

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO

DANIEL MACHADO DA ROCHA

UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DAS NORMAS GERAIS DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO

PORTO ALEGRE

2011

DANIEL MACHADO DA ROCHA

**UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DAS NORMAS GERAIS DE DIREITO
PREVIDENCIÁRIO**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção de título de Doutor em Direito, Área de concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

PORTO ALEGRE

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R672h Rocha, Daniel Machado da
Uma hermenêutica constitucional das normas gerais de direito previdenciário / Daniel Machado da Rocha. – Porto Alegre, 2011. 241 f.

Tese (Doutorado em Direito) – PUCRS. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado.
Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas.

1. Direito Previdenciário. 2. Regimes Previdenciários. 3. Normas Gerais. 4. Hermenêutica. 5. Federalismo Cooperativo. I. Freitas, Juarez. II. Título.

CDD 341.6

Bibliotecária Responsável: Dênira Remedi – CRB 10/1779

DANIEL MACHADO DA ROCHA

**UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DAS NORMAS GERAIS DE DIREITO
PREVIDENCIÁRIO**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção de título de Doutor em Direito, Área de concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado.

Aprovada em 19 de abril de 2011.

Conceito: Aprovada com Louvor

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juarez Freitas - Presidente

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira- Membro

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Paulo Ricardo Schier - Membro

Faculdades Integradas do Brasil

Regina Linden Ruaro- Membro

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Têmis Limberger- Membro

Universidade do Vale do Rio dos sinos

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

DEDICATÓRIA

LEO MAURO AYUB DE VARGAS E SA

Dedico este trabalho às pessoas que mais foram afetadas durante a sua realização e que constituem o núcleo gravitacional em torno do qual minha vida orbita.

Alessandra, o que posso dizer, passados vinte e dois anos do dia em que nos conhecemos, que ainda não te disse? Obrigado pelo apoio incondicional, em todas horas, mesmo quando eu estava insuportavelmente estressado e pouco receptivo aos assuntos do cotidiano familiar. Em especial, expressei minha gratidão pela tua capacidade extraordinária de amar, zelar e divertir os nossos três tesouros.

Gabriel, Helena e Eliana, saibam que, ao concluir esta tese, sinto-me tão feliz como no dia em que eu e o mano vimos nosso time ser bicampeão da América no Estádio Beira-Rio, ou nos dias em que nós cinco conhecemos os parques da Disney World. O senso de responsabilidade e dedicação aos estudos manifestado por vocês têm facilitado em demasia as minhas obrigações paternas. Acima de tudo, obrigado pelo amor, compreensão, cumplicidade e por transformarem nossa casa, diariamente, em um alegre, sonoro e divertido Magic Kingdom.

2010

AGRADECIMENTOS

Início por reconhecer o apoio fundamental que recebi do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pela sua Corte Especial, que deferiu o meu afastamento da jurisdição pelo prazo de seis meses, sem o qual não teria sido possível concluir a tese neste momento.

Ao Prof. Dr. Juarez Freitas manifesto minha gratidão não apenas pela orientação recebida, mas também pela amizade e preciosas lições que foram ministradas ao longo de todo o curso de Doutorado.

Sou imensamente grato a todos os professores da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul pelo estimulante convívio intelectual, aos quais agradeço na pessoa do Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet.

Agradeço aos colegas Juízes Federais Alexandre Ávila, Gueverson Rogério Farias, José Caetano Zanella, Karine da Silva Cordeiro, Paulo Paim da Silva e Thais Helena Della Giustina Kliemann pelo convívio fraterno e pelo apoio recebido durante o período em que me substituíram na 2ª Vara Federal de Novo Hamburgo.

Por fim, quero agradecer todos os servidores e estagiários da 2ª Vara Federal de Novo Hamburgo, em especial, ao Diretor de Secretaria Fernando Tonding Etges, cuja dedicação e competência tornaram mais suave o desempenho de minhas atribuições jurisdicionais.

RESUMO

A presente tese discute o instituto das normas gerais previsto no artigo 24 da Constituição Federal de 1988. Sustenta-se que o dispositivo em foco tem sido interpretado na perspectiva de uma hermenêutica conservadora que não traduz adequadamente as opções valorativas de nossa Lei Fundamental. A partir de uma ótica inspirada pelo federalismo cooperativo, o trabalho sugere que é possível fixar critérios formais e materiais que contribuam para uma leitura harmonizadora do condomínio legislativo instituído pela Constituição Federal de 1988. O detalhamento da Constituição, no pertinente aos padrões que devem ser observados pelos regimes próprios, reduz o espaço para o estabelecimento de normas gerais em matéria previdenciária, mas não elimina a necessidade de sua produção. Depois de criticar as escolhas do Poder Legislativo Federal, a tese sinaliza alguns temas que configuram um substrato mínimo passível de ser detalhado por Lei Complementar, a fim de que seja assegurado um padrão federativamente uniforme em matéria de previdência social.

