéias de SÃO TOMAS DE AQUINO, uma vez que, baseado em ARISTÓTELES, desenvolveu o conceito de equidade aplicado ao contexto cristão.

O pensamento de SÃO TOMAS DE AQUINO ligou a equidade a algo útil para a aplicação do direito. A equidade também obteve sinônimo de virtude e de prudência; ou seja, julgar mais justamente.

²²⁷ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Equidade no Código Civil Brasileiro*. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do CJF (Conselho Justiça Federal), Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pag. 21

²²⁸ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito. 8ª Ed. adaptada ao novo código civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002)*, São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 243.

²²⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Equidade no Código Civil Brasileiro*. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do CJF (Conselho Justiça Federal), Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pag. 22

Sob esta mesma vertente a doutrinadora MARIA HELENA DINIZ explica que:

São Tomás de Aquino retomou a noção de equidade de Aristóteles, ao afirmar: "os atos humanos, que devem ser regulado pelas leis, são particulares e contingentes e podem variar ao infinito. Por isso, não é possível criar qualquer lei que abranja todos os casos; os legisladores nada podem fazer, pois legislam tendo em vista o que sucede com maior frequência. Seria, contudo, ir de encontro à igualdade e ao bem comum que a lei visa, observá-los em determinados casos. Assim, a lei dispõe que os depósitos sejam restituídos, porque isto é justo na maioria dos casos; mas, em outros, pode ser nocivo. Por exemplo, se um louco, que deu em depósito uma espada, a exige em acesso de loucura, ou se alguém exige um depósito para lutar contra a Pátria. Nesses e em outros casos semelhantes, seria um mal observar a lei estabelecida; nem seria, ao contrário, bom, pondo de lado suas palavras, observar o que reclamam a idéia de justiça e a utilidade comum. E com isto se harmoniza a *Epieiqueia*, que nós chamamos de "equidade".²³⁰

Além da concepção aristotética-tomista (direito natural e equidade preponderante), a equidade cristã (*aequitas canonica*) recebeu influência da concepção romana e da patrística, de a equidade pode influir na norma legal de duas formas distintas: a primeira seria no âmbito informativo e inspirador; ou seja, a equidade pode influenciar uma lei, e um exemplo disso é a própria legalização de seu uso pela norma legal²³¹.

Outrossim a equidade passou a regular o poder de liberdade de escolha que o juiz passou a ter no direito moderno. Com isso ele não poderia usar esse poder em livre arbítrio, tendo que seguir os princípios da moralidade e legalidade.

Isso não impediu, todavia, que diminuísse a importância da concepção greco-romana da equidade, em prol do Direito legislado.

A partir desta concepção as leis, no papel de regulamentação geral, abstrata e assente, atenderiam melhor aos problemas da sociedade nascida com a revolução comercial e industrial.

²³⁰ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8ª Ed. adaptada ao novo código civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002), São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 245.

²³¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A equidade no Código Civil Brasileiro*. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do CJF (Conselho Justiça Federal), Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pag. 22.

O absolutismo dos reis chega, inclusive, a reprovar os abusos cometidos em nome da equidade, registrando-se que uma *Ordonnance* civil de 1667 proibiu expressamente, na França, o recurso à equidade. *Dieu nos garde de l'équité des Parlements* era um adágio do *ancien droit* que sempre orientou a jurisprudência da Corte de Cassação francesa, impedindo a integração normal da equidade no sistema jurídico francês dos séculos XVIII e XIX²³².

Passando à idade moderna, a racionalização do Direito, de que o mais flagrante efeito é o processo de codificação, e o positivismo jurídico (o Direito como conjunto de ordens ou comandos, emanados do Estado e providos de sanção) levaram ao primado do Direito legal e, conseqüentemente, à diferenciação da *aequitas* em relação ao *ius*. Isso tornou difícil a reconstrução da equidade como conceito unitário, pois que *ius* e *aequitas* se opunham²³³.

Superou-se, porém, esse dualismo com a influência ou o exemplo do Direito romano, em que o pretor utilizava a equidade para corrigir o Direito Civil. Sua função passou a ser reconhecida como a de complementar a lei e o próprio Direito, deixando de ser externa ao sistema de Direito e chegando mesmo a integrá-lo. Sua essência era, como sempre, a idéia de proporcionalidade²³⁴.

Realizado esse breve excursus histórico, verifica-se que à equidade se têm atribuído diversos significados, na Filosofia e no Direito, que fundam-se, essencialmente, na idéia de princípio, no sentido de postulado ético que deve inspirar todo o sistema jurídico, recomendando ao intérprete e ao legislador a busca de um equilíbrio entre a segurança e a justiça, adaptando o direito à complexidade e à diversidade das circunstâncias que a realidade apresenta.

IV.1.1.4 Do conceito jurídico de Equidade

²³² DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8ª Ed. adaptada ao novo código civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002), São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 249.

²³³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A equidade no Código Civil Brasileiro*. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do CJF (Conselho Justiça Federal), Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pag. 23.

²³⁴ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8ª Ed. adaptada ao novo código civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002), São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 250

Conforme outrora asseverado, a polissemia do instituto da equidade, aliado a ausência de uma conceituação legal, delegou à doutrina oferecer aos operadores do direito uma proposta de conceito operacional para a categoria equidade.

Para ORLANDO GOMES, sob o ângulo de aplicação da norma *"a eqüidade tem a função de temperar a rigidez da norma escrita, razão pela qual é critério de aplicação da lei"*²³⁵.

O doutrinador ANTONIO MACHADO PAUPÉRIO afirma que *"nem sempre a justiça atende a todos os imperativos humanos. Muitas vezes, as circunstâncias particulares exigem um complemento aos princípios de justiça ou de direito aplicáveis à espécie. Tal complemento é a eqüidade"*²³⁶.

Por sua vez, o professor TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR registra que, ao seu entender a equidade, não se trata de *"um princípio que se oponha à justiça, mas que a completa, a torna plena. Da mesma forma que os princípios gerais, a eqüidade tem no sistema dinâmico uma função metalingüística. Ela responde pela estrutura de concretização do direito"*²³⁷.

Sem divergir do alegado, JOHN RAWLS defendeu que a idéia intuitiva da justiça como eqüidade é considerar que os princípios primordiais da justiça constituem, eles próprios, o objeto de um acordo original em uma situação inicial adequadamente definida, portanto, *"na justiça como eqüidade o conceito de justo precede o de bem e essa prioridade do justo em relação ao bem acaba sendo a característica central da concepção de justiça como equidade"*²³⁸.

Sob o mesmo ângulo, PAULO FERREIRA DA CUNHA cunhou, com lapidar sabedoria que:

²³⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Atual. Humberto T. Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1996. pag. 51.

²³⁶ PAUPÉRIO, Antonio Machado. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. pag.63.

²³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1990, p. 248.

²³⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pag.. 127/128.

"a justiça dos maus não pode vencer a justiça dos bons só porque tem melhor equipe. A justiça das pessoas comuns não pode pressupô-las más e tratar as más como se boas fossem. O Direito tem que tomar partido dos bons contra os maus e tratar o igual igualmente e o desigual desigualmente, na medida da sua desigualdade. Isso é eqüidade e é justiça²³⁹".

Percebe-se, a posição unânime dos doutrinadores no sentido de aceitar a eqüidade como um elemento da justiça em face aos conceitos de geral e abstrato da lei.

Assim, há que se entender que, em nosso ordenamento jurídico, deve-se sempre ser buscada e aplicada a solução mais justa e eqüitativa, para atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, sendo um corolário, portanto, de justiça.

Deve-se buscar, neste íterim, meios amplos para agasalhar a forma justa de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas igualdades e desigualdades.

IV.2 A equidade na Seguridade Social na Constituição Federal de 1988

Um dos sustentáculos da Ordem Social, talvez o primeiro deles, é a Seguridade Social, a qual, dentro do Estado de Direito estabelecido pela Constituição Federal Brasileira de 1988, deve ser assegurada pelos Poderes Públicos em conjunto com toda a sociedade. Conforme já externado anteriormente, seu princípio fundamental, portanto, é a universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, inciso I da CF de 1988) .

Todavia, para que se possa concretizar os ideários de bem estar e justiça social (objetivos últimos da Ordem Social), mister se faz guarnecer o sistema de Seguridade Social dos recursos financeiros necessários a essa missão fundamental.

Neste íterim, o legislador constituinte plasmou no texto da Norma Fundamental objetivos (princípios) específicos, que regem o modelo de financiamento da

²³⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Princípios de direito*. Rio de Janeiro: Resenha jurídica, 1998, pag. 113.

seguridade, entre eles o da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V da Constituição da República Federativa de 1988)²⁴⁰.

Dentro do princípio (utópico) de que todos devem custear a Seguridade Social²⁴¹ para que também todos possam ser abrangidos pelos benefícios que ela oferece - saúde, previdência e assistência social - o legislador constituinte estabeleceu o citado princípio como norteador do financiamento do sistema.

A Lei Suprema em seu artigo 195 convoca toda sociedade a participar do financiamento da seguridade social, tendo como objetivo maior, alcançar de maneira mais plena o bem-estar e a justiça sociais, o referido artigo preceitua:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

²⁴⁰ 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.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

V - equidade na forma de participação no custeio;

²⁴¹ É previsto de forma expressa no texto constitucional, mais precisamente no *caput* art. 195, que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A interpretação conjunta das disposições do art. 194, inciso V e 195 da Constituição, dão ensejo ao entendimento de que o princípio constitucional da equidade na forma de participação no custeio, pressupõe a responsabilidade pelo sustento da Seguridade Social, na proporção em que seus participantes puderem contribuir.

Conforme ensina WAGNER BALERA, “o constituinte determina que cada qual deve contribuir com base na diretriz genérica da: equidade na forma de participação no custeio²⁴²”.

Com base na equidade deverá ser promovido o ideal da solidariedade, ou seja, deve-se extrair recursos daqueles considerados mais afortunados repassando-os aos que nada têm.

Assim, cada grupo de contribuintes tratado isonomicamente, contribuirá equitativamente para a Seguridade Social, de acordo com a sua capacidade contributiva.

Por esta razão constitucional é possível estabelecer alíquotas diversas para as contribuições sociais destinadas ao financiamento da Seguridade Social, com a conseqüente distinção entre os diversos grupos de pessoas jurídicas e de diversas pessoas físicas também contribuintes.

Todavia, tais distinções possuem limites que devem ser respeitados pelos legisladores e aplicadores da norma.

Sob este ângulo, o mestre GERALDO ATALIBA, já alertava que parece de total evidência é que a lei não poderá - sob pena de inconstitucionalidade - estabelecer encargos dessa natureza (contribuições) para os integrantes de uma coletividade, retirando-a de outra, sem que haja correlação entre ambas, ou entre elas e a atividade sustentada pelos recursos assim auferidos. Nem pode impor contribuição a uma espécie ou faixa de pessoas, para ocorrer a despesas com outra categoria, sem a evidente presença de nítida correlação

²⁴² BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 89

entre contribuintes e beneficiários, destinatários da atividade ou organismo assim custeado. Essa é nossa convicção, já há muito tempo²⁴³.

É que a equidade relaciona-se diretamente com o justo, suprimindo a generalidade da norma, a qual muitas vezes se mostra insuficiente em razão de seu caráter universal, quando então, é preciso pautar-se pelo justo, não no sentido objetivo de justiça, mas no sentido do justo com igual proporção.

Ressalta WAGNER BALERA que *“há que se encontrar, pois, a justa proporção entre as quotas com que cada um dos atores social irá contribuir para a satisfação da seguridade social”*²⁴⁴.

E continua o citado Professor *“a equidade é um critério da justiça, assim sendo, caberá ao legislador formular, de modo eqüitativo, o esquema de contribuições que custearão a seguridade social.”*²⁴⁵

Conforme demonstrado na análise histórica do instituto em tela, quando a equidade adequa a lei ao caso concreto, cumpre sua essencial função. E é neste momento, que se pode vislumbrar, tal como ARISTÓTELES, a equidade como a melhor espécie de justiça.

Como o próprio ARISTÓTELES denunciou, a justiça legal, admite imperfeições, mas tendo-se em vista a manutenção do ideal da justiça, a equidade atua como instrumento de correção das imperfeições na aplicação da lei²⁴⁶.

MIGUEL REALE, com base nos ensinamentos de ARISTÓTELES, aduz que:

“a equidade visa a realizar a justiça in concreto, quer dizer, um complexo de valores ético-sociais, tendo como base o valor da igualdade, a fim de que a rígida aplicação

²⁴³ ATALIBA, Geraldo e J.A. Lima Gonçalves. *Contribuição – Empresa Urbana não é contribuinte do Funrural*. Revista de Direito Tributário nº 54, São Paulo: Malheiros, 1990, pag. 187.

²⁴⁴ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 133

²⁴⁵ BALERA, Wagner. *A seguridade social na constituição de 1988*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1988,

²⁴⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1. ed. Trad. Leole Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 336.

da regra do direito, dada a sua abstração e generalidade, não conduza a uma solução incompatível com os fins mesmos que ela almeja atualizar²⁴⁷”.

Sem divergir do alegado MIGUEL HORVATH JUNIOR externa de forma sintética, porém precisa, que *o princípio da equidade pode ser entendido como justiça e igualdade na forma de custeio*²⁴⁸.

Explica a doutrinadora MISABEL ABREU DE MACHADO DERZI que, *“desde Aristóteles, Platão, até os éticos, aos juristas e filósofos de nosso tempo, falar sobre equidade é falar também sobre justiça distributiva. Nesse sentido, entendo, que aos iguais devem caber parcelas iguais, nas coisas a serem partilhadas, nas honras e nas riquezas*²⁴⁹”.

Sob o ponto de vista de ANA PAULA ORIOLLA MARTINS embora exista *“uma diferenciação extremamente tênue entre a equidade e a justiça, o que de fato proporciona em certa acepção a identidade entre os dois termos; a equidade suplanta a justiça, quando atua como critério corretivo desta*²⁵⁰.

DE PLÁCIDO E SILVA, posiciona-se de forma semelhante ao afirmar que *“a equidade não é a justiça. Compõem o conceito de uma justiça fundada na igualdade, na conformidade do próprio princípio jurídico e em respeito aos direitos alheios*²⁵¹.

Sob essa vertente da equidade entendida enquanto justiça, resta como inabalável que, quanto maior capacidade econômica²⁵² revelar o contribuinte, maior deve ser

²⁴⁷ REALE, Miguel. *A equidade no direito do trabalho*. Revista da Faculdade de Direito, v. LXIX - fase. 974, p. 12.

²⁴⁸ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. Revista EPD – Escola Paulista de Direito, Ano 02 nº 02 (mar./ab. 2006), São Paulo: Escola Paulista Direito, 2006, pag. 247/248

²⁴⁹ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *V Congresso Brasileiro de Direito Tributário – transcrições*. Revista de Direito Tributário nº 56, São Paulo: Malheiros, 1991, pag. 162.

²⁵⁰ MARTINS, Ana Paula Oriola. *O Princípio da Equidade um dos pilares do sistema de seguridade social*. Estudos em homenagem ao professor Wagner Balera, São Paulo: Moreau Advogados, 2003, pag. 14.

²⁵¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pag. 180.

²⁵² Muitos autores fazem a distinção do conceito de capacidade contributiva e do conceito de capacidade econômica. As referidas expressões, muitas vezes, são usadas de forma geral como sendo equivalentes. O texto constitucional do art. 145, §2º se utiliza da expressão "capacidade econômica", e para YVES GANDRA DA SILVA MARTINS, o constituinte incorreu em um equívoco: *“À luz de tal distinção, percebe-se que o constituinte pretendeu, ao mencionar a capacidade do contribuinte, referir-se à sua capacidade contributiva e não à sua capacidade econômica, nada obstante o núcleo comum de ambas, que implica densidade econômica capaz de suportar a imposição*”. MARTINS, Yves Gandra. *Caderno de Pesquisas Tributárias Vol. 14 – Capacidade Contributiva*, p. 34. A diferença entre as duas expressões, para muitos, deve ser enfatizada. Embora ambas constituam a dimensão da capacidade de pagar tributos do contribuinte, as mesmas não se confundem.

a quota que lhe caberá verter para o fundo social destinado a financiar as prestações da seguridade social.

E na busca do ideário da universalidade da cobertura e do atendimento, quem não detenha qualquer capacidade econômica, como o desamparado, não verterá nenhuma contribuição, o que não lhe retira a qualidade de beneficiários do plano²⁵³.

Sem divergir do alegado, WAGNER BALERA exterioriza que, observada a diretriz constitucional da equidade, nem seria descabida a hipótese de virem a ser considerados isentos de contribuição trabalhadores situados em faixas salariais inferiores ou em situação de dificuldade temporária, como é plenamente equânime a imunidade com que o Texto Magno protege os benefícios da aposentadoria e da pensão²⁵⁴.

E continua o supracitado estudioso asseverando que, se deve falar, no primeiro caso, em isenção, o que significa que a incidência da contribuição ocorrerá tão logo a capacidade econômica do trabalhador atinja certo patamar, a ser legalmente definido, ou a partir do momento em que cessem as dificuldades temporárias que deram ensejo à incidência da norma de exoneração fiscal.²⁵⁵

Ainda sob esse mesmo ângulo interpretativo SACHA CALMON NAVARRO COELHO explica que “*ademais, mesmo os “não segurados” (terminologia arcaica e incorreta) ou seja, os que nada contribuem, se necessitados, devem ser assistidos pela Seguridade, a qual, segundo a Constituição, é universal e deve ser sustentada por todos (art. 194 e ss. da CF*²⁵⁶).

PAULO AIRES BARRETO, externa que “A capacidade contributiva é a capacidade do contribuinte relacionada com a imposição do ônus tributário. É a dimensão econômica particular da vinculação do contribuinte ao poder tributante, ao Estado, de forma geral. Por sua vez, a capacidade econômica é a exteriorização da potencialidade econômica de uma pessoa em razão de seus rendimentos, independente de sua vinculação ao referido poder”. BARRETO, Paulo Aires. *Contribuições: Regime Jurídico, Destinação e Controle*. São Paulo: Noeses, 2006, pag. 43

²⁵³ MARTINS, Ana Paula Oriola. *O Princípio da Equidade um dos pilares do sistema de seguridade social*. Estudos em homenagem ao professor Wagner Balera, São Paulo: Moreau Advogados, 2003, pag. 13.

²⁵⁴ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 132

²⁵⁵ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 133

²⁵⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Estudo Breve sobre contribuições sociais às luzes da constituição de 1988*. Revista de Direito Tributário nº 60, São Paulo:Malheiros, 1992, pag. 102/103

MOZART VICTOR RUSSOMANO recorda que, na evolução normal do sistema de seguridade, o financiamento há de ser exclusivamente estatal. Esse é o avanço em face do primitivo modelo do seguro social²⁵⁷.

