

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

CARLOS ANDRÉ DE CASTRO GUERRA

**O direito fundamental social à pensão por morte:
reflexões sobre cônjuge ou companheiro e dependentes**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

CARLOS ANDRÉ DE CASTRO GUERRA

**O direito fundamental social à pensão por morte:
reflexões sobre cônjuge ou companheiro e dependentes**

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

SÃO PAULO

2009

BANCA EXAMINADORA

À Carmen, doce doçura da vida!

AGRADECIMENTOS

Ao orientador Professor Doutor Wagner Balera, pelos conhecimentos hauridos durante o mestrado.

Ao Professor Doutor André Ramos Tavares, pelo saber transmitido quanto à interpretação constitucional.

Às Professoras Doutoras Heloísa Hernandez Derzi e Zélia Luiza Pierdoná, pela atenção dispensada nas discussões sobre as idéias e temas do estudo.

Ao Desembargador Federal Sérgio do Nascimento, estendo os meus agradecimentos em razão dos questionamentos em torno do tema.

Agradeço, enfim, à atenção permanente da minha Assessora de Gabinete Paula Christina Akemi Sato Yamaguti, durante o período em que estive empenhado neste estudo.

RESUMO

GUERRA, Carlos André de Castro. *O direito fundamental social à pensão por morte: reflexões sobre cônjuge ou companheiro e dependentes*. 2009. 133 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

O que se entender por cônjuge, companheiro e dependentes à luz da Constituição da República há de evidenciar a visão contemporânea do direito fundamental a prestações da previdência social assegurado a tais beneficiários do segurado falecido para cobertura do evento morte. Dessa maneira, cumpre indagar até que ponto a fundamentalidade desse direito social tem merecido a indispensável atenção doutrinária e adequado tratamento pela jurisprudência. A começar, portanto, pelas razões que levaram o constituinte a distinguir o cônjuge do companheiro e ambos dos dependentes no texto constitucional, e que argumentos podem justificar essas figuras de direito reunidas sob o título singular de “dependentes” no texto legal, como se a distinção expressa do texto constitucional fosse supérflua e desnecessária. Sem descurar de outros aspectos da entidade familiar, integrada pelo segurado e pessoas que a ele sobreviveram, necessitados de meios para sobrevivência. Aferir e ajustar a tensão dessas e doutras situações jurídicas à fundamentalidade desse direito obedece à dinâmica dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade e dos valores da Lei Maior, permeáveis aos estímulos e interferências do cotidiano, na relação dialética que se estabelece com o fato social e com a contribuição da doutrina e da jurisprudência. A dissertação concorre com a sua óptica, na perspectiva constitucional, sobre o tema dos beneficiários da pensão por morte.

Palavras-chaves: Direito fundamental social prestacional – Cônjuge – Companheiro, dependente – Entidade familiar – Estado de necessidade – Dependência econômica.

ABSTRACT

GUERRA, Carlos André de Castro. *The fundamental social right to pension for death: reflections on spouse or companion and dependents*. 2009. 133 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

Under the Federal Constitution the concept of spouse, companion and dependents should reflect the contemporary position of the essential right to a social security pension, which is warranted to such beneficiaries of the deceased person covered by social security in the occurrence of death. Accordingly, it should be inquired up to what extent the essentiality of this social right has been receiving the deserved and indispensable attention by the jurists and a fair treatment in the court decisions; starting from the reasons that led the Constitution to distinguish the spouse from the companion and both from dependents in its text, and what arguments justify these legal figures jointly under the single title of “dependents” in the Constitution, as if the express distinction set out in the Constitution was superfluous and unnecessary; without disregarding other aspects of the family of the person covered by social security and those who survive him/her, needy of means to survive. The evaluation and adjustment of the tension of these and other legal situations to the essentiality of this right should follow the dynamics of the principles of the human being’s dignity, solidarity, equality and of the constitutional principles that may be influenced by the stimulations and interferences of the day-to-day, in the dialectic relation that is established with the social fact, with the contribution of legal theory and jurisprudence. Thus, this essay competes with its view, under the constitutional perspective, on the subject concerning the beneficiaries of a pension for death of the person covered by social security.

Keywords: Fundamental social attendance law– Spouse – Companion, dependent – Familiar entity– Necessity state – Economic dependency.

“É preciso realmente tomar cuidado com a intolerância e a estreiteza de espírito, e uma das melhores formas de se fazer isso consiste em examinar a história de nossas crenças.”

Samuel Fleischacker

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PRESTAÇÃO	14
2.1 Lineamentos dos direitos fundamentais	14
2.1.1 Constitucionalismo de matiz liberal	14
2.1.2 Direitos fundamentais de liberdade	16
2.1.3 Neoconstitucionalismo	17
2.1.4 Direitos fundamentais sociais	21
2.2 Constitucionalização dos direitos	23
2.2.1 A supremacia da norma constitucional.....	23
2.2.2 Efeitos da constitucionalização	25
2.3 Fundamentalidade das normas constitucionais de direitos fundamentais	25
2.3.1 Natureza material-procedimental da Constituição de 1988.....	25
2.3.2 Fundamentalidade formal	27
2.3.3 Fundamentalidade material	27
2.4 Dupla dimensão dos direitos fundamentais	29
2.4.1 Dimensão subjetiva	29
2.4.2 Dimensão objetiva	29
2.5 Funções dos direitos fundamentais.....	32
2.5.1 Direitos de defesa	32
2.5.2 Direitos a prestações.....	33
2.5.3 Direito a prestações em sentido amplo	34
2.5.4 Uma questão de conteúdo em tema de organização e procedimento	37
2.5.5 Posições jurídicas constitucionais e legais	39
2.5.6 Direitos fundamentais sociais positivados na Constituição de 1988.....	40
2.5.7 Direitos de defesa e direitos a prestações	46
3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PENSÃO POR MORTE.....	48
3.1 O direito fundamental à previdência social	48
3.2 Seguridade social.....	51
3.3 O orçamento da seguridade social e o destino da receita das contribuições sociais	59
3.3.1 Noções gerais.....	59

3.3.2 O desvio da arrecadação das contribuições sociais da seguridade social por emenda constitucional	63
3.4 Previdência social	65
3.5 Relação jurídica de proteção social	69
3.5.1 Definição	69
3.5.2 Sujeitos	70
3.5.3 Objeto	72
3.5.4 Filiação: nascimento da relação jurídica	73
3.5.5 Desenvolvimento da relação jurídica de proteção social.....	74
3.5.6 Extinção da relação jurídica	76
3.5.7 Período de carência.....	76
3.6 Interpretação da proteção social	79
4 AS FIGURAS CONSTITUCIONAIS DOS BENEFICIÁRIOS DA PENSÃO POR MORTE.....	82
4.1 Entidades familiares	84
4.1.1 A instituição da família na Constituição.....	84
4.1.2 União estável	86
4.1.3 Concubinato.....	87
4.1.4 União entre pessoas do mesmo sexo	88
4.1.5 A inclusão das uniões homoafetivas na Constituição.....	90
4.2 Breves anotações em torno da concretização da pensão por morte.....	92
4.2.1 O processo de criação da Lei n. 8.213/91	92
4.2.2 O rótulo de dependentes	94
4.2.3 A discriminação positiva constitucional.....	95
4.2.4 A noção de família no liberalismo e no neoconstitucionalismo.....	96
4.2.5 O papel revolucionário da mulher	96
4.3 Discriminação positiva das figuras dos beneficiários.....	97
4.3.1 Deveres de mútua assistência e de sustento.....	98
4.3.2 A idade do beneficiário e outras situações opostas à Constituição	99
4.4 O estado de necessidade: contingência e dependência.....	100
4.5 A pensão e o direito de família.....	102
4.5.1 Uma breve história da família na previdência	102
4.5.2 Restrição constitucional dos dependentes	103

4.6 Dependentes	104
4.6.1 Direito próprio (subjeto) à prestação previdenciária	105
4.6.2 Inexistência de presunção de dependência	107
4.6.3 Os dependentes na Constituição	109
4.6.3.1 O retrocesso social.....	110
4.6.3.2 Menor sob guarda	111
4.6.3.3 Filhos e equiparados	113
4.6.3.4 Dependente universitário	114
4.6.3.5 Cônjuge e companheiro, com ou sem alimentos	120
4.6.3.6 Pais e irmãos do segurado	121
5 CONCLUSÃO.....	122
6 REFERÊNCIAS	125

1 INTRODUÇÃO

Ao debruçar-me sobre o tema desta dissertação, de muito me valeu a experiência na magistratura federal, na instigante área dos direitos fundamentais sociais relacionados com o sistema da seguridade social, de interesse de poucos que se preocupam em favor de todos, com especial menção aos hipossuficientes.

A pessoa humana arraigada à noção das liberdades públicas esquece-se de que para lhe fazer jus às conquistas econômicas no mundo contemporâneo, o bem-estar social deve ser o ponto de partida e de equilíbrio na equação dos problemas.

O clímax dessas aspirações econômicas desenfreadas levou a sociedade à degradação humana e a perdas de milhares e milhares de vida; entretanto, já se olvidou desse tempo que ainda não passou, mas está em marcha acelerada, do Ocidente ao Oriente, e vice-versa.

Seja como for, o extermínio em massa parece não mais ser propósito do clube atômico, convencido de que serão também vítimas econômicas da própria insensatez, como, aliás, já se sentem na pele os desequilíbrios ambientais incontidos e incontáveis pelo esquecimento global dos valores sociais universais da pessoa humana.

Aí está a razão de ser de um sistema de seguridade social idealizado pelos constituintes, apreensivos com a saúde, a previdência e a assistência de quem poderá passar pela experiência traumática dessas contingências sociais, e que, em tais circunstâncias, merecem ser tratadas com dignidade e solidariedade.

Para o homem da rua é algo intangível a “constituição”, objeto de poder de restrito grupo de iniciados. Por não corresponder, todavia, à verdade esse dito popular, é que me ocorreu difundir a idéia de que os direitos fundamentais atuam no sentido de se oporem aos excessos do Estado, e obrigá-lo a garantir-lhe as prestações sociais fáticas e jurídicas.

Assim é que, no primeiro capítulo, traços gerais de como se chegou aos direitos fundamentais são ressaltados, que exprimem a supremacia constitucional e a unidade da

Constituição de 1988, máxime os direitos fundamentais encontrados dentro do sistema da seguridade social.

Nesse objetivo, caminha-se no rumo específico da seguridade social, inconfundível com outras Constituições que não demarcaram as linhas mestras dessa instituição, mormente no tocante ao financiamento das prestações fáticas.

Nos capítulos seguintes, esquadriha-se o direito fundamental à pensão por morte, naquilo que tem de essência, ou seja, os seus beneficiários. Ser beneficiário de prestação previdenciária (prestação em sentido estrito) retrata a perda de uma pessoa humana e, além disso, dos meios de subsistência.

Examinam-se as conseqüências sociais derivadas das conquistas sociais, ocorridas sobretudo na segunda metade do século XX, que alteraram a posição constitucional dos cônjuges ou companheiros, igualando-os em direitos e deveres, fazendo desaparecer o dogma da dependência feminina, assim como da família tradicional.

Cogita-se sobre a emancipação da mulher e sobre as novas molduras de entidades familiares, levadas a figurar na Constituição, nas quais os seus componentes não podem ser vistos como dependentes um do outro.

Reflete-se, enfim, sobre a figura constitucional dos dependentes, a começar pelos filhos, os quais não mais se encaixam na noção dos dependentes da família patriarcal, e dos percalços que o acompanharão até se tornarem pessoas independentes, e, por último, sobre outras figuras jurídicas de dependentes, uma a uma examinadas, sempre através do viés constitucional.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PRESTAÇÃO

2.1 Lineamentos dos direitos fundamentais

2.1.1 Constitucionalismo de matiz liberal

Tomam verdadeiramente corpo os direitos fundamentais na mesma época em que se configura o constitucionalismo liberal na Europa e nos Estados Unidos da América, ou seja, quando incorporados às Constituições os postulados liberais da separação dos poderes e proclamação de direitos individuais, expressos nas declarações de direitos do último quartel do século XVIII.

A bem dizer, o constitucionalismo remonta a tempos imemoriais, trazendo em suas entranhas um conjunto de idéias e ideologias sobre questões transcendentais de natureza religiosa ou de cunho político, destinadas à contenção (limitações e restrições) dos poderes absolutistas de toda a sorte de dirigentes que estivessem a exercer, de fato e de direito, o complexo desses poderes.

André Ramos Tavares discorre a respeito desse constitucionalismo de outrora e adverte: “É errôneo supor que o constitucionalismo surgiu apenas com o advento das revoluções modernas, que instauraram a democracia e afastaram os regimes absolutistas até então existentes.”¹

De fato, o constitucionalismo liberal transcendeu à compreensão até então existente, na medida que normas escritas passaram a corporificar não apenas a idéia constitucional, mas, sobretudo, a ideologia do constitucionalismo, como elucidada José Joaquim Gomes Canotilho:

A idéia constitucional, também designada por *telos* constitucional (Loewenstein), significa, em síntese, a criação através de lei formal de instituições para limitar e controlar o poder político e vincular o exercício desse poder a normas bilateralmente vinculantes para os detentores dos poderes políticos e para os cidadãos (Kägi). A ordenação da comunidade

¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3.

política através de um documento escrito, de uma lei formal, torna claro que para o constitucionalismo a constituição já não é o modo de ser de ordenação da comunidade, mas o acto constitutivo dessa ordenação no plano sensível (Rogério Soares). 5. O constitucionalismo exprime também uma ideologia: “o liberalismo é constitucionalismo; é o governo das leis e não dos homens” (Mc Ilwain). A idéia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa). Por isso se pôde afirmar já que o constitucionalismo moderno é, sob o ponto de vista histórico, um “produto da ideologia liberal”.²

Nesse ambiente, segundo se percebe, o constitucionalismo corresponde aos anseios da democracia liberal, de plena expansão da economia capitalista (economia de mercado), na perspectiva da livre iniciativa, o que deu alma e vida aos direitos de liberdade, de segurança e de propriedade.

Sobre o assunto, assim se exprime Jorge Miranda:

Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da idéia de Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstracta, de (no dizer de Radbruch), um “indivíduo sem individualidade”; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.³

Sintetizava, pois, o constitucionalismo os ideais do credo liberal, em cujo ambiente concebeu-se uma sociedade empenhada no controle da economia pelo mercado, sem medir as conseqüências sociais, como assevera Karl Polanyi:

Nascido como mera propensão em favor de métodos não-burocráticos, ele [liberalismo econômico] evoluiu para uma fé verdadeira na salvação secular do homem através de um mercado auto-regulável. Um tal fanatismo resultou do súbito agravamento da tarefa pela qual ele se responsabilizara: a magnitude dos sofrimentos a serem infligidos a pessoas inocentes (...).⁴

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. totalmente refund. e aum. Coimbra: Almedina, 1991. p. 65-67.

³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 4. p. 22.

⁴ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Tradução de Fanny Wrobel. 2. ed., 14. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 166.

2.1.2 Direitos fundamentais de liberdade

Dessa sorte, é no âmago do constitucionalismo de cariz liberal que se alojam os direitos fundamentais de primeira geração da pessoa humana, consoante registra Paulo Bonavides:

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (...) São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.⁵

Nessas condições, os direitos fundamentais de primeira geração revelam-se de forma incontestável como direitos de resistência contra o Estado (direitos civis e políticos), do qual não se esperarão intervenções de seus órgãos públicos estatais, e, sim, a garantia do fortalecimento do conceito da autonomia privada.

Tais direitos de primeira geração vieram a pôr o indivíduo a salvo de decisões políticas suscetíveis de gerar danos à sua liberdade em qualquer campo de atuação pessoal, sendo marcante, entretanto, a indiferença com as desigualdades sociais, se não lhe afetassem.

Nesse aspecto social, a morte do pobre aliviava os custos da assistência estatal, por isso Herbert Spencer – libertário influente do mundo intelectual do século XIX –, no embate entre o direito de propriedade que, em última análise, correspondia à liberdade mais ampla de exercer suas faculdades de maneira compatível com a liberdade dos demais, e os programas de ajuda aos necessitados, salientava:

(...) o fato de ser mais provável que os pobres venham a morrer se não puderem contar com a assistência do Estado é uma *vantagem*, não uma *desvantagem*, de se enfatizar estritamente o caráter sagrado dos direitos de propriedade.⁶ (grifos originais)

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 563.

⁶ HERBERT, Spencer. *The man versus the State*. Nova York: Appleton, 1893, apud FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 133.

2.1.3 Neoconstitucionalismo

O que se tem por indisfarçável é que, ao cabo da Primeira Guerra Mundial, já se tomavam os primeiros passos decisivos para a ruptura do constitucionalismo liberal, incapaz de satisfazer aos anseios sociais, no que se erigem as Constituições como vetores dessas aspirações da sociedade, o que se deu, para Carlos Bernal Pulido, com a ascensão do Estado Social:

Esta transformación del Estado de Derecho comenzó a fraguarse en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y en la Constitución de Weimar de 1919. Después de la segunda guerra mundial, se consolidó mediante la inclusión del principio del Estado Social en las constituciones italiana y francesa, y en la Ley Fundamental de Bonn.⁷

Os valores e princípios aludidos na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 passaram a transitar nas Constituições modernas e teve início o processo de submissão da lei à emergente constitucionalização das suas normas, nos mais variados ramos do direito.

A essa teoria se tem denominado de neoconstitucionalismo, neologismo sem registro nos dicionários de língua portuguesa, mas de largo emprego na doutrina constitucional brasileira, mercê da influência da literatura jurídica dos países de Península Ibérica, dos demais países ibero-americanos e da Itália.⁸

As lições colhidas ao longo dos conflitos mundiais e amadurecidas durante a Guerra Fria levaram à conclusão de que não bastava declarar os direitos fundamentais nas Constituições como limites aos poderes constituídos, pois essa função se mostrara tímida no tempo do liberalismo.

Daí a necessidade de não permitir que a Constituição se convertesse em mero instrumento formal, mas sim em um instrumento formal-material, atuando nas relações entre os indivíduos e o Estado, e inclusive nas relações entre particulares.

⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 355.

⁸ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9.

Miguel Carbonell alude ao neoconstitucionalismo como um fenômeno escassamente estudado, cuja cabal compreensão ainda demandará dos operadores do direito que se debrucem sobre o tema para estudá-lo com afinco e, desde logo, indica três níveis de apreciação e análise: a) textos constitucionais; b) estudos teóricos; e, c) decisões jurisprudenciais.

No desdobramento desses três planos, o constitucionalismo identifica-se com as Constituições rígidas, em que existem instrumentos para controle das suas emendas e reformas, e igualmente para controle da aplicação dos direitos existentes nas normas constitucionais por juízes e tribunais constitucionais. Com esse mecanismo, tem-se em mira evitar que emendas e reformas do texto constitucional desfigurem os direitos fundamentais originais, até nova ruptura social em que se produza uma outra Constituição, e que não sejam eles descaracterizados total ou parcialmente por atos normativos de competência do legislador comum.

Ademais, tais Constituições passaram a conter normas materiais propulsoras da atuação estatal em relação a objetivos sociais definidos e, dessa maneira, lograram estimular os estudos teóricos constitucionais, com valiosas contribuições da doutrina sobre o neoconstitucionalismo e os direitos fundamentais sociais.

Outrossim, as normas constitucionais fundamentais vêm passando pelo crivo dos tribunais, através de novel dogmática de interpretação constitucional de valores e de princípios, e de conceitos jurídicos indeterminados (proporcionalidade, ponderação, efeitos horizontais dos direitos fundamentais etc.).⁹

Cumprir não perder de vista que no Estado liberal, os direitos fundamentais da primeira geração tinham por objetivo primordial regulamentar as intromissões estatais na vida das pessoas, enquanto que no Estado social, essa atividade estatal é requisitada não apenas para neutralizar os abusos do poder, como para promoção da qualidade de vida das pessoas, como lembra Luigi Ferrajoli:

⁹ CARBONELL, Miguel, *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, cit., p. 10.

(...) *mientras el estado de derecho liberal debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado social debe también mejorarlas; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantía. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar naturales o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir: la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etcétera. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora, las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador.*¹⁰

O neoconstitucionalismo medrou em Constituições que adotaram os direitos sociais, e a Constituição Brasileira de 1988 é um frisante exemplar, por conter normas constitucionais sociais que proporcionam a intervenção e responsabilidade do Estado diante da crescente vulnerabilidade da pessoa humana, a necessitar, por fas ou por nefas, de proteção social.

De fato, a Constituição de 1988 reflete o neoconstitucionalismo, notadamente na concepção de reconstitucionalização do país, estabilidade institucional e aperfeiçoamento da nova interpretação dos valores, princípios e objetivos revelados pelos direitos fundamentais individuais e sociais, conforme acentuado por Luís Roberto Barroso:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹¹ (grifos originais)

Interessa ressaltar nessas perpassantes noções as significativas frentes enunciadas por Lenio Luiz Streck, que ditaram a superação de barreiras opostas pelo positivismo ao neoconstitucionalismo (Estado Democrático de Direito) e provocaram modificações de grande

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 862.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 63/64, p. 14, jan./dez. 2006.

alcance no direito, propiciando a superação do paradigma positivista, que no Brasil pode ser visto como produto de uma simbiose entre o formalismo e o positivismo.

Tais frentes dizem respeito, em primeiro lugar, à teoria das fontes: a lei deixa de ser a única fonte, pois a Constituição aparece também como fonte auto-aplicativa; quanto à teoria da norma, a alteração marcante ocorre com a distinção entre regras e princípios; e, finalmente, a superação verifica-se no plano da interpretação.¹²

Assinala o aludido autor, com apoio na obra de Antonio Castanheira Neves sobre a atual visão do problema metodológico da interpretação jurídica, que para interpretar é indispensável primeiramente compreender, de modo que são superadas as características do positivismo relativas à incindibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, como segue:

A plenipotenciabilidade da lei – como fonte e pressuposto do sistema – cede lugar aos textos constitucionais que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito. Ou seja, de um direito meramente reprodutor da realidade, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil. (...) É neste contexto que as velhas teses do positivismo acerca da interpretação (subsunção, silogismo, individualização do direito na “norma geral”, a partir de “critérios puramente cognitivos e lógicos”, liberdade de conformação do legislador, discricionariedade do poder executivo, o papel da Constituição como estatuto de regulamentação do exercício do poder), *darão lugar a uma hermenêutica que não trata mais a interpretação jurídica como um problema (meramente) “lingüístico de determinação das significações apenas textuais dos textos jurídicos”*.¹³ (grifos originais).

Em apertada síntese, o neoconstitucionalismo alimenta com valores e objetivos as mudanças do ordenamento jurídico, através da influência conformadora das normas constitucionais em temas de direito nos seus diversos ramos, condicionando a técnica interpretativa e a estruturação dos atos infraconstitucionais, assim como as relações sociais, de que se beneficiam, enfim, os direitos sociais de prestação, por refletirem com exatidão esse movimento do Estado Democrático de Direito.

¹² STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 159.

¹³ *Ibidem*, p. 161.

2.1.4 Direitos fundamentais sociais

Menos de três anos após o fim da Segunda Guerra Mundial, em setembro de 1945, o mundo se viu às voltas com novo estado de tensão entre potências nucleares, sob o cenário da Guerra Fria, caracterizada pelo conflito político-ideológico entre os Estados Unidos da América (EUA) e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Nessa ocasião, ambos desencadearam uma série de confrontos indiretos (Coréia, Vietnam, Afeganistão, Cuba etc.), conhecidos como “guerras por procuração”, reforçando gastos com artefatos nucleares, o que se esvaziou finalmente com a queda do Muro de Berlim, em novembro de 1989.

Perdia assim lugar o liberalismo, que até então não se importunara com as necessidades sociais, senão com as liberdades cívicas do indivíduo, porquanto as atividades econômicas passaram a ter atuação e atenção marcante do Estado, o qual se viu forçado a intervir na regulação do mercado, em busca de proporcionar meios para superar as carências vitais das pessoas em relação.

Ao mesmo tempo, consagrou-se a dignidade da pessoa humana e a justiça social, e incrementaram-se as políticas sociais, passando a pontificar um sistema universal e ideal de valores e princípios expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.

Nessa quadra do século XX, marcada pela intervenção do Estado na economia, instaurou-se o Estado do Bem-estar social, com políticas de investimentos em direitos sociais destinadas a soffrear a inquietação da massa de indivíduos em constante ou potencial estado de necessidade, quer pela perda, quer pelo risco de diminuição de meios de subsistência, em meio a tais conflitos econômicos, ideológicos e políticos.