Palavras-Chave: Direito previdenciário. Regimes próprios de previdência. Normas gerais. Competência concorrente. Federalismo cooperativo. Hermenêutica.

ABSTRACT

This thesis discusses the general rules laid down in the article 24 of the Constitution of 1988. It argues that the device in focus has been interpreted from the perspective of a conservative hermeneutics which does not reflect adequately the value choices of our Constitution. From a perspective inspired by the cooperative federalism, the work suggests it is feasible to establish formal criteria and materials that contribute to harmonizing a reading of the condominium legislation introduced by the 1988 Federal Constitution. The details of the Constitution, in the relevant standards to be observed by the public service pension scheme, reduce the space for the establishment of general rules on social insurance law, but does not eliminate the need for their production. After criticizing the choices of the Federal Legislature, the thesis indicates some themes that set a minimum substrate that can be detailed by the special kind of Law in order to assured a uniform federal standard in social security.

Keywords: Social security. Public service pension scheme. General rules. Concurrent jurisdiction. Cooperative federalism. Hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. NORMAS E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	20
1.1 Considerações preliminares	20
1.2 Fontes do Direito	22
1.3 Considerações sobre a noção controvertida de norma	28
1.3.1 A norma jurídica em Kelsen	31
1.3.2 A contribuição de Hart	33
1.4 Normas destinadas a regular a criação de normas	37
1.5 Espécies de normas sobre a produção jurídica	41
1.6 Hermenêutica, enunciados normativos e normas	43
1.6.1 Linguagem, enunciados normativos e interpretação	45
1.6.2 Hermenêutica jurídica	49
2. FEDERALISMO E DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS	56
2.1 Considerações preliminares	56
2.2 Federalismo	58
2.3 Federação	61
2.4 Modelos de federalismo e distribuição de competências.....	66
2.5 Repartição de competências na Lei Fundamental da Alemanha	67
2.5.1 A divisão original das competências legislativas.....	68
2.5.2 A nova partilha de competências	72
2.5.2.1 Competência Concorrente.....	74
2.5.2.2 Competência de Marco	77
2.6 A Jurisdição Constitucional e o equilíbrio federativo.....	79

2.7 O federalismo nos EUA e a Jurisdição Constitucional	86
2.7.1 Federalismo Dual	89
2.7.2 Federalismo Cooperativo.....	96
2.7.3 Federalismo Competitivo	102
3. COMPETÊNCIA CONCORRENTE E NORMAS GERAIS.....	112
3.1 Considerações preliminares	112
3.2 A repartição de competências na CF/88	113
3.2.1 A consolidação da competência concorrente nas constituições brasileiras	114
3.2.2 O federalismo cooperativo e a repartição de competências na CF/88	116
3.2.3 A competência legislativa concorrente.....	123
3.2.4 Os Municípios e a competência concorrente	130
3.3. Normas gerais.....	133
3.3.1 Terminologia vaga e ambígua.....	133
3.3.2 As tentativas de conceituação	135
3.3.3 Estabelecimento de Padrão mais rígido pelo ente federativo	144
3.3.4 normas gerais e lei complementar	149
3.4 Uma proposta de compreensão para o artigo 24.....	155
4. O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO E AS NORMAS GERAIS.....	158
4.1 Considerações preliminares.....	158
4.2 A previdência no Brasil.....	160
4.3 As reformas da previdência no Brasil depois da CF/88	168
4.4 Um panorama das normas gerais em matéria previdenciária	173
4.4.1 A Lei geral da previdência social dos regimes próprios	175
4.4.2 A Lei regulamentadora do cálculo dos benéficos nos regimes próprios	178
4.4.3 O núcleo material das normas gerais de direito previdenciário	183
4.5 O Supremo Tribunal Federal e as normas gerais de Direito Previdenciário	193
4.5.1 Contagem recíproca do tempo de contribuição e compensação financeira	197
4.5.2 As Ações Diretas de Inconstitucionalidade impetradas contra a Medida Provisória nº 1.723/98	203
4.5.3 Cobertura exclusiva de servidores ocupantes de cargos em comissão.....	204
4.5.4 Vedação da concessão de benefícios diversos do regime geral.....	206
4.5.5 Concessão de benefício vedado por enunciado normativo inserido em norma geral	209

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende ingressar no terreno movediço das normas gerais previstas no artigo 24 de nossa Constituição Federal. Considerando a intenção de examinar um instituto concebido para equacionar a partilha de competência em matérias que interessam a todos os entes políticos integrantes do Estado Composto – possibilitando uma aplicação uniforme em todo o território nacional, mas sem aniquilar a capacidade de os entes federados adaptarem a legislação às suas peculiaridades –, entende-se indispensável começar a abordagem pelo exame da estrutura que é peculiar aos estados que possuem múltiplos centros de poder.