É importante frisar, porém, que o objetivo mestre da Seguridade Social a ser alcançado é o da universalidade da cobertura e do atendimento, enquanto ideário da proteção social plena. Ocorre que, em contrapartida, não fora universalizada pelo constituinte, ainda, o modo de financiamento do sistema²⁵⁸.

Este fato, conseqüentemente, é um obstáculo aos fins últimos da ordem social, ou seja, a concretização do bem estar e da justiça social²⁵⁹.

Considerando-se que a justiça social se realiza quando há aplicação efetiva dos direitos sociais preconizados em nossa Constituição Federal, nota-se claramente que a justiça, não é algo definível de modo abstrato, ou tão pouco um ideal utópico a ser esquecido²⁶⁰.

Ao consagrar-se a justiça como a gênese do desenvolvimento social, tem-se na equidade o instrumento viabilizador da Seguridade Social. A equidade funciona, como um grande extensor das estacas da justiça, tomando para si, o essencial papel de morada da justiça²⁶¹.

Em suma, o custeio não pode ser mais um entrave à seguridade. Ele há de ser, sim, meio indispensável para que aquela seja atingida o quanto antes²⁶².

²⁵⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*, Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1983, p. 56.

²⁵⁸. Explica WAGNER BALERA que: “É importante salientar quando se cogita dos recursos da seguridade social que o constituinte, ainda que tenha catalogado como primeiro dos objetivos do sistema o da universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I), não universalizou o modo de financiamento. Essa universalização consagraria o modo indireto de financiamento, mediante o qual as receitas de seguridade social são hauridas do orçamento geral do Estado, que é constituído de tributos vertidos por toda a sociedade”. BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 39

²⁵⁹ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

²⁶⁰ BALERA, Wagner. *Introdução à Seguridade Social*, in *Introdução ao Direito Previdenciário*. LTr, São Paulo, 1998, p. 26.

²⁶¹ MARTINS, Ana Paula Oriola. *O Princípio da Equidade um dos pilares do sistema de seguridade social*. Estudos em homenagem ao professor Wagner Balera, São Paulo: Moreau Advogados, 2003, pag. 12.

²⁶² BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 134

Se a equidade na forma de participação do custeio, enquanto diretriz da seguridade social tem por escopo a promulgação da justiça sob o ângulo do financiamento do plano, mister se faz sua aplicação sem ressalvas. Em outras palavras, em nosso sistema jurídico, a Justiça é o fim da Ordem Social, e a Seguridade Social é o modelo protetivo que se destina a institucionalizar os seus preceitos.

Isto posto, percebe-se que o princípio da equidade exige uma isonomia redutora das desigualdades, e é neste momento que o ideário da justiça, enquanto um dos fins últimos da ordem social, é plenamente reafirmado.

IV.2.1 A equidade como uma faceta da Isonomia

Conforme anteriormente asseverado, ainda que o princípio da isonomia não se manifeste expressamente dentre os objetivos (princípios) traçados no artigo 194 da Magna Carta, permeia o texto constitucional em diferentes facetas, podendo-se afirmar que o enunciado ora em debate dele é corolário²⁶³.

Numa primeira análise, contudo, questiona-se se diante da previsão constitucional do Princípio da Isonomia, insculpido no artigo 5º *caput* da Superlei, ainda seria necessário fixar a regência do Princípio da Equidade²⁶⁴.

Conforme demonstrar-se doravante, os dois supracitados princípios são complementares, porém diversos na ordem em que exaram seus efeitos.

²⁶³ JORGE MIRANDA, externa que, “desde o preâmbulo e depois em vários preceitos constitucionais, há disposições dirigidas ao Legislador, aos operadores do Direito e a toda sociedade, todas buscando assegurar a igualdade não apenas no campo abstrato da norma mas também na realidade concreta”. MIRANDA, Jorge et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Forense, 2009, pag. 2155.

²⁶⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

“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.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

V - equidade na forma de participação no custeio”;

O Princípio da Isonomia traz a igualdade jurídica entre os homens, ou melhor, a igualdade perante a norma, como etimologicamente pode ser verificado: *isonomia* (*palavra de origem grega - isos = igual + nomos = norma*²⁶⁵).

Já o Princípio da Equidade no custeio, tem no seu arcabouço a isonomia, de que todos são iguais perante a norma jurídica, ou seja que todos devem contribuir para a Seguridade Social. Todavia, pode haver uma proporção desigual nessa contribuição²⁶⁶.

Explica WAGNER BALERA que a equidade no custeio (art. 194, parágrafo único, V), “*é a dimensão específica da isonomia na seara previdenciária. A isonomia é a principal garantia constitucional. Todas as demais com ela se relacionam direta ou indiretamente*”²⁶⁷.

Conforme ensina o citado mestre “*o custeio, por conseguinte, deve conformar o esquema de contribuições ao critério supremo da isonomia entre os diferentes contribuintes*”.²⁶⁸

Assim, a equidade na forma de participação do custeio, prevista no artigo 194, parágrafo único, inciso V, da Carta Magna, como decorrência da isonomia, exige da lei, tanto a ser editada quanto a ser aplicada, a não discriminação daqueles que se encontrem em situação jurídica equivalente e, a *contrario sensu*, trate diferentemente os que se achem em situação jurídica diversa, na medida de suas desigualdades²⁶⁹.

Efetivamente, na medida em que o tratamento igual dos cidadãos desdobra-se na necessidade de proceder-se desigualdades, com a isonomia adquirindo faceta de um dever de discriminar, resta como indispensável ao intérprete, como assevera JOAQUIM JOSÉ

²⁶⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pag. 525.

²⁶⁶ MARTINS, Ana Paula Oriola. *O Princípio da Equidade um dos pilares do sistema de seguridade social*. Estudos em homenagem ao professor Wagner Balera, São Paulo: Moreau Advogados, 2003, pag. 13.

²⁶⁷ BALERA, Wagner. *Contribuições Sociais*. Revista de Direito Tributário nº 60, São Paulo:Malheiros, 1992, pag. 112/113

²⁶⁸ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 89

²⁶⁹ JORGE MIRANDA explica que: “*Por isso que, em matéria tributária, há alguns dispositivos constitucionais visando dar igual tratamento aos contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (p. ex., art. 145, §1º, 150, II, art. 151, I e II, art. 152 e art. 195, §9º, todos da Constituição, embora os termos empregados para definir a igualdade sejam variações de seu sentido, como uniformidade, p. ex.)*”. MIRANDA, Jorge et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Forense, 2009, pag. 2155.

GOMES CANOTILHO, determinar "o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma justa?, bem como qual é o critério de valoração para a relação de igualdade? indagações cujas respostas, em última análise, nos levarão ao específico conceito de isonomia, prestigiado por nosso ordenamento²⁷⁰".

Conforme os ensinamentos de JORGE MIRANDA, o princípio da igualdade é facilmente compreendido no valor ou idéia de tratar o igual de modo desigual e o desigual de maneira desigual, na medida da desigualdade, mas os problemas começam na definição específica de quem é efetivamente igual e desigual, agravando-se na mensuração do tratamento desigual de promover a igualdade entre desiguais²⁷¹.

Neste ínterim, assevera-se que o equânime é o que se tem por justo e justiça é dar tratamento desigual aqueles que se encontram em situação desigual²⁷².

GERALDO ATALIBA e JOSÉ ARTUR DE LIMA GONÇALVES externam que, "por imperativo do princípio constitucional de isonomia, é preciso que haja uma correlação lógica entre os beneficiários dos recursos e os contribuintes"²⁷³.

A necessária congruência estrutural entre isonomia e equidade exige ponto de equilíbrio entre a capacidade econômica do contribuinte e o esforço financeiro que dele será cobrado para a constituição do fundo comum de proteção social²⁷⁴.

A articulação racional entre as bases estruturais da seguridade social e a isonomia retorna à cena quando se cuida do critério que deve nortear a definição normativa dos recursos que irão alimentar o sistema, permitindo a respectiva implementação²⁷⁵.

²⁷⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, pág. 167.

²⁷¹ MIRANDA, Jorge et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Forense, 2009, pág. 2155.

²⁷² Frise-se que toda e qualquer discriminação é consentânea ao conceito de isonomia (e, portanto, justa) na medida em que seja fundamentada no plexo de princípios fundamentais que, conjugados com as regras jurídicas, compõem o sistema do direito positivo brasileiro. Ou, nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando a discriminação "seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação do tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público." MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 41.

²⁷³ ATALIBA, Geraldo e J.A. Lima Gonçalves. *Contribuição – Empresa Urbana não é contribuinte do Funrural*. Revista de Direito Tributário nº 54, São Paulo: Malheiros, 1990, pag. 187.

²⁷⁴ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 22

²⁷⁵ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 22

WAGNER BALERA explica que equidade objetiva fazer com que o Estado se aproprie de parte dos bens e direitos do contribuinte com certa isonomia, além disso, que a isonomia seja diferenciada em ordem aos riscos da atividade econômica desenvolvida pelos contribuintes. Observando a mesma ordem de grandeza que lhe adjudicou certa capacidade contributiva exigese dele certa solidariedade social²⁷⁶.

Dessa forma, o princípio da equidade no custeio, sob a égide da isonomia, visa ao estabelecimento de quotas diferenciadas das contribuições para a seguridade social, distinguindo, tanto, as pessoas, físicas e jurídicas, com maior ou menor poder aquisitivo.

Partindo-se dos ideais de República e de democracia de direito, prestigiando a isonomia diante da lei, GERALDO ATALIBA explica que se impõe ao Estado que atue positivamente para a erradicação das injustiças sociais, realizando isonomia, num legítimo dever de discriminação voltado a eliminar os desequilíbrios sociais:

Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em *República*, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem - seja de modo direto, seja indireto - a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condição da ereção do regime. Que dessem ao Estado - que criaram em rigorosa isonomia cidadã - poderes para serem usados criando *privilégios* engendrando desigualdades, favorecendo grupos ou pessoas, ou atuando em detrimento de quem quer que seja. A *res publica* é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebe devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade se não fosse marcada pela igualdade²⁷⁷.

ANA PAULA ORIOLA MARTINS entende, por sua vez, que a “*equidade está, assim, acima da isonomia, pois relaciona-se ao justo especificamente, fugindo da generalidade da igualdade perante a norma*”²⁷⁸.

²⁷⁶ BALERA, Wagner. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética / Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. – ICET, 2003, pag. 563.

²⁷⁷ ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, pag. 160.

²⁷⁸ MARTINS, Ana Paula Oriola. *O Princípio da Equidade um dos pilares do sistema de seguridade social*. Estudos em homenagem ao professor Wagner Balera, São Paulo: Moreau Advogados, 2003, pag. 14.

Percebe-se, pois, a primazia da equidade, inclusive perante a igualdade (na seara da seguridade social), uma vez que, não basta que o tratamento entre os diferentes atores sociais seja idêntico/isonômico, é necessário ir além, realizar as desigualações com a marca da justiça.

Assim, o custeio enquanto elemento imprescindível, não pode representar um obstáculo à seguridade social, mas sim, a égide para que esta subsista como âncora da Ordem Social.

Reitere-se novamente que, a Ordem Social, deve estar estruturada sobre normas que viabilizem a realização do bem-estar e da justiça sociais, que conforme outrora afirmado são bases essenciais a concretização da seguridade social.

Em síntese, valendo-se dos ensinamentos de WAGNER BALERA resta claro que, *“para que se mostre conforme com a isonomia a norma que trata dos recursos deve impor: equidade na forma de participação no custeio”*²⁷⁹.

IV.2.2 Aspectos que delimitam o conceito da Equidade na Seguridade

Conforme deveras já reiterado, conceituar equidade é uma tarefa de dificuldades relevantes ao hermeneuta.

Nestes termos, quando da análise mais pormenorizada do instituto da equidade, em sua específica dimensão de afetação ao universo da seguridade social, verifica-se a existência de características particulares, que lhe dão um tom diferente dos conceitos originários outrora demonstrados.

Dessa forma, tendo em vista necessário rigor que permeia um trabalho científico, mister se faz identificar esses critérios, aspectos ou elementos que trazem as especificidades do instituto em análise.

²⁷⁹ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 22

Assentadas essas premissas, é importante frisar que, no tocante aos tributos, a equidade se expressa por meio de dois aspectos, dentre os quais o primeiro é a capacidade contributiva.

Sob esse ângulo, WAGNER BALERA explica que, “*quanto maior capacidade contributiva revelar o contribuinte, maior deve ser a quota que lhe cabe verter para o fundo social destinado a financiar as prestações*²⁸⁰”.

Deveras, conforme previsão do artigo 145, §1º da Constituição Federal, os impostos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, significando dizer que a lei tratará de modo equânime os fatos econômicos de mesma envergadura.

O segundo aspecto de composição da equidade na forma de participação do custeio é a necessária correlação que deverá existir entre risco e contribuição previdenciária.

Não divergindo do alegado, WAGNER BALERA afirma que “*deve existir, ainda, certa relação entre os riscos inerentes à atividade econômica e as contribuições devidas, de tal modo que, quanto maior o risco, maior deve ser o tributo social*²⁸¹”.

Neste diapasão, identificados os aspectos que delimitam os contornos específicos do objetivo (princípio) da equidade na forma de participação do custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V da Carta Magna), passasse a analisá-los de forma individualizada.

IV.2.3 Capacidade Contributiva

Toda pessoa que possui capacidade contributiva possui capacidade para ser sujeito passivo tributário²⁸². O tributo é um dever e tem como finalidade captar recursos para os cofres públicos, sob este ângulo, tem natureza econômica, patrimonial.

²⁸⁰ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 159

²⁸¹ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 159

²⁸² ROQUE ANTONIO CARRAZZA externa que “*a hipótese de incidência dos impostos deve descrever fatos que façam presumir que quem os pratica, ou por eles é alcançado, possui capacidade econômica, ou seja, meios financeiros capazes de absorver o impacto deste tipo de tributo.*” CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18ª ed. rev. ampliada. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pag. 87.

Os cidadãos devem contribuir para a manutenção do Estado, para que este possa atingir os seus fins, devendo esta contribuição operar-se na medida do possível, na proporção de suas respectivas capacidades.

O doutrinador ALIOMAR BALEEIRO, externa que o embrião da idéia de capacidade contributiva no direito brasileiro estava no artigo 179, inciso XV, da Constituição do Império de 1824. Inserido no Título 8º, que dispunha sobre as "*Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*", citado dispositivo, enunciava que:

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

(...)

XV. Ninguém será exempto de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres²⁸³.

Ocorre que os textos constitucionais posteriores, não traziam nenhum enunciado similar ao acima transcrito. Foi, todavia, na Constituição de 1946 que o princípio da capacidade contributiva consagrou-se expressamente no direito positivo brasileiro, na redação do seu artigo 202, *in verbis*:

Art. 202. Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.

Após a revogação pela Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, o princípio da capacidade contributiva não foi previsto de forma expressa na Constituição de 1967, nem tampouco na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que perpetrou reforma quase integral ao documento de 1967 (sendo, não raro, apontada pela doutrina como a Constituição de 1969).

²⁸³ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder Tributário*. Atual. Mizabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pag. 687.

A capacidade contributiva retornou aos textos constitucionais²⁸⁴ e encontra-se insculpida na Carta Magna Federal da República Federativa de 1988, conforme se extrai das disposições do art. 145, §1º, *in verbis*:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O Princípio da Capacidade Contributiva é um instituto que serve de norte a criação de tributos impondo a inafastável observância da capacidade do contribuinte de recolher aos cofres públicos.

Sob este auspício, quanto maior for a capacidade econômica de uma determinada pessoa, maior será a sua capacidade contributiva. Nestes termos, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, possua mais, proporcionalmente, recolha mais tributos do que quem tem pouco.

Assim, quem possui maiores signos presuntivos de riqueza deve, em termos proporcionais, recolher mais tributos do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, o primeiro deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. Destarte, os indivíduos devem pagar tributos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza²⁸⁵.

²⁸⁴ LUCIANO AMARO, sob a mesma égide externa que: "O velho princípio da capacidade contributiva, que desaparecera de nossa Constituição de 1967 (embora, como princípio geral de direito tributário, tenha permanecido implícito no sistema), ressurgiu no Texto de 1988, ao lado do princípio da personalização. Aquele brocardo quer de cada um o tributo adequado à sua capacidade contributiva ou capacidade econômica, traduzindo-se na aplicação do milenar princípio *suum cuique tribuere*." AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pag. 136.

²⁸⁵ ALFREDO AUGUSTO BECKER, ao seu turno, formula incisivas críticas ao princípio: "Tomada em si mesma, a locução 'capacidade contributiva' - salienta Emilio Giardina - significa apenas: possibilidade de suportar o ônus tributário. Dizer que as despesas públicas devem ser partilhadas entre os contribuintes conforme as respectivas possibilidades de suportar o peso do tributo, é incorrer numa tautologia: as palavras 'capacidade contributiva', sem alguma outra especificação, não constituem um conceito científico. Elas nem oferecem um metro para determinar a prestação do contribuinte e para adequá-las às prestações dos demais; nem dizem se existem e qual seja o limite dos tributos. Esta expressão, por si mesma, é recipiente vazio que pode ser preenchido pelos mais diversos conteúdos: trata-se de locução ambígua que se presta às mais variadas

Segundo este princípio, portanto, o legislador está obrigado, quando da instituição de um tributo, a construir o antecedente normativo descrevendo fatos que revelem capacidade econômica por parte de quem os pratica²⁸⁶.

Em outras palavras, dentre a infinidade dos fatos da vida de que se possa cogitar para integrarem a descrição hipotética do antecedente normativo, a escolha do legislador tributário está adstrita dentre aqueles que se constituam num fato signo presuntivo de riqueza.

Como aduz HELENO TAVEIRA TÔRRES²⁸⁷, “*se há algum princípio para ser respeitado pela legislação e pelos aplicadores do direito, este é o da capacidade contributiva*”

Neste sentido, vale transcrever os ensinamentos de RUY BARBOSA NOGUEIRA que propôs como conceito de capacidade contributiva a “*capacidade de pagar imposto a soma da riqueza disponível, depois de satisfeitas as necessidades elementares de existência que pode ser absorvida pelo Estado, sem reduzir o padrão de vida do contribuinte e sem prejudicar as suas atividades econômicas*”²⁸⁸.