Disso falam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, em sua obra sobre os direitos fundamentais:

Não há dúvida de que a parcela do orçamento estatal dedicada ao financiamento dos direitos sociais após a Segunda Guerra Mundial é bem maior do que aquela de início do Século XIX. Mas essa é uma alteração quantitativa, que indica uma mudança das políticas públicas, e não de uma inovação no âmbito dos direitos fundamentais, cuja teoria e prática conheceram, desde o início do constitucionalismo, os direitos sociais.¹⁴

Não é bem assim, entretanto. A noção de direito social é imemorial, apenas permaneceu sem nenhuma cobertura legal, nada obstante as expressivas iniciativas de Bismarck, Churchill (Relatório Beveridge), culminadas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como narrado por Samuel Fleischacker:

Esse extravagante conjunto de direitos econômicos [DUDH] jamais teve o apoio, em qualquer país, de uma estrutura legal que autorizasse os que deles fossem privados a mover uma ação legal para obter auxílio. Ainda assim, o fato de que a comunidade internacional tenha adotado tal declaração mostra que a noção de justiça distributiva ou social estava firmemente entrincheirada por volta de meados do século XX. Ou melhor, firmemente entrincheirada na consciência moral popular. Somente quando John Rawls começou a desenvolver sua teoria de justiça nas décadas de 1950 e 1960 é que filósofos e teóricos políticos começaram a levar a sério o direito individual ao bem-estar que Babeuf proclamara em 1796.¹⁵

É inegável que foram esses interesses sociais dos mais diferentes segmentos do Ocidente, invariavelmente ameaçados ao longo do tempo pela política liberal, consubstanciada na economia de mercado, que ensejaram a universalização dos valores sociais do trabalho e da justiça social.

Inspiraram esses mesmos interesses sociais inúmeros outros documentos relativos aos direitos humanos, com a finalidade de humanizar os horrores da última metade do século XX, passando-se, desse modo, da degradação da pessoa humana à dignidade da pessoa humana.

De fato, a superação das necessidades, ou melhor ainda, a proteção social, se converteu numa preocupação constante do Estado, sendo significativa a atitude de Inglaterra nessa área, que pode ser medida pelas palavras do historiador Eric Hobsbawm:

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

¹⁵ FLEISCHACKER, Samuel, *Uma breve história da justiça distributiva*, cit., p. 121.

Um governo britânico sob Winston Churchill se comprometeu, no meio de uma guerra desesperada, com um Estado do Bem-estar abrangente e o pleno emprego. Não foi por acaso que o Relatório Beveridge saiu com estas recomendações num dos anos mais negros da desesperada guerra da Grã-Bretanha: 1942.¹⁶

Reconhece-se dessa maneira o direito à proteção social do indivíduo e da coletividade, uma pretensão que cobra prestações positivas dos poderes públicos; não mais correspondente, portanto, a uma atitude de indiferença a respeito das desigualdades sociais.

Fazem-se notar aí os direitos fundamentais sociais (direitos de segunda geração), os quais se espraiam em múltiplos textos constitucionais, especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.¹⁷

2.2 Constitucionalização dos direitos

2.2.1 A supremacia da norma constitucional

Admitir a constitucionalização implica aceitar, portanto, a peculiar supremacia das normas constitucionais de que procede (fundamentalidade formal¹⁸), sendo vedado particularmente pela Constituição de 1988, à semelhança da Constituição alemã, abolir os direitos fundamentais enumerados no ordenamento constitucional pátrio.

Nesse sentido, acentuam Canotilho e Vital Moreira:

A força normativa da Constituição expande-se até aos terrenos da ordem econômica e social. Mesmo nos domínios em que a Constituição não penetrava ou em relação aos quais costumava ser olhada apenas como “mensagem” ou “utopia”, reconhece-se hoje a força conformadora das

¹⁶ HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. 4. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 162.

¹⁷ O traumático ataque nuclear ao Japão, em agosto de 1945, com o lançamento, pelos EUA, da primeira bomba atômica sobre alvo humano (Hiroshima e Nagasaki), influenciou decisivamente no consenso das nações sobre os direitos da pessoa humana.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 520.

normas constitucionais. Conseqüentemente, a Constituição tanto é lei fundamental dos “direitos, liberdades e garantias”, como dos direitos econômicos, sociais e culturais; tanto é imperativo jurídico no que respeita ao estatuto dos órgãos de soberania, como quando trata da organização econômica ou das relações sociais em geral.¹⁹

Por sinal, nem mesmo a concretização dos direitos fundamentais é deixada ao alvedrio do legislador, visto que os atos normativos infraconstitucionais estão sempre sujeitos ao controle de constitucionalidade (concentrado ou incidental) e a outros remédios constitucionais.

Essa hierarquia de que é dotada a Constituição de 1988 revela a sua força normativa, não subordinada a qualquer texto normativo anterior ou superior e determinante da conformação de outras normas elaboradas pelo legislador, na mesma linha do pensamento de Canotilho e Vital Moreira:

A lei fundamental impõe-se ao próprio legislador, que deve dinamizar mas não pode subverter as imposições constitucionais. A principal manifestação de preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela.²⁰ (grifos originais)

Nada obsta, está claro, que se estabeleçam limites e restrições nas emendas constitucionais do legislador constituinte derivado e nas leis concretizadoras de direitos fundamentais, expressos em nossas normas constitucionais, que têm a propriedade de irradiar-se a todos os ramos de direito, quer nas relações jurídicas que se estabeleçam entre a pessoa humana e o Estado, quer entre as pessoas humanas.²¹

Nesse ponto, cumpre não perder de vista a lição de Canotilho quanto aos direitos subjetivos, prestações e procedimentos a que ele chama de posições jurídicas constitucionais, dispostas nas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, e às posições estruturadas com base em normas legais – posições jurídicas legais:

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 43.

²⁰ *Ibidem*, p. 45.

²¹ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 523.

Nalguns casos, as posições jurídicas fundamentais têm uma primeira dimensão concretizadora na Constituição (...) mas é a lei que fixa concretamente os termos precisos do exercício do direito (...). A “posição jurídica originária” (da Constituição) é completada por uma “posição jurídica derivada” (da lei), colocando-se o problema de saber (designadamente para efeitos da “proibição de retrocesso”) se esta “posição derivada” pode ser livremente manipulada pelo legislador depois de ela estar estabelecida.²²

2.2.2 Efeitos da constitucionalização

Na esteira dessas asserções reservadas a acentuar os efeitos da constitucionalização (direitos públicos e direitos privados), segundo Favoreu, a Constituição simplifica a ordem jurídica, por ser tida como “norma de referência”, ao passo que a lei se demite de ser o eixo essencial da ordem jurídica.²³

Ainda discorrendo sobre tais efeitos, Favoreu fala de uma unificação da ordem jurídica, porque as normas constitucionais se tornam progressivamente o fundamento comum dos diversos ramos de direito e, desse modo, tendem a minimizar a distinção entre direito público e direito privado (v.g., a família, no direito civil, no direito previdenciário e no direito à assistência social).

2.3 Fundamentalidade das normas constitucionais de direitos fundamentais

2.3.1 Natureza material-procedimental da Constituição de 1988

Segundo a doutrina de Alexy, o nosso modelo constitucional não é o procedimental puro, circunscrito às normas de organização e procedimento, no qual os direitos fundamentais não vinculam os legisladores, que têm ampla liberdade para cingi-los segundo a política dominante.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 649.

²³ FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: AUBY, Jean-Bernard et al. *L'unité du droit: mélange en hommage a Roland Drago*. Paris: Economica, 1996, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49.

Tampouco corresponde ao modelo puramente material, que minimiza a função do Poder Legislativo, cuja atuação se resume assim na mera declaração dos direitos fundamentais expressos no texto constitucional.²⁴

Para nós, os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, estampados no Capítulo II do Título II da Constituição de 1988, denotam uma natureza mista material-procedimental, porque o texto constitucional alude aos direitos fundamentais em harmonia com os fundamentos e objetivos da República e, ao mesmo tempo, estabelece o procedimento para concretizá-los, dos quais o último é formado pela conjugação de normas do processo legislativo, inclusive de natureza orçamentária.

A fundamentalidade formal e material, inerente ao modelo de natureza mista material-procedimental da Constituição de 1988, corporifica os direitos fundamentais na perspectiva de serem oponíveis ao Estado, em relação ao qual devem ser exigidas as prestações indispensáveis à concretização desses direitos, nos diversos ramos de nosso ordenamento jurídico.

Além disso, justifica-se materialmente pelo fato de as normas constitucionais que encerram direitos fundamentais revelarem decisões essenciais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade e, em especial, a proteção de certos valores e bens indispensáveis à pessoa humana, conforme assinala Alexy:

À fundamentalidade formal soma-se a fundamentalidade substancial. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque com eles são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso vale independentemente do quanto de conteúdo é a eles conferido. Aquele que confere a eles pouco conteúdo delega muito ao legislador, o que pode ser considerado como uma decisão indireta acerca da estrutura básica do Estado e da sociedade. (...) Questões relativas à liberdade e à igualdade não são questões apenas de um ramo de direito, elas permeiam todos os ramos. A forma como elas são solucionadas em cada um desses diferentes ramos de direitos não é, para esses ramos de direito, uma questão específica, mas uma questão fundamental. Também nos casos de objetos regulados de forma menos abstrata o que está em jogo são questões substanciais fundamentais. Aquele que pretende dizer o que é exigido pela proteção do matrimônio e da família, garantida pela Constituição, não pode deixar de dar uma resposta à questão fundamental acerca da ordem normativa da comunidade.²⁵

²⁴ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 520.

²⁵ *Ibidem*, p. 522.

2.3.2 Fundamentalidade formal

Relaciona-se a fundamentalidade formal com direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira, portadores dos seguintes atributos: a) localizam-se no vértice do nosso ordenamento jurídico; b) revestem-se contra as emendas (art. 60); c) aplicam-se diretamente e vinculam as entidades públicas e privadas.²⁶

Dessa sorte, a fundamentalidade formal é a supremacia constitucional, advinda de normas constitucionais que tenham essa força jurídica própria, e por isso mesmo não apenas os direitos sociais arrolados no artigo 6º da Constituição de 1988, mas todo e qualquer direito social assegurado na Carta Magna, é fundamental, ainda que restrito o seu alcance e relevância social.²⁷

Convém salientar a fundamentalidade formal que procede do artigo 6º da Constituição Federal, em relação ao direito à previdência social (posição jurídica constitucional²⁸), cuja primeira dimensão concretizadora ocorre no artigo 201 da Constituição, no qual se consagram direitos fundamentais prestacionais, inclusive no inciso V, o direito fundamental à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

2.3.3 Fundamentalidade material

A fundamentalidade material legitima-se, porquanto da análise do conteúdo dos direitos fundamentais, é possível extrair suporte para decisões essenciais sobre a organização estrutural do Estado e da própria sociedade, na medida que devem ser reconhecidos como “elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva”.²⁹

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 80.

²⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, cit., p. 54.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 649.

²⁹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 16.

Nesse sentido, discorre Daniel Machado da Rocha: “(...) a fundamentalidade material decorre do reconhecimento de que determinados direitos, integrando a essência do Estado Constitucional e constituindo prioridades do ordenamento jurídico, contribuem decisivamente para a dignificação da pessoa humana.”³⁰

Nessa linha de raciocínio, inexistem direitos fundamentais sociais fora da Constituição Federal ou dos tratados internacionais de que seja parte o Brasil, tendo em conta a positivação dos direitos fundamentais no plano jurídico-constitucional, logo não parece concebível defender a existência desses direitos, sem lastro constitucional.

Não é essa, entretanto, a posição de André Ramos Tavares, ao defender uma dimensão de abertura dos direitos fundamentais que importaria consagrar outros direitos fundamentais distintos dos especificados no catálogo da Constituição originária, variando o grau de proteção jurídica, segundo proceda da lei ou de decisão judicial.³¹

Outros direitos materialmente fundamentais situados fora do catálogo são bem-vindos, desde que garantidos por normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional, provenientes do regime democrático e dos princípios adotados pela Constituição (art. 5º, §§ 2º e 3º).³²

Assim também na atual Constituição espanhola, conforme assinala Rafael Naranjo de la Cruz:

*(...) la categoría de los derechos fundamentales es esencialmente constitucional. No sólo porque su aparición como tal se encuentra íntimamente vinculada a la del constitucionalismo, y porque no existen más derechos fundamentales que aquellos que la Norma Fundamental determina, sino además porque es la interpretación de la Constitución la que nos va a proporcionar las líneas básicas del tratamiento jurídico de la delimitación y límites de los derechos fundamentales.*³³

³⁰ ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 110.

³¹ TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 436.

³² SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 81.

³³ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 29.

2.4 Dupla dimensão dos direitos fundamentais

2.4.1 Dimensão subjetiva

Sempre que se alude à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, cogita-se de direitos subjetivos e, portanto, de um feixe complexo de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, direcionados indistintamente – uma característica geral e típica das posições jurídicas subjetivas fundamentais.³⁴

A subjetivação dos direitos fundamentais leva à conclusão de que eles soam como direitos individuais, na medida que a norma tem relevância para o indivíduo, caso em que a proteção se manifesta sob a forma de direito subjetivo.

Dessa dimensão subjetiva, extrai-se que “os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas”.³⁵

2.4.2 Dimensão objetiva

A dimensão objetiva, por sua vez, é independente do agir dos titulares dos direitos fundamentais, por corresponder a uma ação positiva do Estado, que deve garantir os direitos fundamentais positivados, no que respeita aos efeitos jurídicos que conduzem à realização dos direitos subjetivos individuais.

Essa dimensão objetiva considera as conseqüências jurídicas dos direitos fundamentais (institucionais, funcionais, organizacionais e procedimentais), efeitos esses que Vieira de

³⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed., reimpr. Coimbra: Almedina, 2006. p. 173.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 256.

Andrade intitula “mais-valia” jurídica – por reforçar as relações jurídicas por direta determinação constitucional, ou irradiação normativa sobre a ordem jurídica.³⁶

É comum, então, a Constituição estabelecer regras diretas aos poderes públicos, predispostas à proteção dos direitos subjetivos, que irão constituir um “conjunto jurídico-normativo” destinado a regulamentar certa área (social, econômica ou administrativa) ligada à consecução de um direito fundamental a ser efetivado.

É a hipótese dos direitos fundamentais prestacionais da saúde, da previdência social e da assistência social, reunidos sob o sistema da Seguridade Social, pois, particularmente em relação à Previdência Social, esse direito, em boa parte, veio a ser cunhado pela própria Constituição de 1988, com vistas ao que havia antes dela, em termos de leis consolidadas.

Nesse singular aspecto focado no parágrafo anterior, refere Vieira de Andrade a conjuntos normativos, em regra abertos à conformação do legislador, “mas cujos aspectos característicos e caracterizadores ficam assegurados, em vista da realização de direitos fundamentais”.³⁷

Em tais condições, essa técnica de proteção dos direitos subjetivos fundamentais de que trata o texto constitucional pátrio associa o direito fundamental à previdência social à legislação ordinária e seus efeitos ocorrem “segundo uma lógica própria de conjunto e que são protegidos globalmente com realidades objectivas complexas”.³⁸

Opera, sob outro ângulo, a dimensão objetiva, como critério de interpretação e configuração do direito legislado, a exigir que sua aplicação não fira concretamente o direito fundamental de uma das partes litigantes.³⁹

Pode-se falar que os direitos fundamentais positivados na Constituição, em sua dimensão subjetiva, se comprazem, em primeiro lugar, com a autorização de o seu titular opor resistência aos atos dos poderes públicos que, de alguma forma, molestem sua esfera de

³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 142.

³⁷ *Ibidem*, p. 145.

³⁸ *Ibidem*, p. 144.

³⁹ MARTINS, Leonardo. Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v. 32, n. 98, p. 188, jun. 2005.

liberdade individual e o dever de abstenção do Estado, no sentido de resguardar o agir individual (*status negativus*).

Essa dimensão dos direitos fundamentais prestacionais difere da dimensão subjetiva dos direitos de liberdade, em razão da natureza negativa desses últimos, dado que os primeiros desafiam uma atitude positiva por parte do Estado para conceder uma prestação de natureza fática ou prestação de natureza normativa.

Entretanto, uma particular dimensão negativa dos direitos fundamentais prestacionais não deixou de ser notada por Canotilho e Vital Moreira, ao asseverarem que os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, possuem um matiz negativo:

Importa, desde logo, acentuar que a maior parte dos chamados direitos sociais possui, além da sua característica componente positiva, também uma componente negativa, que se traduz num direito à abstenção do Estado (ou de terceiros). Assim, por exemplo, o direito ao trabalho não consiste apenas na obrigação do Estado de criar ou de contribuir para criar postos de trabalho (...), antes implica também a obrigação de o Estado se abster de impedir ou limitar o acesso dos cidadãos ao trabalho (liberdade de acesso ao trabalho); o direito à saúde não impõe ao Estado apenas o dever de atuar para constituir o Serviço Nacional de Saúde e realizar as prestações de saúde, antes impõe igualmente que se abstenha de atuar de modo a não prejudicar a saúde dos cidadãos.⁴⁰

De recordar-se o cotidiano brasileiro dos direitos fundamentais prestacionais no *front* administrativo e judicial, em relação aos quais a autarquia previdenciária tem o dever de conceder ou não a prestação, mas também o dever de abster-se de embaraçar a concessão do benefício mais adequado à proteção social.

Sem perder de vista essa noção garantidora, eles ainda se tornaram referências axiológicas vinculativas de todos os órgãos públicos, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, inclusive quanto aos direitos sociais que ostentam pretensões jurídicas próprias, como salientam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, cit., p. 127.

A dimensão subjetiva aparece também nos direitos fundamentais que fundamentam pretensões jurídicas próprias do *status positivus*. Quando o indivíduo adquire um *status* de liberdade positiva (liberdade para alguma coisa) que pressupõe a ação estatal, tem-se como efeito a proibição de omissão por parte do Estado. Trata-se aqui de direitos sociais e políticos e de garantias processuais entre as quais a mais relevante é a garantia de acesso ao Judiciário para apreciação de toda lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). O efeito para o Estado é o dever de fazer algo.⁴¹

2.5 Funções dos direitos fundamentais

2.5.1 Direitos de defesa

Os direitos fundamentais assumem caráter defensivo (direitos de defesa), na medida que proíbem ingerências estatais na esfera jurídica de atuação do indivíduo (norma de competência negativa); ao mesmo tempo, implicam o poder de fazer atuar os direitos fundamentais (liberdade positiva) e o de requisitar omissão estatal, com o fito de evitar agressões lesivas por parte do Estado (liberdade negativa), razão por que geram os deveres de abstenção, de não-interferência e de não-intromissão dos poderes públicos.⁴²

O dever de abstenção corresponde ao direito (pretensão) de o Estado não impedir ou dificultar determinadas ações do titular do direito; o dever de não-interferência corresponde ao direito de o Estado não afetar certas características ou situações jurídicas; e o dever de não-intromissão corresponde ao direito de impedir que o Estado elimine posições jurídicas do respectivo titular.⁴³

Boa parte dos direitos de defesa acha-se arrolados no artigo 5º da Constituição de 1988 e se destinam a evitar a ingerência estatal no âmbito de liberdade dos indivíduos, razão por que “constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos”.⁴⁴

⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, cit., p. 118.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 552.

⁴³ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 196.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 246.

O dever de não-interferência consiste na proteção de bens jurídicos que encerram determinadas características e situações elementares de qualquer direito fundamental, de maneira que não venha a ser afetado por comportamentos assumidos pelo Estado.

Já o dever de não-eliminação de posições jurídicas do titular do direito corresponde à pretensão de que “o Estado não derogue determinadas normas”⁴⁵. Revestem-se, ademais, entre nós, os direitos de defesa, de plena eficácia, gerando, dessa maneira, direito subjetivo, inclusive contra terceiros, dado que, a teor do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

2.5.2 Direitos a prestações

Os direitos a prestações requisitam, sob certa perspectiva, uma atitude positiva do Estado, “no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)”⁴⁶.

Tais direitos foram guindados à Constituição brasileira para libertar todos das necessidades, proporcionando-lhes o desfrute da igualdade material, por meio de benefícios e serviços realizados através de condutas positivas dos órgãos públicos. Nesse sentido, discorre Ingo Sarlet:

Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, como já assinalado alhures, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.⁴⁷

Robert Alexy define os direitos fundamentais a prestações como típicos direitos à proteção social:

⁴⁵ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 201.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 189.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 263.

Direitos à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.⁴⁸

É preciso ter em mente que sem as prestações fáticas, as pessoas não se libertam das necessidades, daí a importância da fundamentalidade desses direitos sociais, que Jorge Miranda intitula de “direitos de *libertação* da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de *promoção*”.⁴⁹ (grifos originais)

Além disso, elas devem ser interpretadas como que incluídas em um sistema de valores dos respectivos titulares, “em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade em que vive”.⁵⁰

2.5.3 Direito a prestações em sentido amplo

Sempre que se cogita de direito a prestações, isso significa que o direito a uma ação positiva de parte do Estado corresponde a um direito a uma prestação fática ou normativa, o que levou Alexy a dividir os direitos a prestações em sentido amplo, em três grupos: a) direitos à proteção; b) direitos à organização e procedimento; e, c) direito a prestações em sentido estrito.⁵¹

As normas de organização e procedimento (direito a prestação normativa) em certa medida se aproximam do conceito de concretização dos direitos fundamentais prestacionais e, nessa medida, contribuem para a sua realização e garantia, máxime na Constituição de 1988, por ter versado de forma categórica acerca das prestações normativa e fática.

Esclarece Wagner Balera que o sistema da seguridade social “surge aos nossos olhos como conjunto normativo integrado por sem-número de preceitos de diferente hierarquia e

⁴⁸ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 499.

⁴⁹ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, cit., v. 4, p. 98.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 265.

⁵¹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 444.

configuração” e constitui “instrumental de realização de justiça social, protegendo assim os trabalhadores, seus primitivos destinatários, quanto todos os necessitados”.⁵²

Sob essa óptica, os direitos a prestações em sentido estrito (benefícios/serviços) requisitam para sua concretude organização e procedimento sistematizados, tal qual estabelecido no texto constitucional brasileiro, quando o exercício ou cumprimento for indispensável à sua efetividade.⁵³

Ao lado dos direitos a prestações em sentido estrito, positivados no artigo 201, incisos I a V, coexiste o direito a prestação em sentido amplo, consubstanciado nas regras e/ou princípios referenciados nos parágrafos do artigo 201 e nos artigos 194 e 195, todos da Constituição de 1988, destinados à concretização dos direitos à previdência social.

Ninguém põe em dúvida os custos dos direitos sociais, e assim tem sido igualmente com os direitos, liberdades e garantias; todos, sem exceção, necessitam da estrutura organizacional e procedimental para a corriqueira efetividade dos direitos fundamentais e para a justiciabilidade, nos casos em que se impõe a atuação do Poder Judiciário.

Em matéria de organização e procedimento, como se nota, a Constituição de 1988 vai além do que usualmente registram outras Constituições, visto que estabelece de que modo serão custeadas as prestações em sentido estrito, e daí a advertência de Wagner Balera de que “as linhas mestras da organização e do custeio, assim como a descrição dos mais importantes dentre os benefícios e serviços de seguridade já vinham reguladas, com riqueza de detalhes, pela própria Lei Fundamental”.⁵⁴

Destarte, os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, catalogados pelo artigo 6º da Constituição de 1988, foram dotados de regras atinentes aos procedimentos de cobertura dos presumíveis custos dos direitos a prestações, eis a razão por que a seguridade social é financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos

⁵² BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 18.

⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 151-152.

⁵⁴ BALERA, Wagner. A organização e o custeio da seguridade social. In: BALERA, Wagner (Coord.). *Curso de direito previdenciário: homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*. São Paulo: LTr, 1992. p. 34.

orçamentários e contribuições sociais, estas, portanto, com destinação e vinculação específica (art. 195 da CF).

Tais normas constitucionais constituem um plexo jurídico-normativo, aberto à conformação do legislador, com o propósito de concretizar a proteção social dos segurados e dependentes do regime geral da previdência social, que se consubstancia nas Leis ns. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991.

Sob a perspectiva do direito constitucional pátrio, é fora de dúvida que os direitos fundamentais sociais positivados na Constituição a todos conferem posições que lhes autorize concretizar, no seio da comunidade, a igual dignidade social e justiça distributiva, no âmbito das prestações.⁵⁵

Por óbvio, é de ser destacado o exemplo de Alexy sobre o direito subjetivo a votar conferido pela lei fundamental alemã, e, portanto, “um direito contra o Estado a que este torne possível o ato de votar, por meio de alguma forma de organização. Como a Constituição alemã não prescreve nenhum sistema eleitoral específico e como princípios eleitorais colidentes devem ser levados em conta, é certo que o legislador tem uma discricionariedade considerável”.⁵⁶

Mutatis mutandis, essa lição se presta à previdência social, prevista como direito social na Constituição de 1988, que outorga um direito contra o Estado, destinado a tornar possível ao indivíduo obter a proteção social adequada, de natureza fática, consistente, por conseguinte, no direito fundamental social prestacional em sentido estrito, proteção jurídica efetiva que é um elemento essencial ao próprio direito fundamental.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Revista de Doutrina da 4ª Região*, EMAGIS, v. 22, p. 15-38, 2008.

