

O FIM DA SOLIDARIEDADE: crítica da privatização da Previdência Social



NOA PIATÃ BASSFELD GNATA

O FIM DA SOLIDARIEDADE:
crítica da privatização
da Previdência Social





Rua Itupava, 118 - Alto da Rua XV, CEP 80045-140 Curitiba – Paraná
Fone: (41) 3075.3238 • Email: alteridade@alteridade.com.br
www.alteridade.com.br

Conselho Editorial

Carlos Luiz Strapazon	Jairo Enrique Herrera Pérez
Claudia Rosane Roesler	Jairo Gilberto Schäfer
Daniela Cademartori	José Antonio Savaris
Fabiano Hartmann Peixoto	Marcos Garcia Leite
Guido Aguila Grados	Luis Alberto Petit Guerra
Ingo Wolfgang Sarlet	Paulo Márcio Cruz
Isaac Reis	Zenildo Bodnar

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

G571

Gnata, Noa Piatã Bassfeld
O fim da solidariedade: crítica da privatização da previdência social / Noa Piatã Bassfeld Gnata – 1. ed. – Curitiba: Alteridade, 2021.
168 p.; 16 x 23 cm

ISBN 978-65-89533-16-0

1. Previdência social. 2. Solidariedade. Privatização. I. Título.

CDD 344.032
CDU 349.3

Catalogação: M^a Isabel Schiavon Kinasz
Capa: Paulo Benczick
Diagramação e revisão: Know-How Desenvolvimento Editorial



Dedico este livro a todas as vidas perdidas em razão da negligência e do sucateamento das políticas públicas sanitária e previdenciária, fenômeno previsto, anunciado e evitável, mas que vem emergindo nas últimas décadas e transbordou de forma incontrolável no Brasil a partir de 2020.



NOA PIATÃ BASSFELD GNATA

Doutor (2018) e Mestre (2014) pela Faculdade de Direito da USP – Largo de São Francisco. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP e do Instituto Defesa da Classe Trabalhadora – Declatra.

Professor voluntário na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB e na Escola da Magistratura Federal no Paraná – Esmafe-PR. Especialista em Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura Federal do Paraná – Esmafe/PR (2011). Bacharel em Direito pela UFPR (2005). Membro cofundador do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital – GPTC (FD-USP) e do Grupo de Estudos em Direito do Trabalho e História – Edith (FD-USP), coordenados pelo Prof. Jorge Luiz Souto Maior, e da Rede Nacional de Pesquisas e Estudos em Direito do Trabalho e da Seguridade Social – RENAPEDTS.

Autor da obra *Solidariedade social previdenciária – interpretação constitucional e eficácia concreta* (LTr, 2014 – edição esgotada na editora), um dos coordenadores da obra *Trabalhos marginais* (LTr, 2013 – edição esgotada na editora), autor de capítulos de livros e artigos em obras coletivas e de textos em jornais de circulação no Paraná e em São Paulo.

Advogado, consultor e parecerista nas áreas de *compliance* de fundos de pensão, planejamento previdenciário, direito previdenciário coletivo, previdência complementar, previdência de servidores, tributação previdenciária de empresas e direitos previdenciários individuais de segurados dos regimes geral e de servidores e participantes do regime complementar, com atuação estratégica em assessoria institucional associativa e sindical.



AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Gabriela Neves Delgado, pelo acolhimento como professor substituto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), na oportunidade de tatear o exercício da docência no ensino superior público e livre.

À Jane Berwanger, à Gisele Kravchychyn e à Melissa Folmann, pelas experiências no Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) e na seção paranaense da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/PR), que me permitem amadurecer e trocar diariamente impressões sobre o cenário do direito previdenciário nacional.

Aos colegas da pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), em nome da Regina Stela Correia Vieira; ao grupo de orientandos do Jorge, em nome dos amigos Valdete Severo e Gustavo Seferian, e, ainda, aos membros do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC), legado muito maior que as dissertações e teses em nossas passagens pela São Francisco.

Pelas desafiadoras e pedagógicas intervenções na qualificação e na defesa da tese, aos Professores Doutores Aldacy Rachid Coutinho, Flávio Roberto Batista, Gilberto Bercovici, Gustavo Seferian, Marco Aurélio Serau Junior e Thiago Barison.

Ao Professor Doutor Jorge Souto Maior, que orienta pelo exemplo diário e diuturno, pela oportunidade de viver essa travessia que me deu coragem para rever radicalmente o meu lugar no mundo.

Ao Professor Doutor Wilson Ramos Filho, pela honra de prefaciar a obra, e ao Instituto Defesa da Classe Trabalhadora (Declatra), pela oportunidade de apresentar a tese na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Ao Professor Doutor Jose Antonio Savaris, querido amigo e entusiasta incansável do direito previdenciário, pelos exemplos de retidão, trabalho e fé inesgotáveis, e pelo incentivo à publicação desta obra.

À Ana Sofia, luz intensa que invadiu meu mundo e acendeu a essência do viver presente.



Tem um Brasil que é próspero
Outro não muda
Um Brasil que investe
Outro que suga
Um de sunga
Outro de gravata
Tem um que faz amor
E tem o outro que mata
Brasil do ouro
Brasil da prata
Brasil do balacochê
Da mulata
Tem o Brasil que cheira
Outro que fede
O Brasil que dá
É igualzinho ao que pede
Pede paz e saúde
Trabalho e dinheiro
Pede pelas crianças
Do país inteiro
Tem um Brasil que soca
Outro que apanha
Um Brasil que saca
Outro que chuta
Perde, ganha
Sobe, desce
Vai à luta, bate bola
Porém não vai à escola
Brasil de cobre
Brasil de lata
É negro, é branco, é nissei
É verde, é índio peladão
É mameluco, é cafuzo
É confusão
Oh, Pindorama eu quero o seu porto seguro
Suas palmeiras, suas feiras, seu café
Suas riquezas, praias, cachoeiras
Quero ver o seu povo de cabeça em pé

Vai pra frente Brasil!

Elza Soares
Brasis



NOTA DO AUTOR

A Editora Alteridade me concede a honra de encampar a publicação, na forma de livro, do fruto da tese de doutorado defendida em fevereiro de 2018 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Com isso, insere-me em seu projeto de promover o espaço para o pensamento crítico, para o conteúdo jurídico denso e para o aprofundamento teórico úteis e, a meu ver, necessários para a compreensão ampla do fenômeno de esterilização dos direitos sociais arquitetados na Constituição de 1988.

O processo de privatização da Previdência Social vai para além da ideia de sua substituição pelo mercado de previdência privada.

Ele encontra, como eixo central de irradiação da densidade normativa do projeto constitucional, a ressignificação histórica da abstração do valor do trabalho.

Colocando a política pública previdenciária em análise a partir da crítica da economia política, e não negligenciando a incidência dos vetores da economia do trabalho, das finanças públicas, do direito constitucional e da regulação do mercado financeiro, percebemos uma evolução histórica da forma jurídica atômica do direito previdenciário – a relação jurídica previdenciária individual.

O que se revela é uma ruptura silenciosa e progressiva, sem redução de texto, sem consulta popular e em prejuízo do interesse dos cidadãos, do pacto constitucional em si, na face do princípio e objetivo fundamental de solidariedade social, que, como sustentamos em 2014 (*Solidariedade social previdenciária: interpretação constitucional e eficácia concreta*), nada tem a ver com caridade, benevolência ou fraternidade, mas com a mínima solidez – segurança jurídica para uma vida livre e digna, cláusulas supostamente pétreas do pacto constitucional – necessária para o desenvolvimento econômico e social na economia capitalista.