Não divergindo do alegado, o magistério de PAULO DE BARROS CARVALHO, afirma que:

...realizar o princípio da capacidade contributiva quer tão-somente significar a opção a que se entrega o legislador, quando elege para supostos de endonormas tributárias fatos de conteúdo econômico que, por terem essa natureza, fazem pressupor que as pessoas que deles participam apresentem condições de colaborar com o Estado mediante parcelas de seu patrimônio²⁸⁹.

interpretações.” BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª Ed. São Paulo: Lejus, 1998, pag. 481.

²⁸⁶ HUGO DE BRITO MACHADO, assevera que, “a inobservância do princípio da capacidade contributiva, vale dizer, a *instituição de imposto que não seja graduado de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte* é critério violador da Constituição.” MACHADO, Hugo de Brito. *O princípio da Capacidade Contributiva*. Caderno de Pesquisas Tributárias, vol 14. São Paulo: Resenha Tributaria, 1989, pag. 136.

²⁸⁷ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional*. 1ª Ed: São Paulo: Quartier Latin, 2007, pag. 199

²⁸⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pag. 12.

²⁸⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário – 20ª Ed.* revista, São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 205.

Com a aplicação deste princípio haverá tratamento justo, se o legislador considerar as diferenças dos cidadãos, tratando de forma desigual os desiguais impondo o recolhimento de impostos considerando a capacidade contributiva de cada cidadão em separado.

Assim, resta como inafastável que, o tributo é justo desde que adequado à capacidade econômica da pessoa que deve suportá-lo.

Vale de transcrever um trecho da obra de LUCIANO AMARO, que importante colaboração deu à este estudo, ao afirmar que *“o princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água”*²⁹⁰.

O doutrinador SACHA CALMON NAVARRO COELHO teceu as seguintes considerações: *“Por que deve o legislador considerar as disparidades? Para nós, a juridicidade da capacidade contributiva resulta, como vimos, do lado positivo do princípio da igualdade: o dever imposto ao legislador de distinguir disparidades”*²⁹¹.

A capacidade contributiva a ser aferida é a capacidade subjetiva do contribuinte, a real aptidão de determinada pessoa para recolher ao Fisco.

Assim, observa o mestre ALIOMAR BALEEIRO²⁹², na sua obra clássica *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, *in verbis*:

Do ponto de vista subjetivo, a capacidade econômica somente se inicia após a dedução das despesas necessárias para a manutenção de uma existência digna para o contribuinte e sua família. Tais gastos pessoais obrigatórios (com alimentação, vestuário, moradia, saúde, dependentes, tendo em vista as relações familiares e pessoais do contribuinte, etc.) devem ser cobertos com rendimentos em sentido econômico – mesmo no caso dos tributos incidentes sobre o patrimônio e heranças e doações – que não estão disponíveis para o pagamento de impostos. A capacidade

²⁹⁰ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pag. 136.

²⁹¹ COELHO, Sacha Calmon. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1999, pag. 75.

²⁹² BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder Tributar*. Atual. Mizabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pag. 693.

econômica subjetiva corresponde a um conceito de renda ou patrimônio líquido pessoal, livremente disponível para o consumo, e assim, também para o pagamento de tributo. Desta forma, se realizam os princípios constitucionalmente exigidos da pessoalidade do imposto, proibição do confisco e igualdade, conforme dispõem os arts. 145, §1º, 150, II e IV, da Constituição.

Conclui-se, portanto, a grosso modo, que quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais tributos do que quem tem menor riqueza, ou seja, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública.

Assim, como critério de graduação da tributação o princípio da capacidade contributiva é relacionado com o princípio da igualdade, determinando distinções e igualações entre os contribuintes. Todos aqueles que possuem igual capacidade contributiva devem ser igualmente tributados, por sua vez a distinta capacidade de contribuir, determina a ocorrência de discriminações²⁹³.

A capacidade contributiva é, de fato, a espinha dorsal da justiça tributária.

Trata-se de uma verdadeira limitação ao poder do Estado de instituir tributos, já que é de aplicação imperativa a referida norma constitucional.

Configura-se, enfim, como uma proteção ao contribuinte.

²⁹³ Sob o mesmo ângulo PAULO DE BARROS CARVALHO, explica que "*em termos de direito tributário, só pode ser feita a igualdade se buscarmos a capacidade contributiva das pessoas.*" CARVALHO, Paulo de Barros. *Limitações ao Poder de Tributar*. Revista de Direito Tributário nº 46, RT, 1988, p. 150. Na mesma toada JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES ensina: "*O art. 145, § 1º, além de estar consorciado ao art. 5º, caput e item I, vincula-se sintaticamente ao art. 150, 11, que inclui, dentre as limitações constitucionais do poder de tributar, a proibição, dirigida à União, Estados-membros, DF e Municípios, de instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.*" BORGES, Jose Souto Maior. *Teoria Geral das Isenções Tributárias*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pag. 49. Sem divergir do alegado SACHA CALMON NAVARRO COELHO explica que, "*o princípio da isonomia não tem condições de ser operacionalizado sem a ajuda do princípio da capacidade contributiva, i.e., sem uma referência à capacidade de contribuir das pessoas físicas e até jurídicas.*" COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pag. 83. Por fim, REGINA HELENA DA COSTA posiciona-se nos seguintes termos: "*Cremos que a igualdade está na essência da noção de capacidade contributiva, que não pode ser dissociada daquela. Podemos dizer que a capacidade contributiva é um subprincípio, uma derivação do princípio mais geral que é o da igualdade, irradiador de efeitos em todos os setores do direito.*" COSTA, Regina Helena da. *Princípio da Capacidade Contributiva*. Dissertação de Mestrado na PUC, 1992, pag. 22.

IV.2.3.1 Aplicabilidade às contribuições sociais

A depender do posicionamento assumido em face do tema da natureza jurídica das contribuições, ter-se-ia o correspectivo efeito em todo delineamento do específico regime jurídico aplicável a esta espécie de tributo.

Assim, para aqueles que propugnam serem as contribuições verdadeiros impostos, com destinação específica, o respeito aos princípios da capacidade contributiva, com fulcro no disposto no art. 145, §1º da CF/88, põe-se como mera decorrência dessa premissa²⁹⁴.

Nestes termos, sempre que figurar, no antecedente da regra-matriz de incidência, fato dessa natureza (da categoria de imposto), exigir-se-á a observância ao aludido princípio.

Outrossim, há uma segunda corrente doutrinária, que atribui caráter de espécie tributaria autônoma as contribuições, procurando demonstrar as razões pelas quais elas não se submeteriam ao princípio da capacidade contributiva, visto ser o mesmo aplicável somente aos impostos, inclusive face a literalidade do texto constitucional, que não admitiria nenhuma espécie de extensão²⁹⁵.

²⁹⁴ Neste sentido, SACHA CALMON NAVARRO COELHO entende que, “como já ficou clarificado, as contribuições sociais são impostos pela natureza de seu fato gerador e, portanto, submetem-se aos princípios constitucionais sobre impostos. O fato de pagar mais ou menos dependerá da capacidade contributiva. Mas devem pagar o mesmo tanto os que tem capacidade contributiva similar (princípio da igualdade”. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Estudo Breve sobre contribuições sociais às luzes da constituição de 1988*. Revista de Direito Tributário nº 60, São Paulo:Malheiros, 1992, pag. 102. Após definir capacidade contributiva “como a aptidão, da pessoa colocada na posição de destinatário legal tributário, para suportar a carga tributaria, sem perecimento da riqueza lastreadora da tributação”, REGINA HELENA DA COSTA defende a aplicação do princípio às contribuições sociais e aos empréstimos compulsórios que tenham materialidade de impostos, *in verbis*: Consoante a mais abalizada doutrina, as contribuições sociais são os tributos vinculados, cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal indireta e mediatamente referida ao obrigado, podendo o aspecto material revestir-se de modalidade de taxa ou imposto. Informa essas imposições tributárias o princípio do benefício. Como bem anota Roque Carraza, ao examinar as mencionadas espécies tributárias, as contribuições sociais não foram qualificadas, em nível constitucional, por suas regras-matrizes, mas sim por suas finalidades. Exatamente por isso, o aspecto material de sua hipótese de incidência poderá conter, ou não, uma vinculação a determinada atuação estatal. Portanto, quando configurarem-se como imposto, as contribuições sociais deverão observar, naturalmente o princípio da capacidade contributiva”. COSTA, Regina Helena da. *Princípio da Capacidade Contributiva*. Dissertação de Mestrado na PUC, 1992, pag. 101.

²⁹⁵ Neste sentido, GERALDO ATALIBA, predica que, “se o imposto é informado pelo princípio da capacidade contributiva e a taxa informada pelo princípio da remuneração, as contribuições serão informadas por critérios diversos.” ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2005, pag. 195. Sob o

Neste ínterim, o artigo 145 da Constituição Federal prescreve que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.

Tal diretriz, no entendimento da segunda corrente doutrinária, não seria obrigatoriamente aplicável às contribuições.

Neste sentido o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já manifestou entendimento no sentido de que o art. 145, § 1º, da Constituição não se aplica às contribuições:

...não só porque diz ele respeito a impostos e não aos tributos em geral, mas também porque, a título de reforço, tais contribuições não têm caráter de tributo pessoal, para que se faculte à administração tributária identificar, nos termos da lei, patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes²⁹⁶.

Outrossim, há um terceiro posicionamento doutrinário, que propugna pela aplicação da capacidade contributiva aos tributos em geral, nestes termos, inclusive às contribuições sociais, uma vez que, a tributação não pode perder de vista o sujeito passivo e as suas condições de suportar o peso dos gravames²⁹⁷.

mesmo ângulo HUMBERTO ÁVILA: "Os tributos com caráter retributivo não têm relação direta com a capacidade econômica do sujeito passivo. Eles se referem a uma prestação já efetivada ou colocada à disposição do Estado, relativamente ao particular (taxas, art. 145, II), a uma melhoria decorrente de uma atividade estatal (contribuições de melhoria, art. 145, IU) ou a uma atividade estatal relacionada a finalidades públicas constitucionalmente delimitadas (contribuições sociais, arts. 149 e 195)." AVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pag. 120. Na mesma toada ELISABETH NAZAR CARRAZZA, entende que: "O princípio da capacidade contributiva, a que se fez referência até o momento, está relacionado apenas aos impostos. Em matéria de tributos vinculados (taxas e contribuições) o critério é outro, uma vez que os fatos que eles alcançam não são fatos-signos presuntivos de riqueza, mas, sim, fatos relacionados à própria atuação do Estado. As taxas e as contribuições incidem sobre fatos regidos pelo direito público, isto é, sobre atuações estatais (o Estado prestar um serviço público, o Estado praticar um ato de polícia, o Estado realizar uma obra pública etc.). Tais atuações estatais estão por óbvio fora do comércio (extra commercium) e não revelam a riqueza das pessoas por elas alcançadas. Nem por isso, porém, o princípio da igualdade deixa aí de ser atendido, uma vez que, em tais tributos, o Estado visa ressarcimento das despesas que teve, ao atuar em favor de um dado contribuinte." CARRAZZA, Elisabeth Nazar. *Progressividade e IPTU*. Curitiba: Juruá, 1998, pag. 63/64. Em contranota, temos RICARDO LOBO TORRES, para quem: "...os princípios decorrentes da idéia de justiça não se aplicam as contribuições econômicas: nem a capacidade contributiva, nem o custo/benefício característicos dos tributos contra-prestacionais fundamentam sua cobrança. As contribuições econômicas se subordinam ao princípio do benefício do grupo (gruppenmassige Aquivalenz). A igualdade, como princípio constitucional, só prevalece com relação aos grupos beneficiados." TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 12ª Ed: Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pag. 420.

²⁹⁶ Trecho do voto proferido pelo Ministro MOREIRA ALVES, nos autos da ADMC 2.556/DF - Di, 8 ago. 2003.

²⁹⁷ AMÉRICO MASSET LACOMBE, externa que "no que tange às contribuições, temos que atentar para alguns princípios básicos: 1) elas estão, como tudo, sujeitas ao princípio da isonomia; 2) em conclusão, estão

Nada obstante, como realização do princípio isonômico, em seu aspecto material e redistributivo de renda, a equidade na forma de participação do custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V da Carta de 1998), enquanto princípio aplicável às contribuições sociais, em muitos aspectos se assemelha ao princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º da Carta de 1988).

Sob essa vertente, WAGNER BALERA explica que, *“congruente com a máxima geral da isonomia, a equidade se acha baseada, aqui, na capacidade econômica dos contribuintes no que se conforma, plenamente, com o preceptivo expresso no art. 145, §1º da Carta Magna”*²⁹⁸.

E acrescenta o Mestre, *“de certo modo, é outra forma de expressão do princípio tributário da capacidade contributiva, ainda que seja mais exigente do que aquele, uma vez que também deve operar como redutor das desigualdades sociais”*²⁹⁹.

Sob o mesmo ângulo, ANA PAULA ORIOLA MARTINS expressa de forma incontroversa que:

O entrelaçamento entre os princípios da equidade e da capacidade contributiva, representa uma das estacas da tributação, sendo ainda, corolário da justiça. Ao passo que o contribuinte é preservado, não lhe imputando uma tributação excessiva e

sujeitas ao princípio da capacidade contributiva, decorrência lógica da isonomia. Pouco importa que o parágrafo 1º, do artigo 145, da Constituição, que consagra, desnecessariamente, o princípio da capacidade contributiva, fale em impostos e não em tributos, pois tal princípio nada mais é do que uma explicitação da isonomia.” LACOMBE, Américo Masset. *INSS não pode incidir sobre aviso prévio indenizado*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-26/inss-nao-incidir-aviso-previo-indenizado?imprimir=1>. Acesso em mar. 2010. Sob este ângulo JOSÉ MARQUES DOMINGUES DE OLIVEIRA entende que *“por força da isonomia constitucional, que, iluminada pela noção de capacidade contributiva, determina que pessoas em posições econômicas diversas paguem tributo diferenciado, as contribuições admitem graduação em função de condições fáticas do contribuinte indicadoras de riqueza.”* OLIVEIRA, Jose Marques Domingues de. *Capacidade contributiva. Conteúdo e eficácia do princípio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 47. No mesmo sentido, ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA assevera que *“nos tributo, não há como fugir à conclusão de que o Estado pode discriminar quanto à contraprestação de um mesmo serviço, entre os indivíduos que realizem maiores ou menores recursos econômicos.”* Apud Mizabel Abreu Machado Derzi, BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder Tributar*. Atual. Mizabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pag. 693. Neste sentido, bem observou JOSÉ MAURÍCIO CONTI: *“O princípio da capacidade contributiva é aplicável a todas as espécies tributárias. No tocante aos impostos, o princípio é aplicável em toda a sua extensão e efetividade. Já no caso dos tributos vinculados, é aplicável restritivamente, devendo ser respeitados apenas os limites que lhe dão os contornos inferior e superior, vedando a tributação do mínimo vital e a imposição tributária que tenha efeitos confiscatórios.”* CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo. Dialética, 1997, p. 65.

²⁹⁸ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 89

²⁹⁹ BALERA, Wagner. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética / Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. – ICET, 2003, pag. 563.

conflitante com a sua capacidade econômica, não há comprometimento de seus meios de subsistência, como também, assegura-se uma eficácia maior da lei da incidência. A capacidade contributiva, ao permear o custeio da Seguridade Social, tem como principal objetivo, o de determinar ao legislador que este atue, com o propósito de reduzir as desigualdades sociais existentes, através de uma justa repartição dos encargos fiscais³⁰⁰.

Não divergindo do alegado, MIGUEL HORVATH JUNIOR expressa de forma sucinta que o princípio em discussão aplica-se as contribuições sociais, uma vê que a equidade na forma de participação do custeio, *“decorre do princípio da isonomia e da capacidade econômica do contribuinte prevista no art. 145, § 1º da Constituição Federal”*³⁰¹.

Na equidade, quem possui maior poder aquisitivo contribui mais, ao passo que o empregado que recebe um salário-mínimo, por exemplo, contribuirá proporcionalmente às suas condições³⁰².

Sem divergir do alegado SACHA CALMON NAVARRO COELHO explica que *“em tema de seguridade vigora plenamente o princípio que recomenda receber de cada um segundo a sua capacidade e dar a cada um segundo a sua necessidade”*³⁰³.

Nesse sentido, WAGNER BALERA enfatiza que *“a necessária congruência estrutural entre isonomia e equidade exige ponto de equilíbrio entre capacidade econômica do contribuinte e o esforço financeiro que dele será cobrado para a constituição do fundo comum de proteção social”*³⁰⁴.

³⁰⁰ MARTINS, Ana Paula Oriola. *O Princípio da Equidade um dos pilares do sistema de seguridade social*. Estudos em homenagem ao professor Wagner Balera, São Paulo: Moreau Advogados, 2003, pag. 14.

³⁰¹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*, Revista EPD – Escola Paulista de Direito, Ano 02 nº 02 (mar./ab. 2006), São Paulo: Escola Paulista Direito, 2006, pag. 247/248

³⁰² Explica WAGNER BALERA que: *“Determinadas contribuições, como é o caso da contribuição dos trabalhadores (empregados e autônomos) para a seguridade social (art. 195, III) devem assumir caráter pessoal referenciado à capacidade contributiva do pagante. É que se deduz do art. 159, c/c o art. 194, parágrafo único, incisos I, V, e VI da CF, apropositando a utilização prática do art. 145, § 1º da mesma CF (pessoalidade e capacidade contributiva). Agora sobre capacidade contributiva nas contribuições. A contribuição social dos empregados para o sistema de seguridade, incidente sobre os salários percebidos, é escalonada através de alíquotas progressivas em razão da quantidade de salários mínimos que o contribuinte recebe. Quem mais recebe mais paga, não apenas proporcionalmente senão que progressivamente. É de capacidade contributiva que o legislador cuidou ao legislar”*. BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 22.

³⁰³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Estudo Breve sobre contribuições sociais às luzes da constituição de 1988*. Revista de Direito Tributário nº 60, São Paulo: Malheiros, 1992, pag. 102/103

³⁰⁴ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 22.

Explica WAGNER BALERA que a adequação típica dos fatos que dão origem ao tributo não é reveladora apenas da capacidade contributiva, como ocorre com o fenômeno do imposto. É certo que, assim como a capacidade contributiva, também a equidade no custeio é expressão da isonomia. Podem, pois, somar-se as duas exigências para a configuração do regime jurídico de determinada contribuição - a equidade no custeio e a capacidade contributiva³⁰⁵.

Todavia, é deveras importante frisar que, a equidade na forma de participação no custeio está intimamente/umbilicalmente relacionada com o princípio da capacidade contributiva tributária, porém, trata-se de realidades distintas³⁰⁶.