No Brasil, o federalismo deita raízes na Constituição de 1891, inspirado, basicamente, no modelo estadunidense – concebido pelos patriarcas americanos para não criar um ente tão poderoso a ponto de tragar os estados dos quais se originou –, mas cuja realidade social, econômica e política era absolutamente diversa. Desde então, incorporou-se, definitivamente, ao pensamento político e constitucional de nosso País. Consagrado como cláusula pétrea da Carta de Princípios de 1988, o alcance, a dimensão e o significado do princípio federativo, constantemente, desafiam os operadores do direito.

O arranjo federativo, maleável por sua própria natureza, para obter o êxito desejado, deve buscar compatibilizar a autonomia responsável dos entes federados – uma vez que a autonomia não se opõe à unidade, mas, sim, à centralização, permitindo uma adequada administração dos conflitos políticos e sociais que naturalmente emergem em uma sociedade cada vez mais complexa.

A distribuição territorial do poder constitui-se em um dos principais temas a serem resolvidos por um Estado Democrático. No modelo federativo, a organização comporta verdadeira descentralização, sendo atribuídos poder e capacidade política aos entes integrantes do sistema, enquanto a soberania é única. Aos entes federados a Constituição

reserva um grau de autonomia variável, conforme o conteúdo político do pacto nela plasmado. A autonomia pode ser traduzida, em síntese, pela capacidade de cada entidade política regular e disciplinar, por lei própria, a organização e o funcionamento de sua respectiva administração, além de uma parcela razoável de competência legislativa.

A sistemática de divisão de competências acolhida pela Constituição Federal de 1988 é complexa, contemplando as modalidades de repartição horizontal e vertical, administrativas e legislativas. Desde 1934, o arranjo constitucional que versa sobre a repartição de competências legislativas passou a ser influenciado também pelo federalismo germânico e – sob os auspícios da Constituição de Weimar – acabou incorporando a técnica da repartição de competência concorrente limitada, típica do federalismo cooperativo. Mesmo afetado por influências estadunidenses e germânicas, o mosaico federativo da Constituição Federal de 1988 acabou aglutinando influências culturais, políticas e ideológicas singulares, como pode ser evidenciado pela inclusão do Município como terceira esfera.

Se é certo que nossa Lei Maior, nos parágrafos do artigo 24, tentou equacionar o problema de composição dos conflitos em matéria legislativa, assegurando à União a atribuição de estabelecer normas gerais, o emprego efetivo da dita espécie normativa não tem sido fonte pacificadora, pois ressentem-se da falta de um mecanismo efetivo de participação dos Estados e dos Municípios no processo legislativo. O Senado brasileiro, desde o início da República, não tem representado os interesses dos Estados. Por afastar-se do ideal federativo, tornando-se suscetível às mesmas pressões que a Câmara dos Deputados, os senadores também são intérpretes da vontade popular, razão pela qual há autores que sustentam o esvaziamento do fundamento justificador da existência do Senado no Brasil.

Em algumas situações, é efetivamente muito difícil definir se uma lei estadual de um ente federativo que tenha sido diligentemente abordada matéria pertinente à competência privativa da União, como seria o caso do direito civil, ou se observou os limites constitucionalmente delimitados para o exercício da competência concorrente, tratando de direito econômico ou do consumidor.

Em outros momentos, encontram-se leis ordinárias que, simplesmente, por serem denominadas de “normas gerais” – cuja inexistência de critérios claros para sua edificação, muitas vezes, tem permitido uma abrangência demasiado ampla, ultrapassado os limites desejados e entrando em detalhes excessivos –, acabam impedindo o exercício da

competência política por parte dos Estados e dos Municípios. Se o ente federativo exerce a competência prevista no § 2º do artigo 24, de maneira efetiva, como quando estabelece um padrão mais rigoroso do que a normatização federal, não raras vezes, testemunha-se o afastamento da lei estadual supletiva pela aplicação do princípio inerente ao federalismo dual – “lei federal derroga lei estadual” –, que não é apropriado para a solução de conflitos em matéria de competência concorrente não cumulativa.

Segundo a análise tradicionalmente efetuada, apenas para edição de normas gerais em matéria tributária, o legislador constituinte imprimiu critérios mais definidos, inclusive, sendo exigido o emprego de uma espécie normativa diferenciada, a Lei Complementar (inciso III do art. 146 da CF/88). Em suma, a figura jurídica das normas gerais do art. 24 da CF/88 tem permanecido um verdadeiro mistério. A amplitude dos temas referidos, aliada à natural vagueza e indeterminação dos enunciados normativos de uma Constituição, tem dificultado a identificação do que deva ser compreendido como matéria típica de receber uma regulação por “normas gerais”.

Diferentemente da competência concorrente clássica, na qual há notória prevalência da vontade federal, aqui, a União também possui limites no exercício da sua competência. Nessa técnica, restou reservada à União a atribuição de editar normas gerais, possibilitando que os Estados e os Municípios pudessem tratar adequadamente de suas peculiaridades regionais e locais, fomentando o desenvolvimento de soluções mais urgentes ou criativas, que talvez não sejam ideais para toda a federação. Obnubilados por uma concepção dual do federalismo, os operadores do direito pouco têm avançado na tarefa de desenvolver uma doutrina das normas gerais capaz de aportar subsídios doutrinários deontológicos e sistemáticos.