É, de certa forma, *o fim da solidariedade*. Evitá-lo, no que se relaciona com a economia do trabalho e com a sustentação da economia ampla, depende de densidade narrativa e de ação política bastantes para prevenir a morte prematura de nosso projeto de democracia.

A leitura da obra é uma convocação do interlocutor para colaborar na construção dessa narrativa.

Noa Piatã Bassfeld Gnata
Abril de 2021

PREFÁCIO

Não é bom existir, viver, sobreviver, em sociedades capitalistas. A estruturação das relações sociais com base na exploração de quem, por não dispor de mais nada exceto seu próprio corpo, vende sua força de trabalho não consegue gerar felicidade. Considerando-se que o preço pago pelo trabalho humano no capitalismo é inferior ao seu valor real, as relações sociais capitalistas, além de injustas, são potencialmente conflituosas. Para que a maneira de existir em sociedade fosse suportada pelos explorados, em maior ou menor medida em cada momento histórico, os Estados foram assegurando contrapartidas pela aceitação da maneira capitalista de existir em sociedade com a normalização da exploração e da subordinação de quem vende a quem compra a força de trabalho no mercado laboral.

Essas contrapartidas pela aceitação do capitalismo como maneira de existir, ao longo do século XX, se expressaram por meio dos contratos, individuais e coletivos, de trabalho ou por intermédio de políticas públicas de cunho redistributivista ou de promoção de bem-estar, sempre em decorrência do acirramento maior ou menor da luta de classes.

Direitos como acesso à educação ou a serviços gratuitos de saúde, à moradia, ao desenvolvimento, foram sendo conquistados ao longo do século passado, ao mesmo tempo em que eram engendrados mecanismos de negociação coletiva das condições de trabalho, fixação de limites legais para a exploração da força laboral e garantias de uma velhice assistida, por intermédio da previdência social.

Nos momentos históricos em que, em um país, a luta de classes se acirrava ou demonstrava potencial para desestabilização econômica ou política, esses direitos se ampliavam. De outra parte, sempre que o patronato, em cada formação histórica concreta, viu ampliada sua influência sobre os governos, tentou reduzir essas contrapartidas objetivando o aumento de seus lucros.

De maneira muito sintética e esquemática, esse pode ser um resumo dos avanços e recuos dos direitos sociais sob o capitalismo nos últimos dois séculos.

Neste livro, em que se publica a tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, originalmente intitulada *Crítica da privatização da previdência social brasileira*, Noa Piatã faz um oportuno exercício de demonstração do processo de esvaziamento, pelo fenômeno neoliberal, do conteúdo e do sentido do direito à Previdência Social, arquitetado como direito fundamental constitucional em 1988.

Retomando tema que já havia esboçado em seu livro *Solidariedade social previdenciária – interpretação constitucional e eficácia concreta*, com cuidadoso compromisso metodológico, o autor evidencia a depreciação do valor do trabalho na abstração da forma jurídica atômica, a relação jurídica previdenciária, utilizando-se da crítica pachukaniana à teoria do direito, e nos revela que essa relação, originalmente desenhada como um direito diretamente decorrente do trabalho, sob a eficácia normativa do princípio da solidariedade social previdenciária, em razão do imperativo neoliberal, sofreu dois movimentos em sua formatação atômica.

Em um primeiro deslocamento, deixa de se revelar como um direito diretamente decorrente do trabalho e passa a ser um direito decorrente do tempo de contribuições previdenciárias. No segundo, esteriliza-se a equivalência entre direito e tempo de trabalho e contribuições, para assumir a mera feição contratual privada como resultado do acúmulo de capital que o segurado/participante conseguir fazer em sua vida produtiva. Essa articulação teórica é acompanhada de uma demonstração historiográfica de pelo menos dez técnicas legislativas que corroboraram para o desmonte da previdência social brasileira depois de 1988, com alteração da tecnologia do contrato do trabalho, revogação, extinção ou isenção de contribuições previdenciárias, instituições de regimes excepcionais de tributação e outros meios que não se revelaram úteis para a geração de emprego e riquezas para o país, mas apenas para dissolver o pacto constitucional de solidariedade social e tornar inevitável o processo de esvaziamento da estrutura da previdência social.

Como resultado, este livro traz um prognóstico realista e preocupante para o país, que seria pessimista se não fosse uma convocação para o resgate da densidade normativa constitucional, condição *sine qua non* para o mínimo suficiente na direção de uma sociedade capitalista que pretenda se afirmar democrática e ter alguma chance de promover os desenvolvimentos econômico e social, visceralmente interdependentes.

Trata-se de um livro que contribui para fortalecer a musculatura e trazer oxigênio para a reconstrução das balizas da economia do trabalho e da previdência social depois desse período de obscurantismo, como uma das condições para que advenha mais um ciclo virtuoso, em que a vida digna e alguns anos para aproveitar o sol, a natureza, os netos e algum descanso, com garantia de contas em dia e comida na mesa, seja um sonho realizável para a classe trabalhadora.

Wilson Ramos Filho

Março de 2021



SUMÁRIO

Introdução	2
CAPÍTULO 1 – O PAPEL DA CRÍTICA DO DIREITO E O CASO DA HISTÓRIA DA FORMA JURÍDICA DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO	25
1.1 Premissas da crítica marxista do direito.....	
1.2 Possibilidades e limites da crítica da forma jurídica na conformação da ideia de direito à previdência social.....	
1.2.1 Direitos sociais entre o público e o privado	36
1.2.2 Abstração e realidade na ideologia da liberdade subjacente à forma jurídica do direito à previdência social	38
1.2.3 Abstração e realidade na ideologia da solidariedade social subjacente à forma jurídica do direito à previdência social	44
1.2.4 O mito da aposentadoria como liberdade.....	4
1.2.5 A força de trabalho como mercadoria e o condicionamento do direito à previdência social à forma jurídica	52
1.3 Proposta de historicização da forma jurídica no processo de reformas da previdência social brasileira	54
1.3.1 Origem da forma jurídica previdenciária: a mercadoria força de trabalho	55
1.3.2 Avanço neoliberal: a ideologia da eficiência na política de previdência social	
1.3.3 A crise neoliberal e o papel ascendente dos mercados de pensão no capitalismo financeiro.....	
1.4 Conclusão do capítulo	74
CAPÍTULO 2 – ANATOMIA DO DESMONTE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	77
2.1 Política pública de inclusão previdenciária e o mito do microempreendedorismo..	



2.2 Limitação do salário de contribuição dos servidores públicos no teto do Regime Geral de Previdência Social	86
2.3 Desoneração da folha de pagamento e outras renúncias de receita	90
2.4 Reforma orçamentária e os efeitos da Emenda do Teto dos Gastos Públicos..	92
2.5 Aprovação da terceirização da atividade-fim.....	93
2.6 Aprovação da reforma trabalhista	97
2.7 Propaganda oficial de descrédito da previdência social: a questão do déficit orçamentário	108
2.8 Proposta de reforma da previdência contida na PEC n. 287/2016...	
2.9 Extinção de políticas públicas de assistência social	116
2.1 Conclusão do capítulo	117
CAPÍTULO 3 – CRÍTICA DA PRIVATIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA	121
3.1 Crítica metodológica da forma jurídica.....	12
3.1.1 A questão dos direitos subjetivos públicos.....	123
3.1.2 A forma jurídica condicionada pela matriz da relação mercantil de troca de equivalentes	126
3.1.3 Abstração do valor de troca: a mercantilização.....	13
3.1.4 Novos sujeitos para novas mercadorias: a privatização.....	131
3.2 A mercantilização e a privatização da previdência social.....	136
3.2.1 Mercadorias, sujeitos e formas da relação jurídica previdenciária privada..	137
3.2.2 Regulamentação privada e o desaparecimento do direito	13
3.3 Crítica política da privatização da previdência social	1
3.3.1 Prognósticos	147
3.3.2 Alternativas	
3.4 Conclusão do capítulo	151
Conclusão.....	153
Referências.....	157



INTRODUÇÃO

Chamam especial atenção, desde junho de 2013, a instabilidade política e a disputa de narrativas sobre a ruptura das bases democráticas, no ambiente político, e dos princípios constitucionais, no ambiente jurídico.