Sob esta vertente, WAGNER BALERA explica a diferença existente os dois institutos

“É um pouco diferente do princípio da capacidade contributiva (...). É que esse princípio recebe um matiz constitucional diferenciado, e é por isso que ele tem o *nomen juris* distinto, porque o conteúdo é distinto, e o constituinte foi bem claro, aí. O princípio da capacidade contributiva a Constituição disse que se aplica aos impostos; portanto, a Constituição não está dizendo implicitamente que se aplica às contribuições sociais. E tanto não está dito implicitamente, que a Constituição diz expressamente que para as contribuições sociais vale o princípio da equidade no custeio. “Equidade na forma de participação no custeio” - é o que está lá no art, 194, V. Então, trata-se efetivamente de algo distinto da mera capacidade contributiva; quanto maior a receita, maior o tributo, como o imposto de renda por exemplo, baseado na progressividade e na capacidade contributiva. Aqui estamos dentro de uma situação distinta, porque o elemento diferencial, o traço distintivo dessa espécie tributária, é o risco: quanto maior o risco, maior a contribuição³⁰⁷”.

Assim, nesta análise específica do princípio constitucional da equidade na forma de participação no custeio, quer nos parecer, diante de todos os fatos escolhidos pelo

³⁰⁵ BALERA, Wagner. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética / Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. – ICET, 2003, pag. 563.

³⁰⁶ AMÉRICO MASSET LACOMBE, de forma diversa sintetiza que: “A capacidade contributiva está expressamente consagrada no parágrafo 9º, do artigo 195, da Constituição”. LACOMBE, Américo Masset. *INSS não pode incidir sobre aviso prévio indenizado*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-26/inss-nao-incidir-aviso-previo-indenizado?imprimir=1>. Acesso em mar. 2010.

³⁰⁷ BALERA, Wagner. *XV Congresso Brasileiro de Direito Tributário – Mesa de Debates “H”: Contribuições – Constitucionalidade – transcrições*. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo: Malheiros, 2002, pag. 166

legislador para criação de normas e proteção da sociedade, que ele objetiva, na realidade, equilibrar a balança do custeio previdenciário não a partir da maior tributação para aqueles que têm maior riqueza (preocupação que seria ínsita aos impostos), mas sim a partir do maior custeio por aqueles que geram mais e maiores riscos à sociedade protegida (elemento intrínseco às contribuições).

Percebe-se, pois, discordância, daqueles que se fundamentam genericamente no princípio constitucional da capacidade contributiva (art. 145, §1º da CF), uma vez que, em verdade, na seara da Seguridade Social, a isonomia está completamente baseada no princípio da equidade na forma de participação no custeio, do qual se extrai como expressão de justiça social o esquema vigente em nosso sistema de seguridade social: maior custeio previdenciário pelas empresas contribuintes que, tendo em vista suas atividades, geram mais benefícios previdenciários.

Independentemente deste fato, a sinergia entre os princípios da equidade e da capacidade contributiva, tem inafastável efeito delimitador da tributação.

Assim tanto a equidade quanto a capacidade contributiva atuam como guide de preservação do contribuinte, impedindo a incidência de uma tributação excessiva e conflitante com a sua capacidade econômica, que, muitas das vezes, poderia comprometer seus meios de subsistência.

Neste diapasão, a equidade, enquanto uma das expressões da isonomia, ao intercalar-se no financiamento da seguridade social, tem como objetivo principal, o propósito de reduzir as desigualdades sociais existentes, através de uma justa repartição dos encargos fiscais³⁰⁸.

³⁰⁸ Isso porque, como bem retrata WAGNER BALERA, "*a isonomia, principal garantia constitucional, a garantia das garantias, se expressa, em termos de custeio, por intermédio da equidade*". BALERA, Wagner. *A Contribuição para a Aposentadoria Especial e para o Seguro de Acidentes do Trabalho in* Sacha Calmon Navarro COELHO (Coord.). *Contribuições para a Seguridade Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 719.

IV.2.4 Correlação entre risco e equidade na Constituição

É elemento basilar da estrutura do seguro social a disjuntiva sinistro/prêmio.

Nestes termos, o seguro social é inspirado no seguro do direito privado e, neste, o prêmio é a quantia que o segurado paga para a cobertura contra os riscos que, se e quando acontecidos, se transformam em sinistros, geradores da indenização reparatória do dano causado ao segurado.

Assim, o adimplemento do prêmio é um elemento antecedente ao evento previsível gerador da suposta situação de necessidade que o seguro deverá amparar. Os denominados eventos previsíveis são os riscos, que no caso da seguridade social são a doença, velhice, invalidez, morte, desemprego, etc³⁰⁹.

Frise-se que, no modelo da previdência social, o vulgo prêmio é denominado contribuição social, enquanto, por sua vez a indenização é o recebimento do benefício e/ou serviço³¹⁰.

Sem divergir do alegado, WAGNER BALERA explica a relação *sinistro prêmio* “segundo a qual: quanto maior venha a ser estimado o risco de sinistro tanto maior será o prêmio vertido pelo tomado na respectiva relação securitária³¹¹”.

³⁰⁹ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

³¹⁰ Neste mesmo sentido, ANA PAULA ORIOLA MARTINS externa que: “Ressalte-se que, no instante em que a equidade revela o risco, na verdade, o que traz consigo é uma relação binomial entre o prêmio e o risco. Por se tratar de um fenômeno de direito público, o prêmio, é um tributo chamado de contribuição social. O prêmio no seguro social, ou seja, na seguridade social, não é o mesmo do contrato de direito privado; e sim, o da relação tributária de seguridade social que é o da contribuição”. MARTINS, Ana Paula Oriola. *O Princípio da Equidade um dos pilares do sistema de seguridade social*. Estudos em homenagem ao professor Wagner Balera, São Paulo: Moreau Advogados, 2003, pag. 13.

Ainda que de modo sutil, o esquema em que se calca o financiamento da seguridade social guarda relação com o arquétipo do vetusto Contrato de seguro que, como sabemos, inspirou o modo bismarckiano de proteção social³¹².

O elemento intermediário, provocador da atuação estatal na contribuição social da Seguridade Social é o risco, evento previsível cuja ocorrência gera a necessidade social que será coberta pelo plano previdenciário³¹³.

Essa noção de risco social, como orientador do princípio da equidade na forma de participação no custeio, é fundamental para o tema deste trabalho.

Diante dessas premissas iniciais, resta cristalino que, quanto maior o risco proporcionado pelo ator social, maior deverá ser a respectiva contribuição devida ao sistema previdenciário, tendo como corolário o princípio da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V, da CF/88).

Assim, exemplificativamente, se uma empresa provoca especial despesa para a comunidade social, deve arcar com este custo que, até por critério de justiça não dever ser repassado a sociedade.

Risco social, na lição de MIGUEL HORVATH JÚNIOR, *"é o perigo que ameaça o indivíduo e se transfere para a sociedade atingindo toda a coletividade, fazendo surgir a necessidade social"*³¹⁴.

Coloca WAGNER BALERA que *"a realidade que provoca e justifica o surgimento da proteção previdenciária é, por natureza, o risco social"* e que *"risco assumido*

³¹¹ BALERA, Wagner. *Contribuições Sociais*. Revista de Direito Tributário nº 60, São Paulo:Malheiros, 1992, pag. 110. E explica o Mestre que as contribuições *"têm um elemento que GERALDO ATALIBA, naquela sua armação da classificação dos tributos definia como um elemento intermediário, algo distinto da própria estrutura seca, material, da hipótese de incidência; esse elemento intermediário, esse traço diferencial da contribuição social de seguridade social relativamente às demais, o elemento-intermediário, é o risco"*. BALERA, Wagner. *XV Congresso Brasileiro de Direito Tributário – Mesa de Debates "H": Contribuições – Constitucionalidade – transcrições*. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo:Malheiros, 2002, pag. 165

³¹² BALERA, Wagner. *Contribuições Sociais*. Revista de Direito Tributário nº 60, São Paulo:Malheiros, 1992, pag. 112/113

³¹³ BALERA, Wagner. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética / Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. – ICET, 2003, pag. 563.

³¹⁴ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Salário Maternidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pág. 27.

*pela comunidade em seu todo considerada, mas cujo suporte maior é encargo dos trabalhadores, dos empregadores e do Estado*³¹⁵.

Ensina WAGNER BALERA deve ser onerado o ator social que em qualquer empreendimento gera ou agrava a doença, a invalidez, o desemprego (por circunstâncias de extrema complexidade, que desbordam da esfera jurídica de explicação desses fenômenos); que implicam o pagamento de benefícios aos doentes, inválidos e desempregados. Por conseguinte, cabe também a ela, empresa, custear os dispêndios da Seguridade Social³¹⁶.

No mesmo sentido, HAMILTON DIAS DE SOUZA, explica que, nada impede que determinados grupos de indivíduos sejam mais onerados do que outros, em contemplação do especial grau de relacionamento dos seus integrantes com as atividades desenvolvidas no âmbito da seguridade social, como se verifica, por exemplo, nos setores em que há maior risco de infortúnios para os trabalhadores³¹⁷.

E continua o citado doutrinador, explicando que, é perfeitamente possível - e até desejável - que se um sujeito passivo (empregador ou empresa) não contribui ou o faz insuficientemente com base em um dos parâmetros, seja isso compensado, contribuindo mais intensamente com base em outro dos fatores previstos³¹⁸.

Sem divergir do alegado o MINISTRO MOREIRA ALVES, em palestra proferida ainda antes da Emenda Constitucional n. 20/98, externou de forma incontroversa que, é plenamente possível a diferenciação na cobrança das contribuições sociais de alguns contribuintes: *"É o caso das empresas de prospecção e extração de petróleo, onde o risco demandaria maior utilização da seguridade social em relação a seus empregados"*³¹⁹.

³¹⁵ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*, 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, pag. 36.

³¹⁶ BALERA, Wagner. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética / Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. – ICET, 2003, pag. 567.

³¹⁷ SOUZA, Hamilton Dias de. *Contribuições Especiais*. Curso de Direito Tributário coordenador Ives Gandra da Silva Martins. 12ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 730.

³¹⁸ SOUZA, Hamilton Dias de. *Contribuições Especiais*. Curso de Direito Tributário coordenador Ives Gandra da Silva Martins. 12ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 730.

³¹⁹ ALVES, Moreira. in MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípios constitucionais tributários*. São Paulo: Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 18, 1993, p. 650.

Aliás, o risco da atividade é o elemento que informa a graduação das alíquotas da contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT³²⁰, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos autos do RE 343.446-2/SC, rel. Min. Carlos Velloso, *Di*, 4 abr. 2003.

Sob a mesma vertente, criado através da lei nº 10.666/2003, o denominado Fator Acidentário de Prevenção (FAP) é um multiplicador de alíquota SAT (Seguro de Acidentes do Trabalho) que irá permitir que, por setor de atividade econômica, as empresas que melhor preservarem a saúde e a segurança de seus trabalhadores tenham descontos (ou majorações nas hipóteses de aumento de acidentes laborais) na referida alíquota de contribuição, sempre levando em consideração o NTEP (Nexo Técnico Epidemiológico).

Por sua vez, o NTEP é uma metodologia que consiste em identificar quais doenças e acidentes estão relacionados com a prática de uma determinada atividade profissional. Com o NTEP, quando o trabalhador contrai uma enfermidade, diretamente relacionada à atividade profissional, fica caracterizado o acidente de trabalho e, conseqüentemente, tal ocorrência irá majorar o índice FAP da empresa (e o reflexo será o aumento da alíquota SAT).

Apesar da constitucionalidade duvidosa, tendo em vista a forma como foi implementado no ordenamento jurídico³²¹, a idéia central do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) é lastreada em pressupostos constitucionais válidos, ou seja, aqueles que dão ensejo a uma maior utilização do sistema (benefícios e serviços), devem, em contrapartida, pagar um maior prêmio (contribuição).

³²⁰ A Lei nº 8.212/91 cuidou da base de cálculo da contribuição social do Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), bem como estabeleceu as alíquotas progressivas, a depender do grau de risco das atividades consideradas como preponderantes dentro do estabelecimento do contribuinte, nos seguintes termos: atividades consideradas de risco leve e sujeitas à alíquota de 1%, o mesmo ocorrendo com as reputadas como de risco médio e passíveis da percentagem de 2% e as de risco grave susceptíveis à tributação de 3%. Assim, consoante com as premissas constitucionais, as empresas que possuem maiores riscos de acidente do trabalho, devem contribuir de forma diferenciada.

³²¹ Há diversas discussões judiciais que alegam a existência de ofensas constitucionais aos princípios da legalidade e anterioridade na forma de criação da metodologia utilizada e na própria implementação do Fator Acidentário de Prevenção (FAP). Neste sentido, o desembargador LUIZ STEFANINI, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, externou que: *“a cobrança do FAP viola o princípio da irretroatividade tributária, previsto no artigo 150 da Constituição, ao utilizar dados de 2007 e 2008 para cobrar ou aumentar tributos em 2010. Diz o artigo 150 que é vedado cobrar tributos “em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”.* (TRF3, AI nº 2010.03.00.002614-4, Relator Luiz Stefanini, 5ª Turma, decisão de 17/03/2010)

Neste ínterim, pautando-se sob o signo equidade, aqueles que dão ensejo a uma maior retirada nos caixas previdenciários, devem, conseqüentemente, contribuir com mais recursos. Por sua vez, aqueles que não se utilizam de forma reiterada dos serviços e benefícios, devem ser desonerados sob o aspecto do financiamento do sistema.

Outrossim, o próprio texto constitucional traz em seu bojo disposições que reconhecem a necessidade de realizar a diferenciação entre os contribuintes-empresas, partindo sempre do binômio aumento do risco – maior alíquota, conforme se depreende do disposto nos artigos 195, § 9º e 239, § 4º.

Com relação a esses dispositivos assevera WAGNER BALERA, “*verifica-se, assim, que os diferentes setores de atividade - os dois comandos se referem às contribuições devidas pelas empresas - devem ser considerados a partir das peculiaridades que apresentem*”³²².

E continua o citado autor asseverando que, “*é claro que se agregarão a esses elementos outros que sejam aptos a distinguir os diferentes setores da atividade econômica segundo o potencial de risco social que, objetivamente, representam quando se relacionam com a proteção dos trabalhadores*”³²³.

Enfim, a diferenciação nos critérios de recolhimento são exigências da equidade no custeio.

IV.2.5 O disposto no art. 195, §9º da Constituição de 1988

A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, modificou o sistema de previdência social e perpetrou a denominada primeira “reforma da previdência”, cujo foco precipuamente voltou-se à supressão de direitos previdenciários dos trabalhadores em geral, bem como, alterou significativamente o art. 195 da Constituição, que disciplina o custeio da seguridade social.

³²² BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 90.

³²³ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 90.

Em sua redação original, obra do constituinte derivado de 1998, não havia a § 9º do art. 195³²⁴.

Todavia, com o advento dessa emenda o texto constitucional, entre as “novidades” trazidas pelo constituinte derivado, passou a prever a possibilidade de adoção, pelo legislador, de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas para as contribuições de seguridade social dos empregadores ou empresas, em função de duas situações específicas: a atividade econômica ou a utilização intensiva de mão-de-obra, nos seguintes termos:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Buscou o legislador exemplificar o leque de alcance do custeio do sistema, tendo por base algumas situações que achou por bem delimitar no Texto Constitucional. Frise-se que, as diferenciações realizadas, são pertinentes ao objetivo constitucional da equidade na forma de participação do custeio, visto que promovem a desigualdade em patamares legítimos, tendo por essência a concretização de sustentáculo do texto constitucional (isonomia e risco).

Reitere-se que a equidade entre as pessoas na forma de participação no custeio da seguridade social (art. 194, parágrafo único, V, CF/1988) é uma diretriz constitucional que procura dar obediência ao princípio da isonomia (art. 5.º, CF 1988) no custeio da seguridade.

³²⁴ WAGNER BALERA explica que, a “EC 20, de 15.12.1998, essa Emenda teve por escopo tratar da chamada Reforma Previdenciária, introduziu um §9º no art. 195 da CF. Na verdade, isto que está escrito no § 9º já estava dito por outras palavras no texto primitivo da Constituição, art. 239, § 4º”. BALERA, Wagner. XV Congresso Brasileiro de Direito Tributário – Mesa de Debates “H”: Contribuições – Constitucionalidade – transcrições. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo:Malheiros, 2002, pag. 166

Isso porque, como as atividades econômicas das pessoas contribuintes da seguridade são muito diversificadas, é virtualmente impossível estabelecer as mesmas regras tributárias para todos sem prejudicar a isonomia³²⁵.

Daí a existência e validade de regras diversas, para compensar as diferenças entre os contribuintes.

Conforme magistério do doutrinador JORGE MIRANDA, justamente pelas dificuldades inerentes à realização concreta do princípio da igualdade, o Constituinte de 1988 não se satisfaz com a previsão genérica da igualdade tributária no artigo 150, II, pois pela Emenda nº 2098 introduziu o § 9º no artigo 195, prevendo que as contribuições para a seguridade previstas no art. 195, I poderão ter alíquotas ou base de cálculos diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão de obra³²⁶.

Nada obstante, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 47/2005, o citado § 9º do art. 195, foi alterado, motivo pelo qual passou a autorizar a adoção de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas para as contribuições de seguridade social dos empregadores ou empresas também em função de dois outros critérios, quais sejam, o porte da empresa e a condição estrutural do mercado de trabalho.

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-deobra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Assim, consoante com o princípio da equidade, previu o legislador constitucional que, determinadas situações (atividade econômica, utilização intensiva de mão-de-obra, porte da empresa e condição estrutural do mercado do trabalho), podem legitimar desigualdades no aspecto do financiamento do sistema.

RODRIGO CARAMORY PETRI, manifestando-se sobre o disposto no art. 195, §9º, explica que, “*visando garantir a equidade na participação do custeio da seguridade*

³²⁵ PETRY, Rodrigo Caramori. *A seguridade social e seu financiamento: contribuições sociais e impostos vinculados*. Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 86, São Paulo: RT, 2009, pag. 240.

³²⁶ MIRANDA, Jorge et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Forense, 2009, pag. 2157

*social, a base de incidência das contribuições sociais é diversificada conforme orientação do art. 194, V e VI, da CF/1988*³²⁷”.

JORGE MIRANDA, por sua vez, comentando o citado dispositivo constitucional, externa que essas previsões introduzidas por essa emenda (faz referência a EC 47/2005) potencialmente podem ser extraídas do preâmbulo ou dos fundamentos e objetivos do art. 1º e do artigo 3º, ou ainda do artigo 5º *caput*, todos do ordenamento constitucional, mas o Poder Reformador entendeu por bem dar alguns parâmetros para a diferenciação³²⁸.