Tratando da repartição de competências em matéria legislativa, pode-se perceber que foram combinados dois critérios: uma divisão que resulta do modelo do federalismo dualista norte-americano, adaptada à tendência nacional de centralização do poder, combinada com a repartição solidária e equitativa do federalismo cooperativo da Lei Fundamental de Bonn. Acreditaram os constituintes que o modelo híbrido seria apto para garantir a preservação do equilíbrio federativo. Certamente que as normas constitucionais não deveriam regular as relações intergovernamentais entre as diferentes esferas da federação de maneira excessivamente rígida. Mas, para que o espaço vital de autonomia dos entes políticos pudesse

ser respeitado de maneira mais eficaz, seria recomendável a existência de um mecanismo que permitisse a efetiva participação dos entes federativos no processo de deliberação sobre o conteúdo das normas gerais. Na sua ausência, é natural que os conflitos acabem demandando a necessidade de uma solução jurisdicional. De fato, em todos os quadrantes, a Jurisdição Constitucional tem desempenhado um papel essencial para a obtenção de um grau mais elevado de pacificação social, até mesmo redefinindo os termos do pacto federativo, quando os entes políticos não são capazes de negociar uma solução de consenso.

Na perspectiva desse arranjo constitucional, a figura das normas gerais previstas no artigo 24 também poderia desempenhar um papel essencial para orientar a atuação do Tribunal Constitucional. A realidade, entretanto, é que a interpretação desse dispositivo não vem cumprindo satisfatoriamente nenhuma função.

A hipótese motora do presente trabalho é que o artigo 24 tem sido interpretado na perspectiva de uma hermenêutica conservadora – consciente ou inconscientemente atrelada a uma concepção dual do federalismo –, que não traduz adequadamente as opções valorativas de nossa Lei Fundamental.

Essa postura, em síntese, tem acarretado, principalmente, três tipos de aporias capazes de enfraquecer a harmonia do pacto federativo: a) as normas constitucionais são aceitas como realidades nas quais o seu conteúdo estaria inteiramente pré-constituído, demarcando, de maneira rígida e justa, as fronteiras das competências entre os entes políticos; b) nas áreas em que se admite o compartilhamento de atribuições (competência concorrente), a lei federal sempre prevalece sobre a lei estadual; c) em face da ausência de um conceito de normas gerais, ou de critérios mais específicos sobre o papel, a dogmática jurídica tradicional tem convertido as proposições jurídicas encartadas no artigo 24 em verdadeiras ilhas isoladas no oceano normativo da Constituição, destituídas de qualquer utilidade prática para a solução dos conflitos que constantemente emergem entre os entes federativos.

Pretende-se defender que, na perspectiva de um federalismo cooperativo – modelo de arranjo mais congruente com os objetivos fundamentais encampados pelo Estado Democrático de Direito de construir uma sociedade mais justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional e erradicar as desigualdades sociais e regionais – e tendo em vista a abertura do sistema jurídico, é possível avançar para a consolidação de um Estado menos conflituoso, no qual seja aprimorado o diálogo entre os entes políticos.

O instituto moldado no artigo 24 da Carta Federativa não tem evoluído, porquanto continuam a ser efetuadas interpretações que partem da pré-compreensão de que as normas são dotadas de uma particular essência, cujas propriedades devem ser descobertas pelo aplicador da norma. Embora uma reforma constitucional que fixasse critérios mais objetivos para a edição das normas gerais pudesse ser benéfica para fortalecer a real autonomia dos entes regionais e locais, considerando a natural vagueza e indeterminação da linguagem, sempre haveria possibilidade de surgirem dúvidas razoáveis sobre as esferas de atuação de cada um dos entes políticos. De todo modo, ponderando as naturais dificuldades para a aprovação de uma reforma federativa, pretende-se sustentar que, pela via da hermenêutica constitucional, é possível avançar para, ao menos, fixar critérios formais e materiais mais detalhados, funcionalmente relevantes, salvaguardando o princípio federativo acolhido pela nossa Lei Fundamental.

Dentre o significativo rol de matérias previstas nos dezesseis incisos do art. 24, valorando a experiência profissional e de docência do investigador, foi natural que a opção tenha sido de tratar com maior aprofundamento da competência concorrente em matéria de previdência social. A previdência social, em uma primeira aproximação, pode ser compreendida como o instrumento de amparo social resultante do equacionamento da economia coletiva e compulsória de um Estado – capaz de redistribuir os riscos sociais horizontal (entre grupos profissionais distintos) e verticalmente (entre gerações).