Os esforços teóricos em avaliar os momentos políticos em função do conteúdo possível de um ambiente democrático ou de uma Constituição com efetiva densidade normativa elevam ao protagonismo, na ciência jurídica, das teorias da constituição e da democracia, culminando com a centralidade política do poder judiciário.

No âmbito teórico constitucional, os esforços se concentram em estabelecer e colonizar métodos materialmente democráticos de construção das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e as leis do Congresso Nacional, articulação entre os constitucionalismos dialógico¹, deliberativo² e popular³, como baldrames possíveis de democracias constitucionais protagonizadas por essa dinâmica entre as cortes e os parlamentos.

As bases da teoria do diálogo implicam propostas metodológicas de estabelecimento e redefinição de uma série de arranjos institucionais nas dinâmicas política e jurisdicional constitucionais. São intervenções necessárias para o enfrentamento da complexidade instável e dinâmica da vontade popular para a realização democrática, resultante das tensões internas e das microrrelações de poder e sujeição decorrentes da disputa pelas narrativas do objeto, umas e outras mediadas e contidas pelo projeto constitucional.

1 MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford University Press, 2013.

2 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

3 KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press, 2004.

Como frisa Gargarella⁴, essa aposta tem ressalvas, pois quem defende a democracia deliberativa tem motivos para duvidar das revisões judiciais, em regra; para apoiá-las seria necessário garantias de diálogo genuíno e equitativo entre as diferentes esferas de poder e entre elas e o povo. No caso brasileiro, por exemplo, esse diálogo ainda é deficitário, tanto no controle jurisdicional quanto no próprio processo político.

Quanto ao primeiro, ecoam as críticas à falta⁵ de diálogo efetivo entre o Supremo Tribunal Federal e o parlamento, entre o Supremo e a sociedade e entre os seus próprios ministros⁶, que têm instrumentos pessoais para barrar o andamento dos julgamentos da Corte ao seu arbítrio⁷. No que atine aos direitos sociais, questões cruciais ficaram por longos períodos reféns de pedidos de vista ou de inclusão em pauta, com efeitos represados para toda a sociedade.

Quanto ao segundo, a ação política e judicial em matéria de direitos sociais, isso é evidente. Não bastassem as experiências que bem ilustram Roberto Gargarella e César Rodríguez-Garavito⁸, infere-se como baliza o caráter artificioso da legitimação democrática da reforma da previdência e dos direitos trabalhistas.

E, desde então, um amplo pacote de reformas econômicas, trabalhistas e sociais, construído a portas fechadas pelos setores que financiaram o discurso contra a corrupção, veio à tona, não precedido de debate público. Enquanto o governo mostra os dados na mão esquerda, movimenta os copos com a direita.

Na justificação pública para a urgência e o apelo para as proposições e final aprovação da reforma da previdência (PEC n. 287/2016 no Governo Temer, malsucedida, e PEC n. 6/2019, proposta pelo Governo Bolsonaro, que culminou com a promulgação da EC n. 103/2019), todo o alarde, aos holofotes, esteve nos critérios de concessão e reajuste de benefícios, que terão efeitos atuariais de longo prazo: na imposição da idade mínima, na extinção da discriminação de tempo de serviço/contribuição exigido de homens e mulheres, na revogação da garantia do valor mínimo balizado no salário

4 GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales. *Perfiles Latinoamericanos*, Distrito Federal, México, n. 28, p. 9-32, jul./dez. 2006.

5 GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (tese) – doutorado em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

6 MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. 2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em: 9 jul. 2016 .

7 MENDES, Conrado Hübner. *O STF é refém do capricho dos seus ministros*. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>. Acesso em: 9 jul. 2016.

8 RODRIGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, n. 89, 2010-2011.

mínimo, na extinção da competência capilarizada das justiças estaduais para decidir matéria previdenciária, por exemplo.

Na outra mão, silenciosamente e longe da opinião pública, a finalidade efetiva e imediata da reforma se encaminhou: uma série de medidas de renúncia de receitas, como se demonstrará adiante, apresenta-se como política integrada.

Não bastasse, quanto aos critérios de concessão de benefícios, a confecção de regras transitórias – a história se repetiu, como nas Emendas Constitucionais 20 e 41 – acalmou os ânimos de quem está quase para se aposentar e ajudará a desarticular a população jovem, afetada indiretamente e tão interessada quanto aqueles, mas absolutamente alheia ao processo político. Para viabilizar a reforma e dar aparência de diálogo, convocaram-se representações sindicais para que concordassem, para que entendessem a urgência e a excepcional necessidade de renunciar aos direitos dos trabalhadores. Mas não para construir.

A construção democrática somente se daria com diálogo amplo na construção do processo político. Não basta convocar alguns coadjuvantes para revisarem vírgulas; é necessário ver além do discurso de urgência. É necessário ouvir o povo, os juristas e os sociólogos, desde o início, para construir a decisão de reformar os modelos de condições de sobrevivência de todos. É evidente para estudiosos da economia política, por exemplo, o fato de que a revogação dos direitos mínimos dos trabalhadores é a própria revogação das condições de reprodução da produção econômica.

Todos os paradoxos entre os motivos e os fins, entre o discurso e a prática, no processo político, recrudesceram o déficit democrático estabelecido na condução da República. A previdência, que deveria atender aos interesses de longo prazo de todos os cidadãos trabalhadores, está atendendo aos interesses transitórios do governo e aos interesses preponderantes do mercado financeiro, no afã de desincumbir-se das obrigações – não cumpridas – de responsabilidade fiscal e de abrir o mercado de consumo de previdência privada.

O Supremo Tribunal Federal ainda parece distante, entretanto, de adotar o caráter deliberativo – norte possível para uma legalidade democrática – como parâmetro do controle de constitucionalidade dos atos legislativos, como fez – lembrada por Gargarella no texto já referenciado – a suprema corte colombiana, por exemplo, ao anular o Estatuto antiterrorista por falta de fundamentação dos votos dos parlamentares. A ausência de correlação – e a inexistência de vinculação – entre as pautas de campanha e os alinhamentos em bloco no processo legislativo, por exemplo, é sintoma da falta de controle popular da própria atuação do poder legislativo. Exigir controle jurisdicional de coerência como atributo da realização material da democracia popular representativa não parece passo próximo.

É notável também a esterilidade de alguns arranjos institucionais que poderiam ser otimizados na perspectiva dialógica e deliberativa, exposta pelo professor Conrado H. Mendes e pelo colega Miguel Gualano de Godoy

em seus trabalhos mencionados acima, a exemplo de audiências públicas, intervenções de *amici curiae* e mesmo as sustentações orais.

Esses fatores, enfim, diminuem a expectativa de que a narrativa constitucionalista e o exercício da jurisdição constitucional, alicerçados sobre a mais fina teoria da democracia, sejam suficientes para evitar a revogação material do conteúdo da Constituição, dada a determinação dos direitos sociais pelas relações materiais que condicionam sua forma.