⁵⁶ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 480.

2.5.4 Uma questão de conteúdo em tema de organização e procedimento

Registra Alexy uma questão de conteúdo que, como já visto, se relaciona com a fundamentalidade material, no tocante às decisões tomadas sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, caso em que se evidencia que as tomadas de posição variam segundo a Constituição confira pouco ou muito do conteúdo.

Dessa sorte, fica patente que se a Constituição confere aos direitos fundamentais pouco conteúdo, delega muito ao legislador, inclusive nas questões atinentes à igualdade (material) e à liberdade, o que constitui invariavelmente uma questão fundamental.

Dentro do mesmo ponto, mas sob outra perspectiva, se a Constituição concretiza desde logo os direitos fundamentais peculiares, essas questões continuam sendo fundamentais, ainda que venha a existir a regulamentação legal, porque “aquele que pretende dizer o que é exigido pela proteção do matrimônio e da família, garantida pela Constituição, não pode deixar de dar uma resposta à questão fundamental acerca da ordem normativa da comunidade”⁵⁷, o que se aplica, de igual modo, à previdência social.

Em se tratando da Constituição de 1988, ela delegou pouco ao legislador, porque conferiu expressivo conteúdo à seguridade social, com vistas à organização e procedimento de suas vertentes: saúde, previdência social e assistência social.

São por demais categóricas as normas (regras e princípios) da seguridade social, a qual se define como um sistema, ou seja, um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, a que se acrescem as normas próprias relacionadas com esses subsistemas.

A outorga do modelo organizacional e procedimental da seguridade social ao Poder Público em cooperação com a sociedade baseia-se nos princípios (objetivos) descritos no parágrafo único do artigo 194 da Constituição de 1988:

⁵⁷ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., 522.

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Tais normas constituem diretrizes do sistema de seguridade social, porquanto almejam a igualdade material e a diversificação das prestações, conforme as contingências sociais, tendentes, por assim dizer, a alcançar o objetivo do bem-estar e da justiça social.

É indubitável que a Constituição contém regras concretizadoras de organização e procedimento da seguridade social (arts. 194 e 195), assim como as específicas da saúde (arts. 196 a 200), da previdência social (art. 201) e da assistência social (arts. 203 e 204).

No tocante à previdência social, sua organização obedece à forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, e se mantém com todos os recursos especificados no artigo 195 da Constituição de 1988, à semelhança da saúde e da assistência social.

Dessa maneira, tem-se então um direito organizacional-procedimental por excelência, por contemplar os direitos fundamentais em sentido estrito (em prestações), segundo as contingências arroladas (eventos):

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no parágrafo 2º.

Além disso, concretiza o subsistema da previdência social outras tantas regras de procedimento, a serem observadas com a finalidade específica de assegurar o exercício desses direitos fundamentais a prestações previdenciárias.

2.5.5 Posições jurídicas constitucionais e legais

Tais regras são posições jurídicas originárias das normas fundamentais de procedimento que, se preciso, podem ser complementadas pela lei, mas não abolidas, nem alteradas em sua essência, de que, na Constituição pátria, é exemplo a regra da média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, abolida pela Emenda Constitucional n. 20/98 (proibição do retrocesso).⁵⁸

Isso se explica pela tomada de posição da Carta Magna, ao concretizar, de imediato, no artigo 202, em sua redação original, a fórmula do cálculo da aposentadoria, isto é, “a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição, de modo a preservar seus valores reais”.

Ou seja, o constituinte eliminou a oportunidade de o legislador interferir nesse ponto, ao prescrever a fórmula do cálculo, o que representa uma posição jurídica constitucional, cuja supressão implica retrocesso, visto como sua inserção na Constituição foi vista como indispensável garantia do direito fundamental à aposentadoria.

Daí porque a proibição de retrocesso estende-se, inclusive, às posições jurídicas procedimentais de direito ordinário, quando a sua existência for exigida pelos direitos fundamentais, pois, conforme leciona Alexy, “o conteúdo jurídico-procedimental das normas de direitos fundamentais consiste também na proibição de sua eliminação, ou seja, em protegê-las contra atos de revogação”.⁵⁹

Nessa moldura constitucional, cada uma dessas contingências sociais corresponde a um determinado direito fundamental: aposentadoria (doença, morte, invalidez e idade avançada), salário-maternidade, seguro-desemprego, salário-família, auxílio-reclusão e pensão por morte. São todos, sem exceção, direitos fundamentais no âmbito do regime geral da previdência social.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 649.

⁵⁹ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 477.

Ajunta-se a mesma moldura às normas constitucionais do procedimento estruturado em consonância com o sistema organizacional, e que serve para a preparação de decisões.⁶⁰

Tais normas concretizadoras dos direitos fundamentais sociais a prestações são, no dizer de Canotilho, posições jurídicas originais (“direitos subjectivos, prestações e procedimentos”), pois alicerçadas autónoma e imediatamente nas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais – posições jurídicas constitucionais.⁶¹

Dentro dessa conjuntura, as posições jurídicas originárias têm a primeira dimensão concretizadora na própria Constituição e uma posição jurídica legal (posição derivada), quando são complementadas, por exemplo, pelas regras do plano de custeio e do plano de benefício, respectivamente das Leis ns. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, que por isso mesmo não devem ser livremente manipuladas pelo legislador derivado ou ordinário.

2.5.6 Direitos fundamentais sociais positivados na Constituição de 1988

De acordo com a Constituição pátria, os direitos fundamentais sociais encontram-se positivados de forma expressa e categórica, o que, em regra, não se configura noutras Constituições, em termos claros e explícitos.

É o que assinala Alexy com respeito à Lei Fundamental de 1949, aliás fonte de inspiração da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição espanhola de 1978, como também das novas Constituições dos países do Leste Europeu, que não alinha, em regra, os direitos sociais:

Já se demonstrou que a Constituição alemã, com pouquíssimas exceções, não contém direitos fundamentais sociais formulados de maneira expressa; mesmo assim discute-se, com grande empenho e veemência, se, e em caso afirmativo, quais os direitos fundamentais sociais são por ela garantidos.⁶²

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 651.

⁶¹ *Ibidem*, mesma página.

⁶² ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 500.

Essa atitude de aprofundamento dos estudos a que se obrigou a doutrina e a jurisprudência na Alemanha, a fim de conformar variados direitos fundamentais individuais e sociais, como ciência jurídica, objetivou, em boa parte, concretizá-los, dado que foram, em largo tempo, relegados e desrespeitados, tanto quanto o foram, outrora, os direitos, liberdades e garantias individuais.

Por óbvias razões, a doutrina, em especial a portuguesa e a espanhola, espelha-se sobremodo na doutrina alemã dos direitos sociais; todavia, nem sempre as lições aproveitam ao direito pátrio, pela dificuldade amiúde observada na falta de correlação ou conformidade desses estudos doutrinários, porque se reportam a uma gama de teorias, idéias, argumentações e proposições doutrinárias justificáveis apenas na hipótese desses direitos não decorrerem das normas expressamente indicadas nas Constituições.

Em realidade, foi diferente a reação brasileira à experiência da ditadura, época em que periclitavam os direitos da pessoa humana, à semelhança desses e outros países que, de igual modo, viveram épocas de infortúnio, sem a estrita observância do Estado Democrático de Direito, e por isso se justifica a clareza demonstrada pela Constituição de 1988, o que ensejou o seguinte juízo a Ingo Wolfgang Sarlet:

Na Constituição vigente, os direitos e prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais. Além disso, verifica-se que mesmo em outras partes do texto constitucional (inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais), se encontra uma variada gama de direitos a prestações.⁶³

É certo que, ainda na vigência da Constituição de 1946, dois dos mais renomados autores de obras nacionais sobre direito à previdência social – Celso Barroso Leite e Luiz Paranhos Velloso – salientaram, nos idos de 1963, a passagem do Estado liberal ao Estado social, como segue:

Com a democracia governante, social, intervencionista, o simples direito de existir aos poucos se vai ampliando para o direito de obter, de recorrer ao Estado, de utilizá-lo; o Estado, tendo admitido ou chamado a si novas atribuições e encargos, torna-se agente de prestação de serviços, deixando para longe aquele Estado liberal que, “indiferente às conseqüências do livre

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 189.

exercício da atividade do indivíduo ou do grupo, simplesmente proporcionava a moldura legal para os diversos processos de coordenação voluntária”. (...) Os novos direitos do homem, surgidos, assim, quando este se deslocou, perante o poder público, de uma posição estática e subordinada para uma posição dinâmica, influenciadora, reivindicante, já encontraram guarida nas próprias Constituições nacionais, documentos básicos da organização e estrutura do Estado.⁶⁴

Referiam, como se percebe, ao declínio do Estado liberal, bem assim ao surgimento dos novos direitos do homem, devidos particularmente à nova conformação do Estado Democrático de Direito, que começara a se destacar por se dispor a proporcionar bem-estar social à pessoa humana, em oposição às características de não-interferência do liberalismo.

Era intangível, todavia, a vocação conservadora reinante entre os juristas da época dos direitos de primeira geração, destinados à preservação da ordem econômica e social, em que pese a novidade dos direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais), sobrevinda no apogeu do confronto político-ideológico do mundo bipolar, uma das características da Guerra Fria.

De fato, apesar de a doutrina refletir sobre os direitos fundamentais da pessoa humana, não lhe ocorrera, de pronto, constitucionalizar os direitos sociais, pois seria trivial identificar, naquela oportunidade, o autor e sua idéia a uma vertente de direitos a prestações positivas do Estado ligada ao socialismo, em oposição às correntes liberal e democrática.⁶⁵

Destarte, essas conquistas sociais não ocuparam as idéias da doutrina liberal das anteriores Constituições, senão unicamente para registrá-las no papel, porque mantiveram todas a conformação de suas competências à limitação dos poderes estatais e à garantia de direitos e liberdades do agir individual perante o Estado.

Tampouco as fontes doutrinárias de antanho meditaram a respeito da força normativa da Constituição, e menos ainda sobre a constitucionalização dos direitos entregues à regulamentação do legislador ordinário em geral e, em especial, sobre o ramo do direito à previdência social e à assistência social.

⁶⁴ LEITE, Celso Barroso; VELLOSO, Luiz Paranhos. *Previdência social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1963. p. 25.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*: arts. 129 a 144. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947. v. 3, p. 152; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*: arts. 113-150 parágrafo 1º. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. v. 4. p. 633.

Dessa maneira, só a partir da Constituição de 1988 irrompem os direitos sociais sob o pálio do Estado Democrático de Direito e dos objetivos fundamentais da República na constitucionalização de diferentes ramos de direito privado e público, conforme ressalta Ingo Wolfgang Sarlet:

Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional.⁶⁶

Em verdade, nenhuma das Constituições nacionais versou de forma tão concludente sobre os direitos fundamentais sociais catalogados no ordenamento constitucional brasileiro, e particularmente a seguridade social, razão por que se cuida de invulgar documento da consciência do povo brasileiro, entrosado no movimento ocidental em prol dos direitos econômicos, sociais e culturais – os direitos fundamentais de segunda geração.

É de ser salientado, por oportuno, que, ao fim do mundo bipolar, se seguiu a globalização, com a qual os (neo)liberais retomaram os discursos a propósito do (neo)liberalismo e vêm atuando diuturnamente no sentido de (r)emendar a Constituição de 1988, com o propósito de retirar dela os direitos fundamentais sociais ou reduzi-los a meras políticas públicas do Estado.

Assim argumenta um autor neoliberal:

(...) outros, embora continuem a falar em direitos fundamentais sociais (*soziale Grundrechte*), não lhes dão o sentido de veros direitos fundamentais, senão que os subordinam à justiça social, consideram-nos vinculados à reserva do possível e entendem que constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial.⁶⁷

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 67.

⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A constitucionalização do direito financeiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 984.

Não é a primeira nem será a última a crítica à inclusão dos direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais pela Constituição de 1988, como acentuam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

As principais críticas formuladas contra o sistema de direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988 relacionam-se aos direitos sociais. Juristas e políticos que adotam posições nitidamente político-ideológicas neoliberais (conservadoras, sob o ponto de vista de uma interpretação constitucional que visa à garantia do *status quo ante* social) criticam o caráter “dirigente” da Constituição, condenam a “inflação de direitos” e principalmente a extensão dos direitos sociais, sugerindo de forma aberta ou encoberta o retorno a um regime de garantia quase ilimitada das liberdades individuais.⁶⁸

Sem dúvida alguma, a Constituição de 1988, diferentemente de outros textos constitucionais do Ocidente, relaciona, de forma expressa, os direitos fundamentais sociais, a saber: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, a moradia, bem assim o direito ao trabalho e outros tantos mencionados no Título VIII, que dispõe sobre a Ordem Social.

Perseguem prestações materiais e normativas que exigem a atuação estatal e se destinam a assegurar o bem-estar e a justiça social nos mais variados escalões da sociedade, como segue:

O termo “direitos sociais” se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social. Mas isso não o torna um direito coletivo. Enquanto direitos públicos subjetivos, os direitos fundamentais não são só individualizáveis como, em primeira instância, são direitos individuais (dimensão subjetiva).⁶⁹

Em especial, a Constituição de 1988, singularizou o direito relativo à previdência social, positivando, de imediato, os direitos fundamentais sociais a prestações, além de prescrever normas de organização e procedimento a eles relacionados (fundamentalidade formal).

⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, cit., p. 37.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 67.

Assim é que são direitos fundamentais sociais a prestações os benefícios positivados no ordenamento constitucional brasileiro pelo poder constituinte *originário*, como segue:

Artigo 201 - Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão;
- II - ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- IV - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no parágrafo 5º e no artigo 202.

A norma sobre os direitos fundamentais sociais a prestações em questão foi alterada pelo poder constituinte *derivado* (através da EC n. 20, de 15.12.1998), passando a ter a seguinte redação:

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

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no parágrafo 2º.

O texto constitucional remete à lei a regulamentação dos direitos fundamentais a prestações, asseguradas com observância das normas constitucionais de organização (comando) da previdência social (fundamentalidade formal), referidas nos parágrafos 1º a 13 do artigo 201, e, como visto alhures, uma delas – a fórmula de cálculo do benefício de aposentadoria – foi objeto de discutível alteração pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998, caracterizando, a toda evidência, retrocesso social.

Discutível também se mostra a supressão da ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda, retirada do texto original pela aludida emenda, em desacordo com o artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição de 1988.

2.5.7 Direitos de defesa e direitos a prestações

Os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988 assumem um caráter defensivo (direitos de defesa), na medida que colocam a pessoa humana numa posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos. E, ao mesmo tempo, requisitam, sob certa perspectiva, uma atitude positiva do Estado, “no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)”.⁷⁰

Interessa, desde logo, deixar assinalado que os direitos de defesa, tanto quanto os direitos a prestações, são lados da mesma moeda (direitos fundamentais sociais), logo não se excluem, antes se harmonizam, e por isso mesmo coexistem dentro do universo das normas fundamentais articuladas na Constituição de 1988.

Cabe registrar, relativamente aos direitos de defesa (direitos ao não-embaraço de ações; direitos à não-afetação de características e situações; e direitos à não-eliminação de posições jurídicas), que, em virtude de sua natureza defensiva, reclamam eles uma atitude de abstenção do Estado.

Revestem-se, ademais, de plena eficácia, gerando, dessa maneira, direito subjetivo, inclusive contra terceiros, dado que, a teor do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

De seu turno, os direitos fundamentais sociais a prestações foram guindados ao texto constitucional com o fito de todos os indivíduos gozarem de sua fruição, tendo por objetivo o desfrutar da igualdade material, eliminando as desigualdades por meio de prestações de natureza fática (jurídicas ou materiais), através de conduta positiva dos órgãos públicos.

Justifica esse comportamento a igual dignidade social entre as pessoas humanas, que autoriza a justiça distributiva, conforme a compreende Samuel Fleischacker:

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 189.

Considero um bem inequívoco o movimento da cultura ocidental que levou de uma atividade de desprezo pelos pobres até o reconhecimento de que eles são “exatamente iguais a todos os demais”. A noção de que as pessoas precisam de certos meios materiais para desenvolver suas capacidades também me parece sábia, além de ter se tornado cada vez mais verdadeira conforme a sociedade e a tecnologia ficam mais complexas.⁷¹

Sob esse prisma, como vimos, Alexy⁷² define os direitos fundamentais sociais a prestações como típicos direitos de igualdade em dignidade, em busca da proteção social, como, de igual modo, afirma Ingo Sarlet⁷³ que os direitos sociais a prestações não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas estão intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, e à criação de bens essenciais para todos os que deles necessitem.

É preciso ter em mente que sem as prestações fáticas, as pessoas não se libertam das necessidades, e daí a importância da fundamentalidade desses direitos sociais; além disso, elas devem ser interpretadas como se incluídas em um sistema de valores dos respectivos titulares, “em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade em que vive”.⁷⁴

⁷¹ FLEISCHACKER, Samuel, *Uma breve história da justiça distributiva*, cit., p. 184.

⁷² ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 499.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 263.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 265.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PENSÃO POR MORTE

As anotações já feitas acentuam e celebram a Constituição de 1988 como fonte auto-aplicativa e ressaltam a supremacia de suas normas constitucionais fundamentais concernentes ao benefício de pensão por morte, que concretizaram, em boa parte, os procedimentos para a concessão dessa prestação e a pretensão (direito subjetivo) de obtê-la.

Viu-se que efetivamente a Carta Magna, além de ter positivado o aludido benefício previdenciário, concretizou de imediato os respectivos beneficiários e o fez sob os influxos convergentes das outras normas constitucionais atinentes à família e à educação (ensino superior), que atuam permanentemente no sentido de conformar a estrutura desse direito fundamental social.

Ademais, outras tantas normas atuaram no sentido de organizar e dotar de procedimentos o sistema de seguridade social, inclusive no tocante ao respectivo orçamento, para gerir as receitas oriundas de contribuições sociais, destinadas a suprir os custos dessas prestações e serviços.

E, nesse diapasão, os direitos fundamentais em jogo requisitaram uma atitude positiva (dimensões subjetiva e objetiva) do Estado, convertida, nos termos do artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nas Leis ns. 8.212/91 (plano de custeio) e 8.213/91 (plano de benefício), ambos da previdência social, que obrigam o Estado a não estorvar a concessão dos benefícios (prestações/serviços).

3.1 O direito fundamental à previdência social

O sistema de seguridade social mostra contornos definidos desde quando os países industrializados do mundo ocidental passaram a realizar despesas maciças em saúde, assistência e previdência social.

Pode-se situar o início do sistema, sem que isso implique omitir anteriores iniciativas, na época da Segunda Guerra Mundial, quando, em 1941, Winston Churchill, que se

comprometera com um estado do bem-estar abrangente⁷⁵, ordenou estudos dos planos existentes de seguro social e serviços afins, elaborados pela Comissão Interministerial presidida por William Beveridge, cujo relatório, vindo a lume em 1942, é o conhecido “Plano Beveridge”.⁷⁶

Outros marcos que influenciaram decisivamente o desenvolvimento e a legislação do direito social, com vistas à afirmação do direito à seguridade social, ainda sob a influência da Segunda Guerra Mundial, são: a) a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas; b) as Normas Mínimas de Seguridade Social fixadas pela Convenção n. 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), adotada em Genebra, em 28 de junho de 1952.

É inegável a influência do Plano Beveridge, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e das Normas Mínimas de Seguridade Social, mas nenhuma dessas obras correspondia exclusivamente aos anseios sociais dos trabalhadores; foram, em realidade, concessões paralelas da economia e da política dos países aliados envolvidos na guerra e no conflito ideológico que se seguiu com o Leste-Europeu no pós-guerra, a chamada “Guerra Fria”.

É certo que em muito contribuiu para que a seguridade social passasse a fazer parte da legislação dos países que saíram favorecidos do conflito bélico de 1939-1945 o fortalecimento da economia de mercado no Ocidente nessa época do pós-guerra, pois lhes trouxe em geral vantagens sociais, de que são signos o pleno emprego e a escassez de mão-de-obra, com o que se viram incrementados os regimes de previdência, assistência e saúde, mercê da intensificação do contingente humano que para eles contribuía ou deles dependia.

Em poucas palavras, a economia voltou sua atenção para a seguridade social e a proteção social se alastrou nos países industrializados, o que acabou por refletir em países em desenvolvimento do mesmo bloco econômico.

⁷⁵ HOBBSBAWN, Eric, *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*, cit., p. 162.

⁷⁶ BEVERIDGE, William. *O Plano Beveridge: relatório sobre o seguro social e serviços*. Tradução de Almir de Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.

A expansão do conceito de proteção social deveu-se desse modo à sobredita situação reinante, na qual os trabalhadores em geral passaram a ser atendido pela seguridade social do “berço ao túmulo”.

Há um ponto crucial nessa conjuntura econômico-social, que pode ser simbolizado pela queda do Muro de Berlim, por significar a soma de circunstâncias que fizeram cessar a Guerra Fria, como acentua Ulrich Beck: “Desaparece toda uma época, o século que se iniciou com as leis sociais de Bismarck e em cuja última terça parte parecia ter promovido para geração a grande tarefa de garantir uma vida livre e segura para a maioria dos homens sob a base do trabalho aquisitivo.”⁷⁷

Não que o Estado do Bem-estar haja cerrado suas portas no Ocidente, e particularmente no Brasil, com a globalização encetada pelo movimento neoliberal nos anos 90. Iniciaram-se, entretanto, acirradas disputas em torno de nosso sistema constitucional de seguridade social, de que resultaram as reformas previdenciárias de 1998 e 2003.

Sem rebuços, o que antes se fazia aqui e ali tomou corpo no sentido de reduzir os gastos públicos com a saúde, assistência e previdência social, e as pessoas passaram a ser observadas mais incisivamente segundo a óptica da massa de consumidores, apenas sendo indispensáveis à economia num aspecto, “como compradores de bens e serviços”.⁷⁸

A saúde e a previdência convertem-se em “produtos” de consumo e assumem a natureza privada; intenta-se restringir a natureza pública desses direitos sociais apenas ao núcleo essencial.

Ora, as vicissitudes por que tem passado o direito à seguridade social repercutiram forçosamente na relação jurídica de proteção e justificam a abordagem dos fatos sociais e históricos enumerados, relativamente à situação jurídica das pessoas a que se destina e à influência que tiveram, ao longo dessa época, no conceito dessa proteção e da própria relação jurídica.

⁷⁷ BECK, Ulrich. *O que é globalização?* São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 220.

⁷⁸ HOBSBAWN, Eric, *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*, cit., p. 262.

Desta sorte, a abordagem desse tema jurídico estará lastreada no Sistema Nacional de Seguridade Social e na concretização das normas e valores constitucionais correlacionados, com o propósito de avaliar a extensão conceitual da proteção social como juízo da realidade contemporânea.

3.2 Seguridade social

A seguridade social, como visto, foi pressuposta e concretizada em ambiente político hostil à economia e de suma gravidade para o Ocidente, segundo assinalava, em 1955, Arnaldo Sussekind: “É inegável que o clima de insegurança em que vive a atual geração – entre conflitos bélicos, guerras de nervo e economia de guerra – criou um clima psicológico favorável à larga difusão do termo, que simboliza aquilo que os povos mais almejam: a segurança ou seguridade social.”⁷⁹

A locução já era conhecida, pois assim os norte-americanos denominavam, desde 1935, a sua lei – Social Security Act⁸⁰ –, como o fizeram igualmente os neozelandeses em 1938, e dela se aproveitou o “Plano Beveridge”, o qual, ao que tudo indica, nelas se baseou e, na cláusula quinta Carta do Atlântico, alusiva à garantia de a mais ampla seguridade social, diz: “Quinto, eles desejam ocasionar o máximo de colaboração entre todas as nações no campo econômico com o objetivo de assegurar, para todos, melhores condições de trabalho, progresso econômico e segurança social.”⁸¹

A referência a “melhores condições” de seguridade social mostra quão indispensável e inevitável era incrementar o desenvolvimento do sistema da seguridade social, à semelhança do que ocorrera noutra época de conturbação social.

De fato, Bismarck, chanceler da Alemanha no último quartel do século XIX, em época de intensas atividades repressivas ao movimento socialista, acabou por acolher alguns dos princípios dessa doutrina política, com a finalidade de assegurar direitos individuais e promover o bem-estar da sociedade, especialmente dos necessitados, mediante a criação de

⁷⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Previdência social brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 47.

⁸⁰ ALMANSA PASTOR, José Manuel. *Derecho de la seguridad social*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1991. p. 57.

⁸¹ Carta do Atlântico, de 14.08.1941.

um sistema de seguros sociais compilados em código e constitucionalizado em 1919 pela Constituição de Weimar.⁸²

A expressão “seguridade social” é, como se observa, recente e serve para designar as suas vertentes: saúde, previdência e assistência, isto é, um ambiente de ampla proteção social (universalidade subjetiva e objetiva).