Ressalte-se que, essas permissões constitucionais encontradas no § 9º do art. 195, são meramente exemplificativas, uma vez que, o legislador constituinte pode buscar criar novas situações de desigualação, sob aspectos que tenham por base a redução da desigualdades sociais, bem como a concretização do fins últimos da Ordem Social (bem estar e justiça social).

Sob esse ângulo JORGE MIRANDA externa que, outros motivos podem ensejar diferenciações para fins de incidência de contribuições para a seguridade, além dos indicados no artigo 195, §9º da Constituição, pois outros preceitos que integram o ordenamento também podem apresentar fundamentos legítimos para tratamento diferenciados, mesmo com relação a imposições cujo produto da arrecadação será destinado a saúde, assistência e previdência social³²⁹.

Todavia, o elemento central de *discriminem* é o risco. Aqueles que submetem os segurados a maiores riscos, devem, conseqüentemente, arcar com maiores alíquotas ou bases de cálculo, consoante com o permissivo constitucional em comento.

WAGNER BALERA externa que, “o § 9º do art. 195 vai reforçar essa idéia de que as contribuições devem ter alíquota e base de cálculos diferenciadas em função do

³²⁷ PETRY, Rodrigo Caramori. *A seguridade social e seu financiamento: contribuições sociais e impostos vinculados*. Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 86, São Paulo: RT, 2009, pag. 240.

³²⁸ MIRANDA, Jorge et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Forense, 2009, pag. 2158

³²⁹ MIRANDA, Jorge et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Forense, 2009, pag. 2158

*risco. Quanto maior o risco da atividade, do ponto de vista da seguridade social - isto é, saúde, previdência social e assistência social -, maior deve ser a contribuição*³³⁰”.

Nestes termos, tem-se aqui, pois, o empregador, como possível integrante de certo círculo especial de contribuintes que provocam especial despesa para o Estado.

Neste diapasão, GERALDO ATALIBA e AIRES F. BARRETO, ensinam que *“a despesa que o sujeito passivo causa na ação previdenciária estatal, deve ter concomitante preservação absoluta das peremptórias exigências da isonomia (conforme não só o art. 5º, caput e seu inciso I, como o art. 150, II e art. 194, V)*³³¹”.

Assim, se atividade do empregador gera contingências sociais que deflagram a atividade estatal de seguridade, pela qual são prestados aos trabalhadores benefícios e serviços sociais, conseqüentemente, essas utilidades específicas devem ser custeadas, também de modo especial, pelos empregadores, como determina a Constituição no art. 195, §9º.

Ora, como bem destaca a doutrina de WAGNER BALERA, *“a medida a ser considerada pela Lei somente será válida, para efeitos de majoração das alíquotas vigentes (ou mesmo para a fixação de adicional), se o risco social que está sendo coberto pode ser considerado como dotado de maior gravidade*”³³².

Em lapidar lição, que bem sintetiza os conceitos até agora analisados, WAGNER BALERA explica que, *“a isonomia, principal garantia constitucional, a garantia das garantias, se expressa em termos de custeio, por intermédio da equidade*”³³³.

E continua o mestre, *“todos os contribuintes devem suportar iguais encargos sociais, proporcionalmente aos riscos que suas atividades geram para o sistema de proteção social dos brasileiro*”³³⁴.

³³⁰ BALERA, Wagner. XV Congresso Brasileiro de Direito Tributário – Mesa de Debates “H”: Contribuições – Constitucionalidade – transcrições. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo:Malheiros, 2002, pag. 166

³³¹ ATALIBA, Geraldo et al. *Unica contribuição social do empregador (art. 195, I da CF de 1988) – Proposta para pacificar o problema do financiamento da Seguridade social..* Revista de Direito Tributário nº 77, São Paulo: Malheiros, 1998, pag. 67

³³² BALERA, Wagner. *Contribuições Sociais* in Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). Pesquisas Tributárias. São Paulo: Resenha Tributária, 1992, p. 326.

³³³ BALERA, Wagner. *Incidências do INSS – Contribuições Sociais.* Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo:Malheiros, 2002, pag.. 360

Tais conclusões são reforçadas com o entendimento de HAMILTON DIAS DE SOUZA, que externa que a relação risco – contribuição é plena no texto constitucional, tendo em vista a edição das Emendas Constitucionais n. 20/98, 42/2003 e 47/2005, que acrescentaram, dentre outros, os §§ 9º e 12 ao art. 195 da Constituição, autorizando, respectivamente, a adoção de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas para as contribuições previstas no inciso I (folha de salários e demais rendimentos do trabalho, receita ou faturamento e lucro), de acordo com a atividade econômica, a utilização intensiva de mão de obra, o porte da empresa ou a condição estrutural do mercado de trabalho, e a indicação de setores da atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b (faturamento ou receita) e IV (importação) serão não cumulativas³³⁵.

E continua o precitado autor explicando:

Observe-se que os critérios de diferenciação de contribuintes indicados nos §§ 9º e 12 do art. 195 da Constituição são taxativos, impossibilitando possa o legislador escolher qualquer outro. A taxatividade se comprova, além de tudo, pela Emenda Constitucional n. 47/2005, que acrescentou ao § 9º dois novos critérios para a fixação de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas para as contribuições do inciso I do art. 195, a par daqueles que já haviam sido estabelecidos pela Emenda Constitucional n. 20/98. Se a relação original fosse meramente exemplificativa, seria inócua e, portanto, despropositada a alteração constitucional superveniente que nela incluiu mais dois critérios de diferenciação entre contribuintes. Assim, tendo o § 9º do art. 195 definido os critérios possíveis para a repartição isonômica da carga tributária relativamente às contribuições do seu inciso I, a diferenciação entre contribuintes deve ser feita "em razão" dos critérios previstos nessa regra e não "em razão" de qualquer outro³³⁶.

Nesse contexto, não há quebra da isonomia, pois em plena consonância com a equidade, quando uma classe de empregadores ou empresas contribui mais do que outra no que respeita a determinada base de incidência (isonomia), como forma de compensar a que não contribui tanto quanto a outra, ou de compensar um maior risco que demandam as áreas de saúde, previdência e assistência social (risco).

³³⁴ BALERA, Wagner. *Incidências do INSS – Contribuições Sociais*. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo: Malheiros, 2002, pag. 360

³³⁵ SOUZA, Hamilton Dias de. *Contribuições Especiais*. Curso de Direito Tributário coordenador Ives Gandra da Silva Martins. 12ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 731

³³⁶ SOUZA, Hamilton Dias de. *Contribuições Especiais*. Curso de Direito Tributário coordenador Ives Gandra da Silva Martins. 12ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 732

Todavia, se alguns são mais onerados que outros sem que esse acréscimo decorra da aplicação dos critérios de diferenciação taxativamente previstos na Constituição, mas por razões como uma suposta capacidade econômica, haverá inconstitucionalidade por afronta ao princípio da igualdade³³⁷.

Assentadas essas premissas, consoantes com o princípio da equidade, mister se faz analisar de forma individualizada as situações previstas no §9º do art. 195 (atividade econômica, utilização intensiva de mão-de-obra, porte da empresa e condição estrutural do mercado do trabalho), enquanto elementos legitimadores de desigualações no aspecto do financiamento do sistema de seguridade.

IV.2.5.1 Desigualação em razão da atividade econômica

O primeiro critério de diferenciação trazido pelo art. 195, §9º da Carta Constitucional, é lastreado na atividade econômica do contribuinte.

No que é pertinente a essa disposição (atividade econômica), o doutrinador WAGNER BALERA de forma sucinta externa que, *“ressalta a evidencia que deve existir certo nexó entre produção e proteção”*³³⁸.

E continua o supracitado Mestre, explicando que, *“de outra parte, a atividade econômica, no seu todo considerada, é distinta enquanto fator de configuração de riscos sociais que exigem seguridade”*³³⁹.

³³⁷ Explica HAMILTON DIAS DE SOUZA que: “Não infirma as conclusões do texto a referência que o art. 149 da Constituição faz apenas aos princípios da legalidade e da irretroatividade, com aparente exclusão do da igualdade. De fato, o art. 150, II, da Constituição Federal, proíbe “qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função” exercida, o que, na verdade, consiste em elemento não muito próprio do princípio em que tão. A jurisprudência americana admite diferenças em razão de ocupação profissional ou função, desde que fundadas em critérios razoáveis. No Brasil, em tema de tributos em geral, isso não é possível. Em matéria de contribuições, é. Dai a razão de a elas não se aplicar a regra constitucional mencionada. Aplica-se, contudo, a regra geral de igualdade prevista no art. 5º da Constituição, cujo conteúdo não é idêntico àquela do art. 150, inciso II.” SOUZA, Hamilton Dias de. *Contribuições Especiais*. Curso de Direito Tributário coordenador Ives Gandra da Silva Martins. 12ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 731

³³⁸ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 90.

³³⁹ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 90.

E exemplifica, “a indústria pode ser o setor que mais desgaste o trabalhador, quando comparado com o comércio. Se assim o for (o que os dados estatísticos devem atestar) o setor industrial deverá ter alíquotas ou bases de cálculo maiores do que o setor comercial. E assim por diante”³⁴⁰.

Sendo a tributação compatível com a equidade, não representará entrave ao desenvolvimento natural das atividades empresariais, contudo, o ônus a ser suportado pelas empresas, deverá ser compatível com a sua representação na ordem econômica³⁴¹.

Percebe-se, pois, que o legislador tendo em mente que as diferentes atividades econômicas possuem distintas margens de risco social, plasmou no texto constitucional critério de diferenciação, lastreado na equidade, visto que os desiguais (sob o ângulo do risco) devem contribuir desigualmente³⁴².

Assim, as contribuições à seguridade social, foram desde sua instituição sendo “calibradas” pelo legislador da União Federal, por meio de alíquotas diferenciadas entre os setores da atividade econômica, com vistas a compensar-se mutuamente, e assim gerar um ônus pretensamente equânime entre os diversos atores (produção rural, indústria, comércio, prestação de serviços, atividade financeira etc)³⁴³.

Nesse contexto, é de se perquirir se a diferenciação de que trata o § 9.º somente foi introduzida por meio da EC n.º 20/1998 ou se já estava, ainda que implicitamente, autorizada no texto constitucional anterior. Com efeito, já é antiga a disciplina ordinária segundo a qual se pode diferenciar as alíquotas de contribuições sociais segundo a atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

³⁴⁰ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 90.

³⁴¹ BALERA, Wagner. *Contribuição Social sobre o lucro*. Revista de Direito Tributário n.º 67, São Paulo: Malheiros, pag. 295.

³⁴² Sob este ângulo, RODRIGO CARAMORY PETRI explica que: “*acaso determinada atividade econômica não seja atingida pela hipótese de incidência de determinada contribuição, pode tal atividade ser onerada mais pesadamente por outra contribuição, o que nos parece prestar homenagem à exigência constitucional de eqüidade na participação do custeio da seguridade social*”. PETRY, Rodrigo Caramori. *A seguridade social e seu financiamento: contribuições sociais e impostos vinculados*. Revista Tributária e de Finanças Públicas n.º 86, São Paulo: RT, 2009, pag. 240.

³⁴³ PETRY, Rodrigo Caramori. *A seguridade social e seu financiamento: contribuições sociais e impostos vinculados*. Revista Tributária e de Finanças Públicas n.º 86, São Paulo: RT, 2009, pag. 241.

Assim já tinha acontecido com a edição da Lei n.º 7.787/1989, que previu um "adicional" de alíquota no caso da contribuição do empregador incidente sobre folha de salários quando se tratasse de *"bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas nos incisos I e II, é devida a contribuição adicional de 2,5% sobre a base de cálculo referida no inciso I"* (art. 3.º, § 2.º).

A distinção infraconstitucional se manteve com a edição da Lei n.º 8.212/1991 (art. 22, § 1.º)³⁴⁴.

Em ambos os casos, há julgados do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL considerando válida a diferenciação tanto em razão dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva quanto por ter havido previsão constitucional introduzida pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 01/1994 reconhecendo a diferenciação - por todos, vejam-se os EDRE 209.014-0/SP e a AC-MC-AgR 1638/SP³⁴⁵.

Nestes termos, a legislação fiscal deverá impor ao empregador de cada atividade econômica uma tributação eqüitativa, vale dizer, igualitária, sempre tendo por base o risco social.

³⁴⁴ Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (...)

§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001).

³⁴⁵ Agravo regimental em ação cautelar. 2. Pretensão de se conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido no Tribunal de origem (RE no 525.839/SP). 3. Instituição Financeira. Alíquota diferenciada da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Ofensa ao princípio da isonomia. 4. Ausência do fumus boni juris. 5. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AC 1638 MC-AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/09/2007, DJe-112 DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00044 EMENT VOL-02291-01 PP-00097)

Neste ínterim, a medida da capacidade econômica de certa empresa, e a carga fiscal que lhe incumbe suportar, estará relacionada, necessariamente, com o lugar social que a mesma ocupa e com as repercussões da respectiva atividade no universo da seguridade social³⁴⁶.

Por forçoso consectário da diretriz da equidade na participação do custeio e, ainda, como nota distintiva do tipo tributário (contribuição) escolhido pelo constituinte, cumpre haver discriminação entre contribuintes em função da diversidade de custos (conforme o respectivo grau de risco) que o sistema de seguridade social suportará a fim de dar cobertura aos trabalhadores que prestam serviços a certas classes de empregadores³⁴⁷.

ANA PAULA ORIOLA MARTINS explica que, existe, portanto, uma relação entre os riscos inerentes à atividade econômica e as contribuições devidas, de tal modo que, quanto maior o risco, maior deve ser o tributo social. Essa regra, aliás, é expressamente determinada pelo § 9º que foi acrescentado ao artigo 195, da Lei Magna, pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998³⁴⁸.

Quanto maior proteção o Poder Público oferece aos obreiros e aos seus dependentes, tanto mais os mesmos se dedicam - com tranqüilidade - às atividades produtivas. Há um nexo entre produção e proteção! Indiscutível, pois, a vantagem indireta, que advém para a empresa da existência dos planos de proteção social, que não se restringe ao campo da seguridade³⁴⁹.

Na verdade, também a empresa se acha submetida aos ditames da justiça social (art. 170, da CF) e, por conseguinte, a solidariedade que se cria - entre a empresa e os beneficiários da proteção social - acaba por influir no ritmo da produção e no desenvolvimento do País.

³⁴⁶ BALERA, Wagner. *Contribuições Sociais de Seguridade Social. Alguns aspectos de seu regime jurídico*. Revista de Direito Tributário nº 88, São Paulo: Malheiros, 2003, pag. 129.

³⁴⁷ BALERA, Wagner. *Incidências do INSS – Contribuições Sociais*. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo: Malheiros, 2002, pag. 359.

³⁴⁸ MARTINS, Ana Paula Oriola. *O Princípio da Equidade um dos pilares do sistema de seguridade social*. Estudos em homenagem ao professor Wagner Balera, São Paulo: Moreau Advogados, 2003, pag. 13.

³⁴⁹ BALERA, Wagner. *Contribuições Sociais de Seguridade Social. Alguns aspectos de seu regime jurídico*. Revista de Direito Tributário nº 88, São Paulo: Malheiros, 2003, pag. 130.

Portanto, estabelece a Lei Suprema certo critério de equidade: conforme o risco da atividade econômica deve se dar a distinção das contribuições sociais, por meio de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas³⁵⁰.

IV.2.5.2 Desigualação em razão da utilização intensiva de mão-de-obra

O segundo critério de diferenciação do art. 195, §9º da Carta Magna de 1988, é decorrente da utilização intensiva de mão de obra pelas empresas.

Neste íterim, aquelas que consigam empregar mais, conseqüentemente, devem ter suas contribuições sociais reduzidas face aquelas que utilizam um menor número de trabalhadores.

Tal diretriz é plenamente conforme o direito constitucional positivo, visto que, o mesmo compendia determinados valores considerados importantes e indispensáveis para a vida e o desenvolvimento da sociedade.

Nestes termos, no ordenamento é catalogado como fundamento da República o valor social do trabalho, tal qual plasmado no art. 1º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988³⁵¹.

Conforme ensinamentos de WAGNER BALERA, “*encarar o trabalho humano como valor social já significa, de per si, opção dentro de determinada escala de valores que subjazem a todo o ordenamento constitucional*”³⁵².

E continua o citado mestre, “*eis a ratio do sistema de proteção do trabalhador que a Lei Suprema erige em dois subsistemas: o do trabalho e o da seguridade social*”³⁵³.

³⁵⁰ BALERA, Wagner. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética / Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. – ICET, 2003, pag. 563.

³⁵¹ Art. 1º 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 fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

³⁵² BALERA, Wagner. *Incidências do INSS – Contribuições Sociais*. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo:Malheiros, 2002, pag.. 348

Assim, considerado como valor social fundamental, o trabalho assenta sua primazia constitucional no art. 193 da Norma Suprema, uma vez que expressa de forma incontroversa que:

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

Outrossim, há umbilical conexão entre o disposto no art. 193 e o disposto no citado art. 1º, inciso IV, da Carta Constitucional. Isto decorre do fato de que, o trabalho, sobre ser um valor social fundamental na República (art. 1º, IV), possui uma abrangência superior aos demais valores que a Ordem Social salvaguarda (art. 193). Isto dá ensejo, conseqüentemente, a uma obrigatória compreensão mais abrangente do respectivo fenômeno laboral.

Sendo, o trabalho, projeção da própria vida humana, naquilo que distingue o homem dos outros seres, o direito deve protegê-lo, independentemente da proteção que, na ordem natural, o ser humano, vocacionado para o trabalho, recebe a fim de exercer esse instrumento indispensável para a sua sobrevivência³⁵⁴.

Outrossim, incumbe ao ordenamento jurídico positivo demarcar a respeito de como se concretiza a proteção da pessoa do trabalhador, não apenas na perspectiva da produção³⁵⁵.

Ao qualificar o valor social do trabalho como fundamento do Estado brasileiro, a ordem jurídica dota tal valor de importância primacial e trata de colocá-la junto a outro grande preceito fundamental - *a dignidade da pessoa humana* - de que cuida o inciso III do art. 1º, da Constituição.