Esse reconhecimento, somado à percepção da mutação e abstração dessas relações materiais, com interseção notável neste momento histórico – e tensão ainda não aparente – entre capital produtivo e capital financeiro, traz à discussão as relações mercantis ascendentes – no caso da previdência social, o mercado privado de previdência e seguros de pessoas –, e sua relação com o próprio direito público. Além disso, legitima e fortalece crítica da economia política e do direito, em seu papel ideológico e indisfarçadamente condicionado pela soma dos interesses privados determinantes das relações mercantis.

Parece haver uma lacuna, na ciência jurídica brasileira, em específico na seara dos direitos financeiro, econômico, tributário e previdenciário, como faces do direito público, quanto a esforços teóricos de compreensão deste momento pós-constitucional desconstituente para que caminha a política pública de atendimento dessas necessidades públicas, com a substituição dos direitos sociais pelo mercado privado de previdência e seguros de pessoas. Vistos superficialmente como as faces ocultas do mercado financeiro, não se percebem esforços teóricos jurídicos de trazer à tona, como figuras conceituais em sobreposição, a relação dessas novas relações mercantis com o trabalho, por exemplo, no âmbito da teoria do valor, da economia política ou na sua cristalização sobre a vida das pessoas, de interesse da sociologia do trabalho.

O intento deste livro é, como crítica reveladora e destrutiva do silêncio que rege essa ordem cínica, suprir esta lacuna e levantar caminhos, problemas e hipóteses para novas pesquisas.

No Capítulo 1, fixamos as premissas teóricas do marco metodológico eleito para compreensão da realidade e dos discursos que envolvem a matéria. Propomos então, como hipótese central, o reconhecimento da evolução da forma histórica da relação atômica do direito previdenciário, como sintoma de um processo de privatização estrutural do sistema de previdência social.

No Capítulo 2, percorremos uma breve anatomia do desmonte da previdência social pública, com o reconhecimento da preparação do terreno para o desenvolvimento da previdência complementar, tanto de servidores públicos quanto de trabalhadores vinculados ao regime geral público.

No Capítulo 3, por fim, demonstramos, com o método crítico proposto e analisando a conjuntura política e econômica internacional e nacional, a anatomia da mercantilização e da privatização da previdência social, sustentando as hipóteses propostas.

CAPÍTULO 1

O PAPEL DA CRÍTICA DO DIREITO E O CASO DA HISTÓRIA DA FORMA JURÍDICA DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Em março de 2014, sustentei dissertação de mestrado perante o Programa de Pós-Graduação de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob o título “Refundando a solidariedade social no direito previdenciário”, em que revisei as bases do projeto constitucional solidário aplicado à sua interpretação e eficácia concreta no Regime Geral de Previdência Social.

Naquela oportunidade, a banca examinadora teceu críticas construtivas à crença, demonstrada na referida dissertação, na possibilidade concreta de avanços em matéria social a partir de esforços de construção e reafirmação do conteúdo jurídico constitucional, que de certa forma reproduzia o fetichismo envolto à forma jurídica, pautado no pressuposto de que a vontade constitucional de “construir uma solidariedade livre, justa e solidária” tem aptidão para construir, de fato, uma sociedade livre, justa e solidária.

Tais críticas serviram como ponto de partida deste trabalho, buscando permeá-lo, no formato original de tese de doutorado marcada pelo compromisso teórico e acadêmico, tanto quanto possível, pelos frutos havidos no estado das coisas das duas linhas de pesquisa do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quais sejam a Crítica Marxista dos Direitos Sociais e os Fundamentos Históricos, Princípios e Garantias Fundamentais do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho.

São marcos mais recentes das produções dessas linhas de pesquisa as publicações, em 2017, da tradução de *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios*

*escolhidos 1921-1929*⁹, de Evgeni Pachukanis, coordenada pelo Prof. Marcus Orione Gonçalves Correia, e da *História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho*. v. 1, parte II¹⁰, do Prof. Jorge Luiz Souto Maior, coordenadores dos grupos de pesquisa Direitos Humanos, Centralidade do Trabalho e Estudos Marxistas (DHCTEM) e Trabalho e Capital (GPTC), respectivamente.

No influxo metodológico dessas determinantes contribuições para a compreensão da essência das relações entre o capital e o trabalho no Brasil, este primeiro capítulo busca dar conta da relação entre a história da Previdência Social e a forma jurídica da Previdência Social – por mais difícil que seja o exercício, diante da noção última de que a crítica do direito (a crítica *íntegra* do direito, na visão de Pachukanis, como se vê adiante) deva resultar na proposição de sua *extinção* –, abandonando os juízos subjuntivos. Transpondo-o para a história recente (Pachukanis escreveu nas décadas de 20 e 30 do século XX), abandona as matrizes humanista-normativista, constitucional-normativista ou as tentativas recentes de justificação hermenêutica da própria ideia de justiça social na realização do direito, tendo em vista que esses exercícios, em si, já reproduzem o vício intrínseco – apresentado por ele em sua crítica do direito – da abstração jurídica em detrimento da realidade.

Para tanto, está organizado em três tópicos. No primeiro, discutem-se as premissas da crítica marxista do direito, delimitando a base metodológica do trabalho nessas estacas da linha de pesquisa a que está vinculado.

A investigação assume em seguida – este é o segundo tópico – sua relação com os direitos sociais, com diálogo com a contribuição do Prof. Flávio Roberto Batista, para que possa aproveitar seus resultados e, evidentemente, situar a partir de que ponto se inaugura a originalidade dessa contribuição, para os fins de eventual cumprimento dos requisitos do doutorado.

Logo após, com inspiração no método da pesquisa realizada pelo Prof. Jorge Luiz Souto Maior na construção da obra *História do direito do trabalho no Brasil*, acima referida, no terceiro tópico buscam-se contornos, em dois cortes epistemológicos, de uma historicização possível da forma jurídica da Previdência Social no país. Um corte tratando da justificação da criação da ideia de Previdência Social e outro se aproveitando de uma História do Direito Previdenciário que contenha a demonstração do processo de reformas que a envolve, em análise que transcenda o conteúdo (conhecido) desse processo e encontre a evolução da forma jurídica subjacente ao enunciado dos direitos sociais.

9 PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos 1921-1929*. Tradução Lucas Simone. Coordenação Marcus Orione. Comissão Técnica: Alberto Alonso Muñoz, Flávio Batista, Jorge Luiz Souto Maior, Márcio Bilharinho Navez, Marcus Orione, Pablo Biondi. São Paulo: Sundermann, 2017.

10 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. v. 1, parte II.

Feito isso, as ideias estarão organizadas para adentrar ao segundo capítulo, visando à demonstração da anatomia da privatização da Previdência Social, que desvele, neste momento presente, a inauguração de um novo marco histórico da forma jurídica da relação previdenciária, com um giro na relação material que a sustenta.

1.1 PREMISSAS DA CRÍTICA MARXISTA DO DIREITO

Um atributo determinante do projeto de civilidade da sociedade ocidental contemporânea, caracterizada pela afirmação da economia capitalista, em comparação com as sociedades primitivas, bárbaras ou medievais, é a justificação da ideia, com a implementação institucional, do discurso de Estado Democrático de Direito. Fundado em ordens constitucionais escritas, com o fim preponderante de construção da segurança social, em suas feições normativa – de segurança jurídica – e social – de segurança pública e social. A *segurança*, nesse projeto, é um símbolo discursivo da previsibilidade das relações dos homens entre si, perante o Estado (que criam para não serem constrangidos a se relacionarem diretamente em suas contradições, diferenças e conflitos de interesses) e a natureza (em cujo domínio se investem), bem como de todos os efeitos materiais e imateriais dessas relações, que se produzem e reproduzem em toda experiência humana, direta ou indiretamente.