Não resta dúvida de que o direito à previdência social, em nosso ordenamento jurídico, está definitivamente consagrado como um direito social fundamental, formal e materialmente catalogado na doutrina como direito fundamental de segunda dimensão. Para sua adequada implementação em todo o território nacional, operacionalizada pelos diferentes regimes, assume relevo a compreensão do modelo nacional de previdência social e das estruturas estatais concebidas para viabilizar o exercício dos direitos que decorrem da relação jurídica de previdência social. À medida que o trabalho promove a inclusão das pessoas nas sociedades contemporâneas industrializadas, existe a necessidade de revesti-lo de especial proteção. Por isso, nossa Constituição não admite a existência de trabalho, público ou privado, sem a vinculação a um determinado regime de previdência. Um regime previdenciário público, instituto essencial para a realização desses direitos predominantemente prestacionais, pode ser entendido como o conjunto de normas que disciplinam as relações jurídicas entre a

instituição responsável pela concessão e pela manutenção das prestações previdenciárias e os seus beneficiários.

Partindo-se de nosso modelo de Estado federal, por si só dotado de uma particular complexidade, o qual permite aos Estados e aos Municípios criarem regimes próprios de previdência, coloca-se o problema de como compatibilizar o princípio da autonomia federativa com a adoção de critérios uniformes em todos os regimes previdenciários.

Se o desafio nuclear do federalismo, modelo potencialmente tendente à descentralização e ao fortalecimento da democracia, sempre consistiu em compatibilizar a participação e a autonomia dos Estados-Membros com a unidade e a hierarquia mínimas reclamadas pelo Estado federal, em matéria previdenciária, a necessidade de uniformização é impulsionada, principalmente, pela dificuldade no reconhecimento do alcance e da abrangência dos direitos dos beneficiários constituídos sob as diferentes legislações. Para se ter uma ideia da magnitude do problema, basta considerar que, no Brasil, possuem regime próprio de previdência: a União, os 26 Estados e mais o Distrito Federal, além de 1.743 Municípios. Buscando evitar situações de desproteção social, os servidores públicos dos demais Municípios, que não contam com regime próprio, estão vinculados ao Regime Geral de Previdência Social.

De fato, ao longo de sua vida laboral, os trabalhadores poderão transitar por diferentes regimes previdenciários, sem que tenham implementado os requisitos para a concessão de um benefício substitutivo em nenhum regime isoladamente. Assim, emerge a necessidade de aceitação dos tempos de filiação prestados nos regimes anteriores, por parte do regime instituidor do benefício – situação viabilizada pelo instituto da contagem recíproca do tempo de contribuição –, como também da obrigação de os regimes provisórios repassarem as contribuições vertidas pelo segurado enquanto o vínculo esteve mantido. Dessa forma, preserva-se o interesse maior de proteção social dos trabalhadores, sem onerar em excesso qualquer dos regimes que venha a ser eleito como o instituidor da prestação substitutiva.

Não obstante se reconheça que a União, em um Estado federal, não pode levar a bom termo suas funções, sem que se lhe reconheça também os poderes implícitos, isto é, os necessários e apropriados para o exercício de sua autoridade expressa, o fato é que os fatores históricos, políticos, econômico-sociais de nosso País forjaram um federalismo excessivamente centralizador.

A eficácia do sistema federativo, tendo em vista os conflitos de interesses que surgem entre os Estados-Membros e entre estes e a União, reclama a necessidade de um órgão neutro, capaz de efetuar o controle das normas emanadas dos diferentes entes políticos. De fato, nos estados federais, a atuação do Poder Judiciário é essencial para a manutenção do equilíbrio federativo. Os conflitos entre entes federativos, que dizem respeito aos limites da competência legislativa concorrente, têm sido numerosos, e as decisões não necessariamente congruentes, podendo ser citados neste momento: a) o caso da ADI nº 1.980-5 (proposta contra a Lei paranaense 12.420/99, que tinha por objetivo assegurar aos consumidores o direito de obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade dos produtos combustíveis comercializados); e b) o caso da ADI nº 3.645-9 (proposta contra a Lei 14.465/05 do Estado do Paraná, a qual regulamentou o direito à informação quanto aos alimentos que contenham ingredientes geneticamente modificados). Em matéria previdenciária, pode ser apontada a decisão proferida na ADI nº 2.024 (ação ajuizada contra a mudança efetuada pela EC nº 20/98 no texto da Lei Fundamental, com o objetivo de incluir os servidores ocupantes de cargos em comissão, em todos os entes federados, como segurados obrigatórios do regime geral).

Esse breve panorama do sistema constitucional de competências é apto a demonstrar a necessidade de ser empreendido um esforço hermenêutico que possa contribuir para uma evolução da compreensão das normas gerais, as quais são exigidas para regular as atribuições dos entes federativos nas hipóteses previstas pelo art. 24 da Lei Fundamental. O cenário, até agora pouco explorado, será pesquisado dentro de um contexto doutrinário e jurisprudencial.