³⁵³ BALERA, Wagner. *Incidências do INSS – Contribuições Sociais*. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo:Malheiros, 2002, pag.. 348

³⁵⁴ BALERA, Wagner. *Incidências do INSS – Contribuições Sociais*. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo:Malheiros, 2002, pag.. 349

³⁵⁵ Sob este ângulo, o texto constitucional previu outras disposições que dão guarida ao valor social do trabalho, tal qual delineado no art. 6º, *caput* da CF/88, *in verbis*:
 “Art. 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.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)”

Ademais, a própria ordem econômica do estado democrático brasileiro, tem por base fundante a valorização do trabalho e, como princípios, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego³⁵⁶.

Consoante, pois, com o valor social do trabalho (art. 1º, IV e 193 da CF/88), a desigualação permitida pela legislação comentada (art. 195, §9º), é plenamente legítima face aos desígnios constitucionais. Destarte, as empresas que mais compactuam com os fundamentos da República (visto que mais empregam trabalhadores), encontram permissivo constitucional de redução da carga previdenciário-fiscal³⁵⁷.

A tendência da economia industrial atual, denominada “*Revolução Técnico-científica*”, tem como pressuposto produzir cada vez mais, com cada vez menos trabalhadores.

Assim, a Revolução Técnico-científica, movida pela produtividade, ao mesmo tempo em que pode gerar mais riquezas e ampliar as taxas de lucros, é também responsável pelo desemprego de centenas de milhares de pessoas em todo o mundo e, entre os diversos processos de automação industrial, a robotização é o mais avançado e que causa mais danos sociais³⁵⁸.

Sobre este ângulo (o da diferenciação decorrente da utilização intensiva da mão-de-obra), o doutrinador WAGNER BALERA exemplifica que:

Deveras, o avanço tecnológico transforma, por completo, a estrutura das empresas. Grande número de trabalhadores é substituído pelas máquinas, ainda que haja intensivo emprego de mão-de-obra em certos setores. De todo modo, ao onerar

³⁵⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego”;

³⁵⁷ Em sentido semelhante, WAGNER BALERA externou que: “Mas o § 9º me fez lembrar uma reflexão que logo após a promulgação da Constituição de 1988 foi feita também pelos Profs. Geraldo ATALIBA E AIRES BARRETO. Foram eles, talvez, os primeiros a cogitar disso, pioneiramente, até profeticamente, em relação a esse § 9º. É que o Aires e o Geraldo imaginaram o seguinte: as três contribuições sociais que estão no art. 195 são, na verdade, uma só contribuição, e essas contribuições deverão ser diferentes de acordo justamente com a atividade econômica ou a utilização intensiva de mão-de-obra.” BALERA, Wagner. XV Congresso Brasileiro de Direito Tributário – Mesa de Debates “H”: Contribuições – Constitucionalidade – transcrições. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo:Malheiros, 2002, pag. 166

³⁵⁸ Revolução da Informação. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Conteúdo_aberto&oldid=15696001> Acesso em: março de 2010.

apenas a folha salarial, a contribuição sobrecarrega o custo da produção das empresas, retirando-lhes a competitividade. Conseqüentemente, as contribuições das empresas onde ocorre utilização intensiva de mão de obra representam carga mais elevada quando comparadas com as incidentes sobre aquelas que produzem mais empregando menos³⁵⁹.

Sem divergir do alegado, o professor TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR explica que:

Nesses termos pode-se entender que a Seguridade Social deva ser financiada por toda a sociedade (CF art., 195, caput), mas que, no entanto, algumas diferenças no financiamento possam ser estabelecidas. Justifica-se, assim, (...) que as contribuições previstas no inciso I, do art. 195, possam ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra (§ 9º) (...) ³⁶⁰.

Assim, aquelas atividades que possuam uma maior participação dos trabalhadores, sob o aspecto da empregabilidade, tem por imperativo constitucional direito a uma diferenciação no que é pertinente ao custeio do sistema.

Um exemplo claro, é o setor da construção civil, visto que, historicamente, é um dos mais importantes da economia Nacional, uma vez que é um grande empregador de mão-de-obra.

Conforme estudo do DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos) os dados do IBGE, relativos aos anos de 1998/99, demonstram que o setor responde, sozinho, por 10,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional e por 6,6% das ocupações no mercado de trabalho, sem contar os efeitos positivos da atividade na geração de empregos ao longo de toda sua cadeia produtiva. É possível afirmar que, para cada cem empregos diretos gerados na construção civil, outros 285 postos de trabalho são abertos

³⁵⁹ BALERA, Wagner. *Contribuições Sociais de Seguridade Social. Alguns aspectos de seu regime jurídico*. Revista de Direito Tributário nº 88, São Paulo: Malheiros, 2003, pag. 128.

³⁶⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A contribuição para o Funrural*. Revista de Direito Tributário nº 105, São Paulo: Malheiros, 2009, pags. 10/11

em atividades ligadas a este macro setor, de acordo com informações do Sindicato das Indústrias da Construção Civil do Estado de São Paulo – Sinduscon-SP³⁶¹.

Neste ínterim, é perfeitamente conforme tanto quanto a um dos fundamentos da República (valor social do trabalho – art. 1º, inciso, IV) quanto a equidade na forma de participação no custeio da seguridade (art. 194, parágrafo único, inciso V, da CF/88), a instituição de bases de cálculo e/ou alíquotas diferenciadas, tendo em vista a enorme repercussão social que estas empresas (utilizadoras de intensiva mão-de-obra) tem no financiamento do custeio.

Enfim, estabelece a Carta Magna certo critério de equidade: conforme a utilização efetiva da mão-de-obra deve se dar a distinção das contribuições sociais, por meio de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, tendo em vista a

IV.2.5.3 Desigualação em razão do porte da empresa

Decorrente da alteração legislativa perpetrada pela Emenda Constitucional nº 47/2005, o elemento de discriminação “porte da empresa”, foi introduzido no ordenamento jurídico no art. 195, §9º da Carta da República Federativa do Brasil de 1988.

No mesmo sentido JORGE MIRANDA explica que, “*posteriormente a Emenda nº 47/2005, novamente alterou o art. 195, §9º da Constituição, para acrescentar que a diferenciação também pode se dar em face do porte da empresa*”³⁶².

No que tange ao critério porte da empresa, torna-se explícita a autorização para a adoção de diferenciações tomando por base a isonomia do contribuinte (fundada no axioma “quem pode mais deve pagar mais”).

³⁶¹ RESENHA DIEESE – REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA NA CONSTRUÇÃO CIVIL, 2001, Disponível em: < <http://www.dieese.org.br/esp/civil.pdf> > Acesso em: março de 2010

³⁶² MIRANDA, Jorge et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Forense, 2009, pag. 2157.

Desse prisma, há de se entender, conforme ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR que , ao sistema *“corresponde um regime de custeio contributivo, baseado na equidade de participação, isto é, no equilíbrio das diversas fontes de financiamento, de tal forma que haja diferentes formas de participação no custeio, cada qual contribuindo com valores proporcionais às possibilidades de renda”*³⁶³.

É natural que as empresas de grande porte possuam mais recursos e, conseqüentemente, maior capacidade de contribuir que as de menor tamanho. Neste íterim, a diferenciação ocorre como corolário lógico da isonomia: tratar desigualmente os desiguais na razão de suas desigualdades.

Nada obstante, a Lei Suprema, em vários dispositivos espalhados por seu corpo, expressa de forma clara e inequívoca, a primazia conferida pelo constituinte, no que é pertinente ao tratamento jurídico diferenciado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tendo em vista a sobrevivência destas na era do gigantismo empresarial³⁶⁴.

Encontramos com facilidade exemplos que permitem diferenciar tributações em face da utilização intensiva de mão de obra ou em razão da atividade econômica (notadamente as mais desgastantes ou que imponham maiores ônus ao sistema de seguridade) mas acreditamos que o legislador possa encontrar razões para tributar de modo distinto em

³⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A contribuição para o Funrural*. Revista de Direito Tributário nº 105, São Paulo: Malheiros, 2009, pag. 15.

³⁶⁴ O sistema de recolhimento SIMPLES (Sistema Integrado de impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte) surgiu da necessidade de o sistema tributário nacional tornar eficazes os princípios constitucionais do favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte, da simplificação e da redução das obrigações dessas empresas e do tratamento jurídico diferenciado a elas, dispostos explicitamente no art.170, IX e art.179 da Constituição Federal. O SIMPLES foi instituído pela Lei 9.317/96, como um sistema tributário que permitia a unificação de IRPJ, PIS, Cofins, CSLL, IPI, INSS do empregador, além de isentar a empresa das Contribuições ao Sistema S (entidades terceiras), mediante o recolhimento de uma espécie de tributo único, que tem alíquota variável de 3% a 12,9% sobre a receita bruta da empresa, desde que esta não seja superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) por ano. O SIMPLES foi substituído pelo denominado SIMPLES NACIONAL, instituto da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, entendido como o novo Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, que alterou regras do Código Civil, do Código Tributário Nacional, da Consolidação das Leis do Trabalho, da Lei das Licitações e de diversos outros diplomas legais, materiais e processuais que interferem decisivamente no cotidiano dos empresários. Estas legislações dispunham que, considera-se Micro Empresa (ME), para efeito do SIMPLES NACIONAL, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) (art. 3º, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2003). Por sua vez, considera-se Empresa de Pequeno Porte (EPP), para efeito do SIMPLES NACIONAL, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) (art. 3º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2003).

razão do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho (em especial para favorecer as micros e pequenas empresas)³⁶⁵.

Assim, é conferida pela Constituição Federal de 1988, no capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, com texto alterado pela Emenda Constitucional nº 6 de 15 de agosto de 1995, algumas garantias específicas as empresas de menor porte, nos seguintes termos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

De acordo com tais preceitos constitucionais, cabe à iniciativa privada a organização, a exploração da atividade econômica, devendo ao poder público fiscalizar, regulamentar e suprir o desenvolvimento da economia para atender o interesse social e o crescimento econômico e social do País. Todavia, como corolário da isonomia, prevê o texto constitucional expressa diretriz de defesa das denominadas “empresas de pequeno porte”, visto que devem ter inquestionável “tratamento favorecido”.

Esse favorecimento, tal qual delineado pela Lei Suprema, apresenta simbiose com o permissivo encontrado no §9º do art. 195, vez que, legitima a constituição, no que é pertinente a imposição da carga previdenciária fiscal, em impor as “empresas de pequeno porte”, diferentes bases de cálculo e /ou alíquotas de recolhimento, em plena consonância com a equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V, da CF/88).

A constituição tendo plena compreensão da menor renda auferida pelas empresas de pequeno porte, criou mecanismo que permitem regular a distorção que a aplicação de carga tributária idêntica iria causarem desfavor das pequenas e micro empresas.

³⁶⁵ MIRANDA, Jorge et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Forense, 2009, pag. 2158

Para bem cumprir essa função política, a legislação fiscal deverá impor ao empregador uma tributação eqüitativa, vale dizer, igualitária. A medida da capacidade econômica de certa empresa, e a carga fiscal que lhe incumbe suportar, estará relacionada, necessariamente, com o lugar social que a mesma ocupa e com as repercussões da respectiva atividade no universo da seguridade social³⁶⁶.

Sob essa mesma vertente, a Carta Magna em seu art. 179, prevê, novamente, tratamento jurídico diferenciado as microempresas e as empresas de pequeno porte, *in verbis*:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Essa previsão da Carta Constitucional traz imperativo de específica atuação em relação a situação em comento (incentivos às microempresas e empresas de pequeno porte), tendo em vista a clara e inequívoca determinação de “tratamento jurídico diferenciado”, a ser implementado por todos os entes da Federação, no que é pertinente, inclusive, às obrigações previdenciárias.

Em síntese, a diferenciação pautada no aspecto “porte da empresa”, elemento integrante do disposto no art. 195, §9º da Lei Suprema, guarda indiscutível consonância com as exigências de equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V, da Carta da República Federativa de 1988).

IV.2.5.4 Desigualação em razão da condição estrutural do mercado de trabalho

Mesmo após a EC n.º 20/1998 havia espaço para que o legislador estabelecesse novos critérios de diferenciação na imposição tributária das contribuições sociais, inclusive as

³⁶⁶ BALERA, Wagner. *Contribuição Social sobre o lucro*. Revista de Direito Tributário nº 67, São Paulo: Malheiros, pag. 294/295.

destinadas à Seguridade Social, desde que o fizesse com base na equidade na forma de participação do custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V da CF/88).

Nesse passo, não há como admitir que a alteração do § 9.º do art. 195, introduzido pela emenda 47/2005, tenha trazido norma constitucional nova ao invés de mera explicitação do que o próprio texto Constituição tinha em seu bojo.

A nova redação dada ao § 9º do art. 195, da CF/88, possibilita que em face de específica condição estrutural do mercado de trabalho algumas empresas poderão ser instituídas alíquotas e/ou bases de cálculo de contribuição previdenciárias diferenciadas.

Esta nova previsão amplia o rol de legitimados que podem gozar de benefícios tributários de redução da carga fiscal, assim, representa uma importante medida de estímulo à geração de emprego e, especialmente, a formalização dos contratos de trabalho.

Isso corrige uma grave distorção no custeio da Previdência Social, pois a contribuição previdenciária incide, em sua forma mais elementar, sobre a respectiva folha de pagamento de salários.

Assim, a tributação pode e deve ser um dos melhores instrumentos de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais, que constituem objetivos essenciais da República, esculpidos na Carta Magna.

Nestes termos, o art. 194, inciso V, da CF/88, tem consagrado o princípio da justiça na tributação. Princípio universal que de resto nem precisaria estar escrito.

Teria de ser assim, já por força do que estabelece o art. 3º, inciso I, da Lei Maior, segundo o qual o primeiro dos objetivos fundamentais de nossa República consiste em "construir uma sociedade livre, justa e solidária."

Ademais o critério acrescentado (condição estrutural do mercado de trabalho), legitima a alteração das alíquotas da contribuição incidente sobre a folha de salários em setores da economia que apresentem uma específica condição estrutural, ou seja, pode ser

uma situação, por exemplo, como de aumento transitório de desemprego ou uma crise em um setor da economia, ocasionados por uma conjuntura interna ou externa desfavorável.

Um exemplo dessa situação vincula-se a proteção concedida pela legislação ao denominado Microempreendedor Individual (MEI)³⁶⁷.

Com efeito, certa parcela do mercado de trabalho (sob o ângulo dos contribuintes individuais - aqueles mais desguarnecidos), encontrava-se sem a respectiva proteção do manto da seguridade, tendo em vista que, a carga tributária (inclusive, sob o aspecto previdenciário) que incidia sobre sua renda era proibitiva a essa espécie de segurado, impossibilitando a sua vinculação ao sistema.

O legislador percebendo o aumento do número desses segurados, com a conseqüente informalidade desta situação, que causava, entre outros efeitos, a existência de certos setores do mercado de trabalho totalmente desguarnecidos de proteção social, em clara afronta aos desígnios constitucionais da universalidade da cobertura e do atendimento, institui específico modelo de contribuição, que tem como elemento central a redução dos encargos previdenciários, em especial das alíquotas de recolhimento.

Assim, o legislador ordinário, ao instituir tratamento diferenciado a certa parcela do mercado de trabalho, agindo em pleno compasso com as diretrizes da isonomia e da justiça social, que nada mais é que a consagração do objetivo da equidade na forma de participação no custeio, está caminhando a passos largos na busca da concretização dos ideais de bem-estar e justiça social (fundamentos da ordem social).

³⁶⁷ A Lei Complementar n.º 128/08, ao modificar a Lei Complementar n.º 123/06, garante uma série de benefícios para os microempreendedores individuais, como por exemplo, aposentadoria, auxílio-maternidade, auxílio por acidente de trabalho, entre outros que, na informalidade, seriam impossíveis, além de incluí-los nas normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É considerado microempreendedor aquele empresário individual, previsto no Código Civil, que tenha recebido uma receita bruta, no ano-calendário anterior, até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), que tenha até um empregado e que não possua mais de um estabelecimento nem participe de outra empresa como titular, sócio ou administrador. A opção pelo enquadramento como MEI importa opção pelo recolhimento da contribuição para a Seguridade Social relativa à pessoa do empresário, na qualidade de contribuinte individual, calculando-se 11% (onze por cento) sobre o valor correspondente ao limite mínimo mensal do salário-de-contribuição à alíquota de contribuição do segurado contribuinte individual que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado, e do segurado facultativo que optar pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. (artigo 18-A, § 3º, IV, da LC 123/06).

WAGNER BALERA explica que, “por forçoso consectário da diretriz da equidade na participação do custeio e, ainda, como nota distintiva do tipo tributário (contribuição) escolhido pelo constituinte, cumpre haver discriminação entre contribuintes (...) que o sistema de seguridade social suportará a fim de dar cobertura aos trabalhadores que prestam serviços a certas classes de empregadores”³⁶⁸.

Assim, havendo necessidade de intervenção do Estado para resguardar a proteção social a determinados setores do mercado de trabalho, resta como constitucionalmente garantida e diferenciação das incidências previdenciárias para determinadas classes de segurados, lastreada na isonomia que, na seara da seguridade social tem específica diretriz: equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V, da CF/88).

IV.2.6 O disposto no art. 239, §4º da Constituição de 1988

O Seguro-Desemprego é um benefício integrante da seguridade social, garantido pelo art. 7º dos Direitos Sociais da Constituição Federal³⁶⁹ e tem por finalidade prover assistência financeira temporária ao trabalhador dispensado involuntariamente.

Embora previsto na Constituição de 1946³⁷⁰, foi introduzido no Brasil no ano de 1986, por intermédio do Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986 e regulamentado pelo Decreto n.º 92.608, de 30 abril de 1986.

Após a Constituição de 1988, o benefício do Seguro-Desemprego passou a integrar o Programa do Seguro-Desemprego que tem por objetivo, além de prover assistência

³⁶⁸ BALERA, Wagner. *Contribuições Sociais de Seguridade Social. Alguns aspectos de seu regime jurídico*. Revista de Direito Tributário nº 88, São Paulo: Malheiros, 2003, pag. 130.

³⁶⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

³⁷⁰ Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

(...)

XV - assistência aos desempregados;

financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, auxiliá-lo na manutenção e busca de emprego, promovendo para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional.

O Programa foi criado por intermédio da Lei n.º 7.998, de 11 janeiro de 1990, que também deliberou sobre a fonte de custeio, com a instituição do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, o que permitiu a definição de critérios de concessão do benefício.

Essa legislação, também, instituiu o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT, constituído por representantes dos empregadores, dos trabalhadores e do governo, responsáveis pela gestão do FAT.

Assentadas essas idéias iniciais, passa-se a verificar o instituto em comento (seguro-desemprego) e as conseqüências dele decorrentes face ao princípio da equidade na forma de participação do custeio.