Na expectativa de injunção das condutas humanas, essa ideia de previsibilidade projetada cria o discurso do Direito, e, com amparo no pressuposto de legitimidade popular dos contratos sociais nacionais, estabelece-se o modelo do Estado Democrático de Direito. O projeto de previsibilidade se reflete em toda a produção normativa, organizando a segurança jurídica, a segurança pública e a segurança social.

Obedecidas as regras que perpetuem a disposição de todos os direitos – dos sujeitos de direito, portadores de títulos, senhorios de prerrogativas –, limitam-se os poderes de interferência nas vidas, patrimônios, poderes e liberdades das outras pessoas. O discurso do projeto civilizatório promete levar a sociedade ao equilíbrio, portanto, a partir da pretensão de segurança, justificado na criação das normas jurídicas, com seus fundamentos de validade no contrato social primitivo e com eficácia sobre as relações sociais.

O que está pressuposto – mas não se expõe – na justificação do direito, por meio da teoria do direito e do estado de direito majoritariamente incorporada à normalidade, é que a produção e a aceitação de normas acabam, por si, moldando, reproduzindo e perpetuando as relações sociais, distanciando-se tanto de seus conteúdos quanto dos fundamentos axiológicos de suas justificações originárias. Sem atenção a esta última feição, desenvolve-se vasta produção jurídica subordinada a essa teoria do direito, inexoravelmente pautada no normativismo, de índole positivista, em que se encerra.

Na experiência brasileira, por exemplo, assume-se a Constituição da República como fonte do direito e, ato contínuo, inaugura-se a disputa de narrativas sobre a densidade normativa de cada centímetro de seu conteúdo. Essa disputa se opera nos conflitos de interesses dos ambientes legislativo e jurisdicional, cuja mediação recebe profundas investigações teóricas da Constituição e da Democracia, com autoridade discursiva refletida na relação mutualista que se constrói entre a jurisdição constitucional e a academia constitucionalista, assumindo-se seus atores como protagonistas últimos de todos os assuntos e pretensos construtores, enfim, das estacas do próprio conteúdo do direito.

Nessa dinâmica, a tensão entre teorias hermenêuticas que, em seus discursos, acredita-se promover o desenvolvimento econômico, por um lado, ou as garantias sociais, de outro – em última análise a tensão de interesses por excelência, dado o papel do Estado na mediação desses interesses, com redistribuição de riquezas diretamente proporcional à intervenção que promova nas respectivas políticas públicas –, acabam recorrendo à parametrização constitucional para justificação dos respectivos discursos.

Nesse compasso, assumem recursos linguísticos cuja complexidade progride na medida da evolução dessa disputa de narrativas, que a este ponto, em sua face teórica, já se ocupa do próprio método de conformação da disputa de narrativas (na legitimação acadêmica e no diálogo entre legislativo e judiciário) como condição e possibilidade da construção de um ambiente, assim dito, democrático¹¹.

A Constituição, na sua suposta inspiração social, e os valores humanistas que fundam a ordem internacional de direitos – a Declaração Internacional de Direitos Humanos, o Pacto Interamericano de San José da Costa Rica e a Constituição Brasileira de 1988 –, são textos com pretensões normativas moldadas pela mesma matriz, pela mesma *forma* jurídica, ao criarem direitos e prerrogativas das pessoas em face de seus concidadãos e de seus Estados.

Com isso, a disputa de narrativas se conforma sobre o conteúdo – sobre a definição de extensão, possibilidades e limites – do direito, afirmando maior ou menor eficácia a toda e cada norma em conflito em função da maior ou menor densidade normativa que se reconheça no texto constitucional, dada a posição para ele postulada na hierarquia normativa da exegese proposta pela teoria positivista do direito.

11 É o significante “*última palavra*”, na teoria do diálogo, uma das justificações filosóficas da teoria da *democracia deliberativa*, com variações na teoria da democracia popular e outras expressões sofisticadas da teoria constitucional. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Nessa dinâmica, mesmo as ideias de defesa da democracia, da constituição, dos direitos sociais, das garantias individuais, em suas feições progressistas ou humanistas, continuam sujeitas a um molde que garante a reprodução das feições normativas da matriz de prerrogativas e sujeições (titularidades a serem observadas sob pena de coerção estatal), que, em última análise, não necessariamente realizam as ideias de igualdade que afirmam em sua origem. Pelo contrário, de modo rotineiro as denegam.

A distância que se cria entre a abstração jurídica – ainda que eventualmente em sua boa vontade discursiva – e a realidade estrutural de conformação das relações materiais de desigualdade, cuja reprodução é garantida por esse molde – a forma jurídica em si –, é objeto da crítica marxista do direito, linha de pesquisa com que este livro dialoga em suas premissas metodológicas.

Como referido acima, o marco epistemológico dessa linha de pesquisa é, em relação à crítica da teoria do direito, a produção de Evgeni Pachukanis, que passamos a situar neste ponto. No ensaio “Para um exame da literatura sobre a teoria geral do direito e do Estado”¹², de 1923, Pachukanis enfrenta e expõe à crítica os conceitos fundamentais e a própria estrutura da teoria de Hans Kelsen. Para Pachukanis, as construções propostas por Kelsen

[...] são tão artificiais, paradoxais e, sobretudo, sem vida que elas dificilmente poderiam encontrar uma aplicação, mesmo na reduzida esfera da dogmática jurídica; o método de Kelsen conduz para o lado completamente oposto ao de uma concepção verdadeiramente científica do direito e do Estado¹³.

A importância do posicionamento de Pachukanis em relação à obra de Kelsen tem ao menos duas feições: primeiro, a proposição de uma crítica fundamentada à teoria que estrutura o direito liberal do século XX, promotora das ideias de liberdade e segurança jurídica centradas nas ideias de contrato, família e propriedade, ideias estas que apresentam respostas para uma possibilidade de justificação normativa para pacificação e perpetuação das relações de sujeição e desigualdade entre as pessoas; segundo, o fato de essa fundamentação transpor para o direito a crítica marxista da economia e da sociedade, até então preponderantemente focada nas relações materiais havidas entre propriedade, capital e trabalho.

Para Pachukanis, há um distanciamento entre a realidade e a abstração que resulta das proposições de Kelsen. Para ele, a obra de Kelsen “[...] não se pode caracterizar de outro modo que não como uma ruptura com a

12 PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos 1921-1929...*, p. 227 e ss.

13 Idem. *Ibidem*, p. 228.

realidade em prol da pureza lógica do objeto”¹⁴. Kelsen, na tentativa de superar os fundamentos do direito natural medieval, acabou por recriá-los¹⁵.