Assim é que dessas diretrizes provém a moderna seguridade social, que Arnaldo Sussekind localiza no início do terceiro e último período de seu estudo sobre a evolução brasileira do seguro social, “cuja filosofia visa a tornar cada cidadão titular do direito subjetivo ao bem-estar social”.⁸³

Embora se deva atribuir ao Estado do Bem-estar Social esse progresso da seguridade social, esse novel instituto, por ser conhecido apenas de um reduzido número de pessoas, um domínio reservado e restrito a uma plêiade de mestres, os obrigou a realizar um admirável esforço no sentido de difundir os lineamentos desse processo de promoção a novas posições sociais.

Com efeito, em comentários à Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960, Marcelo Pimentel, Hélio Carneiro Ribeiro e Moacyr Duarte Pessoa enalteciam a seguridade social, sob a perspectiva de extensa e intensa proteção social:

Conquanto já tenha evoluído em suas finalidades básicas, a Previdência Social caminha para horizontes mais largos, qual seja a cobertura de todos os riscos sociais, inclusive os decorrentes da miséria, do desemprego e de outras calamidades públicas. Esse moderno e amplo conceito é denominado seguridade social, para o qual marcham as legislações mais avançadas, impondo aos demais povos o descortino correspondente.⁸⁴

É o que avaliava também Mozart Victor Russomano, para quem a seguridade social tendia “a amparar todos os integrantes da sociedade, diante de todos os riscos”, de modo que

⁸² ALMANSA PASTOR, José Manuel, *Derecho de la seguridad social*, cit., p. 70.

⁸³ SÜSSEKIND, Arnaldo, *Previdência social brasileira*, cit., p. 41.

⁸⁴ PIMENTEL, Marcelo; RIBEIRO, Hélio Carneiro; PESSOA, Moacyr Duarte. *A previdência social brasileira interpretada*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 17.

ela encerra a formulação de uma teoria que suplanta os limites da assistência e da previdência e as converte em capítulos desse instituto.⁸⁵

Mais tarde, em 1987, Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira traçou em linhas gerais o que viria a ser concretizado em 1988, concebendo-a como um “conjunto de medidas”, ou seja, um “conjunto de ações”, vale dizer, um sistema de proteção social, administrado por quem o financiasse:

Conjunto de medidas adotadas pelo Estado, por meio de organizações próprias ou subvencionadas, destinadas a prover as necessidades vitais da população do país, nos eventos básicos previsíveis e em outras eventualidades, variáveis segundo as condições nacionais, que podem verificar-se na vida de cada um, por meio de um sistema integrado de seguro social e de prestação de serviços sociais, de cuja administração e custeio participam, direta ou indiretamente, os próprios segurados ou a população mesma, as empresas e o Estado.⁸⁶

Nesse mesmo sentido, Celso Barroso Leite se manifestou: “Em última análise a seguridade social deve ser entendida e conceituada como o conjunto de medidas com as quais o Estado, agente da sociedade, procura atender à necessidade que o ser humano tem de segurança na adversidade, de tranqüilidade quanto ao dia de amanhã.”⁸⁷

O consenso nunca se formou porém, e se destacam as duras críticas de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, no que concerne à admissão da seguridade social entre nós.

Segundo acentuaram esses autores, as condições materiais de uma sociedade não se improvisam num passe de mágica, da noite para o dia, mercê de alguns textos legais ou declarações de princípios repletas de sadio idealismo, pelo que asseveraram:

O certo é que, entre nós, apesar das fugazes aparências da nova Lei de Custeio e Benefícios, e do idealismo da Constituição de 1988, o que possuímos é um precário direito da previdência social (...) que não cobre todos os riscos, nem todos os que mantêm um vínculo empregatício, muito menos toda a população mal recobre, por exemplo, a legião de trabalhadores rurais, dos empregados domésticos, dos marginais do subemprego. Não dá segurança a grande parte da população afetada por incapacidade de trabalho

⁸⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 21-22.

⁸⁶ OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 21.

⁸⁷ LEITE, Celso Barroso. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1992. p. 17.

ou de ganho, ou cujo nível de vida é reduzido com os encargos de família. Tampouco atende a toda categoria de riscos, e, aos poucos que atende, o faz de maneira precária.⁸⁸

Os reparos, contudo, não procedem, porque a seguridade social indubitavelmente acha-se em processo contínuo de desenvolvimento das formas de proteção social nas áreas da saúde, previdência e assistência, em cujo âmbito todavia não se incluem “programas e medidas que, embora sendo nitidamente de proteção social, não se enquadram, salvo melhor juízo, na seguridade social que a Constituição conceituou – nem no conceito de seguridade social da OIT”.⁸⁹

Apesar de sujeitar-se aos fatos econômicos, políticos e sociais, e portanto sofrer as conseqüências advindas da instabilidade desses setores, ela tem sido, em regra, resiliente ao choque do retrocesso, notadamente por encerrar direitos fundamentais à saúde, à previdência e à assistência insuscetíveis de serem abolidos, e não se resume conseqüentemente a um “precário direito da previdência social”.

Evidências de marcha diuturna da proteção social constituem ultimamente a inclusão previdenciária dos trabalhadores rurais, dos empregados domésticos e dos marginais do subemprego, esses últimos em decorrência da prescrição do parágrafo 12 do artigo 201 da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, que garante aos trabalhadores de baixa renda o acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo.

Em realidade, a seguridade social, enquanto sistema constitucional, representa um salto de qualidade, como judiciosamente destacou Anníbal Fernandes:

As Cartas Constitucionais de 1934, 1937, 1967 e EC 1/69 traziam como direito dos trabalhadores a previdência social, quer dizer, o seguro social. Quem trabalha, deve contribuir, e com isso fica na expectativa de direito a benefícios. Nesse quadro, a Assistência Médica e a Assistência Social dependiam da existência de recursos da previdência. A Carta de 88 representa um salto de qualidade: criou a Seguridade Social, quer dizer somam-se à antiga previdência, que a Carta de 1988 reformou, mais os direitos à saúde e à assistência social.⁹⁰

⁸⁸ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 476.

⁸⁹ LEITE, Celso Barroso, *Curso de direito previdenciário*, cit., p. 28.

⁹⁰ FERNANDES, Anníbal. *A Constituição da transição democrática e os trabalhadores: a Constituição ao alcance de todos*. São Paulo: Novos Rumos; Cidade Nova, 1989. p. 151.

A conceituação e o conteúdo da seguridade social se mantiveram indefinidos ao longo do tempo, não apenas em virtude da divergência reinante na doutrina, ora ampliando, ora restringindo o conteúdo do direito, segundo a concepção que davam ao instituto.

Essa indeterminação – bastante comum em conceitos – tem a ver com o conjunto de forças ou outros elementos de caráter político, econômico ou social que operam em destaque diuturnamente no mundo e geram reflexos e conseqüências positivas e negativas para o conteúdo da seguridade social, as quais, por sua vez, influem e alteram a maneira de ver as coisas e conceituá-las.

Além disso, em muito contribuiu para esse estado de coisas a ausência de ordenamento jurídico específico, sendo inegável que as Constituições e a legislação esparsa nunca se prestaram à regulamentação das funções administrativas atinentes às normas de organização e execução do sistema.

Acresce salientar aos argumentos expendidos o salto de qualidade também do Poder Judiciário, depois que a Constituição de 1988 deu ênfase à cidadania, garantiu o acesso à justiça e assegurou novos instrumentos jurídicos de importância ímpar para a resolução das questões em geral, e sobretudo as de natureza social, que deixaram assim o leito comum da Administração Pública e passaram a ter interpretação e aplicação constitucional.

De fato, um ligeiro escorço das Constituições do Brasil revela em grande parte que os constituintes demoraram a constitucionalizar o que era lícito esperar deles em temas relativos aos direitos sociais, porquanto já reconhecidos universalmente.

É verdade que sob o pálio da Constituição de 1891, surgiu a previdência social, com o Decreto Legislativo n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923 (Lei Eloy Chaves), instituindo a caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados de cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país.

Nem por isso as Constituições posteriores cuidaram de forma satisfatória da previdência, salvo algumas inclusões de novos benefícios (seguro-desemprego, acidentes de trabalho etc.), da assistência social e ainda do respectivo custeio, porque foi apenas com a

Constituição de 1988 que veio a ser instituído o Sistema Nacional de Seguridade Social, reunindo saúde, assistência social e previdência social.

A Constituição de 1988 formulou um avançado sistema de seguridade social, em cujo bojo se encontram direitos fundamentais auto-aplicáveis e de eficácia imediata, relacionados com a saúde, previdência e assistência social e outros tantos relativos às sobreditas áreas, já em grande parte objeto de conformação infraconstitucional.

De conformidade com os objetivos relacionados no parágrafo único do artigo 194, ter-se-ia uma das mais altas aspirações sociais, ou seja, o sistema de seguridade social assistencial, não fora, contudo, a participação no custeio e as bases de financiamento (orçamento da seguridade social), a indicar o caráter contributivo do regime típico da previdência social.

Essa concepção assistencial, ao aspirar à proteção social, sem exclusão alguma de todo e qualquer ser humano, corresponde ao *leitmotiv* do Relatório Beveridge.

É claro que se pode cogitar da seguridade social assistencial; isso, porém, exigiria recursos financeiros provenientes de impostos indiretos, e não das contribuições sociais atualmente previstas, o que, em princípio, estaria acima das forças do Estado, considerados os recursos orçamentários de que dispomos para atender ao conjunto de ações integradas e destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A universalidade da cobertura e do atendimento, a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços apontam para a seguridade social assistencial, mas atendem de igual modo à seguridade social.⁹¹

⁹¹ Artigo 194 - A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único - Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

A seguridade social não se confunde também com o seguro social, considerado sinônimo de previdência social, segundo assinala Armando de Assis: “Por seguro social, ou previdência social, devemos entender um sistema de proteção mediante o qual as pessoas amparadas adquirem certos direitos (prestações ou benefícios) em troca de certos deveres (pagamento de contribuições).”⁹²

A Constituição de 1988, ao instituir o sistema de seguridade social, limitou o âmbito da proteção social ao conjunto de ações que identifica, quer dizer, as necessidades sociais são as arroladas no ordenamento constitucional, desde que relacionadas com a saúde, previdência ou assistência, o que não impede a expansão desse universo de ações, mas esse fenômeno depende de uma fonte de custeio que a lei indique.⁹³

A propósito disso, elucida Wagner Balera:

Do exame dos diferentes preceptivos que cuidam da matéria, não é difícil deduzir o seguinte: a arquitetura constitucional da seguridade social, ao mesmo tempo em que busca dar resposta atual aos grandes males que afligem a sociedade desta época (e esses males foram devidamente arrolados *ex abundantia* pelos artigos 196, 201 e 203 da Lei Fundamental), se dá conta do seu caráter parcelar e, nessa medida, se define como meio de ação sujeito à expansão (vide § 4º do art. 195).⁹⁴

Destarte, a seguridade social, no exato alcance do termo, como sistema, foi instituída pela Constituição de 1988. Até então, o que se tinha eram instituições e mecanismos de cunho securitário (acidente do trabalho), em especial previdenciário, esparsos e não sistematizados.

Os direitos fundamentais sociais elencados no artigo 6º da Constituição de 1988 – previdência social, saúde, e assistência social –, constituem os alicerces dessa malha de proteção social, sobre a qual se assenta a novel estrutura constitucional.

Albergada no Capítulo II do Título III, que trata da Ordem Social, a seguridade social insere no seu contexto uma visão protecionista prospectiva apta a reclamar a exigência de sua implementação.

⁹² ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social: teoria geral: legislação brasileira*. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 1963. p. 71.

⁹³ Artigo 195, parágrafos 4º e 5º.

⁹⁴ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário: atualizado com a reforma da previdência*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 71.

O sistema informa que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social (art. 193 da CF), compreendendo, nos termos do artigo 194, um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos às espécies que abrange.

No entendimento de Heloisa Hernandez Derzi:

(...) a Seguridade Social constitui hoje – sem prejuízo de ser uma instituição aberta à evolução – um setor público-administrativo e específico e perfeitamente diferenciado, que inclui na sua organização a garantia institucional da solidariedade, trazida pelo artigo 3º, inciso I, da Norma Fundamental, tão importante para a inteira construção do Estado do bem-estar social, o qual se identifica pela prestação dos mais relevantes serviços de saúde, assistência social e previdência social, entre outras atribuições.⁹⁵

Nessa linha de raciocínio, o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade desenrola-se debaixo de serviços públicos de proteção social, financiados pelos receitas referidas no artigo 195 da Constituição de 1988, e realiza, de modo efetivo e, sem dúvida mais prático e adequado, uma redistribuição de renda, conforme Feijó Coimbra acentuou:

(...) na verdade, é ela [Seguridade Social], antes de tudo, um mecanismo de transferência das responsabilidades pelos efeitos dos riscos sociais, das pessoas atingidas para as componentes de grupos mais fortes economicamente, e destes para o conjunto de pessoas mais aptas a suportá-las: a sociedade inteira.⁹⁶

Cumprir ter em mente, além disso, que sobredito conjunto de ações da seguridade social não se traduz em meras regras de papel. Postulam elas a exequibilidade de parte da Administração Pública, vale dizer, correspondem externamente a um dever-poder de agir no sentido de prestar o serviço público da maneira mais eficiente possível, com o fito de ser alcançada a proteção social adequada.

⁹⁵ DERZI, Heloisa Hernandez. *Os beneficiários da pensão por morte: regime geral da previdência social*. São Paulo: Lex, 2004. p. 87.

⁹⁶ COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1990. p. 139.

Significa identificar, em última análise, os sujeitos protegidos como legítimos e potenciais destinatários da proteção social e merecedores de orientação e atenção em todas as oportunidades que recorram aos órgãos estatais.

3.3 O orçamento da seguridade social e o destino da receita das contribuições sociais

3.3.1 Noções gerais

A originalidade de nosso texto constitucional em múltiplos temas sociais controvertidos se afasta do paradigma da Lei Fundamental de Bonn e das outras Constituições nela inspiradas, que consagram basicamente liberdades públicas e, portanto, exigiram dos teóricos alemães fundamentação invulgar na defesa dos direitos sociais, conforme relata Virgílio Afonso da Silva:

O caso brasileiro é, portanto, diverso, já que, além dos direitos de cunha meramente protetivo, a Constituição garante também direitos sociais e os chamados direitos dos trabalhadores. Diante disso, muitos problemas que deram início ao debate alemão sobre a constitucionalização do direito e os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, seja na doutrina ou na jurisprudência, não ensejam grandes controvérsias no caso brasileiro, devido a previsões expressas da Constituição.⁹⁷

Um dentre outros relevantes ângulos dessa originalidade está no orçamento da seguridade social, pois a Constituição de 1988 dispõe sobre os recursos financeiros distintos do orçamento da União (orçamento fiscal), os quais se encontram vinculados, com exclusividade, aos custos sociais dos subsistemas da saúde, da previdência e da assistência social.

Corresponde a um engenhoso procedimento modelar para concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, pois, no caso específico da previdência social, a Constituição concretizou, em princípio, as prestações previdenciárias (benefícios) e, em

⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 23.

contrapartida, estabeleceu um orçamento próprio, destinando-lhe recursos assecuratórios dos direitos prestacionais, absolutamente distintos dos recursos dos demais orçamentos (fiscal e investimentos) que compõem o orçamento fiscal da União.

É claro que, antes mesmo da promulgação do Constituição de 1988, as forças liberais conservadoras censuraram a instituição de contribuições sociais para financiar os custos dos novos direitos sociais.

Disso se encarregou a mídia nacional, com a difusão de notícias inquietantes sobre o impacto socioeconômico; sugeriu-se, inclusive, caso os benefícios fossem aprovados pela Constituinte, a administração pelos empresários e empregados, em troca da redução proporcional da carga fiscal sobre as empresas.⁹⁸

Não rendeu dividendos a polêmica urdida nessa ocasião, embora se observe que essas forças jamais aquiesceram no financiamento dos direitos à saúde, à previdência e assistência social mediante contribuições sociais.

Graças à vinculação constitucional das contribuições sociais à seguridade social e, portanto, à saúde, à previdência e à assistencial social (finalidade), resolveu-se um problema crucial de custos dos direitos sociais existentes noutros países, encontradiço em ordenamentos constitucionais alienígenas, que retiram a receita social dos orçamentos gerais.

O texto constitucional pátrio encontrou meios financeiros para solucionar uma dificuldade generalizada de outras Constituições, o que teria levado a um sistema de seguridade social de excelência, não fora, todavia, a malversação dos recursos, no que resulta em prejuízos sociais consideráveis à universalidade da cobertura e do atendimento às populações urbanas e rurais.

Em tais condições, o custo dos direitos sociais prestacionais relativos à seguridade social pode ser uma questão de difícil desfecho em outros países, no que concerne aos recursos orçamentários. Rotineiramente, o que se tem é algo incompleto, ou emergencial, por falta, circunstancial ou não, de condições econômico-financeiras para uma solução definitiva.

⁹⁸ FALLEIROS, Helvio. Os custos dos direitos sociais. *Jornal da Tarde*, São Paulo, n. 6.863, p. 17, 11 abr. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/108866>>. Acesso em: 29 jan. 2009.

Não é o caso do Brasil, visto que os recursos orçamentários foram resolvidos de forma satisfatória e perene pelo ordenamento constitucional pátrio, ao explicitar, nos artigos 194 e 195, que aos direitos sociais relativos à saúde, à previdência e à assistência social corresponderia o orçamento da seguridade social, destinado a assegurá-los.

De fato, o financiamento da seguridade social, consoante o artigo 195 da Constituição de 1988, faz-se por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de contribuições sociais, assim discriminadas:

- I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
 - a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
 - b) a receita ou o faturamento;
 - c) o lucro;
- II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o artigo 201;
- III - sobre a receita de concursos de prognósticos;
- IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Essas contribuições sociais sobre a receita ou faturamento, o lucro, a importação e a receita de concursos de prognósticos inequivocamente são também contribuições sociais da seguridade social, a exemplo das contribuições sociais previdenciárias, e só assim podem ser conceituadas, porque vinculadas constitucionalmente à seguridade social (finalidade).

Além disso, a destinação da arrecadação não pode ser outra que em favor dos direitos relativos à saúde, à assistência social e à previdência social, como acentua Marco Aurélio Greco:

A meu ver, há alguns conceitos constitucionais que permitem dar um instrumental para o aplicador concluir pela constitucionalidade, ou não, das exigências [as contribuições sociais]. Um deles é o destino da arrecadação. Nem se diga, citando o CTN, que o destino da arrecadação é irrelevante. O critério do artigo 4º do CTN pode ser adequado para os impostos mas, para as contribuições, é o contrário. Para as contribuições, o destino da arrecadação é um elemento essencial à definição da figura. Se a razão de ser da contribuição é existir uma finalidade e um determinado grupo, e a

exigência do pagamento é feita em solidariedade ao grupo à luz da finalidade, o destinado da arrecadação dever ser a favor desse mesmo grupo, na busca da finalidade.⁹⁹

O orçamento da seguridade social (art. 166, § 5º, III, da CF) abrange todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da Administração direta ou indireta, bem assim os fundos e fundações instituídos pelo Poder Público. É de sua competência ainda a administração dos recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições sociais relacionadas no texto constitucional (art. 195, I a IV, da CF) e de outras contribuições posteriormente instituídas.

Deu-lhe vida própria a Constituição de 1988, quer dizer, independente do orçamento fiscal (art. 165, § 5º, I da CF), e desde logo vedou paralelamente a utilização dos recursos orçamentários da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no artigo 165, parágrafo 5º.

É verdade que essa saudosa redação original da Constituição de 1988 vem sendo esgarçada, tornando-se objeto de estratagemas de toda ordem para abrir o cinto de castidade do orçamento da seguridade social, de modo a permitir um rosário de relações espúrias, em detrimento dos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Em parte, o Executivo teve êxito em retirar expressiva parcela da arrecadação orçamentária da seguridade social, desde quando foi implementado o Plano Real, em 1994, ao desvincular 20% do respectivo montante, através de emenda constitucional ao artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, agora prorrogada a desvinculação até 31 de dezembro de 2011, pela Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007, para pagamento de dívidas e programas sociais não sistemáticos.

⁹⁹ GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura “sui generis”*. São Paulo, Dialética, 2000. p. 239-240.

3.3.2 O desvio da arrecadação das contribuições sociais da seguridade social por emenda constitucional

Dentre exemplos frisantes que buscam desfigurar o orçamento da seguridade social, um se destaca pela forma impudente de desvio de recursos, com o emprego de eufemísticas expressões do artigo 76 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, consistindo na desvinculação de vinte por cento da arrecadação da União (*rectius*: da seguridade social) de contribuições sociais, já instituídas ou que vierem a ser criadas.

Fernando Álvares Correia Dias, economista e consultor legislativo do Senado Federal, relata que com a desvinculação, a parcela de 20% das contribuições sociais vinculadas à seguridade social passa ao orçamento fiscal da União e pode então ser alocada em qualquer despesa:

Em relação às contribuições, a desvinculação efetivamente aumenta os recursos de livre alocação. A parcela de 20% das contribuições sociais, vinculadas à seguridade social, passa a poder ser alocada em qualquer despesa (...). Esse é o principal efeito da DRU: transferir recursos de contribuições sociais do orçamento da seguridade social para o orçamento fiscal da União.¹⁰⁰

Conforme dados extraídos da execução orçamentária de 2006, constantes do Balanço Geral da União e do Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI), o orçamento fiscal viu-se acrescido de recursos livremente alocáveis pela União, provenientes da desvinculação das contribuições sociais, de R\$ 32,4 bilhões, como esclarece o economista: “Dos R\$ 32,4 bilhões desvinculados do orçamento da seguridade social, R\$ 12,6 bilhões retornam como recursos de livre alocação (Fonte 100) alocados nessas despesas. Ou seja, a área da seguridade social cede recursos líquidos de cerca de R\$ 20 bilhões que poderiam expandir suas despesas.”¹⁰¹

¹⁰⁰ DIAS, Fernando Álvares Correia. *Desvinculação de receitas da união, gastos sociais e ajuste fiscal*. Brasília: Coordenação de Estudos da Consultoria Legislativa do Senado Federal, fev. 2008. (Texto para Discussão, n. 38, p. 8. (http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao/texto38-fernandodias1.pdf). Acesso em: 15 jan. 2009.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 14.

Semelhante estratagemas objetivou alcançar o superávit primário e criar programas sociais não sistemáticos; sem isso, a arrecadação da receita teria rigorosa destinação constitucional e os recursos seriam imperiosamente aplicados aos custos da saúde, previdência e assistência social.

Sobre ser inconstitucional a desvinculação, seria bastante referir a cláusula pétreia do artigo 60, parágrafo 4º, mas uma outra inconstitucionalidade se percebe, atrelada à finalidade dessas contribuições sociais, pois elas, à míngua da destinação constitucional, teriam perdido a natureza jurídica de contribuição, uma vez que passaram a ser arrecadadas para alocação livre, à semelhança dos impostos, e, tecnicamente, não mais seriam exigíveis.

Curiosamente, essa malfadada desvinculação demonstra ser superavitário o Sistema da Seguridade Social, porque suporta, desde 1994, a desvinculação de 20% do orçamento da seguridade social, sem demonstrar desequilíbrio financeiro, tendo arrecadado, em 2006, cerca de R\$ 298 bilhões, de acordo com o aludido texto de autoria de um consultor legislativo do Senado Federal.

Outrossim, desfaz-se a lenda da “reserva do possível”, sendo inaplicável aos direitos relativos à saúde (federal), à previdência e à assistência, posto que dela se possa cogitar relativamente a outros direitos sociais relacionados no artigo 6º da Constituição de 1988.

Falar de reserva do possível só tem sentido e é absolutamente justificável, repita-se, nas hipóteses de outros direitos sociais não garantidos por um orçamento próprio ou ainda em caso de ausência de orçamento da seguridade social de programas de saúde, previdência e assistência no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Da mesma maneira, não bastasse o orçamento superavitário, o direito à previdência social, tanto quanto o direito à assistência social, possui um mínimo existencial constitucional apontado nos artigos 201, parágrafo 2º, e 203, V, da Constituição de 1988, quer dizer, o valor mensal do salário mínimo.

3.4 Previdência social

O direito à previdência pertence ao rol dos direitos sociais, em conjunto, portanto, com a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

À vista de inserir-se no Capítulo II do Título II da Constituição de 1988, é direito fundamental e, consoante a disciplina prescrita na Seção III do Capítulo II do Título VIII, ela própria se incumbem de proceder à sua conformação constitucional.