A Constituição da República Federativa de 1988, tem em seu bojo, além da já descrita previsão do art. 195, § 9º, outra específica disposição concernente ao binômio risco – custeio, consubstanciada no art. 239, §4º, *in verbis*:

Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Regulamento)

(...)

§ 4º - O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.

Diante da clareza do texto constitucional, quanto mais desemprego uma determinada empresa der ensejo, maior será, conseqüentemente, sua parcela de contribuição ao financiamento do sistema.

No mesmo sentido, WAGNER BALERA, expressa que, “tanto menor deverá ser a contribuição social que devem verter para o custeio da seguridade social quanto maior seja o número de trabalhadores que empreguem”³⁷¹.

E continua o Mestre, “nesse aspecto, a proteção contra o desemprego se reveste de duas características: preventiva (evitando que haja o desemprego) e repressiva (onerando quem mais desemprega os trabalhadores)”.

GERALDO ATALIBA e JOSÉ ARTUR DE LIMA GONÇALVES, externam que, a consideração sistemática do texto constitucional – mormente levando-se em conta a própria evolução legislativa – parece autorizar afirmação no sentido de que a Constituição adotou e acolheu, realmente, pelo menos certas indicações da doutrina universal das contribuições, como aquela no sentido de que a contribuição é uma prestação pecuniária exigida de pessoas que causam uma despesa especial ou recebem benefício especial de um atuação estatal, relacionando-se, assim, com tal atividade estatal de modo direto ou indireto³⁷².

Então, aquelas empresas cuja atividade gera maior desemprego - esse é o risco, o risco é o desemprego -, essas empresas devem pagar uma contribuição maior. O § 9º do art. 195 vai reforçar essa idéia de que as contribuições devem ter alíquota e base de cálculos diferenciadas em função do risco. Quanto maior o risco da atividade, do ponto de vista da seguridade social- isto é, saúde, previdência social e assistência social-, maior deve ser a contribuição³⁷³.

Em outras palavras, a despesa especial causada por uma espécie de contribuinte, legítima de forma inescusável a incidência tributária diferenciada e, nestes termos, a empresa que causa desproporcional desemprego na coletividade, deve ser onerada, em respeito aos primados da isonomia e da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V, da CF/88).

³⁷¹ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 91.

³⁷² ATALIBA, Geraldo e Jose Artur de Lima Gonçalves. *Contribuição – Empresa Urbana não é contribuinte do Funrural*. Revista de Direito Tributário nº 54, São Paulo: Malheiros, 1990, pag. 187.

³⁷³ BALERA, Wagner. *XV Congresso Brasileiro de Direito Tributário – Mesa de Debates “H”: Contribuições – Constitucionalidade – transcrições*. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo: Malheiros, 2002, pag. 166

IV.3 Destinatários da norma

Quando relacionada à tributação, como regra elementar e, nestes termos, inconteste, é natural que a norma volta-se primeiramente ao legislador que deverá observá-la quando da instituição dos gravames.

O destinatário imediato, portanto, é o legislador, que deverá buscar, ao adotar as hipóteses de incidência e base de cálculo de determinado tributo, parâmetros que equilibrem situações economicamente distintas.

Em sintonia com o alegado, MIGUEL HORVATH JUNIOR externa de forma sucinta e clara que, “*o destinatário do princípio da equidade na forma de participação no custeio previdenciário é o legislador ordinário*”³⁷⁴.

Nestes termos, quando da implementação de base de financiamento para a seguridade social, mister se faz que o legislador atue sempre em consonância ao princípio da equidade na forma do custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V da Carta da Republica Federativa de 1988).

Sob o ângulo da seguridade, externa WAGNER BALERA que, como “*expressão do principio tributário da capacidade contributiva, no que se refere a seguridade social, o legislador deverá encontrar a justa proporção entre as quotas a serem vertidas por cada um dos atores sociais*”³⁷⁵.

O princípio constitucional da equidade na forma de participação no custeio, pressupõe a responsabilidade pelo sustento da seguridade social, na proporção em que seus participantes puderem contribuir, ou seja, o legislador infra-constitucional terá de observar a isonomia para cada um dos grupos contribuintes.

³⁷⁴ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. Revista EPD – Escola Paulista de Direito, Ano 02 nº 02 (mar./ab. 2006), São Paulo: Escola Paulista Direito, 2006, pag. 247/248

³⁷⁵ BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pag. 89.

Assim, JORGE MIRANDA ensina que o parâmetro da discriminação para tratar de modo igual ou de modo desigual “*deve estar previsto no ordenamento e deve ser legítimo, e dele irão derivar os modos de tratamento, ainda que o Legislador tenha sempre uma dimensão discricionária (ao menos para focar em que medida deve diferenciar tratamento dado aos desiguais)*”³⁷⁶.

ANA PAULA ORIOLA MARTINS, explica que através da equidade a Constituição Federal “*requer do legislador habilidade, para compor de maneira equânime, o quadro de recursos destinados à Seguridade. Deverá, portanto, promover o ideal da solidariedade, ao extrair recursos daqueles mais afortunados repassando-os aos que nada têm*”³⁷⁷.

Para VICENTE RÁO a equidade é um atributo direito que se constitui em “*particular aplicação do princípio a igualdade às funções do legislador. Não se pratica a equidade tão somente na aplicação judicial da lei aos casos concretos, mas também, na própria elaboração da lei*”³⁷⁸.

Ainda nesse sentido, UENDEL DOMINGUES UGATTI aduz que o princípio da equidade, tal qual exemplificado nas disposições do art. 195, §9º da CF/88, exhibe:

"possui um *plus* especializante em face do princípio da capacidade contributiva, obrigando o legislador ordinário, no exercício de seu mister, a considerar outros fatores da atividade econômica da empresa - como condições de trabalho, número de trabalhadores, benefícios sociais concebidos pelo tomador aos trabalhadores, etc. - quando da instituição das contribuições para o custeio da seguridade social”³⁷⁹.

Externa WAGNER BALERA que, “*a regra ordena que o legislador, ao produzir a norma de custeio, atue com o propósito indireto de reduzir as desigualdades, mediante a prudente e adequada repartição dos encargos sociais*”³⁸⁰.

³⁷⁶ MIRANDA, Jorge et al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Forense, 2009, pag. 2156.

³⁷⁷ MARTINS, Ana Paula Oriola. *O Princípio da Equidade um dos pilares do sistema de seguridade social*. Estudos em homenagem ao professor Wagner Balera, São Paulo: Moreau Advogados, 2003, pag. 13.

³⁷⁸ RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. apud HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. Revista EPD – Escola Paulista de Direito, Ano 02 nº 02 (mar./ab. 2006), São Paulo: Escola Paulista Direito, 2006, pag. 247/248

³⁷⁹ UGATTI, Uendel Domingues. *O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social*. São Paulo: LTr, 2003, p. 44

³⁸⁰ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 22.

Aplicado o critério em comento, esse meio indispensável para a concretização da seguridade, que é a forma de participação no custeio, não se constituirá em outro elemento apto a propulsionar ou agravar as desigualdades sociais que, como fatores de risco, a ordem econômica acaba criando³⁸¹.

Ao definir o desenho genérico das fontes de recursos para a seguridade social, o constituinte já tratou de pôr em evidência como entende que pode ser concretizada a equidade, motivo pelo qual, cabe ao legislador ordinário, ao implementar os meio de recursos do sistema, atuar conforme a equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V, da CF/88).

Enfim, quando a lei é bem elaborada, preserva a sociedade, e, assim, o Estado cumpre a missão de educar os cidadãos para viverem conforme os ditames da equidade.

³⁸¹ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 22.

V - CONCLUSÃO

O objeto de estudo foi o específico princípio (objetivo) da Seguridade Social - equidade na forma de participação no custeio - previsto expressamente no artigo 194 da Constituição Federal, que prescreve uma diretriz deveras significativa e de aplicação à toda a sociedade.

Assim, após análise do tema proposto neste trabalho, mister se faz tecer algumas considerações que elegemos as mais importantes, acerca do assunto desenvolvido:

1. O estudo dos princípios jurídicos é tema relevante em todos os ramos do direito. Nestes termos, a experiência jurídica moderna aponta para uma crescente tendência de consagração, nas Constituições, de seus princípios fundamentais.
2. A conceituação de princípio, tendo em vista a polissemia da palavra, pode levar a diversos significados. Todavia, segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito, e por isso mesmo, vinculam, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. Em síntese, pode-se entender princípio de maneira geral, como a idéia de primeiro, de precedência, de alicerce, de direção a seguir. Este é o postulado básico do conceito de princípio.
3. No que é pertinente à função dos princípios constitucionais, entendemos que os princípios possuem três funções: a) fundamentadora da ordem jurídica, b) orientadora do trabalho do intérprete e c) de fonte em caso de insuficiência da lei e do costume.
4. A partir do momento em que houve o reconhecimento da normatividade dos princípios pela doutrina, fez com que se passasse, conseqüentemente, pela distinção entre princípio e regra. A realização dessa distinção é importante porque é justamente a partir dela que se chega à constitucionalização dos princípios e a sua posição na hierarquia das normas jurídicas. Ressalte-se que, vários foram os aspectos analisados para se estabelecer a distinção entre regra e princípio. Entendemos, em síntese que ambos (princípios e regras) são normas, mas os

princípios teriam uma carga de generalidade e qualidade mais acentuada do que as demais normas jurídicas.

5. Na hipótese de existência de conflito entre princípios, entre regras, ou entre princípios e regras, serão diferentes as conseqüências. O conflito entre regras jurídicas caracteriza a antinomia, em razão da qual, por serem as regras em questão incompatíveis, uma delas é eliminada do sistema jurídico. Havendo colisão de princípios, a solução desponta no campo dos valores. Cada princípio corresponde a eleição de um valor, de modo que um não exclui o outro, mas sim, cada um deles tem um peso diferente. Um deles deverá recuar ante o peso do outro, no caso concreto, mas ambos continuarão a coexistir dentro do sistema.

6. Pode-se afirmar que, o vocábulo sistema, é polissêmico. Conceituamos sistema, primeiramente, como um elemento que tem por característica aglutinar (sob específicos aspectos) determinadas situações ou coisas. Nestes termos, tudo é possível de se organizar sobre a forma de um sistema, bastando ao intérprete encontrar o específico elo de ligação.

7. Nestes termos, enquanto sistema, a seguridade social deve atuar através de todo o aparato normativo constitucional (regras, princípios e valores), com um escopo unitário e indissociável de seus fins últimos, que é a busca da concretização do bem-estar e da justiça social, bases de sustentação da ordem social.

8. Há enorme dificuldade em conceituar a seguridade social, tendo em vista a evolução das sociedades e das respectivas necessidades, pois ela se baseia na idéia central de proteção aos indivíduos que se encontram em situação de necessidade social. Adequando a conceituação de Seguridade Social a realidade brasileira, em especial tendo em vista o nosso sistema constitucional, podemos entender seguridade social como o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos indivíduos e da coletividade concernentes à saúde, à previdência e a assistência social.

9. Da análise do direito fundamental da dignidade da pessoa humana (enquanto valor positivado – art. 1º, III da CF/88) entendemos que é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano,

como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

10. A conexão entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana estabelece um grau de importância dos primeiros para a efetiva fruição de uma existência digna, mas que, todavia, possui um núcleo mínimo intangível (mínimo existencial), sem o qual ninguém haverá de cogitar de uma vida com dignidade. É importante frisar que, é indissociável a conjugação do mínimo existencial e o princípio da capacidade contributiva. Assim, o mínimo vital é o limite a partir do qual tem se início a aptidão de pagar tributos.

11. Com relação ao princípio da isonomia, o mesmo representa verdadeira linha mestra e ideal a ser seguido pelo ordenamento jurídico pátrio, revelando-se por diversas facetas ao longo do texto constitucional, ainda que previsto genericamente em seu artigo 5º, “caput” da CF/88.

12. O texto constitucional protege duas formas de isonomia: a isonomia perante a lei, também conhecida como igualdade formal; e a isonomia na lei, também chamada de igualdade material. A igualdade formal garante a aplicação uniforme da lei, ou seja, os cidadãos, e os contribuintes em particular, devem ter o mesmo tipo de aplicação da lei, sem qualquer distinção. Na isonomia material, por seu turno, o princípio deve incidir de forma que a lei em sentido abstrato tenha seu conteúdo regido pela isonomia, a fim de conferir tratamento adequado àqueles que se encontre em posições iguais ou diferentes. Tem como destinatário, portanto, o legislador.

13. O princípio da solidariedade social previsto no inciso I do artigo 3º da Constituição da República, é um dos mecanismos impostos pelo legislador constituinte visando minimizar a desigualdade social decorrente de fatores sociais produtivos, fazendo com que aqueles que "podem mais" contribuam, mesmo que indiretamente, para a melhoria de vida daqueles que "podem menos". A solidariedade social se aproxima do conceito de justiça distributiva que visa promover a redistribuição igualitária dos direitos, dos deveres, das vantagens e da riqueza aos membros que compõem a sociedade.

14. O princípio da legalidade (art. 5º, II e 150, I ambos da CF/88), atua como uma garantia destinada ao contribuinte, pertinente ao fenômeno tributário, de forma a delimitar o modo de

invasão do patrimônio e da renda dos particulares pelos Poderes Públicos. Ademais, é plenamente aplicável às contribuições sociais, visto que, a partir da Constituição de 1988, as contribuições sociais estão adstritas a um regime jurídico tributário.

15. A seguridade social rege-se com objetivos constitucionalmente traçados, levando-se em conta o contexto em que se insere: como instrumental para a realização da Ordem Social (art. 193 da CF/88). Para atingir esse fim, princípios foram relacionados pelo legislador no art. 194 da Constituição Federal e devem ser interpretados em consonância com o princípio da isonomia, previsto genericamente no art. 5º da Lei Maior, mormente pelo fato de que, em muitos dos casos, dele são corolários.

16. Plasmado no texto constitucional, mais precisamente no artigo 195, parágrafo único, inciso I, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento é um dos elementos centrais do sistema de seguridade social brasileira. Isto tem como consequência que, o Estado Social pautado na universalidade, não pode discriminar os indivíduos que o compõem. Assim, a universalidade irá garantir a proteção social a todos que vivem em território brasileiro, sem exceções. Isso determina que a universalidade seja um vetor da igualdade, pois, o legislador deve ter em consideração a impossibilidade de existirem excluídos da proteção que a seguridade social deve fornecer.

17. O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços prestados às populações urbanas e rurais, previsto no art. 194, parágrafo único inciso II, da Constituição da República de 1988, acaba por ser um desdobramento da base de todo o sistema de seguridade social que é a universalidade e cobertura de atendimento. Indo além, representa também, a concretização dos ideais de igualdade como valor indissociável do Estado Democrático de Direito.

18. O terceiro princípio previsto entre os objetivos da ordem social é o da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços, disposto no art. 194, parágrafo único inciso III, da Constituição da República de 1988. A seletividade diz quais são as contingências-necessidades objetos da relação jurídica de seguridade social. Com relação à distributividade, deverá o legislador definir uma forma de distribuição igualitária, que coadune com a necessidade do indivíduo.

19. Disciplinado no texto constitucional, mais precisamente no artigo 195, parágrafo único, inciso IV, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento é um dos elementos centrais do sistema de seguridade social brasileira. Com o princípio da irredutibilidade, busca-se impedir a diminuição dos valores nominais e reais das prestações previdenciárias. Uma vez definido o valor devido a título de prestação previdenciária, este não pode ser reduzido nominalmente, salvo se houver erro na sua concessão.

20. O objetivo (ou princípio) da diversidade da base de financiamento (art. 194, parágrafo único, inciso VI da CF/88), prima por possuir ligação direta com a questão da arrecadação dos recursos necessários e indispensáveis para amparar as necessidades e/ ou contingências dos cidadãos dentro do sistema de seguridade social. Em decorrência do princípio da diversidade de bases de financiamento da seguridade social, a Constituição da República relaciona distintas bases de cálculo das contribuições para o seu custeio.

21. Como o beneficiário direto da seguridade social será sempre a população brasileira, nada mais justo que esta participe da administração do sistema, até mesmo com o fim de fiscalização, uma vez que, conforme constitucionalmente previsto, contribui diretamente e indiretamente para seu sustento. Neste sentido, a positivação desse direito, é corolário lógico do sistema de seguridade social, conforme se extrai da análise da normatividade constitucional, mais especificamente do princípio do caráter democrático e descentralizado da administração (art. 194, parágrafo único, inciso VII da CF/88).

22. A regra da contrapartida surge como princípio e ainda que não esteja relacionado nos enunciados tidos como objetivos da seguridade social, este tem importância equivalente, sobretudo no que tange ao custeio da seguridade social. Ela tem a lógica da noção de plano de custeio, pois fica garantido à sociedade que os futuros benefícios da previdência social requeridos disporão de fontes de custeio que os suportem completamente.

23. Conceituar equidade é uma tarefa deveras hercúlea. Isto ocorre, uma vez que, a equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade. Neste diapasão, com o fito de se alcançar uma conceituação do instituto em epígrafe, se fez necessário verificar a evolução histórica do conceito de equidade no decorrer de algumas civilizações.

24. A Grécia é o berço da equidade e (a equidade) era chamada de *epieikeia*, manifestando a idéia de adaptação do direito ao caso. Na filosofia jurídica grega, separou-se equidade de justiça e, colocou-se a primeira num patamar superior a da justiça normativa, bem como, externou que a equidade servia para atenuar o rigor do direito, como uma regra proporcional da justiça, dando a cada um conforme o seu mérito.

25. A equidade teve papel fundamental no desenvolvimento do Direito Romano. Tendo contornos indefinidos e por vezes controvertidos, a noção de *aequitas* é essencial para a compreensão do direito romano. *Aequitas* significa basicamente igualdade, proporção, simetria. A equidade romana era uma idéia extremamente variável, que impedia a cristalização do Direito em fórmulas definitivas, e que se manifestava de modo objetivo, em um conjunto de regras com a função de interpretar e complementar o Direito legislado.

26. A partir da Idade Média prevaleceram as idéias de equidade aplicada ao contexto cristão.

27. À equidade se têm atribuído diversos significados, na Filosofia e no Direito, que se fundam, essencialmente, na idéia de princípio, no sentido de postulado ético que deve inspirar todo o sistema jurídico, recomendando ao intérprete e ao legislador a busca de um equilíbrio entre a segurança e a justiça, adaptando o direito à complexidade e à diversidade das circunstâncias que a realidade apresenta.