No capítulo inicial, são tecidas considerações sobre a noção controvertida de norma. É a partir da tomada de posição em relação à norma como o produto da interpretação de um enunciado normativo que ficará evidenciada a importância do processo hermenêutico. Dentro de um contexto no qual há partilha do poder político para legislar, no mesmo âmbito espacial, não sendo a norma uma decisão prévia e completamente definida e havendo a necessidade de dirimir conflitos entre diferentes fontes, a hermenêutica jurídica será fundamental para catalisar a compreensão das normas jurídicas, não apenas sobre a realidade que originou a sua edição, mas, principalmente, para possibilitar uma interpretação adequada ao contexto jurídico e social no qual a decisão jurídica deve ser proferida.

O segundo capítulo intenta construir um referencial teórico que permita a análise do instituto das normas gerais dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Para que seja possível perscrutar as funções e os limites das normas gerais, como qualquer instituto constitucional, torna-se necessário vinculá-lo a uma pré-compreensão, a qual será forjada, inicialmente, a partir da descrição de aspectos relevantes do Estado Federal, concentrando a atenção no sistema de repartição de competências acolhido pela Constituição Federal de 1988.

Com esse propósito, proceder-se-á a um breve estudo sobre a partilha de competências legislativas na Lei Fundamental Alemã, porquanto o instituto das normas gerais nasceu no constitucionalismo brasileiro inspirado pela experiência do federalismo germânico, no qual algumas matérias foram atribuídas simultaneamente ao ente central e aos entes regionais em níveis diversos de concretização. A dinâmica dos ciclos federativos, em um mundo complexo e globalizado, estimula demandas de dispersão e de concentração do poder em um território federal e policêntrico.

Entendeu-se também ser relevante voltar a atenção para a progressão do federalismo norte-americano. Quando as relações intergovernamentais entabuladas entre o poder central e os poderes regionais e locais se convertem em conflitos belicosos, não sendo possível para os entes políticos negociarem os termos do acordo, a jurisdição constitucional vem exercendo um papel decisivo para a redefinição do equilíbrio e a restauração da harmonia do pacto federativo. A fim de melhor avaliar as contribuições da jurisdição constitucional para a estabilidade da harmonia federativa, discorrer-se-á sobre a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos. O acompanhamento do estudo propõe-se a exemplificar um pouco da atividade jurisprudencial de criação do direito realizada pela Suprema Corte, que tem transformado a Constituição em um documento vivo.

A exploração de modelos teóricos paradigmáticos de federalismo tem por objetivo evidenciar como uma concepção material afeta a concretização jurisprudencial. Isso fica mais evidente em face da concisão do texto da Constituição. Valendo-se de duas ferramentas hermenêuticas – a Décima Emenda e a “cláusula de comércio” –, a Suprema Corte tem criado doutrinas que redesenharam os limites das atribuições dos entes federativos.

Depois de terem sido recolhidos subsídios que demonstram a importância de uma adequada pré-compreensão sobre o objeto a ser avaliado, o estudo prossegue, no capítulo terceiro, com base no pressuposto de que, conquanto o arranjo federativo nacional seja

complexo, é possível decodificá-lo, tendo como norte o arquétipo do federalismo cooperativo e a interdependência das competências legislativas e administrativas. De efeito, uma leitura sistemática da Constituição indica que o modelo é o único capaz de explicar, adequadamente, o compartilhamento das competências legislativas entre os entes regionais e o ente nacional, previsto no art. 24.

Na sequência, examinar-se-ão alguns dos conflitos federativos dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal, os quais têm sido apreciados com base em soluções casuístas, elaboradas de maneira assistemática, mediante interpretações construídas a partir de princípios gerais ou de princípios constitucionais relativos à matéria objeto específico da lide. Além disso, coerente com nossa tradição centralizadora, os conflitos julgados pelo Supremo Tribunal Federal foram resolvidos com base em interpretações que acabaram reconhecendo a possibilidade de ampliação da esfera de atuação da União, em detrimento de Estados e Municípios, sem o desenvolvimento de uma doutrina coerente. Ao final, tentar-se-á aquilatar a consistência dos conceitos de “normas gerais” até agora propostos. Atestada a insuficiência de tais conceitos, serão sugeridas diretrizes que podem auxiliar na compreensão dos enunciados normativos insculpidos no art. 24 da CF/88.

No capítulo quarto, depois de situar a estruturação da previdência no Brasil, no cenário político e econômico fomentador da edição dos diplomas legais qualificados como normas gerais de direito previdenciário, torna-se possível avançar para discutir a adequação das escolhas efetuadas pelo Poder Legislativo. Sem a pretensão de exaustividade, a tese sinaliza temas que, aparentemente, em face da necessidade de coordenação e cooperação entre os regimes previdenciários, ou da sua íntima relação com o núcleo mínimo de proteção previdenciária – os quais no caso brasileiro já estão assegurados pela própria Constituição Federal, independentemente do regime instituidor – não deveriam ser disciplinados de maneira heterogênea. Como não poderia deixar de ser, o capítulo critica as contribuições aportadas pelo Supremo Tribunal Federal, plasmadas na doutrina construída na apreciação das demandas que versam sobre a autonomia política dos entes federativos na estruturação de seus regimes próprios.