Daniel Machado Rocha, depois de enfatizar o aspecto formal que emana do artigo 6º da Lei Maior, acentua que a fundamentalidade material do direito à previdência social se reconhece por contribuir decisivamente para a dignidade humana, prioridade de nosso ordenamento jurídico, visto integrar o núcleo essencial do Estado Constitucional. Diz ele:

Na lição de Benda, a obrigação do Estado respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, abrangendo uma obrigação prestatória quando o indivíduo não pode, de outra maneira, prover uma existência humanamente digna. É justamente nos momentos nos quais os cidadãos, inseridos na sociedade por força de sua capacidade de trabalho (substancial maioria da população), têm a sua força laboral afetada, ou mesmo negado o acesso ao trabalho, como é cada vez mais comum por força do modelo econômico excludente, que a previdência social evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequado.¹⁰²

Em sendo direito fundamental, a sua interpretação e aplicação há de nortear-se, em primeiro lugar, de conformidade com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil, sobretudo os da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, com o propósito de realizar os objetivos fundamentais do País, quais sejam construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.¹⁰³

Essa formulação remete-nos à busca da recomposição do *status quo ante* (alterado por uma contingência que atinge o segurado/dependente), levando em consideração o aspecto

¹⁰² ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*, cit., p. 111.

¹⁰³ Artigos 1º, II e IV, e 3º, I e III, da Constituição Federal.

econômico, de modo a suprir as necessidades oriundas do desequilíbrio instalado que, em última análise, importa preservar a dignidade da pessoa humana.

A valorização da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, desfoca toda e qualquer interpretação jurídica de bloqueio, porque o que se está colocando diante dos operadores de direito é a dignidade da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana. Não é, pois, de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepetível, e cujos direitos a Constituição enuncia e protege.

Assim, por exemplo, a questão da dependência na relação jurídica previdenciária conduz o intérprete a uma compreensão mais ampla, muito bem elucidada por Tércio Sampaio Ferraz Junior: “O intérprete obriga-se não só a ir além da letra e da estrutura formal da norma, para buscar-lhe a *ratio* imanente, por meios de métodos teleológicos, sociológicos e mesmo axiológicos, mas a visar um procedimento transformador das próprias realidades sociais: interpretação de legitimação.”¹⁰⁴

Na interpretação de legitimação, o intérprete não busca apenas revelar o sentido da norma constitucional em seu contexto real, nem mesmo somente concretizar padrões genéricos de sentido em casos particulares, mas modificar a própria interpretação, em conformidade com aquele sentido.

Esse trabalho interpretativo não se confunde com a aplicação judiciária da Constituição, pois não visa à produção de normas individuais, mas se dá ainda no plano conceitual. Trata-se na relação entre texto e contexto, de uma compreensão do texto capaz de alterar o contexto, dando-lhe um sentido legitimante.

O alcance desses valores e princípios não se completaria caso faltasse mencionar a estrutura da ordem social, cujo primado é o trabalho, e a justiça social e o bem-estar são seus objetivos.¹⁰⁵

¹⁰⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 7.

¹⁰⁵ Artigo 193 da Constituição Federal.

Quando se fala em primado do trabalho, é de ser ressaltado o valor social do pleno emprego para o alcance dos objetivos do bem-estar e da justiça social, padrões aceitos para interpretação e aplicação de todo o sistema constitucional no campo social e em tudo o mais.¹⁰⁶

É uma verdade que a idéia do bem-estar gira em torno de uma sociedade interdependente, na qual a noção de responsabilidade social é amplamente compartilhada¹⁰⁷, o que, aliás, corresponde ao que exprimiu Wagner Balera:

(...) o bem-estar que, na voz do artigo 3º da Constituição Federal, se expressa por meio da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais, somente poderá ser atingido com o esforço e a cooperação de todos e cada qual.¹⁰⁸

O conceito de justiça social tem de ser extraído do próprio texto constitucional. A consagração dos direitos sociais como direitos fundamentais, na medida que são concretizados, concretiza *pari passu* uma sociedade mais justa e solidária, pois eles contribuem para reduzir as desigualdades nacionais e erradicar a pobreza e a marginalização social.

Ao olhar o direito à previdência, o que se espera desse microcosmo, em termos de justiça social, é a justiça que redistribui o patrimônio social e contempla cada qual segundo suas necessidades, e dessa maneira põe em marcha a redistribuição nacional da renda, como propõe Almansa Pastor:

*La acción protectora de la seguridad social implica la culminación de un proceso de redistribución personal de la renta. Los beneficiarios de la protección de la seguridad social (desempleados, inválidos, jubilados, etc.), que no participarían de la renta nacional si ésta se repartiera según su destino natural, disfrutan de una parte de ella en virtud de la transferencia operada por aquéllos que previamente la habían recibido.*¹⁰⁹

¹⁰⁶ BALERA, Wagner, *Noções preliminares de direito previdenciário*: atualizado com a reforma da previdência, cit., p. 17.

¹⁰⁷ SEN, Amartya. El futuro de Estado del bienestar. Conferencia pronunciada en el “Círculo de Economía” de Barcelona. *Factoria*, n. 8, fev./mayo 1999. Disponível em: <<http://www.revistalafactoria.eu/articulo.php?id=119>>. Acesso em: 31 mar. 2009.

¹⁰⁸ BALERA, Wagner, op. cit., p. 23.

¹⁰⁹ ALMANSA PASTOR, José Manuel, *Derecho de la seguridad social*, cit., p. 557.

A previdência social não é para todos, como sucede com as vertentes da saúde e a da assistência social. Restringe-se o universo dos sujeitos protegidos àqueles que contribuem para o custeio do sistema de seguridade social, intitulados segurados.

Os cônjuges ou companheiros e os dependentes fazem jus à proteção social por direito previdenciário próprio, em virtude da situação de necessidade econômica ocasionada pelas contingências sociais (morte e reclusão) eleitas pelo ordenamento jurídico.

O atendimento e a cobertura não se subsumem na noção de universalidade, princípio que se acha estabelecido no inciso I do parágrafo único do artigo 194 da Constituição de 1988, considerada aqui a natureza contributiva obrigatória para participação no regime geral previdenciário.

Sua singularidade dentro do sistema se expressa pelos ditames atinentes ao caráter contributivo e à filiação obrigatória, predestinados à lei infraconstitucional, segundo prescreve o *caput* do artigo 201 da Constituição de 1988.

Aliás, a ausência de capacidade contributiva mantém à margem da previdência social notável massa de trabalhadores de baixa renda, sem direito a uma vida digna, ou seja, em testilha com os valores e princípios que permeiam o texto constitucional.

Por oportuno, anote-se que vem de ser acrescentada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, regra que visa à inclusão previdenciária, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição.¹¹⁰

¹¹⁰ Artigo 201, parágrafo 12, da Constituição Federal.

3.5 Relação jurídica de proteção social

3.5.1 Definição

Na nossa experiência de vida cotidiana, temos inesgotáveis relações sociais. São juízos da realidade; conquanto reais, não se captam senão por meio de um juízo e se reguladas pelo direito, constituem relações jurídicas.¹¹¹

A incidência da norma converte a relação social em relação jurídica. É o vínculo jurídico gerador de poder e dever ou sujeição, determinado pela autonomia privada. Aí se tem a relação jurídica privada.

Quando, porém, presencia-se o vínculo não de coordenação, mais próximo da autonomia privada, mas sim de subordinação de pessoas relativamente ao Estado, admite-se a conotação pública da relação jurídica.

A relação jurídica privada nasce precisamente de atividades negociais sujeitas à autonomia privada e tem por objeto o patrimônio.

Não é assim na relação jurídica pública, na qual o objeto é sempre a entrega de parcela do patrimônio público pelo órgão que detém a competência para esse mister ao sujeito identificado na lei.

A relação jurídica pública está aí para ser relação supridora das necessidades sociais oriundas das contingências sociais definidas no texto constitucional, as quais o Estado se vincula por deveres de proteção social, ao verificar que se cuida de direito fundamental expressamente reconhecido pela Constituição de 1988.¹¹²

¹¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 3, p. 1.

¹¹² Artigo 194 da Constituição Federal.

Conquanto aluda à relação jurídica privada, Antunes Varela ressalta três aspectos aplicáveis à relação de proteção:

Ser titular do interesse protegido significa, no fundo, o seguinte: a) ser o credor o portador de uma situação de carência ou de uma necessidade; b) haver bens (coisas, serviços) capazes de preencherem tal necessidade; c) haver uma apetência ou desejo de obter estes bens para suprimento da necessidade ou satisfação da carência.¹¹³

Transpostos os aspectos mencionados para o regime público previdenciário, vê-se que são aplicáveis à relação jurídica de proteção social, como segue: a) ser o segurado ou dependente o portador de uma situação de carência ou de uma necessidade; b) haver bens (benefícios ou serviços) capazes de preencherem tal necessidade; c) haver uma apetência ou desejo de obter esses bens para suprimento da necessidade ou satisfação da carência.

Essa relação jurídica previdenciária possui os três elementos constitutivos: os sujeitos (ativo e passivo); o objeto, no caso, a prestação do benefício ou serviço; o vínculo, que constitui o nexo legal que liga os direitos do beneficiário aos deveres da autarquia previdenciária.

3.5.2 Sujeitos

O sujeito ativo se apresenta como titular do direito à prestação do benefício ou serviço. É o titular do direito subjetivo ou ainda da prerrogativa individual, visto sob a perspectiva técnica, por não mais se justificar a distinção jurídica de direito público e privado, em razão do predomínio do social sobre o individual, segundo sustenta Francisco Amaral:

Atualmente, com o social predominando sobre o particular, não mais se justifica a distinção jurídica [entre direito subjetivo privado e público], considerando-se o direito subjetivo sob o ponto de vista técnico, como prerrogativa individual contida nas relações jurídicas dos particulares entre si ou com o Estado, todos subordinados à ordem jurídica, sob o império da constitucionalidade e da legalidade.¹¹⁴

¹¹³ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1.p. 73.

¹¹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 197.

Por sua vez, o sujeito passivo é o Estado, mas é a autarquia previdenciária (INSS) que detém o exercício da função administrativa, isto é, o manejo dos deveres-poderes específicos de deferimento ou indeferimento de benefícios (prestações ou serviços).

Cumprе аcentuar que o Estado intervém nas relações com os segurados nessa condição de titular da função administrativa, plena de deveres-poderes, destinada a esgotar as possibilidades de proteção social na generalidade das situações jurídicas de interesse público. A propósito disso, convém citar Celso Antonio Bandeira de Mello:

Quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos.¹¹⁵

Também assim se expressa Pietro Perlingieri:

O Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa.¹¹⁶

A lei não deixa outras opções à Administração senão a de fazer atuar os deveres-poderes vinculados, regrada que se encontra nos requisitos constitucionais e legais para cobertura de contingências sociais.

Diga-se de passagem, nunca uma decisão administrativa denegatória poderá inviolabilizar a renovação de requerimento sobre o mesmo benefício, em que sejam supridas eventuais deficiências do anterior, porque isso constitui forma não autorizada pela lei de recusa à proteção social.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 62.

¹¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 54, n. 37.

3.5.3 Objeto

O objeto mediato da relação jurídica previdenciária é a concretização do benefício, e o objeto imediato é a satisfação da prestação devida ao beneficiário.

Consiste aquele, em regra, numa atividade ou ação da autarquia previdenciária, ou seja, ao deferir e implantar o benefício ou a prestar o serviço social. Já esse último é o modo pelo qual se realiza o cumprimento da prestação em pecúnia ou em serviço.

Os serviços sociais têm por objeto imediato as mesmas atividades da autarquia, sem, contudo, a obrigação de dar.

Discorrendo sobre as obrigações de dar e de fazer, salienta Orlando Gomes: “Nem sempre as obrigações são exclusivamente de dar ou de fazer. Não raro, misturam-se prestações de coisas e de fatos, classificando-se a obrigação, nesses casos, pela predominância de uma sobre a outra.”¹¹⁷

Em razão dessa predominância que diz respeito ao controle financeiro e atuarial do regime previdenciário, o ato administrativo de concessão e implantação do benefício precede o cumprimento da prestação. Muito interessa ao beneficiário a atividade estatal, pois nada lhe pode ser entregue sem o precedente ato administrativo.

Noutros termos, não se admite o pagamento sem a decisão concessiva do benefício e até que se perfaça a implantação (equilíbrio financeiro e atuarial); logo, de imediato, atende-se à prestação de fato (*facere*), depois disso vem a prestação de coisa, ou seja, o objeto mediato (*dare*).

Sem dúvida alguma, o ato administrativo em tela documenta a concessão do benefício, e nele a Administração declara (acerta) o direito preexistente, pela reunião dos requisitos da lei, o que implica simultaneamente tornar exigível a prestação.

¹¹⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 46.

Averba-se, desse modo, a carga declaratória e executória do respectivo ato administrativo (e judicial), tornando exequível a prestação, o que não aconteceria caso se tratasse de ato meramente constitutivo, que não vai além de estabelecer uma nova relação jurídica, criando direitos e deveres para as partes.

3.5.4 Filiação: nascimento da relação jurídica

O ingresso no regime geral previdenciário serve à identificação do segurado perante o Estado, em virtude de vínculo que se cria, pela incidência de norma constitucional, advindo do exercício de atividade laborativa remunerada. Sem o exercício do trabalho assalariado, não há filiação e vínculo, senão, pois, mera expectativa à proteção social previdenciária.

Dá a instituição da filiação facultada a categorias de outras tantas pessoas físicas, que ao regime se obrigam voluntariamente (donas-de-casa, síndico remunerado pelo condomínio, estudantes, etc.). É outra situação jurídica a identificar o mesmo vínculo, sem que ele decorra de forma automática (*ope legis*).

Destarte, o nascimento da relação jurídica dá-se de forma direta ou indireta. Na primeira hipótese, há sincronia entre o trabalho e a filiação, e surge então o vínculo de subordinação e também a relação jurídica. Na forma indireta, subordina-se a filiação ao cumprimento de exigências pela pessoa interessada em ingressar no regime.¹¹⁸

Dentre tais considerações, importa destacar o vínculo de subordinação que se estabelece entre quem se reveste da condição de segurado e o Estado, revelador da relação de direito público, e a respeito da qual vem a calhar o dito de Francisco Amaral:

Não obstante a relação jurídica seja categoria própria do direito privado, também no direito público tem acolhida, não como decorrente de prévias relações sociais, mas como vínculo que a lei estabelece entre os particulares e o Estado, como decorrência de fatos jurídicos típicos (...).¹¹⁹

¹¹⁸ Regulamento da Previdência Social (Dec. n. 3.048, de 06.05.1999): “Artigo 20 - Filiação é o vínculo que se estabelece entre pessoas que contribuem para a previdência social e esta, do qual decorrem direitos e obrigações. Parágrafo único - A filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios e da inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição para o segurado facultativo.”

¹¹⁹ AMARAL, Francisco, *Direito civil*: introdução, cit., p. 32.

A proteção acoberta assim as situações de necessidade congruentes com as contingências sociais arroladas na Lei Maior (ausência de recursos ou excesso de gastos), desde a filiação ao regime, em consonância com os períodos de carência.

Da filiação origina-se a relação jurídica de proteção social e nela se ingressa desde que se presuma a capacidade contributiva da pessoa física, pois se o exercício da atividade laborativa remunerada não a revelar, a filiação não acontece.

É exemplo dessa situação a massa de trabalhadores informais, ora excluída da proteção social porque auferir “baixa renda”; em outras palavras, a lei considerou insuficiente até aqui a manifestação de capacidade econômica dessas pessoas para admiti-las no regime pelo filtro da filiação.

O legislador não se contenta com o trabalho apenas, exige que dele resulte renda a ser auferida pelo trabalhador¹²⁰, o que sugere o valor social do trabalho na produção de riqueza, de que saem beneficiados o empresariado e, em última análise, toda a sociedade.

Não é, portanto, exclusivamente através do exercício de atividade laborativa (trabalho) que se tem acesso ao regime; para estar incluído, é preciso ainda que a pessoa tenha capacidade contributiva, identificando-se como contribuinte noutra relação jurídica que se forma e se destina ao custeio de toda a seguridade social.

Assentado então que o fato que faz nascer a relação jurídica pública de proteção social previdenciária é a filiação, realizado está o vínculo de subordinação entre o segurado e o Estado, e que repercutirá na relação jurídica com o segurado e beneficiários.

3.5.5 Desenvolvimento da relação jurídica de proteção social

A filiação constitui o marco inicial da relação jurídica previdenciária de proteção social, e a partir daí cumpre estar atento à sua evolução, porquanto continuamente ocorrem vicissitudes legais, até que se cumpram os requisitos prescritos para a realização do direito

¹²⁰ Revela higidez física, mental e financeira (BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 53).

prestacional, tais como perda da qualidade de segurado, período de carência, período de espera etc.

De par com esses óbices legais, nunca é demais lembrar que o segurado pode não se interessar pela proteção social do regime previdenciário, mas é de se acentuar que o direito é indisponível, pois personalíssimo, quer dizer, pode não ser gozado, mas não é objeto de cessão, nem se extingue pelo não uso e gozo, ou seja, é imprescritível; não, contudo, as prestações¹²¹; admissível, enfim, a suspensão do benefício.

Nesse ínterim, o direito à previdência social, ínsito na relação jurídica pública de proteção social, assegura medidas legais relacionadas com o aproveitamento de períodos de trabalho urbano e rural e com a contagem recíproca de tempo de contribuição (tempo de serviço) atinente a regimes público e privado e respectiva averbação, fora parte dos benefícios positivados pela Constituição de 1988 e conformados em leis infraconstitucionais.

Esse aspecto do direito à previdência social corresponde ao que Daniel Machado da Rocha define por direito negativo, qual seja, o de impedir atividades administrativas que destoam da proteção social, que, por sua vez, caminha ombro a ombro com o direito prestacional por excelência. Escreve o autor:

Considerando a variada gama de posições jurídico-fundamentais complexas, decorrentes da disciplina conferida a esse direito, podemos afirmar: o direito à previdência social atuará como direito negativo, por exemplo, quando servir para impedir que práticas administrativas, ou mesmo alterações legislativas, desconsiderem aquilo que já se incorporou ao patrimônio previdenciário dos segurados; por sua vez, será direito prestacional quando estivermos em face de uma situação de necessidade que produz o dever de atuação protetiva da entidade de previdência.¹²²

¹²¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário: previdência social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 2, p. 640 e ss.

¹²² ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*, cit., p. 115.

3.5.6 Extinção da relação jurídica

O direito à previdência social nasce com a filiação e se extingue ou pela perda da qualidade de segurado, ou pela morte do segurado ou dos seus beneficiários, se o óbito destes ocorrer antes da obtenção do benefício.

De sua vez, a extinção do direito prestacional pressupõe o preenchimento dos requisitos para a concessão de benefício e, portanto, a aquisição do direito, quando mais não se fala em perda da qualidade de segurado, extinguindo-se pelo termo final do limite temporal dos benefícios desse quilate ou cancelado, por descumprimento de deveres instrumentais, ou pela morte, quando de caráter vitalício.¹²³

A morte, todavia, quando o segurado já tiver adquirido o direito à aposentadoria, não interfere no direito próprio do cônjuge ou companheiro e dependentes.

3.5.7 Período de carência

Segundo Mozart Victor Russomano¹²⁴, a carência é um requisito para ser cumprido quando se almeja determinada prestação que o exija, e resulta de uma necessidade prática que obriga o legislador a vincular a concessão do benefício ou a prestação do serviço a determinado número de contribuições, das quais se originam os recursos econômicos para a manutenção do sistema.

Não é assim que pensam Celso Barroso Leite e Luis Paranhos Velloso¹²⁵, pois contestam que a carência esteja ligada apenas à necessidade de acumular as contribuições pagas em dado período.

Dizem que a finalidade está em impedir a filiação daqueles que pretendem auferir uma prestação a que praticamente já fazem jus. É a “seleção de riscos”, a que alude ainda

¹²³ ASSIS, Armando de Oliveira, *Compêndio de seguro social: teoria geral: legislação brasileira*, cit., p. 181.

¹²⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor, *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*, cit., p. 112.

¹²⁵ LEITE, Celso Barroso; VELLOSO, Luiz Paranhos, *Previdência social*, cit., p. 64.

Armando de Oliveira Assis¹²⁶, para quem os riscos iminentes geram seguros prematuros e põem em risco a estabilidade econômica do sistema.

Ao referir a um número mínimo de contribuições mensais indispensáveis à concessão de um dos benefícios previdenciários que a exigem¹²⁷, o Plano de Benefícios da Previdência Social define a carência.

A carência é pressuposto¹²⁸ do direito à previdência. Sem o número mínimo de contribuições mensais, não se examina o preenchimento dos requisitos da prestação. Se houve deferimento, é sinal de que a carência foi cumprida.

Hoje em dia, a carência tem fundamento de validade constitucional que exsurge da atual redação do artigo 201, *caput*, da Constituição de 1988 e autoriza o legislador a regulamentá-la (posição jurídica derivada).

É dizer, a previdência social, organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, há de observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.¹²⁹

Esse entendimento é também o de Daniel Pulino: “Sua existência [carência] tem origem constitucional tanto no princípio da contributividade das prestações previdenciárias, quanto no dever de observância ‘de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial’ do sistema (art. 201, *caput* da Constituição).”¹³⁰

Desde que concretizada na lei, a carência constitui um critério seletivo dentro do regime geral previdenciário, exercido através de monitoramento das prestações que reclamam contribuição para a concessão.

¹²⁶ ASSIS, Armando de Oliveira, *Compêndio de seguro social: teoria geral: legislação brasileira*, cit., p. 23.

¹²⁷ Artigo 24 da Lei n. 8.213/91.

¹²⁸ “Fora da hipótese [retroatividade] estão, em nosso entender, aqueles factos que não concorrem para determinar o evento em causa, mas um evento diferente sem o qual o novo não pode verificar-se. A esses factos pode dar-se o nome de pressupostos.” (SANTORO-PASSARELLI, F. *Teoria geral do direito civil*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida, 1967. p. 80).

¹²⁹ Artigo 201 - A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...). (Redação dada pela EC n. 20, de 15.12.1998).

¹³⁰ PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001. p. 74.

Como se trata de critério seletivo de contingências sociais, disciplinam-no então a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e os valores sociais do trabalho e a seletividade, valores e princípios mediante os quais ora se exclui, ora se exige, ora se suspende a carência.

Apesar disso, segundo se percebe, é critério de exclusão social, ao impedir a cobertura de contingências sociais, quando não satisfaçam o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis ao alcance do benefício.

Guardadas as devidas proporções, as regras da contrapartida e da carência se assemelham. Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira¹³¹, Almansa Pastor¹³² e Wladimir Novaes Martinez¹³³ enfatizam a natureza financeira e atuarial dessa última, em correspondência com a primeira, assim como Wagner Balera: “Não pode haver, diz a regra da contrapartida, benefício ou serviço sem fonte de custeio. (...) É que o sistema de seguridade social somente poderá cumprir suas finalidades se estiver calcado em rígido equilíbrio econômico e financeiro.”¹³⁴

Mutatis mutandis, não pode, em regra, haver concessão de prestação sem o número mínimo de contribuições mensais, em garantia do equilíbrio econômico e financeiro, ressalvadas as situações de dispensa legal.

Destarte, a carência constitui um mecanismo de seleção de riscos e atua dentro do regime geral da previdência, ao passo que a regra da contrapartida atua externamente, na esfera constitucional da seguridade social, vedando a criação de benefício ou serviço sem fonte de custeio.

Assim, seja qual for o benefício ou serviço que não está ainda no sistema de seguridade social, necessita ingressar acompanhado da correspondente fonte de custeio total.

De seu turno, o benefício que já estava no regime previdenciário ou nele ingressou acompanhado, precisa sujeitar-se a outra espécie de controle atuarial, para monitorar o

¹³¹ OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de, *Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente*, cit., p. 329.

¹³² ALMANSA PASTOR, José Manuel, *Derecho de la seguridad social*, cit., p. 326.

¹³³ MARTINEZ, Wladimir Novaes, *Curso de direito previdenciário: previdência social*, cit., v. 2, p. 634.

¹³⁴ BALERA, Wagner, *Sistema de seguridade social*, cit., p. 147.

equilíbrio financiamento do regime geral, o que consiste basicamente na seleção de riscos, ou seja, na carência.

Enfim, cumpre reconhecer que, aliada a outros critérios constitucionais e legais dispersos no sistema de seguridade social, a carência contribui para a evolução do regime geral, velando, de forma singela, para o equilíbrio econômico e financeiro da previdência.

3.6 Interpretação da proteção social

A proteção social na esfera pública estatal assumiu particular relevo com a concretização da previdência social na Lei Maior, pois, em conformidade com o artigo 6º da Constituição de 1988, importou reconhecê-la como direito fundamental, cuja conformação se faz continuamente pelos princípios e regras constitucionais.