28. Para que se possa concretizar os ideários de bem estar e justiça social (objetivos últimos da Ordem Social), mister se faz guarnecer o sistema de Seguridade Social dos recursos financeiros necessários a essa missão fundamental. Neste ínterim, o legislador constituinte plasmou no texto da Norma Fundamental objetivos (princípios) específicos, que regem o modelo de financiamento da seguridade, entre eles o da equidade na forma de participação do custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V da Constituição da Republica Federativa de 1988).

29. O princípio da equidade na forma de participação no custeio surge para que o sistema de seguridade mostre-se conforme a isonomia, cabendo ao legislador definir a justa proporção entre as quotas com que cada um dos atores sociais há de contribuir para satisfazer a seguridade social. Por esta razão constitucional é possível estabelecer alíquotas diversas para as contribuições sociais destinadas ao financiamento da Seguridade Social, com a

conseqüente distinção entre os diversos grupos de pessoas jurídicas e de diversas pessoas físicas também contribuintes.

30. A equidade é um critério da justiça, assim sendo, caberá ao legislador formular, de modo eqüitativo, o esquema de contribuições que custearão a seguridade social. Sob a vertente da equidade entendida enquanto justiça, resta como inabalável que, quanto maior capacidade econômica revelar o contribuinte, maior deve ser a quota que lhe caberá verter para o fundo social destinado a financiar as prestações da seguridade social. E na busca do ideário da universalidade da cobertura e do atendimento, quem não detenha qualquer capacidade econômica, como o desamparado, não verterá nenhuma contribuição, o que não lhe retira a qualidade de beneficiários do plano. O princípio da equidade exige uma isonomia redutora das desigualdades, e é neste momento que o ideário da justiça, enquanto um dos fins últimos da ordem social, é plenamente reafirmado.

31. A equidade na forma de participação do custeio, prevista no artigo 194, parágrafo único, inciso V, da Carta Magna, como decorrência da isonomia, exige da lei, tanto a ser editada quanto a ser aplicada, a não discriminação daqueles que se encontrem em situação jurídica equivalente e, a *contrario sensu*, trate diferentemente os que se achem em situação jurídica diversa, na medida de suas desigualdades. Para que se mostre conforme com a isonomia a norma que trata dos recursos deve impor: eqüidade na forma de participação no custeio.

32. A equidade, em sua específica dimensão de afetação ao universo da seguridade social, possui características particulares, que lhe dão um tom diferente dos conceitos originários. Neste ínterim, é importante frisar que, no tocante aos tributos, a equidade se expressa por meio de dois aspectos, dentre os quais o primeiro seria o da capacidade contributiva.

33. O princípio da capacidade contributiva é um instituto que serve de norte a criação de tributos impondo a inafastável observância da capacidade do contribuinte de recolher aos cofres públicos. Encontra-se insculpido na Carta Magna Federal da República Federativa de 1988, conforme se extrai das disposições do art. 145, §1º. Assim, como critério de graduação da tributação o princípio da capacidade contributiva é relacionado com o princípio da igualdade, determinando distinções e igualações entre os contribuintes. Todos aqueles que possuem igual capacidade contributiva devem ser igualmente tributados, por sua vez a distinta capacidade de contribuir, determina a ocorrência de discriminações.

34. A equidade na forma de participação no custeio está intimamente/umbilicalmente relacionada com o princípio da capacidade contributiva tributária, tratando-se, porém, de realidades distintas. A equidade é outra forma de expressão do princípio tributário da capacidade contributiva, ainda que seja mais exigente do que aquele, uma vez que também deve operar como redutor das desigualdades sociais. Nesta análise específica do princípio constitucional da equidade na forma de participação no custeio, temos que, diante de todos os fatos escolhidos pelo legislador para criação de normas e proteção da sociedade, que ele objetiva, na realidade, equilibrar a balança do custeio previdenciário não somente a partir da maior tributação para aqueles que têm maior riqueza (preocupação que seria ínsita aos impostos), mas sim ir além, partindo do maior custeio por aqueles que geram mais e maiores riscos à sociedade protegida.

35. Não cabe, pois, a fundamentação genérica no princípio constitucional da capacidade contributiva (art. 145, §1º da CF), uma vez que, em verdade, na seara da seguridade social, a isonomia está completamente baseada no princípio da equidade na forma de participação no custeio, do qual se extrai como expressão de justiça social, o esquema vigente em nosso sistema de seguridade social: maior custeio previdenciário pelas empresas contribuintes que, tendo em vista suas atividades, geram mais benefícios previdenciários.

36. O custeio previdenciário é orientado não somente pela capacidade de contribuir. O risco é o seu principal delineador.

37. A partir da Emenda Constitucional nº 20/1998 e, com as alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº 47/2005, o texto constitucional passou a prever a possibilidade de adoção, pelo legislador, de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas para as contribuições de seguridade social dos empregadores ou empresas, em função de quatro situações específicas: atividade econômica, utilização intensiva de mão-de-obra, porte da empresa e condição estrutural do mercado do trabalho (art. 195, §9º da CF/88). Buscou o legislador exemplificar o leque de alcance do custeio do sistema, tendo por base algumas situações que achou por bem delimitar no Texto Constitucional. As diferenciações realizadas, são pertinentes ao objetivo constitucional da equidade na forma de participação do custeio, visto que promovem a desigualdade em patamares legítimos, tendo por essência a concretização de sustentáculo do texto constitucional (isonomia e risco).

38. O primeiro critério de diferenciação trazido pelo art. 195, §9º da Carta Constitucional, é lastreado na atividade econômica do contribuinte. O legislador tendo em mente que as diferentes atividades econômicas possuem distintas margens de risco social, plasmou no texto constitucional critério de diferenciação, lastreado na equidade, visto que os desiguais (sob o ângulo do risco) devem contribuir desigualmente.

39. O segundo critério de diferenciação do art. 195, §9º da Carta Magna de 1988, é decorrente da utilização intensiva de mão de obra pelas empresas. Neste ínterim, aquelas que consigam empregar mais, conseqüentemente, devem ter suas contribuições sociais reduzidas face aquelas que utilizam um menor número de trabalhadores. Consoante, pois, com o valor social do trabalho (art. 1º, IV e 193 da CF/88), a desigualação permitida pela legislação comentada (art. 195, §9º), é plenamente legítima face aos desígnios constitucionais.

40. Decorrente da alteração legislativa perpetrada pela Emenda Constitucional nº 47/2005, o elemento de discriminação “porte da empresa”, foi introduzido no ordenamento jurídico no art. 195, §9º da Carta da Republica Federativa do Brasil de 1988. É natural que as empresas de grande porte possuam mais recursos e, conseqüentemente, maior capacidade contributiva que as de menor tamanho. A diferenciação ocorre como corolário lógico da isonomia: tratar desigualmente os desiguais na razão de suas desigualdades. Esse favorecimento, tal qual delineado pela Lei Suprema (art. 170, IX e 179 da CF/88), apresenta simbiose com o permissivo encontrado no §9º do art. 195, vez que, legitima a constituição, no que é pertinente a imposição da carga previdenciária fiscal, em impor as “empresas de pequeno porte”, diferentes bases de calculo e /ou alíquotas de recolhimento, em plena consonância com a equidade na forma de participação do custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V, da CF/88).

41. A nova redação dada ao § 9º do art. 195, da CF/88, pela Emenda Constitucional nº 47/2005, possibilita que em face de específica condição estrutural do mercado de trabalho algumas empresas poderão ser instituídas alíquotas e/ou bases de calculo de contribuição previdenciárias diferenciadas. Esta nova previsão amplia o rol de legitimados que podem gozar de benefícios tributários de redução da carga fiscal, assim, representa uma importante medida de estímulo à geração de emprego e, especialmente, a formalização dos contratos de trabalho. Havendo necessidade de intervenção do Estado para resguardar a proteção social a determinados setores do mercado de trabalho, resta como constitucionalmente garantida e diferenciação das incidências previdenciárias para determinadas classes de segurados,

lastreada na isonomia que, na seara da seguridade social tem específica diretriz: equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V, da CF/88).

42. A Constituição da República Federativa de 1988, tem em seu bojo, além da já descrita previsão do art. 195, § 9º, outra específica disposição concernente ao binômio risco – custeio, consubstanciada no art. 239, §4º. Diante da clareza do texto constitucional, quanto mais desemprego uma determinada empresa der ensejo, maior será, conseqüentemente, sua parcela de contribuição ao financiamento do sistema. Em síntese, quanto maior o risco, maior deve ser a contribuição.

43. O destinatário do princípio da eqüidade na forma de participação no custeio previdenciário é o legislador ordinário. Quando da implementação de base de financiamento para a seguridade social, mister se faz que o legislador encontre a justa proporção entre as quotas a serem vertidas por cada um dos atores sociais sempre em consonância com as diretrizes do princípio da equidade na forma do custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V da Carta da República Federativa de 1988).

VI. BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998

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

ALVES, Moreira. *Princípios constitucionais tributários* in MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). São Paulo: Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 18, 1993

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A equidade no Código Civil Brasileiro*. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários) do CJF (Conselho Justiça Federal), Brasília, n. 25, abr./jun. 2004

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001

ANDREUCCI, Ana Cláudia P. Torezan. *Salário-maternidade à mãe adotiva no direito previdenciário brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1. ed. Trad. Leole Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973

ATALIBA, Geraldo e J.A. Lima Gonçalves. *Contribuição – Empresa Urbana não é contribuinte do Funrural*. Revista de Direito Tributário nº 54, São Paulo: Malheiros, 1990

_____. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. *Sistema Constitucional Tributário*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968

_____. *Única contribuição social do empregador (art. 195, I da CF de 1988) – Proposta para pacificar o problema do financiamento da Seguridade social..* Revista de Direito Tributário nº 77, São Paulo: Malheiros, 1998

ASSIS, Armando de Oliveira. *Em busca de uma concepção moderna de risco social*. Revista IAPI, v. 17

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

_____, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder Tributário*. Atual. Mizabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997

BALERA, Wagner. *A dignidade da pessoa e o mínimo existencial*. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. [Coord.]. *Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *A Contribuição para a Aposentadoria Especial e para o Seguro de Acidentes do Trabalho*. in Sacha Calmon Navarro COELHO (Coord.). *Contribuições para a Seguridade Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2007

_____. *A seguridade social na Constituição de 1988*. Revista dos Tribunais, 1989

_____. *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética / Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários. – ICET, 2003

_____. *Contribuições Sociais*. Revista de Direito Tributário nº 60, São Paulo: Malheiros, 1992

_____. *Contribuições Sociais de Seguridade Social. Alguns aspectos de seu regime jurídico*. Revista de Direito Tributário nº 88, São Paulo: Malheiros, 2003

_____. *Contribuição Social sobre o lucro*. Revista de Direito Tributário nº 67, São Paulo: Malheiros, pag. 295

_____. *Da proteção social à família*. Revista de Direito Social, nº 06, 2002

_____. *Incidências do INSS – Contribuições Sociais*. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo: Malheiros, 2002

_____. *Introdução à Seguridade Social*. in *Introdução ao Direito Previdenciário*, LTr, São Paulo, 1998

_____. *Noções Preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004

_____. *O custeio da previdência na zona rural*. Revista de Previdência Social, São Paulo: Ltr, jun 1994

_____. *Sistema de Seguridade Social*. 4ª Ed. São Paulo: Ltr, 2006

_____. *XV Congresso Brasileiro de Direito Tributário – Mesa de Debates “H”: Contribuições – Constitucionalidade – transcrições*. Revista de Direito Tributário nº 85, São Paulo:Malheiros, 2002

BARRETO, Paulo Aires. *Contribuições: Regime Jurídico, Destinação e Controle*. São Paulo: Noeses, 2006

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª Ed. São Paulo: Lejus, 1998

BERBEL, Fabio Lopes Vilela. *Teoria Geral da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999

_____. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995

CARDONE, Marly A. *Previdência, Assistência, Saúde: o não trabalho na constituição de 1988*. São Paulo, Ltr, 1990

CARRIO, Genaro. *Princípios Jurídicos e Positivismo Jurídico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970,

CARRAZZA, Elisabeth Nazar. *Progressividade e IPTU*. Curitiba: Juruá, 1998

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário* – 22ª Ed. ver. Atual. e ampl. até a EC nº 52/2006, São Paulo: Malheiros, 2006

_____. *Princípios Constitucionais Tributários e competência tributária*. 1 ed. São Paulo: Rt, 1986

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário* – 20ª Ed. revista, São Paulo: Saraiva, 2008

_____. *Sobre Princípios Constitucionais Tributários*. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 55, jan. 1991

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 53/2006, São Paulo: Saraiva, 2008

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1999

_____. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____. *Estudo Breve sobre contribuições sociais às luzes da constituição de 1988*. Revista de Direito Tributário nº 60, São Paulo: Malheiros, 1992

COIMBRA, Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas. 1999

COIMBRA, Marcelo Aguiar. *Fundamentos constitucionais da justiça fiscal no campo: em defesa da tríade liberdade econômica, capacidade contributiva e preservação do meio ambiente*. In: Tributação no Agronegócio. Coord.: Eduardo de Carvalho Borges. São Paulo: Quartier Latin, 2005

- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999
- CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo. Dialética, 1997
- COSTA, Regina Helena da. *Princípio da Capacidade Contributiva*. Dissertação de Mestrado na PUC, 1992
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Princípios de direito*. Rio de Janeiro: Resenha jurídica, 1998
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. Notas in BALEEIRO, aliomar. *Limitações Constitucionais ao poder de tributar*. 7ª Ed. Rio de Janeiro; Forense, 2003
- _____. *V Congresso Brasileiro de Direito Tributário – transcrições*. Revista de Direito Tributário nº 56, São Paulo: Malheiros, 1991
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 8ª Ed. adaptada ao novo código civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002). São Paulo: Saraiva, 2007
- _____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* – tradução Nelson Boeira – 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007
- ESPINOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002,
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Atualizado por Silva Pacheco. Vol. 1º. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1990
- _____. *A contribuição para o Funrural*. Revista de Direito Tributário nº 105, São Paulo: Malheiros, 2009

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006

G. MAZZONI. *Existe um Conceito Jurídico de Seguridade Social?*, Traduzido da Revista *I Problemi della Sicurezza Sociale*, n. 02, março-abril 1967

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Atual. Humberto T. Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1996

GONÇALVES, Ionas Deda. *A natureza jurídica das contribuições de seguridade social*. Revista EPD (Escola Paulista de Direito), ano 2, nº 02, São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2006

GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda – Pressupostos Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005

GRECO, Marco Aurélio. *Solidariedade Social e Tributação*. (Currículo Permanente. Caderno de Direito Tributário: módulo 1). Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2006

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Coord. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 5ª Ed – São Paulo: Quartier Latin, 2005

_____. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. Revista EPD – Escola Paulista de Direito, Ano 02 nº 02 (mar./ab. 2006), São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2006

_____. *Salário-maternidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2004

HOUAISS, Antonio e Villar, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 3º Ed. rev. Aum. – Rio de Janeiro: Objetiva

IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 12ª Ed.: Rio de Janeiro: Impetus, 2008

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Ed. Abril, Coleção Os Pensadores, 1973

KERBAUY, Luis. *A previdência na área rural – benefícios e custeio*. São Paulo: LTr, 2009

LACOMBE, Américo Masset. *INSS não pode incidir sobre aviso prévio indenizado*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-26/inss-nao-incidir-aviso-previo-indenizado?imprimir=1>. Acesso em mar. 2010.

LEITE, Celso Barroso. *Curso de direito previdenciário*. Coordenador: Wagner Balera Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira. São Paulo: LTr, 2002

MACHADO, Hugo de Brito. *O princípio da Capacidade Contributiva*. Caderno de Pesquisas Tributárias, vol 14. São Paulo: Resenha Tributaria, 1989

MARTINS, Ana Paula Oriola. *O Princípio da Equidade um dos pilares do sistema de seguridade social*. Estudos em homenagem ao professor Wagner Balera, São Paulo: Moreau Advogados, 2003

MARTINS, Yves Gandra. *Capacidade Contributiva*. Caderno de Pesquisas Tributárias Vol. 14, São Paulo: Resenha Tributaria, 1989

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª Ed, São Paulo: Forense, 2007

MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo – 25ª Ed*. São Paulo: Malheiros, 2008

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo I – Preliminares – O estado e os sistemas constitucionais*. 6ª Ed. rev. e atual. Portugal: Coimbra, 1999

_____. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Forense, 2009

MUSSI, Cristiane Miziara. *O princípio da seletividade e distributividade das prestações no sistema da seguridade social*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Católica de São Paulo, 2004

NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999

OLIVEIRA, Jose Marques Domingues de. *Capacidade contributiva. Conteúdo e eficácia do princípio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

PAULO VI, Carta Encíclica *Populorum Progressio*, 1967

PAUPÉRIO, Antonio Machado. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1969

PETRY, Rodrigo Caramori. *A seguridade social e seu financiamento: contribuições sociais e impostos vinculados*. Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 86, São Paulo: RT, 2009

PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Ltr, 2001

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: RT, 2009

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998

_____. *A equidade no direito do trabalho*. Revista da Faculdade de Direito, v. LXIX - fase. 974

Revolução da Informação. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Conteúdo_aberto&oldid=15696001> Acesso em: março de 2010

Resenha Dieese – Reestruturação Produtiva na Construção Civil. 2001, Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/esp/civil.pdf>> Acesso em: março de 2010

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999

ROHENKOHL, Marcelo Saldanha. *O princípio da capacidade contributiva no Estado Democrático de Direito (Dignidade, igualdade e progressividade na tributação)*. São Paulo: Quartier Latin, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *O princípio da seletividade das prestações da seguridade social*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Católica de São Paulo, 2001

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000

SILVA, Roberta Soares da Silva. *Direito Social: Aposentadoria*. São Paulo: Ltr, 2009

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982

SOUZA, Hamilton Dias de. *Contribuições Especiais*. Curso de Direito Tributário coordenador Ives Gandra da Silva Martins. 12ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2010

SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1981

TEIXEIRA, Aloisio. *O conceito de Seguridade Social na Constituição de 1988 – A Previdência Social e a Revisão Constitucional*. coordenador Marcelo Viana Estevão de Moraes. Ministério da Previdência Social (MPS), Comissão Econômica para América Latina

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional*. 1ª Ed: São Paulo: Quartier Latin, 2007

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 12ª Ed: Rio de Janeiro: Renovar, 2005

VELLOSO, Andrei Pitten et al. *Comentários à lei do custeio da seguridade social: lei nº 8212 de 24 de julho de 1991, atualizada até a LC 118/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed., 2005

UGATTI, Uendel Domingues. *O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social*. São Paulo: LTr, 2003