A distância entre o direito e a realidade é um elemento central da crítica pachukaniana da forma jurídica. Para ele, “Kelsen escava um verdadeiro abismo lógico entre o ser e o dever-ser e veda ao jurista qualquer acesso do mundo das normas ao mundo da realidade”. Utiliza como exercício os exemplos dos conceitos kelsenianos de *vontade* e de *pessoa*:

Assim, por exemplo, ao examinar o conceito de vontade, que desempenha um papel significativo na teoria do direito, Kelsen nos leva à conclusão de que as vivências psíquicas verdadeiras não vêm absolutamente ao caso, que elas não são essenciais, que são irrelevantes, que juridicamente a vontade existe como uma construção particular de imputação, ou seja, novamente como uma construção particular de imputação, ou seja, novamente como uma combinação das normas que designa em que casos essa ou aquela ação deve ser atribuída, “imputada”, a essa ou aquela pessoa. O próprio conceito de pessoa, de maneira exatamente igual, não possui, na opinião de Kelsen, nada em comum nem com o conceito biológico, nem com o conceito psicológico de indivíduo. Juridicamente, a “pessoa” nada mais é que a personificação das normas que a ela se referem. Desenvolvendo com coerência lógica as suas posições iniciais, Kelsen chega à plena identificação do Estado e da ordem normativa como um todo¹⁶.

Nessa toada, segundo Pachukanis, Kelsen transpõe a lógica para a justificação do poder e do Estado em função não de sua essência e da expressão real de dominação e sujeição por cidadãos e povos vizinhos, por exemplo, mas pela própria afirmação jurídica (abstrata) de sua existência:

O próprio conceito de um poder supremo dentro de uma determinada sociedade só pode ser interpretado de modo normativo. Na ordem real dos fenômenos, tampouco se pode descobrir o poder supremo, assim como a causa primeira. Defendendo uma objetividade puramente mental, etérea, por assim dizer, do Estado, Kelsen aparta-se até das opiniões que identificam o Estado com a ideologia do Estado, compreendida como um fenômeno de ordem psicológica. Pois, para ele, as vivências concretas das pessoas, submetidas à lei da causalidade, estão separadas por um abismo lógico da

14 PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos 1921-1929...*, p. 228.

15 “Enquanto o positivismo jurídico surgiu na luta contra o direito natural e enxergou sua principal tarefa na aniquilação dos últimos resquícios dessa doutrina, Kelsen, que se considera um continuador e finalizador dessa luta pelo positivismo jurídico, em suas conclusões finais, descamba para esse mesmo direito natural, já cem vezes reduzido a cinzas.” Idem. *Ibidem*, p. 228.

16 Idem. *Ibidem*, p. 230.

ordem normativa com sua própria legalidade interna. [...] Ergo, o poder do Estado é o poder do direito. Eis aí um pequeno exemplo do pensamento verdadeiramente míope do professor¹⁷.

Pachukanis acentua que, na obsessão de se manter coerente com as proposições de sua teoria, Kelsen acabou por precisar tecer artifícios para reconhecer os aspectos da realidade, ao tratar dos aspectos políticos e sociológicos do direito¹⁸. E, quando Kelsen afirma que “uma comunidade jurídica, na qual a liberdade dos sujeitos (Estados) é limitada por sua igualdade jurídica fundamental”, termina por sepultar – segundo Pachukanis – sua própria teoria, retomando ao jusnaturalismo¹⁹.

Esse ensaio de 1923 tem relevo para evidenciar a posição de Pachukanis em relação ao pensamento de Kelsen, o que permite compreender o sentido da sua obra central sobre a teoria geral do direito, sobremaneira quanto à *abstração* do direito em relação à realidade que tutela.

Indo além dos exemplos dos conceitos de *vontade* e de *pessoa* do referido ensaio, Pachukanis transpõe o raciocínio para os demais conceitos da teoria geral do direito, como *norma jurídica*, *relação jurídica* e *sujeito de direito*, que implicam abstrações suficientes de forma que “seu significado lógico e sistemático permanece o mesmo, independentemente do conteúdo concreto a que eles se aplicam”²⁰.

Para esse autor, nada se pode esperar²¹ dessa teoria, já que esses conceitos acabam esculpindo formas que precedem os seus próprios conteúdos,

17 PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos 1921-1929...*, p. 229.

18 “Livrando a jurisprudência e a dogmática desses conceitos substanciais e a transformando na lógica do juridicamente devido, Kelsen extraiu dela o sentido virtual e a transformou numa escolástica peculiar, extremamente próxima da teologia medieval. Este último fato, aliás, ele mesmo foi forçado a reconhecer, dedicando o último capítulo de seu livro *O conceito sociológico e jurídico de Estado* ao paralelo Estado e direito – deus e natureza.” Idem. *Ibidem*, p. 233.

19 “[...] de uma visão formal e oficial de Estado e de direito, Kelsen salta de uma vez só para uma visão jusnaturalista. O conceito ‘substancial’ dos sujeitos (além de tudo ‘livres e iguais’), tão cuidadosamente exterminado por ele, surge de modo completamente inesperado na fórmula mais fundamental. Toda a depuração metodológica empreendida por Kelsen acabou sendo em vão.” Idem. *Ibidem*, p. 233.

20 Idem. *Ibidem*, p. 69.

21 “Uma teoria geral do direito que não se propõe a explicar nada, que de antemão dá as costas aos fatos da realidade, ou seja, à vida social, e lida com as normas sem se interessar nem por sua origem (uma questão metajurídica!), nem por sua ligação com quaisquer interesses materiais, pode, evidentemente, pretender o título de teoria apenas no sentido em que se fala, por exemplo, da teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não possui nada em comum com a ciência. De fato, ela não se propõe a

como resume Savalski, citado por Pachukanis: “O sujeito, o objeto, a relação e a regra da relação são o *a priori* da experiência jurídica, aquelas condições lógicas indispensáveis que a tornam possível”, E continua:

[...] a relação jurídica é a condição indispensável e única de todos os institutos jurídicos, e, por conseguinte, também da jurisprudência, pois se não há relação jurídica, não há ciência a respeito dela, ou seja, não há jurisprudência, de maneira semelhante ao fato de que, sem o princípio da causalidade, não há natureza e, por conseguinte, não existem as ciências naturais²².

A objeção pachukaniana à cientificidade da teoria kelseniana do direito passa, portanto, pela inexistência da análise da forma jurídica – a metanálise, o estudo da própria forma jurídica – em sua historicidade, como se faz com a historicidade das formas econômicas, por exemplo, na ciência marxista²³. Por isso, a teoria marxista deve deixar de apenas “pesquisar o conteúdo material da regulamentação jurídica nas diferentes épocas históricas, mas dar uma interpretação materialista à própria regulamentação jurídica como forma histórica determinada”²⁴.

Para ele, “[...] essa natureza dual do direito, essa sua decomposição em norma e poder jurídico, possui um significado não menos essencial que, por exemplo, a decomposição da mercadoria em valor e valor de uso”²⁵.

A relação entre a decomposição da forma jurídica e a decomposição dos valores de uso e de troca da mercadoria, esta como materialidade latente daquela, é considerada pelos Profs. Flávio Roberto Batista e Marcus Orione como um gatilho genial de Pachukanis, já que até então não se havia permitido um enfrentamento crítico suficiente da forma jurídica como instrumento ideológico em si. Flávio Roberto Batista, veremos adiante, evidencia o papel estrutural da forma jurídica que naturaliza, condiciona e garante, ideologicamente, a exploração do trabalho, neste excerto aproveitando a leitura de Bernard Edelman sobre o direito do trabalho, que culmina com a proposição de que o próprio direito de greve, enquadrado no molde da forma jurídica, é um direito burguês:

investigar a forma jurídica como forma histórica, pois ela de modo nenhum tem em mente a investigação daquilo que existe. É por isso que, para usar uma expressão vulgar, dela ‘nada se espera’”. PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos 1921-1929...*, p. 74.

22 Idem. *Ibidem*, p. 70.

23 Porém, obtemos como resultado uma história das formas econômicas com uma nuance jurídica mais ou menos fraca ou uma história das instituições, mas de modo nenhum uma teoria geral do direito”. Idem. *Ibidem*, p. 75.