Em realidade, essa tomada de posição parte da consciência da dignidade humana incorporada pelo nosso povo, em repúdio ao estado de coisas reinante antes da promulgação da Constituição de 1988, ou seja, é a mesma dignidade humana cujos contornos despontaram claramente, por motivos óbvios, a partir da Segunda Guerra Mundial, e ditaram a concretização da seguridade social em todos os quadrantes do Ocidente.

Diante desse quadro social, a dignidade humana, como valor, assumiu a posição de fundamento normativo de nossa Constituição de 1988 (art. 1º, III), à semelhança do que ocorreu no mundo ocidental, e particularmente na Alemanha e na Espanha, conforme salienta Pablo Lucas Verdú, no prefácio à tradução para o castelhano da obra de Hsü Dau-Lin:

*Enlaza con las referencias del autor a relación del derecho constitucional con la cultura política y la correspondiente conexión del derecho con los valores: El derecho constitucional como realizador de valores, por ejemplo los que enuncia nuestra Constitución artículo 1.1. En la actualidad, después de las calamidades horribles producidas durante el último conflicto mundial, ominosa etapa que ignoro si ele toco vivir [Hsü Dau-Lin], se reconoce como fundamento normativo la dignidad humana (artículo 1 Ley Fundamental de Alemania y artículo 10.1 de nuestra Carta Fundamental).*¹³⁵

¹³⁵ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública; Herri-Arduralaritzaren Erakundea, 1998. p. 13.

Cumpra deixar assente, pois, que os valores sociais sobressaem e se elevam em épocas de instabilidade social e política e se incorporam normativamente ao ordenamento constitucional, conformando e desenvolvendo os direitos sociais.

Em outras palavras, nem sempre a estabilidade econômica se presta à maior proteção social, e quando isso sucede, nada mais é do que o reflexo de acontecimentos anteriores desestabilizantes, responsáveis pela paralisia ou o retrocesso da proteção social não só dos trabalhadores em geral, mas também de toda a sociedade.

Entre nós, a interpretação das normas previdenciárias, em consonância com valores, objetivos, regras e princípios incorporados à Constituição, se ressentem de maior atenção da doutrina e da jurisprudência, pois a experiência demonstra o mau vezo dos operadores do direito de apoiarem sua argumentação jurídica na autonomia privada, conforme salienta Vicente de Paulo Barretto:

Essa idéia difusa sobre a natureza dos direitos sociais repercute no processo judicial, onde grande parte da magistratura brasileira emprega formas de interpretação constitucional, calcadas no formalismo jurídico positivista, corrente teórica predominante na formação de gerações de profissionais do direito. Resiste, assim, no quadro do estado democrático de direito, um modelo formal de argumentação em segmentos representativos da doutrina e da jurisprudência no Brasil, que não permite a integração de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material no processo judicial, o que representa, em última análise, ignorar a exigência estabelecida no próprio Preâmbulo da Constituição de 1988.¹³⁶

Assim também pensa Cândido Dinamarco, ao referir a um rosário de decisões dos tribunais construídas “mediante afirmações e pressupostos publicistas, mas revelando surpreendentes posicionamentos sobreviventes ao sincretismo privatista já superado”.¹³⁷

Trilha o mesmo entendimento Sérgio Nascimento, ao advertir *in verbis*:

(...) os direitos sociais exigem ações positivas do Estado para sua concretização e uma nova postura do juiz frente ao processo em razão de revelar-se insuficiente o conceito tradicional de interpretação da lei como atividade meramente declaratória, já que no Estado do Bem-estar Social mostra-se mais adequado o entendimento que essa atividade é constitutiva.¹³⁸

¹³⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 117.

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 57.

¹³⁸ NASCIMENTO, Sérgio do. *Interpretação do direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 97.

O fato de a jurisdição constitucional das necessidades sociais arroladas no texto constitucional tornar-se uma realidade concreta, não desmente a visão privatista dessas demandas de proteção social, conforme se notou em recente julgado da Corte Suprema sobre os efeitos do concubinato nas relações previdenciárias.

Por conseguinte, não constitui demasia falar da constitucionalização do direito previdenciário, de sorte que onde quer que ele incida, haja margem para interpretação constitucional, com o propósito de conferir efetividade à proteção social na resolução de suas controvérsias típicas.

No entanto, corriqueiramente não chegam a efetivar-se em todas as questões sociais, porque não se pode dizer que haja um escopo de assegurar o pleno trânsito dos direitos fundamentais sociais prestacionais em sentido estrito.

Em conclusão, é possível afirmar que as normas constitucionais relativas ao sistema de seguridade social, e em especial as atinentes ao direito à previdência social, exprimem atualmente densa proteção social, se bem que a doutrina, tanto quanto a jurisprudência, formulem a interpretação do direito previdenciário, com apoio no formalismo jurídico positivista.

4 AS FIGURAS CONSTITUCIONAIS DOS BENEFICIÁRIOS DA PENSÃO POR MORTE

Antes da Constituição de 1988, entidade familiar não havia outra que a família nuclear, constituída pelo casamento entre pessoas de sexos diferentes, uma regra mundialmente aceita e reproduzida em inumeráveis ordenamentos jurídicos ocidentais.

Não era preciso que se proibisse o casamento entre pessoas do mesmo sexo, visto que o legislador se identificava com essa mentalidade então dominante, por isso mesmo apenas sobrava espaço para as relações concubinárias, em que pontificava a união livre e estável de um homem e uma mulher, não casados um com o outro.

As transformações sociais ocorridas, acentuadamente no século XX, levaram a novos modelos de convivência, não apenas entre homens e mulheres unidos pelo matrimônio; outras formas de relacionamento ostensivo, estável e afetivo passaram a acontecer em escala crescente, favorecidas pela singeleza da constituição, sem os compromissos exigíveis para o casamento.

Em meio a essa revolução social no Ocidente e no Brasil, destacam-se, ao lado da família nuclear, constituída do homem e a mulher (e os filhos), a comunidade entre qualquer pai e descendentes (família monoparental), a comunidade entre parentes, vivendo debaixo do mesmo teto (anaparental), a comunidade entre homem e mulher, sem impedimento para o casamento (união estável), a comunidade entre homem e mulher, não ligados entre si pelo matrimônio (concubinato), e, enfim, a comunidade entre pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva).

Esse pluralismo social deita raízes em valores sociais incorporados ao texto constitucional e remete aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, sob cuja égide a pessoa humana delibera, com autonomia, a respeito de sua conduta e preferências particulares, sem com isso lesar outras pessoas, segundo informam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Dessarte, falar em pluralismo político significa dizer que, respeitadas as poucas restrições estabelecidas na própria Lei Fundamental – pois nesse terreno é imperativa a reserva de Constituição –, o indivíduo é livre para se autodeterminar e levar a sua vida como bem lhe aprouver, imune a intromissões de terceiros, sejam elas provenientes do Estado, por tendencialmente invasor, ou mesmo de particulares.¹³⁹

Nesse sentido, não se há perder de vista que, sob o pálio do constitucionalismo liberal, nem mesmo em sua dimensão subjetiva, o direito fundamental à pensão por morte estava disponível aos modelos de entidades familiares distintos da família patriarcal, no concernente às prestações pecuniárias concretizadas no ordenamento jurídico anterior.

Salvo, é claro, em matéria de proteção social, de longa data dispensada no direito previdenciário à companheira, ainda que de forma dissimulada, conforme lembrado por Aguinaldo Simões:

Por certo, a companheira também está entre as pessoas – parentes ou estranhas – que podem ser *designadas*, livrando o segurado do constrangimento moral de confessar sua irregular intimidade com essa dependente. (...) o mínimo que se deve exigir da *companheira* do segurado é que seja legalmente desimpedida de deveres conjugais e viva na dependência econômica exclusiva do aludido segurado há mais de ano.¹⁴⁰

A dimensão objetiva, por sua vez, na atual Carta Magna, torna realidade o direito fundamental em questão, pelo fato de encerrar em si mesmo os valores essenciais da ordem jurídica nacional a que tais comunidades anteriormente elencadas fazem jus, e por isso mesmo não podem ficar à margem da proteção social, ou seja, em última análise, da satisfação das necessidades sociais.

A propósito, tenha-se em mira o texto da exposição de motivos da lei espanhola que instituiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, na qual é possível entrever a dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

Pero tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 146.

¹⁴⁰ SIMÕES, Aguinaldo. *Princípios de segurança social: previdência social e assistência social*. São Paulo: [S. n.], 1967. p. 106.

de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho. Esta percepción no sólo se produce en la sociedad española, sino también en ámbitos más amplios, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.¹⁴¹

Na esteira dessas palavras, destacam-se os valores sociais expressos no sobredito texto, ao lado da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, como elementos da ordem jurídica da coletividade, conformadores que são da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a autorizar assim que se extraíam efeitos jurídicos suscetíveis de condicionar a interpretação e integração no ordenamento legal dos beneficiários.¹⁴²

4.1 Entidades familiares

4.1.1 A instituição da família na Constituição

A novidade da família está em que o seu conceito atual resulta da força simbólica dos objetivos e valores alcançados, até então intangíveis e que, agora, positivados no texto constitucional pátrio, em contexto social diverso do que era vivenciado, conferem-lhe uma conotação inovadora, associando-a à entidade familiar e suas variações, algo que já existia, mas lutava para ser aceito pelo direito.

¹⁴¹ Ley 13/2005, BOE, de 02.07.2005, n. 157, p. 23.632-23.634. Disponível em: <civil.udg.es/normacivil/estatal/familia/L13-05.htm>. Acesso em: 31 mar. 2009.

¹⁴² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 239 e ss.

Com a Constituição de 1988, encerrou-se em definitivo o ciclo da família clássica (patriarcal), e se operou, em simultâneo, a constitucionalização do direito de família, assim enunciada por Luiz Edson Fachin:

Na Constituição Federal encontra-se um conjunto significativo de dispositivos que tratam da regulamentação jurídica da família. O valor e o “valer” da Constituição, sem embargo, estão além da norma positivada. Assim se apreende esse fenômeno, a “constitucionalização” do Direito de Família, através do qual a Constituição Federal ocupa o lugar classicamente deferido ao Código Civil e, hoje, é a lei fundamental, ali está a base do Direito de Família, regras e princípios fundamentais.¹⁴³

Dentro da concepção da família adotada pela Constituição, há mais de um modo de constituí-la, além do casamento, por exemplo as entidades familiares, quer a união estável entre homem e mulher (art. 226, § 3º), quer a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).

A mera exemplificação das situações retratadas na Constituição de 1988 não obsta a identificação constitucional de outras entidades familiares, haja vista as relações afetivas estáveis, com repercussão no direito previdenciário, entre pessoas do mesmo sexo (homoafetiva) e entre as pessoas impedidas de casar, separadas de fato ou judicialmente (concubinato).

As entidades familiares (família) constituem o lugar da solidariedade entre gerações e de aprimoramento dos sistemas de proteção social e a criação de estruturas de acolhimento coletivas para o grupo familiar.

Nessa perspectiva, é de se ter em conta a correlação entre o conceito do conteúdo institucional da família e o permanente processo de mutação constitucional, firmemente subordinado a uma certa resistência, caso em que “não é fácil aceitar, por exemplo, que o *casamento*, que a própria Constituição Federal estende para a *união estável* entre o homem e a mulher (art. 226, §§ 2º e 3º) poderia ser estendido, por lei, aos homossexuais”.¹⁴⁴

¹⁴³ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 88.

¹⁴⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*, cit., p. 23.

Em conclusão, a oposição à poliformia familiar na Constituição de 1988 corresponde a uma atitude avessa ao pluralismo social, máxime porque nada mais há a fazer diante da decisão tomada, senão aguardar a extensão da proteção do Estado a todas as entidades familiares, e não somente às literalmente indicadas no texto constitucional, com clara repercussão no direito à previdência social.

4.1.2 União estável

Sobre a união estável, convém lembrar as discussões dos constituintes que a levaram a integrar o texto constitucional brasileiro, vivenciada por José Afonso da Silva:

Tivemos a oportunidade de ver nascer essa verdadeira revolução familiar e de imediatamente apoiá-la, quando a formula foi sugerida. Estávamos no Plenário da Comissão Afonso Arinos, procurando um meio de reconhecimento constitucional das uniões familiares de fato, tidas de modo pejorativo como “concubinato”. Foi aí que – imaginem! – a luz brilhou, talvez como inspiração divina, quando o padre Fernando de Bastos D’Ávila sugeriu “uniões estáveis”. (...) O Código Civil retrocede quando, em seu art. 1.727, desqualifica a união estável, ao considerar como concubinato as relações não-eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Ora, “relações não-eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar” é a mesma união estável reconhecida no art. 226, § 3º!¹⁴⁵

União estável é o que está na Constituição, e não o que se lê no Código Civil ou na legislação remissiva, sendo certo que o artigo 226, parágrafo 3º, não alude a impedimentos matrimoniais, apenas orienta o legislador a facilitar a conversão da união estável em casamento, sem cogitar do estado civil do homem e da mulher.

Desta sorte, o entendimento restritivo do direito fundamental à pensão por morte, no tocante ao sujeito ativo, encontra guarida no artigo 201, V, da Constituição, porque da expressão “companheiro” (homem ou mulher), transposta pelo legislador para a lei de benefícios, não se conclui que, em tais circunstâncias, o beneficiário estaria alijado da proteção social.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo; Malheiros, 2005. p. 851.

4.1.3 Concubinato

Negar ao concubinato a produção de efeitos é ignorar que dele resultou o divórcio, instituído pela Emenda Constitucional n. 9, de 1977, justamente para atender a alentado grupo de pessoas de camadas sociais mais elevadas, mas separadas de fato ou judicialmente, impedidas de casar, em razão de vínculo do matrimônio, conforme se colhe em Maria Berenice Dias:

Uniões matrimoniais não eram reconhecidas, e as raras referências legais limitavam-se a negar a essas uniões a possibilidade de lhes ser concedido qualquer benefício. Tais restrições, porém, não impediram que as pessoas – desquitadas ou somente separadas de fato – constituíssem novos vínculos afetivos, os quais passaram a ser chamados de concubinato. A necessidade de solver os conflitos decorrentes dessas uniões levou a justiça a reconhecer a sua existência e a atribuir-lhes alguns direitos. Com isso, acabou a jurisprudência abrindo as portas para a instituição do divórcio.¹⁴⁶

Algumas recentes decisões da Corte Suprema não reconhecem efeitos jurídicos ao concubinato, ao argumento de que a proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas, e nelas não estaria incluído o concubinato.¹⁴⁷

Invoca-se a definição de concubinato prevista no artigo 1.727 do Código Civil, no sentido de “relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar”, com o propósito de negar-lhe assento na união estável entre homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º), e recusar assim a pensão aos beneficiários do segurado falecido.

Como visto, a regra constitucional é interpretada segundo uma definição do Código Civil, ou seja, o fenômeno da constitucionalização do direito civil aqui não acontece, em que pese o pacífico entendimento de que é a Constituição que define os efeitos da união estável.

Sobre a interpretação da Constituição conforme as leis, Canotilho deixa claro que dessa maneira se teria a legalidade da Constituição a sobrepor-se “à constitucionalidade da lei”, *in verbis*:

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 269.

¹⁴⁷ STF – RE n. 590.779.

A interpretação da constituição conforme as leis tem merecido sérias reticências à doutrina. Começa por partir da idéia de uma constituição entendida, não só como espaço normativo aberto, mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo subtilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da constituição ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma *interpretação inconstitucional*, quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais.¹⁴⁸ (grifos originais).

Urge resistir a tal posição, que sobrepõe a lei à Constituição, porque o fenômeno da constitucionalização é aceito e ressaltado de forma uníssona pela doutrina constitucional, pois, do contrário, abriria ensejo ao surgimento de leis que visariam precipuamente a alterar o texto constitucional naquilo que não fosse mais de interesse de eventual maioria parlamentar.

4.1.4 União entre pessoas do mesmo sexo

O reconhecimento para fins previdenciários das uniões entre pessoas do mesmo sexo (homem ou mulher), como entidades familiares, foi obtido mercê de decisão proferida em ação civil pública, ainda não transitada em julgado, de cuja fundamentação se transcreve determinado trecho, por seu relevante conteúdo social:

A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico, feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo.¹⁴⁹

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 242.

¹⁴⁹ TRF-4ª Região – AC n. 2000.71.00.009347-0.

Sem dúvida, a orientação sexual não deve servir de fator impeditivo ao pleno desenvolvimento da personalidade, nem tampouco tem sentido restringir em relação às comunidades homoafetivas as posições jurídicas constitucionais inerentes às entidades familiares, constituindo inegável retrocesso social o descumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, como frisa o Ministro Celso de Mello:

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas.¹⁵⁰

De conformidade com estudo de órgão do Poder Legislativo português, o tema vem sendo abordado de forma universal, com o intuito de superar opiniões e sentimentos concebidos sem exame crítico, sendo possível perceber que uns aquiescem com a realização de casamento e outros com diferentes formas de união, à semelhança dos casais heterossexuais, nos países do continente europeu, *in verbis*:

A legislação sobre o casamento e as uniões ou parcerias civis entre casais do mesmo sexo apresenta soluções diferentes na Europa. Por um lado, temos a Bélgica, a Espanha e a Holanda que permitem o casamento entre casais do mesmo sexo atribuindo-lhes direitos e obrigações idênticas aos dos casais heterossexuais. Por outro, temos as parcerias civis que atribuem parte dos direitos e deveres dos casais heterossexuais, encontrando-se neste caso, a França. Outros países, como a Alemanha, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Reino Unido e Suécia, ainda que não permitam o casamento entre pessoas do mesmo sexo, consagram as parcerias de vida registada com grande parte dos direitos e deveres do casamento. Em Portugal, a união de facto é a única forma de vida em comum para duas pessoas independentemente do sexo, sendo-lhes atribuídos pela lei alguns direitos e deveres. Por último, a Grécia e a Itália não reconhecem qualquer forma de união entre casais do mesmo sexo.¹⁵¹

¹⁵⁰ STF – ADI n. 3.300.

¹⁵¹ PORTUGAL. Assembléa Da República. Direcção de Serviços de Documentação, Informação e Comunicação. Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar. *Casamento e outras formas de vida em comum entre pessoas do mesmo sexo*. Trabalho comparado: Lisete Gravito e Maria Leitão. Colaboradora: Rosário Campos. Lisboa, Portugal, 2007. p. 9. (Temas, n. 26). Disponível em: <www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf>. Acesso em 31 mar. 2009.

Como se verá adiante, a inclusão constitucional das uniões homossexuais entre as entidades familiares encontra-se no artigo 226, parágrafo 4º; se ainda isso não foi admitido explicitamente pela doutrina, deve-se com certeza à idéia preconceituosa de há muito presente no imaginário popular.

4.1.5 A inclusão das uniões homoafetivas na Constituição

Está escrito na Constituição de 1988:

Artigo 226 - (...)

(...)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Como se infere da norma constitucional, o constituinte de 1988, através do verbo “entender” e do advérbio “também”, sinaliza para uma pré-compreensão da abrangência da locução “entidade familiar”, de modo que essas palavras se prestam à idéia de algo lançado na água se desdobrando em vários círculos concêntricos.

Sob esse aspecto, a norma constitucional em questão vê na comunidade de pais e descendentes uma forma de entidade familiar; não a única, porém, visto que entende dispensável a presença de um homem e uma mulher para a configuração da entidade familiar; e o advérbio “também” surge como indicador de inclusão de outras formas admitidas pela abertura do texto constitucional, justamente para atender aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, e da solidariedade.

A utilização do advérbio “também” denota a consciência de um nexo conjuntivo entre as formas de entidade familiar em torno da afetividade: são, como se percebe, diferentes concretizações do princípio de igualdade, e essas formas se conjugam, sob a característica marcante da moderna concepção da família; e se algo as diferencia, é que no casamento e na união estável essas formas foram já conformadas pelo legislador.

Para a previdência social, vê-se que o enunciado normativo do artigo 201, V, é especialmente aberto, no que se refere ao cônjuge, ao companheiro e aos dependentes, de modo que nenhum óbice se antepõe à identificação dos parceiros na comunidade homoafetiva como companheiros.

A essa conclusão se chega através da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que atuam como elementos da ordem jurídica, com vistas a produzir ou garantir os pressupostos da liberdade jurídico-fundamental, de modo que “contêm, antes, diretrizes e critérios (objetivos) para a planificação e produção daqueles pressupostos, que os órgãos de formação da vontade política, apesar de toda a liberdade para a configuração em particular, não devem deixar desatendidos”.¹⁵²

Por força das circunstâncias reinantes na época da Constituinte quanto à união de pessoas do mesmo sexo, é de se admitir que o enunciado normativo do artigo 226, parágrafo 4º, denota a inclusão (“também”) de comunidades formadas de pessoas do mesmo sexo ou de pessoas de sexos opostos, conforme se subentende da locução “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

A interpretação literal desse enunciado restringe a comunidade “a qualquer dos pais e seus descendentes”, todavia, numa leitura mais atenta, se percebe que o constituinte personificou a diversidade de orientação sexual nessa expressão simbólica. Disse veladamente o que não pode dizer ostensivamente, e, por certo, o fez pautado no princípio da igualdade, com o objetivo de superar o preconceito de origem sexual (arts. 3º, IV e 5º da CF).

Assim é que de lá para cá, a matéria está em pauta e se aplica indistintamente em variados ramos de direito, inclusive, como visto, no previdenciário e no eleitoral; vale trazer à colação o voto do atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, que reconheceu, como relator, a inelegibilidade, fundada na relação estável homossexual entre a prefeita e a sua companheira, candidata ao cargo de prefeito, conforme se extrai de seu voto:

¹⁵² HESSE, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 242.

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ainda não ter admitido a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, acredito que esse relacionamento tenha reflexo na esfera eleitoral. (...) É um dado da vida real a existência de relações homossexuais em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos. Assim, entendo que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.¹⁵³

4.2 Breves anotações em torno da concretização da pensão por morte

4.2.1 O processo de criação da Lei n. 8.213/91

Ao conformar a pensão por morte, o legislador infraconstitucional adaptou praticamente a Lei n. 8.213/91 ao texto da Consolidação das Leis da Previdência Social (Decreto n. 89.312/84), ou seja, reproduziu a cultura jurídica que estava em voga nas décadas que antecederam a atual Constituição.

Dessa maneira, nem mesmo aquilo que o próprio constituinte tratou de concretizar nos artigos 201 e 202, na redação original da Constituição de 1988, o legislador respeitou integralmente, sobretudo as posições originárias constitucionais concernentes ao benefício de pensão por morte e, de maneira especial, no tocante aos beneficiários.

Assim é que ignorou as relações sociais contemporâneas que se estabelecem com fundamento na coexistência social e nas estruturas originadas de necessidades sociais básicas, identificáveis pelo valor de seus códigos de conduta, tais como a emancipação e independência feminina, a divisão da chefia familiar, as uniões homoafetivas e a extensão das necessidades de instrução superior do dependente.

¹⁵³ RE ELEITORAL n. 24.564, *Revista de Jurisprudência do TSE*, v. 17, n. 1, p. 234.

Careceria do imprescindível germe de força vital a Constituição que ignorasse os fatos culturais, sociais, políticos e econômicos imperantes, e isso não poderia ser subestimado pelo legislador, ao se recusar a emprestar à lei previdenciária as conquistas sociais obtidas no terreno constitucional, como ressalta Konrad Hesse:

Tampouco ela [a Constituição] é uma unidade já concluída – lógico-axiomática ou hierárquica de valores – sistemática. Seus elementos, todavia, dependem um do outro e repercutem um sobre o outro e somente o concerto de todos produz o todo da configuração concreta da coletividade pela Constituição. Isso não significa que esse concerto seja livre de tensões e contradições, porém, sim, que a Constituição somente pode ser completamente compreendida e exatamente interpretada se ela for entendida nesse sentido como unidade e que Direito Constitucional está dirigido muito mais para ordenação em conjunto do que para demarcação e exclusão.¹⁵⁴

O legislador descurou dessas conquistas positivadas no texto constitucional, deixando de densificar a lei em aspectos da família moderna e das demais entidades familiares, integradas pelo segurado (homem ou mulher), cônjuges, companheiros e dependentes, pessoas que a ele ou a ela sobreviverão, necessitadas de meios de sobrevivência, para ajustar a tensão dessas situações jurídicas relativas à lei da pensão por morte.

É importante ressaltar que as normas constitucionais referentes à previdência social, à pensão, à família, à educação e outras mais precisam ser interpretadas em conjunto, e não de forma isolada, visando com isso a integrá-las numa lei conformadora da inclusão e proteção social no subsistema da previdência social, em conformidade com a lição de Canotilho: “Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.”¹⁵⁵

Assim, se o enfoque se preocupa com a pensão por morte, a primeira atitude conduz à análise das posições jurídicas das pessoas beneficiárias sob a óptica constitucional, em função de a Carta Magna ter elevado a família, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade a fundamentos constitucionais da proteção social.

¹⁵⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 38.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 233.