CONCLUSÕES

A natural abertura do sistema constitucional recomenda a intensificação do diálogo com as realidades social, política e econômica, sendo possível extrair, pela via da hermenêutica constitucional, importantes contribuições para a evolução e o aperfeiçoamento da ordem jurídica.

No caso dos Estados Federais, cada vez mais tem se exigido a intervenção dos tribunais constitucionais para a manutenção do equilíbrio federativo. Preservar esse equilíbrio importa resguardar uma esfera mínima de competência aos entes políticos. Na presente tese, intentou-se apresentar uma nova proposta de leitura do artigo 24 da Constituição Federal de 1988, com o desígnio de, traduzindo mais fielmente as opções valorativas de nossa Lei Fundamental, contribuir para o fortalecimento do pacto federativo e denunciar o desvirtuamento do emprego do instituto das normas gerais.

Em face do reconhecimento dos precedentes como fonte formal do direito, dotados de valor jurídico intrínseco, é mister conferir maior atenção à doutrina construída no corpo da fundamentação, cujas meditações políticas e sociológicas, lançadas para justificar as escolhas efetuadas, revestem-se de transcendental relevância. Partindo da premissa de que a aceitação das decisões judiciais decorre da consistência dos argumentos declinados para fundamentar as suas valorações, um salutar clima de segurança jurídica e de previsibilidade poderia ser estabelecido pelo respeito aos fundamentos das razões empregadas pelos próprios Tribunais em suas manifestações anteriores. Por isso, é necessário que os Tribunais examinem a sua própria jurisprudência, explicando, expressamente, as mudanças de rumo, quando elas forem necessárias, e fazendo uma prospecção hipotética das diretrizes interpretativas e do conteúdo conferido aos princípios que embasam cada decisão. Com a introdução do efeito vinculante, a

ratio decidendi construída na decisão da Corte Suprema tornou-se tão relevante quanto o dispositivo, devendo ser observada por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros.

A compreensão do texto gravado no artigo 24 da Constituição só adquire um sentido juridicamente relevante, quando se recorda que o instituto das normas gerais versa sobre o compartilhamento da competência legislativa. Na medida em que disciplina os limites de atuação dos entes políticos na atividade de produção das normas, a Carta Federativa consagra critérios específicos para a solução de eventuais antinomias. Em virtude de não fixar limites rígidos, a fórmula permite adaptações, seja pela edição de normas gerais capazes de traduzir um consenso mínimo, que deveria resultar primariamente do diálogo entre os entes políticos, ou pela atuação do Tribunal Constitucional.

A natural complexidade da competência concorrente, aliada a pré-compreensões equivocadas sobre o modelo de federalismo agasalhado por nossa Lei Fundamental, tem ensejado propostas de interpretação equivocadas dos enunciados normativos que compõem os parágrafos do artigo 24. As ponderações axiológicas vinculadas à escola da exegese, tais como as de que todas as palavras têm uma função e sentido próprios, ou que conflitam com a sistematicidade do instituto da competência concorrente não cumulativa, devem ser rechaçadas.

A competência concorrente é gênero dos poderes que são atribuídos a mais de um ente federativo, podendo ser legislativa ou administrativa. Do ponto de vista sistêmico, no Brasil, a repartição de competências administrativas está umbilicalmente relacionada com a atribuição das competências legislativas, porquanto cada ente federado é dotado de estrutura administrativa própria para implementar suas políticas, diferentemente da Alemanha, da qual buscou-se inspiração no atinente à competência concorrente. Como a adaptação de um instituto jurídico não pode ignorar as peculiaridades nacionais, não faz sentido que as competências administrativas sejam interpretadas como algo apartado e independente das competências legislativas.

A formatação da competência concorrente do artigo 24 da CF/88, com a previsão da competência complementar (§ 2º) e da supletiva para a colmatação de lacunas (§ 3º), destina-se a favorecer o protagonismo dos Estados no cenário político regional, e dos Municípios perante a comunidade local. Mesmo na hipótese de inércia da entidade central, o sistema de

“condomínio legislativo” adotado permite, nas matérias previstas pela Constituição, que os demais entes políticos exerçam sua competência legislativa.

O § 4º do artigo 24 não é sede de competência concorrente cumulativa. Na solução de antinomias entre leis de entes federativos distintos, o critério da hierarquia não é o único possível e tampouco o critério encampado pela Constituição no multicitado artigo. O critério fixado nesse dispositivo foi o da competência. A norma editada pela União triunfa quando estiver dentro do espaço próprio delimitado pela Lei Fundamental. Se a norma posta pela União ingressar no exagerado detalhamento, com riqueza de minudências sobre aspectos pertinentes às matérias do artigo 24, naquilo que desborda do papel reservado para as normas gerais, então, somente terá aplicação no âmbito da União.

O particular desenho da federação brasileira também acolhe competências próprias que são disponibilizadas aos Municípios, ubicadas no artigo 30. Se nossa Constituição Federal deliberou consagrar um federalismo tripartite, sob pena de violação do princípio da igualdade entre os entes federados, não é possível extrair uma interpretação que esvazie a competência suplementar dos Municípios.