24 Idem. *Ibidem*, p. 76.

25 Idem. *Ibidem*, p. 80.

Em outras palavras, Edelman demonstra, também no direito do trabalho, pertencente ao campo dos assim chamados direitos sociais, que o conteúdo das normas jurídicas pouco importa ao reconhecimento do caráter burguês do direito, porque seu problema é de forma. Aliás, não deixa de ser curioso notar, a esse respeito, que a forma jurídica sequer é determinada por um sistema de direito positivo: ela está inscrita no que pode ser considerada a repaginação contemporânea do direito natural, as declarações universais de direitos humanos. A forma jurídica jamais é colocada em questão, jamais é submetida à “vontade geral”, pois está inscrita na própria natureza humana²⁶.

Em sua visão política de orientação marxista, a superação do modelo jurídico burguês passaria também pela superação da ideia de modelo jurídico em geral²⁷. Uma crítica marxista íntegra e consonante com a teoria pachukaniana, então, assim compreendemos a partir do excerto, implicaria a destruição da estrutura normativista e do direito, que possibilitasse uma conformação totalmente nova de relações sociais, que passassem a ser pautadas por premissas íntegras de igualdade – que não gerassem conflitos de interesses que, por sua vez, demandassem a fixação de limites, prerrogativas, sujeições ou a própria existência da jurisdição, como condições de uma revolução estrutural em todo o modo de vida, pautada na libertação das classes operárias.

Para Pachukanis – e aqui se presume que ele reconhece que essa tarefa é paulatina, pois, se fosse algo para um ato só, não seria uma construção teórica consistente da crítica acadêmica de uma estrutura de estado, mas um ato político revolucionário –, a tarefa da crítica marxista do direito é a seguinte:

A crítica da jurisprudência burguesa, do ponto de vista do socialismo científico, deve tomar como modelo a crítica da economia política burguesa, como feita por Marx. Para isso, ela deve, principalmente, partir em direção ao território do inimigo, ou seja, não deixar de lado generalizações e abstrações que foram elaboradas pelos juristas burgueses, baseados nas necessidades de seu tempo e de sua classe, mas, submetendo a uma análise essas categorias abstratas, descobrir o seu verdadeiro significado, ou seja, em outras palavras, mostrar o condicionamento da forma jurídica²⁸.

26 PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos 1921-1929...*, p. 191.

27 “[...] o desaparecimento das categorias do direito burguês nessas condições significará o desaparecimento do direito em geral, ou seja, a extinção gradual do elemento jurídico nas relações humanas”. PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos 1921-1929...*, p. 83.

28 Idem. *Ibidem*, p. 86.

Essa tarefa, de descobrir o significado e de mostrar o condicionamento da forma jurídica sobre a essência das relações, além da aparência que o discurso jurídico – mesmo o democrático, libertador, constitucional ou social, transpondo o raciocínio para o cenário atual – deixa passar não percebida, será a proposição metodológica deste livro no que se relaciona com o direito previdenciário, decomposta em dois flancos: o desvelamento do seu caráter ideológico, por um lado, e a evolução da forma de mercadoria latente que subjaz à forma jurídica aparente, como forma histórica em evolução.

A forma jurídica, nesse contexto, veremos, tem estrutura determinada pelas abstrações kelsenianas, entre outras, da relação jurídica e dos sujeitos de direito que a integram, na dimensão de direitos e deveres individuais correspondentes, pressupondo os núcleos individuais de imputação dessas prerrogativas e sujeições e as relações de troca que as concretizam no plano material.

Realiza-se, então, a lógica de matriz privatista, filosoficamente fundada e institucionalmente organizadora do individualismo metodológico na vida em sociedade, com produção de reflexo sensível na formatação jurídica dos direitos individuais públicos, pois podem ser compreendidos e enquadrados em relações jurídicas de prerrogativas e sujeições imediata ou mediatamente correlatas.

Com reflexo em todas as relações jurídicas, seja de ordem privada ou de ordem pública, a herança dessa matriz do individualismo metodológico, na forma jurídica típica do contrato privado, que se transporta também para a formatação dos direitos públicos, inclusive os direitos sociais, como se demonstra adiante, faz o resultado se desconectar de suas justificações políticas e acabar realizando, na essência, relações materiais distantes dessas justificações, percebendo a real correlação de forças tutelada – e reproduzida – pela forma jurídica.

O exercício que se propõe, na discussão das hipóteses desta obra, é apontar e desvelar a correlação de forças que subjaz à lógica contratual e o método individualista que norteiam as formas jurídicas moduladoras da estrutura e da reforma da previdência social no Brasil, ou seja, no próprio ambiente do direito público.

Isso porque o princípio constitucional, se suscitássemos a autoridade da constituição (essa reflexão propõe justamente superar o fundamento normativo de validade do contrato social, conteúdo em si da crítica a construir), deveria concretizar a solidariedade social como critério de unificação e condição de possibilidade de unidade social, fim que parece se afastar das possibilidades políticas concretas, dado o curso da sedimentação dos conflitos sociais no ambiente jurídico-constitucional.

Por um lado, diante disso, esse exercício busca dialogar com um processo histórico que reconheça a indisfarçável esterilidade, em essência, da reivindicação da autoridade constitucional ou da eficácia dos direitos sociais (em seus conteúdos) para explicar o fenômeno jurídico – ainda que isso sirva decisivamente, ao final do dia, como argumento imediato de defesa de propósitos tidos como democratizantes – e, por outro, contribuir para a revelação das relações materiais sobre que repousa, na *realidade*, a tensão reformadora desses direitos.

Cumprido alertar, feita essa delimitação metodológica, que ela não pretende demonstrar e traduzir, com a profundidade e a essência possíveis e já exploradas em outros trabalhos, as premissas metafísicas e epistemológicas da significação dada à forma jurídica, como categoria teórica, pelo pensamento filosófico, tendo em vista que este trabalho foi bem feito na contribuição paradigmática de Flávio Roberto Batista, que mais tarde lhe rendeu cátedra própria na Faculdade de Direito da USP, contida em sua *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*²⁹, a partir das obras de Evgeni Pachukanis e Bernard Edelman e em diálogo com trabalho também contemporâneo de Márcio Bilharinho Naves e Celso Naoto Kashiura Jr., entre outros.

Pretende, entretanto, aproveitar a essência do enunciado da tarefa proposta por Pachukanis para uma crítica do direito, e a crítica dos direitos sociais feita por Flávio Roberto Batista a partir desta, como feição possível de premissas metodológicas para tecer contribuição original que encontre no processo de privatização da previdência social em específico.

1.2 POSSIBILIDADES E LIMITES DA CRÍTICA DA FORMA JURÍDICA NA CONFORMAÇÃO DA IDEIA DE DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL

As reflexões desenvolvidas pelo Prof. Flávio Roberto Batista na sua *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*, já referida e a referir ao longo de todo este capítulo, partem – especificamente no trato das categorias dos direitos sociais – da fundamentação do seu conceito na superação da dicotomia entre público e privado, aproveitando a construção dogmática de Marcus Orione Gonçalves Correia e Jorge Luiz Souto Maior, “por meio da consideração do caráter social da esfera econômica da sociedade civil e sua interpenetração com o Estado”³⁰, mas indo além dela sob influxo da crítica da forma jurídica proposto por Pachukanis, que não a havia permeado.