Nessa linha de raciocínio, a abordagem sistematizada dos diversos modelos de entidades familiares, inclusive o concubinato, fundadas ou não no casamento, anteriores e posteriores à promulgação da Constituição, mostra-se indispensável e até mesmo essencial, dado que:

Hoje, à hermenêutica do novo Código [Civil] se dirige a Constituição Federal, seus princípios vinculantes como regras básicas do Direito de Família. Perto, a legislação infraconstitucional. Acima das fontes formais em sentido escrito, há princípios: o da igualdade, da não discriminação e da neutralidade. (...) A Constituição Federal, ao proclamar que marido e mulher são iguais em direitos e deveres, está promulgando o princípio da isonomia.¹⁵⁶

4.2.2 O rótulo de dependentes

Sem dúvida alguma, o legislador, ao editar a Lei n. 8.213/91, reuniu todos os beneficiários da pensão por morte sob o rótulo de “dependentes”, isto é, as figuras do cônjuge, do companheiro (homem ou mulher) e as que não cabem nessa moldura: os dependentes.

Implica essa atitude elevar a mais não poder o legalismo, “uma forma de normativismo levada ao excesso”¹⁵⁷, por fazer tábula rasa da desigualdade entre os beneficiários da pensão por morte, pondo em destaque o desejo do legislador, e não a vontade do constituinte.

Como se verá adiante, a análise das razões que levaram o constituinte a distinguir o cônjuge do companheiro, e ambos dos dependentes, assim como dos argumentos que justificaram, por sua vez, a atitude do legislador em reunir as figuras estremadas pela Carta Magna, singularizando-as sob o restrito título de “dependentes” no texto legal, como se a desigualdade afirmada no texto constitucional fosse supérflua e desnecessária, revela o contraste entre o presente e o passado, entre a atualidade constitucional e o retrocesso da lei.

¹⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson, *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 77.

¹⁵⁷ BÁNKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a lei*. Tradução de Arthur Maria Ferreira Neto, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Lucas Bortolozzo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 72.

Bem por isso, outras pessoas excluídas, embora pertencentes à mesma plana, estão aí a merecer o mesmo olhar crítico, não no sentido de desconsiderar a lei, mas sim de submetê-la ao crivo da interpretação constitucional, com o fito de saber se a essas pessoas assiste o direito de reclamar a proteção social enunciada pela Constituição e, em caso positivo, atuar no sentido de dispensar-lhes a cobertura universal.

Nesse sentido, voltam-se os olhares em direção da união livre, por excelência, e sua variação concubinária, o ex-cônjuge, com ou sem direito a alimentos, a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, o menor sob guarda e o dependente universitário.

4.2.3 A discriminação positiva constitucional

A argumentação doravante terá como objetivo inculcar o direito fundamental à pensão decorrente do evento morte a que fazem jus o cônjuge ou o companheiro e dependentes do segurado, e, a partir daí, sustentar que nem sempre a regulamentação pela lei ordinária desse benefício previdenciário se mostra conforme com a Constituição de 1988.

Apenas parcialmente o enunciado normativo dos artigos 16 e 17 da Lei n. 8.213, de 1991, conforma-se com o artigo 201, V, da Constituição, porquanto invadiu seara positivada e concretizada pelo próprio constituinte, ao regulamentar de forma integral o capítulo dos beneficiários da pensão por morte.

De fato, se a cláusula “do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes” ganhou na lei fundamental uma primeira e decisiva concretização, o conceito não poderia ser alterado, conforme ensinam Canotilho e Vital Moreira: “Para ser evidente que, quando a Constituição recebe um determinado conceito legal com um certo sentido, este fica, por assim dizer ‘constitucionalizado’, deixando de estar à disposição do legislador.”¹⁵⁸

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, cit., p. 55.

4.2.4 A noção de família no liberalismo e no neoconstitucionalismo

As regras do direito anterior, consolidadas em 1984, relativas à pensão por morte, procedem do direito de família, na sua perspectiva liberal, talhadas de acordo com o Código Civil de 1916.¹⁵⁹

Naquela época, o perfil da família em muito se distanciava do consagrado pela Constituição de 1988, porquanto sua formação se dava pela “associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos affectivos e pelo principio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito”.¹⁶⁰

Misturavam-se, como se percebe, inúmeros aspectos legais nesse perfil identificador da família, mas sobressaíam o casamento, a conservação da espécie e a autoridade patriarcal, que foram assim retratados por Maria Berenice Dias:

Só era reconhecida a família constituída pelo casamento. O homem exercia a chefia da sociedade conjugal, sendo merecedor desrespeito e obediência da mulher e dos filhos. A finalidade essencial da família era a conservação do patrimônio, precisando gerar filhos como força de trabalho. Como era fundamental a capacidade procriativa, claro que as famílias necessitavam ser constituídas por um heterossexual e fértil.¹⁶¹

4.2.5 O papel revolucionário da mulher

A degradação da pessoa humana sob os impactos das duas guerras mundiais, particularmente a das mulheres fragilizadas (esposa e filhas), em incontáveis aspectos fizeram-nas arrostar o comodismo reinante entre elas até então e pôr em marcha a revolução feminina, cujas conquistas vêm se sucedendo por obra da mulher – centro de atração – e não mais o homem.

¹⁵⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo, *Previdência social brasileira*, cit., p. 120.

¹⁶⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. 5. ed. corr. e augm. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. p. 20.

¹⁶¹ DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*, cit., p. 43.

A leitura a ser feita das conquistas sociais é essencialmente feminina, pois a emancipação da mulher não foi estimulada pelo homem – ausente e desorientado – nesses instantes de trágicos acontecimentos sociais ocasionados pelas guerras.

Diante desse quadro, a mulher abriu mão do “poder doméstico”, ingressou no mercado de trabalho e se igualou ao homem nos planos social, pessoal e profissional, e, com o propósito de não mais se retirar do universo conquistado, se viu compelida, por exemplo, à limitação da procriação humana por meio de métodos diversos (abstinência sexual, contraceptivos, esterilização etc.).

Toda essa conquista social da mulher conferiu-lhe autonomia e independência, e, em conseqüência, refletiu nas normas constitucionais sobre a família e a pensão por morte, pois a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher (art. 226, § 5º da CF) implicou a discriminação positiva operada entre cônjuge ou companheiro e dependentes no artigo 201, V, da Constituição de 1988.

Logo, reuni-los debaixo da expressão *dependentes* significa não apenas reproduzir o *status quo ante*, significa ainda ignorar que o artigo 201, V, da Carta Magna constitui-se em fundamento de validade da Lei n. 8.213/91 e determina o conteúdo material dos beneficiários da pensão por morte, conforme ensina Canotilho:

O carácter das normas de direito constitucional como *normas de normas* ou *fonte primária de produção jurídica* implica a existência de um procedimento de criação de normas jurídicas no qual as normas superiores constituem as *determinantes positivas e negativas* das normas inferiores. No quadro deste processo de criação, concebido verticalmente como um “processo gradual”, as normas superiores constituem fundamento de validade das normas inferiores e determinam, até certo ponto, o conteúdo material destas últimas.¹⁶² (grifos originais).

4.3 Discriminação positiva das figuras dos beneficiários

De acordo com as normas constitucionais alusivas à família, tem-se que o conceito constitucional de cônjuge decorre do vínculo do casamento, enquanto o de companheiro deriva da união estável (art. 226 da CF), de modo que não é o mesmo de dependente,

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 142.

assentado nesses vínculos, porém respeitante aos ascendentes e descendentes (arts. 227 e 229 da CF).

De fato, cônjuge e companheiro não são dependentes um do outro, sujeitam-se sim à mútua assistência (art. 226, § 5º da CF), o que é inconfundível com os deveres de sustento dos dependentes, isto é, ascendentes, descendentes, colaterais e menor sob guarda (arts. 227, VI, e 229 da CF).

Portanto, descabe argumentar que o legislador andou certo ou ainda negar reflexos à ofensa da norma fundamental, cuja irradiação propaga-se pelo direito previdenciário, como, de resto, a todos os ramos de direito e produz conseqüências de especial significado numa Constituição material-procedimental como a brasileira, conforme acentua Alexy:

Embora a constituição, enquanto constituição mista material-procedimental, não determine todo o conteúdo do direito ordinário, os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários. (...) Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico tem a natureza de um sistema jurídico substancialmente determinado por meio da constituição.¹⁶³

A leitura dessas normas seria suficiente para evidenciar a desigualação operada constitucionalmente, pois o legislador é “limitado por normas básicas [da Constituição], resultantes da vontade popular”¹⁶⁴, razão pela qual carece da devida conformidade material enunciar que cônjuge e companheiro são beneficiários do regime “na condição de dependentes do segurado”.¹⁶⁵

4.3.1 Deveres de mútua assistência e de sustento

A constitucionalização do conceito de cônjuge e de companheiro remete às mencionadas normas da Carta Magna, no que prescreve a igualdade entre os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal exercidos pelo homem e pela mulher, o que importa o dever de mútua assistência em toda e qualquer entidade familiar.¹⁶⁶

¹⁶³ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 543.

¹⁶⁴ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.

¹⁶⁵ Artigo 16, I, da Lei n. 8.213/91.

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 851.

Destarte, esse dever de mútua assistência, informado pelo vínculo da solidariedade, estabelece-se entre cônjuges e, de igual modo, entre companheiros, ao passo que o dever de sustento entre ascendentes e descendentes situa-se na reciprocidade dos deveres dos pais (cônjuge ou companheiro) quanto aos filhos menores, e dos filhos maiores quanto aos pais na velhice, carência e enfermidade.

Com efeito, os deveres de mútua assistência e de sustento têm seus destinatários especificados nas normas fundamentais sobre a família, logo são insuscetíveis de se tomar um pelo outro, visto que as regras e princípios constitucionais devem soar de forma harmônica. Ou seja, o dever de mútua assistência aplica-se ao cônjuge e companheiro e o dever de sustento aplica-se ao dependente, e, como tais, deveriam ser tratados na lei regulamentadora desse benefício previdenciário.

Em rigor, a interrupção dos deveres familiares somente deveria ocorrer quando cessada a dependência, mas há situações no direito brasileiro em que a pensão se perpetua, mesmo na hipótese de o dependente possuir aptidão para o trabalho e gozar de higidez física e mental, ou, ainda, quando dispõe de meios próprios de subsistência.

Posto que seja injustificável, em tais circunstâncias, a presunção de necessidade, não autorizada no texto constitucional, estatuída, porém, pela lei ordinária, por enquanto há que se tolerar, dado que esse é um aspecto cuja decisão foi delegada ao legislador, sobre o conteúdo do direito fundamental à pensão por morte (fundamentalidade material).¹⁶⁷

4.3.2 A idade do beneficiário e outras situações opostas à Constituição

Uma outra situação jurídica atinente à cessação do dever de sustento, que deveria corresponder à cessação da necessidade vital, é a do dependente universitário, caso em que a decisão do conteúdo do legislador “não é, para esses ramos de direito [inclusive o direito previdenciário], uma questão específica, mas uma questão fundamental”.¹⁶⁸

¹⁶⁷ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 522.

¹⁶⁸ *Ibidem*, mesma página.

Ao assunto, mais adiante, retornaremos, retomando o argumento de que “a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da idéia de justiça a todos os ramos de Direito”.¹⁶⁹

Outras abordagens se inserem no estudo sobre o direito social à prestação previdenciária em caso de concubinato, visto como união estável, do ex-cônjuge que renunciou aos alimentos na separação judicial, da entidade familiar nas uniões homossexuais, e dos menores sob guarda.

Enfim, cumpre salientar que o estudo não tem a pretensão de romper com a lei, a doutrina e a jurisprudência assentes, mas sim a de contribuir com argumentos que venham a revelar o conteúdo do direito fundamental concretizado pelo legislador:

A definição do conteúdo dos direitos sociais (...), diferentemente dos direitos de defesa, não se encontra, grosso modo, na Constituição. Cabe ao legislador concretizá-los e definir as prestações que serão efetivamente colocadas à disposição dos cidadãos. É claro, porém, que a Constituição impõe tarefas e deveres ao legislador (sob pena até mesmo de se reconhecer uma inconstitucionalidade por omissão) e, também, estabelece parâmetros que permitem definir o alcance de cada direito social.¹⁷⁰

4.4 O estado de necessidade: contingência e dependência

Da dependência do ser vivo de outros seres originam-se necessidades dos mais variados tipos, quanto à vida ou a quaisquer interesses; particularmente para as entidades familiares, pode-se falar em necessidades afetivas e econômicas (materiais).¹⁷¹

A contingência, vista como algo livre e imprevisível¹⁷², acarreta eventos; nas relações familiares, um dos mais expressivos é a morte, com conseqüências diversificadas, das quais

¹⁶⁹ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 544.

¹⁷⁰ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: Método, 2008. p. 137.

¹⁷¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1. ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 707 (verbetes necessidade).

¹⁷² ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de filosofia*, cit., p. 201 (verbetes contingente).

uma revela as necessidades econômicas (materiais) dos membros da entidade familiar, em virtude de perda de recursos, conforme assinala Almansa Pastor:

*(...) la muerte produce la privación de los ingresos con que subsistían las personas mantenidas a cargo de la persona fallecida. La necesidad social entonces consiste en la supervivencia de tales personas y surge derivada del defecto de ingresos que la muerte produce en el patrimonio de la persona fallecida.*¹⁷³

Em realidade, não é a morte que faz eclodir a pretensão à pensão, ela retira o véu do que antes era encoberto pela atividade concreta do segurado: o estado de necessidade do dependente.

De fato, nem de toda morte se deduz a justificável inferência à necessidade do beneficiário; é só na hipótese de privação dos meios financeiros básicos que se revela o princípio e o personaliza naquele que deve reclamar a proteção social, através do gozo de benefício prescrito pela Constituição.

A pensão é corolário dessa contingência – o evento morte – contemplada pela Constituição de 1988, com a nota de fundamentalidade formal e material, sob o prisma de direito fundamental de natureza prestacional, em sentido estrito.

O reconhecimento desse direito à pensão, inclusive no Brasil (Lei Eloy Chaves), remonta à alvorada dos direitos fundamentais sociais, a começar pelo liberalismo, admitindo a faceta da dignidade da pessoa humana como política social do pós-guerra e da guerra fria, “revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que, implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosos para si e para os outros”.¹⁷⁴

É, pois, de um estado real de necessidade experimentado pelo cônjuge ou companheiro e pelos dependentes, dada a carência efetiva de recursos econômicos para sobreviver à ausência do segurado, que se aprecia a dependência econômica.

¹⁷³ ALMANSA PASTOR, José Manuel, *Derecho de la seguridad social*, cit., p. 439.

¹⁷⁴ ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofia*, cit., p. 277.

O ambiente favorecido é a família, pois, em princípio, constitui o espaço restrito desse rol de pessoas protegidas, razão pela qual recebeu, em sua forma elementar, quando constituída somente dos cônjuges e filhos, a atenção da Convenção n. 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 28.06.1952, no sentido de que as prestações de sobrevivência se destinam a compensar “a perda dos meios de existência sofrida pela viúva ou filhos, em consequência da morte do arrimo da família; no caso da viúva, o direito à prestação poderá ficar condicionado à presunção, segundo a legislação nacional, de que é incapaz de atender às suas próprias necessidades”.¹⁷⁵

4.5 A pensão e o direito de família

4.5.1 Uma breve história da família na previdência

Derivam as raízes do direito à pensão decerto do direito de família, vista como a união de pessoas (homem e mulher) pelo casamento e os filhos, que correspondia por ocasião do Código Civil de 1916 à noção de família legítima, matrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual, na qual o homem (segurado) era o chefe da sociedade conjugal, enquanto a mulher e os filhos se mantinham, em regra, em segundo plano, de forma respeitosa e obediente.¹⁷⁶

Nessa época da servidão feminina, a mulher era vista como dependente e, com seus filhos, fazia jus a pensão, “na ordem da sucessão legal”, segundo prescrevia a Lei Eloy Chaves (Decreto n. 4.682/23), mantida na Lei n. 3.807/60, vindo a sofrer alterações pontuais nas leis que consolidaram a previdência social, sem perder tais características discriminatórias, segundo Anníbal Fernandes, *in verbis*:

Na Lei Eloy Chaves (1923) havia uma referência a sucessores do associado da forma do Código Civil Brasileiro. A evolução da legislação da previdência, para chegar à atual escala de dependentes da CLPS, sofreu a influência dos fatos sociais como os efeitos do concubinato, a filiação ilegítima etc., plasmando tipos próprios de dependência para efeito previdenciário, e deixando de lado o modelo civilista.¹⁷⁷

¹⁷⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo, *Previdência social brasileira*, cit., p. 192.

¹⁷⁶ DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*, cit., p. 43.

¹⁷⁷ FERNANDES, Anníbal. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social: Prorural, acidentes do trabalho rural*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1987. v. 1, p. 44.

Ao escrever, nos idos de 1963, Armando de Assis explicou a evolução do seguro social, mostrando que, no começo, ele cuidara apenas das pessoas diretamente abrangidas, e, logo depois, diante das contingências que repercutiam sobre a família do segurado, estendera aos familiares a proteção social, caso em que “numa primeira etapa se introduziu no seguro social a figura do herdeiro do segurado, nos moldes do direito civil, a saber, em primeiro plano, a mulher e os filhos, isto é, aqueles que mais imediata e proximamente sofrem as conseqüências da morte do chefe da família”.¹⁷⁸

Esse conceito mais elástico de beneficiário abriu espaço para a lei exigir concomitantemente a dependência econômica, e não só a dependência passou a ser reclamada, era preciso, ademais, que “as condições personalíssimas de cada beneficiário o tornassem em verdade incapaz de prover a própria subsistência através de seus próprios esforços”.¹⁷⁹

4.5.2 Restrição constitucional dos dependentes

Sem discrepâncias, julgava-se que o cônjuge virago era dependente com base nas regras do direito de família do Código Civil de 1916, assecuratórias da chefia da sociedade conjugal pelo marido, assimiladas pelo direito previdenciário e prestigiadas pela Convenção n. 102 da OIT, incorporada em 2008 ao direito brasileiro, através do Decreto Legislativo n. 269.

Autores havia, e muitos, que prestigiavam a idéia de que a noção de dependência do cônjuge se originava da estrutura da sociedade conjugal haurida no Código de 1916¹⁸⁰. Essa linha raciocínio só veio a ser superada com a Constituição de 1988, ao desigualar as figuras do cônjuge e do companheiro da dos dependentes.

Nem é admissível interpretar a Constituição com apoio nas regras do Código Civil, posto que o contrário deva ser observado, de forma a suplantar contradições entre uma e outro, por isso mesmo cumpre deixar claro que o texto constitucional não cria presunção de

¹⁷⁸ ASSIS, Armando de Oliveira, *Compêndio de seguro social: teoria geral: legislação brasileira*, cit., p. 79.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 80.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de, *Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente*, cit., p. 111.

necessidade alguma relativamente ao cônjuge e companheiro, como está na lei do regime geral da previdência social.

É razoável admitir, por conseguinte, que a redação do artigo 201, V, da Constituição está a indicar uma ordem de precedência dos beneficiários, o que não deve ser tomado por dogma, a impedir se afaste o cônjuge ou o companheiro em favor de determinado dependente, se, ao levantar-se o véu do estado de necessidade, constatar-se a independência econômica do cônjuge ou companheiro, homem ou mulher.

Esse aspecto não escapou à argúcia de boa parte da doutrina, por contestar a formação de classes entre os beneficiários da pensão por morte, ao argumento de que todos se encontrarão em estado de necessidade diante desse evento, o que logo torna injustificável a exclusão de uns em favor de outros, conforme assinala Aguinaldo Simões:

Finalmente, tendo como arrimo a unidade da mesma economia doméstica, os dependentes devem formar um só e único grupo com igualdade de condições em face da segurança social. Dividi-los em grupos preferenciais, como faz a nossa legislação de seguro social, equivale a negar aos dependentes excluídos a satisfação de necessidades vitais (...). As prestações do seguro social destinam-se a proteger tanto o segurado como aqueles familiares que dele economicamente dependem contra determinados riscos a que estão sujeitos.¹⁸¹

4.6 Dependentes

Por detrás da previdência social, é possível vislumbrar, interagindo, dois institutos jurídicos: o trabalho e a família, simbolizados nas figuras do segurado, do cônjuge, do companheiro e dos dependentes, sobre os quais recai o revestimento protetivo da seguridade social, nas suas pernas saúde, previdência e assistência social.

Assim, num primeiro momento, a família precisa estar saudável, e por isso a Constituição proclama ser a saúde direito de todos e dever do Estado, no que visa a reduzir o risco de doença e de outros agravos das pessoas humanas em geral, e em especial do

¹⁸¹ SIMÕES, Aguinaldo, *Princípios de segurança social: previdência social e assistência social*, cit., p. 139.

trabalhador e dos membros da sua família, com vistas a assegurar a higidez física e mental da sociedade.

Noutro lance, o segurado, o cônjuge, o companheiro e os dependentes são protegidos contra as contingências sociais, nem todas, decerto, em razão direta do caráter contributivo e do equilíbrio financeiro e atuarial do regime geral. Em vista disso, se acham positivadas no artigo 201 da Carta Magna apenas a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego involuntário, salário-família, auxílio-reclusão e pensão por morte.

Não é passível de crítica a referência à palavra “morte”, tanto no inciso I, como no inciso V do artigo 201 da Constituição de 1988, pois a cobertura do evento morte, no primeiro inciso, está conjugada aos gastos com a defunção do segurado, devidos ao seu executor (art. 46 da CLPS, Dec. n. 89.312/84).

Dessa maneira, a atual Lei n. 8.213/91 não reproduziu essa prestação previdenciária que se encontrava no artigo 46 da Consolidação das Leis da Previdência Social, daí a aparente incoerência da Constituição de 1988, ao aludir mais de uma vez à morte, o que, como se percebe, não se sustenta.

Por derradeiro, não se olvide que a lei previdenciária subsidiariamente se preocupou com quem não se filiara, ou se filiara tardiamente ao regime, garantindo-lhe uma prestação assistencial – a renda mensal vitalícia –, nos termos do artigo 63 da Consolidação das Leis da Previdência Social, reproduzido no artigo 139 da Lei n. 8.213/91.¹⁸²

4.6.1 Direito próprio (subjetivo) à prestação previdenciária

Não se cogitava, na origem, de direito próprio dos beneficiários da pensão por morte, porquanto se lhe incutia a noção de herança, um bem advindo do patrimônio social do segurado, como assinala Aguinaldo Simões:

¹⁸² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. São Paulo: LTr, 1993. p. 402.

A verdade é que a *pensão* não tem a natureza de herança. O segurado não poderia transmitir *causa mortis* aquilo que nunca teve quando era vivo – sucessão impossível. O benefício nasce depois da morte do mesmo segurado e os seus *dependentes* o recebem por *direito próprio*, inconfundível com qualquer outro que pessoalmente o morto pudesse ter. Muitas vezes os *dependentes* não são os *herdeiros*, pois nem sempre essas duas qualidades coincidem. Casos há em que só a mãe do falecido recebe a pensão, enquanto que aos filhos – já maiores – cabe a herança. Assim, a pensão não pode constituir objeto de testamento e de inventário, como, aliás, também não podem as demais prestações da segurança social.¹⁸³ (grifos originais)

Acentua Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, entretanto, que não é por direito próprio que o beneficiário é protegido, mas por meio daquele de quem depende economicamente.¹⁸⁴

Um entendimento dessa ordem não prevalece, porque nessa alvitrada situação, subjaz o fundamento sucessório, ao passo que o dependente, tendo em vista integrar o rol de pessoas protegidas pelo segurado, merece, de igual modo, ser protegido pela lei.

Com inteira razão, porém, sustenta Heloisa Hernandez Derzi:

No Direito Previdenciário, manifestações doutrinárias afirmam que o direito ao benefício da pensão por morte é *ius proprium*; não tem natureza de direito sucessório, pelo qual os bens patrimoniais do *de cuius* são transmitidos aos herdeiros. Tal direito decorre tão-somente da condição de dependência rigorosamente estabelecida pelo artigo 16 da Lei n. 8.213/91, e pode ser exercido na entidade previdenciária, se e quando estejam reunidas as demais condições legais.¹⁸⁵

O dependente de que se cogita encontra-se identificado no texto constitucional. Não é necessariamente alguém que ostente a posição jurídica de herdeiro, pois o vínculo com o segurado se forma pela existência do dever de sustento, o que faz com que a pessoa seja vista como dependente pela lei, donde emana o direito subjetivo à prestação previdenciária (dimensão subjetiva do direito fundamental).

¹⁸³ SIMÕES, Aguinaldo, *Princípios de segurança social: previdência social e assistência social*, cit., p. 139.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de, *Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente*, cit., p. 67.

¹⁸⁵ DERZI, Heloisa Hernandez, *Os beneficiários da pensão por morte: regime geral da previdência social*, cit., p. 217.