O enunciado normativo encartado no parágrafo único do artigo 23 – que prevê a edição de lei complementar para regular as relações de cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – permite extrair a interpretação de que, em matéria de instituição de normas gerais, o veículo adequado é a Lei Complementar. Não há nenhum sentido em fazer distinção quanto à espécie normativa que deve ser empregada em matéria de competência concorrente administrativa, em desvalia da competência legislativa, em questões conflituosas, ainda mais, dentro da atual sistemática, que não considera o ponto de vista dos entes federados.

As normas gerais podem ser consideradas como uma espécie normativa precipuamente destinada a organizar a produção e a revogação de normas nas matérias em que a Lei Fundamental instituiu um condomínio legislativo. As normas gerais são aptas a conferir a flexibilidade para que os entes promovam as adaptações necessárias na legislação. Aceitar o desrespeito aos limites das normas gerais é grave, porquanto permite ao ente central colocar outro ente político em uma posição de subordinação, em desconformidade com a Constituição Federal.

Tendo em conta que os entes federativos se espelharam nos generosos e, em muitos aspectos, equivocados contornos protetivos emanados da Lei nº 8.112/90, aliado ao sombrio cenário econômico no qual o Estado Brasileiro atuava, os diplomas legais denominados como “normas gerais” foram editados, fundamentalmente, com o objetivo de promover ajustes fiscais, preparando o terreno para a supressão da competência concorrente em matéria de previdência social.

Se, inegavelmente, sempre será necessário promover adequações na estrutura da previdência social, não se deve perder de vista as finalidades que justificam a sua existência. Se fatores estruturais e conjunturais reclamavam, e ainda exigem, a adoção de medidas corretivas, não resta dúvida de que o momento de crise vivenciado pelo Brasil foi aproveitado para a difusão do discurso catastrófico. Discurso destinado a nivelar os regimes próprios de previdência, no padrão mais baixo possível, para acelerar uma futura privatização. Não se trata de subestimar a imperiosa urgência de adaptar a configuração dos regimes próprios de previdência em nosso País, mas de questionar a tese da insustentabilidade dos regimes de repartição. Os estudos e as pesquisas específicas têm demonstrado que as reformas da previdência não promovem desenvolvimento econômico. Elas podem ser mais ou menos benéficas dentro de um contexto de políticas públicas econômicas e sociais.

O detalhamento de nossa Constituição Federal, no atinente aos padrões relativos ao núcleo mínimo de proteção previdenciária, reduz substancialmente o espaço para a edição das normas gerais em matéria previdenciária, pois os entes federativos já estão vinculados aos preceitos constitucionais. Restringe, mas não elimina a necessidade da sua elaboração, sobretudo, quando se pensa no aprimoramento da proteção social.

Sem a pretensão de dizer a última palavra sobre o tema, confia-se que a presente tese possa dar uma contribuição, ainda que singela, para aquecer o debate sobre a adequação formal e substancial das normas gerais produzidas no contexto federativo brasileiro. Dentro do atual estágio do Direito Previdenciário, ousou-se sugerir elementos que poderiam orientar o legislador na tarefa de edificar normas gerais específicas de Direito Previdenciário: os critérios da garantia do núcleo protetivo previdenciário e da interconexão.

Ancorado nesses dois critérios, foram apresentados temas cujo prestígio demandaria uma uniformidade nacional, na tentativa de preservar o núcleo gravitacional da proteção previdenciária em qualquer regime. Nesse diapasão, merecem receber o destaque conferido

pelo instituto das normas gerais, veiculadas por lei complementar: a) a contagem recíproca do tempo de contribuição pelos regimes previdenciários; b) a compensação financeira entre os diferentes regimes; c) o elenco de beneficiários; d) o rol mínimo de prestações de natureza substitutiva e as proibições de acumulação; e) a relação de doenças que autorizam a concessão de aposentadoria por invalidez com proventos correspondentes à integralidade da média das contribuições vertidas pelo servidor; f) os requisitos e critérios prejudiciais à saúde que autorizem a concessão de aposentadoria especial em face do exercício de atividades perigosas ou insalubres. Dessa forma, entende-se restar preservado o interesse maior de proteção social dos trabalhadores, nos setores público e privado, sem onerar em excesso qualquer dos regimes previdenciários que venha a ser eleito como o instituidor da prestação substitutiva.

Desafortunadamente, conclui-se que há falta de normas gerais naquilo que seria adequado para a manutenção e o desenvolvimento da proteção social no nosso Estado Democrático de Direito. Por outro lado, em um horizonte econômico de crise, tingido pelas cores sombrias do discurso globalizante da privatização, os diplomas legais unidos com a designação de normas gerais têm sido empregados com o restrito objetivo de uniformizar os regimes próprios para uma futura unificação em um padrão protetivo mínimo. Em alguns casos, sequer o princípio da legalidade formal tem sido respeitado.