29 BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*. São Paulo: Outras Expressões: Dobra Editorial, 2013.

30 Idem. *Ibidem*, p. 199.

1.2.1 Direitos sociais entre o público e o privado

A tensão oriunda da imersão, em lógica e forma jurídica privadas, da feição pública desses direitos – organizando as ideias para a crítica da privatização da previdência social, tema central deste trabalho – é explorada neste tópico para além da justificação da superação da dicotomia entre público e privado, apresentada naquele momento³¹ – na experiência do conteúdo das relações jurídicas típicas que envolvem o direito previdenciário.

Perceba-se que a própria definição de direitos sociais é embebida pelo fetichismo da índole normativa das declarações humanistas e da Constituição. Nas palavras de Flávio Batista, descrevendo esse ponto de partida conceitual:

Eis, portanto, o auge da teoria jurídica acerca dos direitos sociais: a identificação de sua ligação profunda com a humanidade, ou, em termos técnicos jurídicos, com a dignidade da pessoa humana. Na esfera pública ou na esfera privada, onde quer que exista uma situação de hipossuficiência jurídica, que leve o homem a uma condição desumana, a depender da caridade alheia, violando sua dignidade, deve interferir um direito social a permitir a recomposição da igualdade desfeita, de modo a que cada ser humano, independentemente da bondade de qualquer outro, possa determinar-se livremente perante os demais³².

O ponto de partida da crítica desse enunciado está na insuperada discussão, que se arrasta desde a promulgação da Constituição e que foi praticamente substituída – sem respostas normativistas suficientes – por outras diretrizes teóricas, sobre a efetividade dos direitos sociais, com lembrança muito bem pinçada por Flávio Batista em texto de 1994 do Prof. Reinaldo Lima Lopes. Este analisa sob a ótica da teoria do direito subjetivo: “[...] a ideia de que, na tecnologia jurídica, direito subjetivo é um conceito que liga três termos – credor, devedor e objeto – de modo que, se alguém tem direito a algo, tem-no em face de outrem”³³.

Dada essa lógica, a consequência direta do direito é sua oponibilidade perante terceiros ou perante o Estado, que por sua vez funda toda a teoria hermenêutica da relativização dessa eficácia, centralizada na teoria da reserva do possível, externa à exegese normativa propriamente dita dos direitos sociais: “A leitura da contribuição de Lima Lopes, ainda de impressionante atualidade, deixa claro que a resposta a todas estas perplexidades

31 BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*, p. 200-201.

32 Idem. *Ibidem*, p. 202-203.

33 Idem. *Ibidem*, p. 209.

é impossível de ser formulada nos limites de uma tecnologia dos direitos sociais³⁴.

O Prof. Flávio Batista inicia o desenvolvimento desse paralelo estabelecendo as distinções entre direitos sociais privados e públicos em função do “outrem” contra quem sejam oponíveis. De fácil visualização em relação aos direitos ditos privados – direitos do trabalho e do consumidor – e não tão fácil – daí uma das contribuições da sua tese – em relação aos ditos públicos, quais sejam aqueles da seguridade social, por exemplo, demonstra que essa discussão se esgota no enquadramento do Estado como seu devedor obrigado, sob a ótica dos direitos subjetivos – apesar de toda a discussão que se perpetua em relação à sua efetividade.

A crítica dessa tecnologia parte do aprofundamento, por Pachukanis, da correlação entre as noções de público e privado na atividade estatal condicionadas pelo conceito de sujeito de direito em função da capacidade de integrar relação jurídica – pressupostamente de troca – perante outrem:

Destaco-a, entretanto, porque, além de uma compreensão adequada do Estado como sujeito de direito ser imprescindível à crítica dos direitos sociais a partir da crítica da forma jurídica, a própria obra de Pachukanis já permite divisar que, em ambos os casos, isto é, tanto no Estado identificado com a ordem jurídica quanto no Estado como sujeito de direito, a própria existência desta forma está indissolúvelmente ligada à forma jurídica advinda da troca entre sujeitos de direito livres e iguais³⁵.

Nesse influxo, a lógica da relação jurídica entre sujeitos reciprocamente credor e devedor de direitos e obrigações permeia também os direitos públicos, e não o contrário, como se poderia imaginar. Essa absorção do Estado pela lógica privatista burguesa, na crítica da forma jurídica de Pachukanis, é assim resumida pelo Prof. Flávio Batista:

[...] a forma jurídica não se desnatura em razão da inserção do Estado em sua problemática, embora esse elemento não seja “naturalmente” pertencente ao mercado de trocas. Ao contrário, é o Estado que será assimilado pela forma jurídica. Esta assimilação ocorre em uma perspectiva dúplice. De um lado, o próprio Estado é tratado como uma relação contratual como qualquer outra, pela qual os sujeitos livres e iguais, por sua vontade, alienam conjuntamente parte de sua liberdade ao Estado para que a ordem pública substitua o caos privado: eis a teoria do contrato social, representando o auge da ideologia jurídica burguesa, complementada na prática pela ideia de cidadania inerente à democracia, pela qual cada um dos indivíduos participa do

34 BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*, p. 211.

35 Idem. *Ibidem*, p. 227.

governo igualmente por meio de seu voto de mesmo valor. De outro lado, o Estado é um sujeito de direito como qualquer outro: livre, igual e capaz de contrair obrigações ou de ser titular de direitos por meio de sua própria manifestação de vontade³⁶.

Aproveitando essa crítica da tecnologia dos direitos sociais organizada pelo Prof. Flávio Batista, faz-se necessário ir um pouco além na demonstração da relevância do caráter ideológico da forma jurídica contratual, opção que ele não fez em seu trabalho, talvez pela vontade teórica de alcançar, desde logo, a essência das relações materiais de troca que se vestem da forma jurídica para aparecerem³⁷.

1.2.2 Abstração e realidade na ideologia da liberdade subjacente à forma jurídica do direito à previdência social

Parece parte da tarefa pachukaniana como premissa metodológica, e estritamente útil para os fins deste trabalho, submeter à crítica a forma jurídica do direito previdenciário em estrito – o direito às aposentadorias programáveis –, em sua função ideológica de condição de reprodução da produção capitalista, e sobremaneira no distanciamento que opera entre seus propósitos (justificações discursivas na cobertura de riscos sociais) e a realidade concreta.

Ora, o distanciamento entre a abstração da forma e a realidade concreta, como apresenta Pachukanis nos excertos colhidos no tópico anterior, parece mais uma feição da relação dialética entre essência e aparência das origens hegeliana e marxista. Diante disso, neste ponto, propõe-se pinçar um resgate da metáfora do *tempo* na literatura para desenvolver este tópico, a fim de agregar contribuição à atuação da forma jurídica para o distanciamento entre sua abstração e a realidade latente que regula e, entretanto, encobre³⁸:

36 BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*, p. 228-229.

37 “[...] a criação dos direitos sociais como resposta direta do poder político da sociedade burguesa a uma situação de tensão social que poderia colocar em risco a manutenção pacífica do sistema. Tal formulação é interessantíssima sob inúmeros vieses, principalmente aqueles relativos à política, à luta de classes e à ideologia. Não toca, entretanto, o problema da forma jurídica, de modo que não serve aos propósitos desse trabalho”. Idem. *Ibidem*, p. 233.

38 Esse trecho da pesquisa foi apresentado à comunidade acadêmica por ocasião do II Encontro da Rede Nacional de Pesquisas e Estudos em Direito do Trabalho e da Seguridade Social – RENAPEDTS, em 29 e 30 de setembro de 2016, e foi publicado dos respectivos anais na forma de artigo. Tal fato não conflita com sua integração na tese, prática reiteradamente aceita pela Capes. Está nela contido, mas de nenhuma forma a esgota para fins da eventual verificação da presença de contribuição original