4.6.2 Inexistência de presunção de dependência

Aqui se ingressa em um tema anteriormente acentuado, o da presunção da necessidade de certas figuras de beneficiários, perceptível sempre que se cogita do grupo social a que pertencia o segurado.

Não foram poucas as conquistas sociais recebidas pela Constituição de 1988, como já dito, no tocante aos modelos dos grupos sociais familiares e seus integrantes, no que respeita à interação com o segurado, categorizados na cláusula “cônjuge ou companheiro e dependentes”.

Assim, a concretização pelo legislador do direito à pensão por morte tinha de levar em conta, na fundamentação subjetiva, a relevância do significado dessa norma “consagradora de um direito fundamental para o particular, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade”.¹⁸⁶

Significa dizer que a presunção de necessidade não pode ser absoluta em favor de certos beneficiários, daí resultando classes de exclusão de outros tantos, se em causa estiver a importância dessa norma fundamental para o desenvolvimento de sua personalidade, para os seus interesses e idéias.

No direito anterior à Constituição de 1988, vezes se opuseram às classes preferenciais, por identificarem nelas resquícios do direito à herança, haja vista a lição de Aginaldo Simões:

Uma vez que a pensão não constitui herança e sim *amparo* aos dependentes, em boa lógica a todos os *dependentes* precisa amparar, e somente enquanto permanecer o vínculo da dependência, embora não mais do salário que o segurado ganhava, mas dos meios de subsistência que sua contribuição garantiu aos dependentes. Há de se considerar a família na sua *unidade*, tal como o segurado a mantinha – na dependência da mesma economia doméstica – agora representada pela viúva ou por aquele dentre os dependentes que, por direito ou mandato dos demais, assumir a chefia do lar. (...) A divisão dos *dependentes* em grupos preferenciais que excluem os

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 546.

grupos posteriores, segundo uma estabelecida ordem de *vocação*, não encontra apoio na lógica da segurança social. (...) Aquela *ordem de vocação* nada mais é que um vestígio da falsa idéia de que a pensão representa herança..¹⁸⁷ (grifos originais).

Prevalecia na estrutura legal da pensão a ordem de preferência em tudo semelhante à vocação hereditária do Código Civil de 1916, em estrita correlação com a família patriarcal, encimada pelo chefe da clã e complementada pelos seus dependentes.

Nesse sentido, pronuncia-se Heloisa Hernandez Derzi:

A proteção previdenciária advém de um fundo social constituído com base na solidariedade social. Não tem natureza patrimonial; por conseguinte, não pode ser transmitido aos herdeiros do segurado. Se assim é, a presunção absoluta da dependência econômica do cônjuge ou companheiro(a) não está de conformidade com a natureza jurídica do benefício da pensão por morte. O atual modelo previdenciário não pode conceder pensão vitalícia a cônjuges que possuem capacidade para manter a própria sobrevivência. *Esse procedimento justificava-se à época em que ao cônjuge feminino não era dado direito ao exercício de atividade profissional fora do âmbito familiar, fato que podia representar incapacidade de prover o próprio sustento, já que a mulher se afastava do mercado de trabalho ou nem mesmo estava habilitada para nele se inserir.*¹⁸⁸ (grifos nossos)

Ora, operaram-se substanciais transformações no modo de ver a família e seus componentes, o que não poderia ser ignorado pelo legislador, sendo de se assinalar a igual dignidade de seus membros, externamente no atinente às novas famílias reconhecidas pela Carta Magna, e internamente dentro do próprio grupo social, assim como a isonomia e a solidariedade familiar.

Esses aspectos de presunção de necessidade e classes de beneficiários mostram, por conseguinte, o desacerto legal quanto àquilo já exposto sobre as entidades familiares, pelo que se deplora a acomodação do legislador ao retomar posições jurídicas legais inteiramente superadas pelas posições jurídicas introduzidas pela Constituição de 1988 a respeito de

¹⁸⁷ SIMÕES, Aguinaldo, *Princípios de segurança social: previdência social e assistência social*, cit., p. 139. Ver também: CARDONE, Marly A. *Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo, LTr, 1990. p. 69; OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de, *Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente*, cit., p. 111; e mais recentemente: MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário: previdência social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 2, p. 179.

¹⁸⁸ DERZI, Heloisa Hernandez, *Os beneficiários da pensão por morte: regime geral da previdência social*, cit., p. 228.

família e previdência social, ao editar a lei do regime geral da previdência social (Lei n. 8.213/91).

4.6.3 Os dependentes na Constituição

Na linha de raciocínio até aqui desenvolvida, a expressão “dependentes” foi constitucionalizada pela Constituição de 1988, o que significa dizer que a interposição do legislador não pode contemplar quem não o é, logo o conceito de dependente não abarca o cônjuge e o companheiro, haja vista a diferença prescrita na Lei Fundamental, no artigo 201, V, insuscetível de ser afastada na lei conformadora da pensão por morte.

De fato, o vínculo jurídico formado entre o cônjuge e o instituidor da pensão é idêntico ao que o liga a qualquer figura de companheiro, todos, sem exclusão, equiparados em direitos e deveres inerentes às entidades familiares, uma vez que, nos termos do artigo 226, parágrafo 5º, da Carta Magna, os direitos e deveres de toda e qualquer entidade familiar são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A reciprocidade do dever de sustento entre pais e filhos, definida pelo artigo 229 da Constituição, informa a relação entre o instituidor e os dependentes, logo essa igual dignidade de pais e filhos é inconfundível com o dever de mútua assistência entre cônjuges ou entre companheiros; o que aproxima uns e outros é tão-só o direito à proteção pela realização do trabalho passado do segurado falecido.

No entanto, o legislador tratou a todos como dependentes, não sendo caso de conspirar a esta altura a respeito de sua constitucionalidade, e sim apontar as situações em que deva prevalecer, mediante interpretação e integração, a supremacia constitucional.

4.6.3.1 O retrocesso social

Em rigor, a universalidade subjetiva acha-se mitigada no tocante aos dependentes do instituidor do benefício, pois não basta pertencer ao grupo social e cair em estado de necessidade, ao deixar de ser sustentado economicamente pelo segurado.

Sob esse prisma, o legislador está autorizado, pelo enunciado normativo do artigo 201, V, da Constituição de 1988, a eleger, segundo critérios legais, dentre os que dependiam do segurado, apenas aqueles que irão auferir os meios de subsistência do seguro social.

Por bom tempo, entretanto, o legislador autorizou a escolha pelo próprio segurado, como o caso da “pessoa designada”, em que eram dominantes as situações de fato, mas, em realidade, a regra serviu mesmo para cristalizar o benefício na pessoa da “companheira”.

Por sinal, como se percebe, a regra do inciso IV do artigo 16 da Lei n. 8.213/91, até ser revogada, pela Lei n. 9.032/95, tampouco obstava a indicação de companheiro homossexual, na condição de dependente do segurado, desde que a pessoa designada fosse menor de 21 anos ou maior de 60 anos, ou ainda inválida.

Assim pensa Heloisa Hernandez Derzi, ao criticar a abolição da figura da “pessoa designada”, ao abordar a união homoafetiva e a proteção previdenciária:

Trata-se da classe de dependentes conhecida como “pessoa designada”, que se destinava a albergar os excluídos do ordenamento jurídico definidor da família. Não se exigia que tivesse havido convivência com o segurado, tampouco vínculos de afetividade, bastando que se comprovasse o estado de dependência econômica, o qual, por sua vez, podia ser resumido na incapacidade para prover o próprio sustento. Como se vê, a legislação previdenciária jamais procedeu a qualquer discriminação em relação aos potenciais beneficiários da pensão por morte, permitindo que esta alcançasse efetivamente aqueles cujo sustento advinha do segurado. E esta é a diretriz universalista da proteção social.¹⁸⁹

¹⁸⁹ DERZI, Heloisa Hernandez, *Os beneficiários da pensão por morte: regime geral da previdência social*, cit., p. 251.

Em suma, se a lei chegou a regular o direito à pensão da pessoa designada, não poderia posteriormente, em desacordo com o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, eliminar o núcleo essencial desse direito, porque isso importa afetar a dignidade do beneficiário e do próprio segurado, tendo em vista a confiança que tinha de não ser menoscabada a sua vontade.

4.6.3.2 Menor sob guarda

Ao regulamentar a pensão por morte, assim dispõe a atual redação da Lei n. 8.213/91:

Artigo 16 - São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

§ 1 - A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º - O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º - Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

§ 4º - A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Anteriormente à supressão pela Lei n. 9.528/97, a figura do menor sob guarda era equiparada ao filho pelo artigo 16, parágrafo 2º, da Lei n. 8.213/91, *in verbis*:

§ 2º - Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

A exclusão do menor sob guarda do rol dos dependentes é de duvidosa constitucionalidade, por força de sua inclusão constitucional, prescrita no artigo 227, parágrafo 3º, inciso VI, na chamada “família substituta”, sobre a qual elucida José Afonso da Silva:

O inciso VI do parágrafo 3º do artigo 227 da Constituição Federal prevê o estímulo do Poder Público, por qualquer modo – pois a enumeração é puramente exemplificativa –, ao “acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfão ou abandonado”. Tem-se por esse modo a forma de uma *família substituta* da família natural. Esta, como se sabe, é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. “Família natural”, aqui, abrange qualquer entidade familiar, incluindo a união estável. (...) A assunção da *guarda* ou *tutela* da criança ou do adolescente por família substituta é um encargo, que implica a responsabilidade do encarregado, sob compromisso de fielmente desempenhá-lo, mediante termo aos autos. A *guarda* obriga à prestação de assistência material, moral e educacional, conferindo ao seu detentor o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais.¹⁹⁰ (grifos originais)

Na defesa de o menor sob guarda entre os beneficiários da pensão por morte, Antonio César Bochenek mostra que não faz sentido manter quem tem patrimônio (menor tutelado) e excluir que não tem bens (menor sob guarda), *in verbis*:

A redação da Lei 9.528/97 apenas separou figuras que recebiam tratamento idêntico, mas apresentam diferenças. A nova redação não fez mais do que evidenciar o fato de que, enquanto o menor tutelado e o enteado não necessariamente são pessoas dependentes do ponto de vista financeiro, podendo ser detentoras de patrimônios em bens ou direitos, fruto de herança ou da condição pessoal dos seus ascendentes (e por isso são tutelados) não necessitam de comprovação da dependência econômica. O menor sob guarda, necessariamente, só veste tal condição por necessitar da prestação de assistência material, moral e educacional, tal como os filhos. Logo, não poderia receber tratamento diferente.¹⁹¹

Conforme se percebe, a supressão do “menor sob guarda” do rol dos beneficiários identificados pelo legislador está em confronto direto com o que estabelece o texto constitucional, ao impedir a criança ou adolescente de obter a formação de sua personalidade em meio a uma família substituta, à semelhança da família natural.

Essa postura do legislador espelha um retrocesso social, na exata medida da fala de Canotilho:

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 858.

¹⁹¹ BOCHENEK, Antonio César. Benefícios devidos aos dependentes do regime geral da previdência social. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio (Orgs.). *Curso de especialização em direito previdenciário: benefícios da seguridade social*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2, p. 330.

O princípio da democracia económica e social apontada para a proibição do retrocesso social. (...) Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação, etc.), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema “fático” da irreversibilidade das conquistas sociais, o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, a diminuição de direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural. (...) Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras das chamadas “conquistas sociais” (...).¹⁹²

Não obstante os ponderáveis argumentos em desfavor da guarda¹⁹³, a verdade é que ela foi positivada pela Constituição e concretizada pela lei previdenciária, e por isso não é admissível se lhe antepor a mudança do regime jurídico para retirá-lo do ordenamento.

Esse fundamento implica excluir o conteúdo essencial desse direito fundamental e não se pode dizer que essa medida irá proteger bens jurídicos mais importantes, por ser inimaginável considerar como constitucional uma restrição de tal ordem, que não apenas invada o conteúdo do direito, mas o elimine de todo.

4.6.3.3 Filhos e equiparados

Os deveres de assistir, criar e educar os filhos menores conjugam-se com os deveres da família, da sociedade e do Estado, arrolados uns e outros nos artigos 227 e 229 da Constituição de 1988.

Basicamente, o artigo 229, em sua primeira parte, acentua os deveres dos pais em relação aos filhos menores, não emancipados, um múnus público, haja em vista as necessidades económicas a serem supridas até que atinjam a maioridade (dever de sustento).

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 474.

¹⁹³ ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: LEUD, 2007. p. 193; ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2008. p. 101.

Esses e outros deveres enumerados no artigo 227 (especialmente direcionados ao grupo familiar, ao Estado e à sociedade) compõem o cardápio dos direitos de proteção familiar e proteção especial dos filhos (criança e adolescente), havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, cessando os deveres com a maioridade, ou seja, ao completarem dezoito anos de idade.

O traço peculiar da dependência dos filhos a que se equiparam o enteado e o menor tutelado situa-se, como visto, na perda de meios de subsistência de que dispunha o segurado para fazer frente às necessidades vitais de seus dependentes (ou do cônjuge e do companheiro), de tal sorte que a morte do segurado apenas instaura o quadro imanente à condição de filho menor.

4.6.3.4 Dependente universitário

Dentre as várias soluções possíveis, a lei de benefícios do regime geral da previdência social decidiu manter a data já constante da regra em vigor, isto é, a data da maioridade do Código Civil de 1916 – 21 (vinte e um) anos de idade –, para a cessação do benefício.¹⁹⁴

Os filhos (e os equiparados) fazem jus à proteção social por direito próprio, em virtude das necessidades econômicas instauradas pela morte, cuja contingência social exprime falta ou diminuição de meios de subsistência que lhes proporcionava o segurado, instituidor da pensão.

Lado a lado com outras contingências sociais eleitas pelo artigo 201 da Constituição, todas essas situações constituem corolário da dignidade humana, que nesse quadro social assume, como valor, a posição de fundamento normativo de nossa Constituição (art. 1º, III).

¹⁹⁴ Lei n. 8.213/91: “Artigo 77 - (...) § 2º - A parte individual da pensão extingue-se: I - pela morte do pensionista; II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido.”

Cumpra ter em mente que o risco de não concluir o curso superior afeta não apenas o dependente, mas igualmente a coletividade, a quem se destina, em simultâneo, a capacitação intelectual e profissional das pessoas, segundo acentua Jorge Miranda:

A frequência do ensino superior implica, ao mesmo tempo, o exercício de um direito pessoal complexo (ou de um feixe de direitos pessoais) e um instrumento de elevação do nível educativo, cultural e científico do país. Representa um benefício para os próprios e um benefício para a colectividade.¹⁹⁵

Sob essa perspectiva é que necessita ser analisada a situação do dependente que ainda não completou o curso superior e está prestes a atingir a idade que o legislador ordinário considerou adequada à extinção da pensão por morte.

Não se concebe situação dessa ordem que ameace o pleno exercício da dignidade humana, ao limitar, pela idade, o livre desenvolvimento da personalidade, por não ser possível ao dependente de vinte e um anos realizar ele próprio suas necessidades, ou por acarretar sensível desequilíbrio dos meios de subsistência.

Selecionada pela Constituição (art. 194, III), a pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, toca ao legislador ordinário observar dois comandos: a) desnecessidade de criação, majoração ou extensão de fonte de custeio; b) necessidade de observância do núcleo essencial do direito.

Ou seja, a pensão por morte devida aos dependentes prescinde da fonte de custeio (art. 195, § 5º da CF), como estabelece a Constituição Federal, ao considerá-la regra limitativa da criação de novos benefícios, inaplicável, portanto, àqueles diretamente por ela criados.¹⁹⁶

Sob outro ângulo, ao remeter a Constituição à mediação legislativa (“nos termos da lei”) a concretização do direito dos dependentes, não autorizou à lei ordinária sacrificar legítimos direitos de libertação das necessidades sociais que impeçam o desenvolvimento de potencialidades destinadas ao alcance de uma vida melhor.¹⁹⁷

¹⁹⁵ MIRANDA, Jorge. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. v. 1, p. 735.

¹⁹⁶ AgR RE n. 260.445/MS, rel. Min. Ellen Gracie.

¹⁹⁷ MIRANDA, Jorge. Estado social e direitos fundamentais. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça*: edição comemorativa 15 anos. [Coordenado pelo] Gabinete do Ministro-Diretor da Revista. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005.

É que o acesso a níveis superiores de ensino do dependente, como é intuitivo, não fez desaparecer as necessidades vitais que decorrem da contingência social (morte), pois, aqui, a dependência identifica-se com o que faria o segurado (pai, mãe etc.), se não tivesse falecido.

Extinguir a pensão do dependente que atinge a idade de vinte e um anos, que ainda não tenha concluído o curso de ensino superior ou de escola técnica de segundo grau, significa, em verdade, restrição insuperável ou de difícil superação das oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade.

Em outras palavras, ou o conjunto dos beneficiários dessa pensão veio a ser delimitado sem respeito à fundamentabilidade material dos direitos fundamentais, ou o exame do conjunto da proteção social revela discriminação de importante segmento de dependentes (os que tiveram acesso a níveis mais elevados de ensino).

Outras leis, de sua vez, protegem a dignidade do dependente sob formas variadas, como a pensão militar dos filhos ou enteados, deferida “até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários” (art. 7º, I, “d”, da Lei n. 3.765/50, com a redação da MP n. 2.215-10/2001) e a dedução do IRPF “quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento do ensino superior ou escola técnica de segundo grau” (art. 35, § 1º da Lei n. 9.250/95).

O direito de continuar os estudos universitários desses dependentes indicados no item anterior (filhos de pessoas com rendimentos tributáveis e filhos de militares) – presumivelmente situados em patamar social diverso dos hipossuficientes – irradiam-se do ordenamento constitucional e encontram fundamento de validade no direito (fundamental) de todos à educação (art. 205), e particularmente daqueles aos quais corresponde o dever do Estado de garantir não apenas o acesso, mas a permanência nos níveis mais elevados de ensino.

Aliás, conduta dessa ordem encontra de igual modo motivo na escassez de vagas oferecidas no ensino público superior, cuja gratuidade, por óbvio, nunca havia refletido no valor da pensão do filho; hoje, em dia, porém, a oferta de vagas é do ensino pago, sendo, pois, despesa corrente do dependente universitário.

Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana informa a realidade substantiva que se aspira através da proteção social a quem dependia do segurado e não deve cessar senão quando cessa a dependência, simbolizada pela conclusão do curso superior, segundo a idade normalmente esperada (24 anos).

Assim não sendo, estará eliminado em sua substância o efeito da norma protetora, de auxílio à educação e formação profissional do dependente, não mais proveniente do próprio segurado, mas indiretamente por meio da pensão, inegável situação abrangida pelo conceito constitucional de dependente, e que não corresponde à leitura estrita do texto legal.

Sob outro prisma, cumpre não perder de vista a situação do filho, enteado ou menor sob guarda ou tutela, e ainda do irmão órfão de militar que recebe a pensão até vinte e quatro anos de idade, se estudante universitário.

Não são militares esses dependentes, mas filhos de militares; logo ostentam, nas universidades privadas, a mesma situação dos dependentes, filhos de servidores de regime próprio, ou dependentes, filhos de segurados do regime geral da previdência social.

Dispõe a Lei n. 3.765/60, alterada pela Medida Provisória n. 2.215-10, de 31.08.2001:

Artigo 7º - A pensão militar é deferida (...), na ordem de prioridade e condições a seguir:

I - (...)

d) filhos ou enteados até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez; e

e) menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade ou, se inválido, enquanto durar a invalidez.

(...)

III - (...)

a) o irmão órfão, até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade, e o inválido, enquanto durar a invalidez, comprovada a dependência econômica do militar;

Consoante o artigo 6º da Carta Magna, o direito à educação é direito fundamental social e é direito de todos, *in verbis*:

Artigo 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Dessa maneira, o texto normativo do regime previdenciário militar é direito justo, pois não só atende ao dependente, como a própria sociedade se beneficia com o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O que autoriza, entretanto, a discriminação dos dependentes universitários de servidores militares em relação aos dependentes universitários dos servidores civis e trabalhadores em geral? É, de fato, uma categoria diferenciada a dos dependentes universitários dos servidores militares?

Em suma, o que essa situação deixa transparecer é o fato do favorecimento que se observa, sem que existam razões para o discrimen.

O tratamento desigual é permitido quando existe uma razão suficiente para ordená-lo. Se não existe uma razão suficiente para permitir um tratamento desigual, então o tratamento deve ser igual.¹⁹⁸

Não há razão suficiente para estabelecer normativamente tratamento diferenciado entre o dependente universitário do regime previdenciário militar e o dependente universitário de regime próprio ou do regime geral da previdência social.

No voto que proferiu na ADI n. 3.324, disse o Ministro Gilmar Mendes, com apoio em Robert Alexy:

(...) a observância do princípio da isonomia estaria vinculada ao oferecimento de razões suficientes aptas a autorizar um tratamento desigual ou mesmo exigi-lo. (...) Com isso, a aplicação do princípio da isonomia converte-se em um discurso prático acerca da eventual existência e suficiência de razões legitimadoras de não-identidades em face do princípio da isonomia.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 421.

É indisfarçável a falta de suficientes razões legitimadoras de não-identidades diante do princípio da isonomia, pelo que o tratamento diferenciado dos dependentes universitários do regime de previdência militar é de ser recomendado em relação aos dependentes universitários de regime próprio ou do regime geral da previdência social.

É importante que se tenha por incluído no regime geral e nos regimes próprios, ao lado do dependente que não cursou o ensino superior, o dependente universitário, para propiciar-lhe o mesmo tratamento reservado pela lei ao dependente universitário do regime previdenciário militar, em respeito ao princípio da isonomia, pondo fim a tal forma de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

Em tais condições, a interpretação necessita pautar-se de acordo com a força normativa da Constituição, extraída dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e dos objetivos fundamentais nacionais, assim como do direito dos dependentes à pensão por morte e à educação superior, traduzida esta não apenas no acesso, mas também na permanência no ensino superior.

Só assim se concretiza o livre desenvolvimento da personalidade do dependente e se promove a dignidade da pessoa humana, pondo-se termo à perpetuação de iníqua discriminação por idade, com vistas a construir uma sociedade livre, justa e solidária (arts. 1º, II, III, e 3º, I e IV da CF).

É, portanto indispensável vincular o direito à proteção social aos objetivos de pleno desenvolvimento das faculdades da pessoa humana, com a garantia da pensão por morte perdurar até o dependente universitário completar a idade de vinte e quatro anos, consentânea e razoável com o que faria o segurado, se não tivesse falecido.

Assim, selecionada a pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes na Constituição Federal, a lei ordinária não pode reduzir o rol dos beneficiários nem o período de gozo do benefício. Daí ser questionável limitar a pensão aos que completam vinte e um anos e demonstram que ainda não concluíram o curso superior, pois ainda não desapareceu de todo o risco social. Aqui, o conceito de dependente deve corresponder ao que faria o segurado se não tivesse falecido.

4.6.3.5 Cônjuge e companheiro, com ou sem alimentos

O fato da separação ou divórcio pode não determinar a extinção do benefício de pensão por morte, se bem que as figuras do ex-cônjuge e do ex-companheiro devem ser excluídas do âmbito de proteção social se e quando dispuserem de recursos para se manterem, a revelar ausência de estado de necessidade.

A Constituição de 1988 não afasta, todavia, essas pessoas quando for determinado sejam postos à disposição delas os meios de subsistência disponíveis, em virtude de acordo ou decisão judicial, destinados a assegurar a percepção de alimentos no divórcio e na separação (art. 226, § 6º, da CF).

Destarte, a prestação previdenciária mantém-se incólume enquanto não modificada a equação da obrigação alimentar, mesmo se findar o matrimônio ou a união estável, pois o dever de mútua assistência perdura, ou, em outras palavras, entende-se ainda subsistir o estado de necessidade.¹⁹⁹

Todavia, se o cônjuge ou o companheiro abriu mão da recíproca assistência para além da separação e do divórcio, abriu mão, de igual modo, da pensão por morte, uma vez que isso é sinal do término do estado de necessidade.

Reforça esse posicionamento a lição de Miguel Horvath Junior:

A Súmula n. 379 do STF, decerto concebida ainda sob a égide um pensamento mais tutelar e protetivo quanto aos direitos da mulher (que é, de sabença geral, quem acaba renunciando aos alimentos) não mais se mostra adequado à realidade de nossos dias. Isso porque, não há qualquer razão lógica ou mesmo jurídica que justifique uma posição desequilibrada em favor de alguém que ostenta tantos direitos quanto quaisquer outros.²⁰⁰

Para contemplar o ex-cônjuge ou o ex-companheiro, seria indispensável obedecer ao disposto na regra do artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição de 1988, sobre o que convém a lição de Wagner Balera: “Temos considerado que essa diretriz, que denominamos regra da

¹⁹⁹ Artigo 76, parágrafo 2º, da Lei n. 8.213/91.

²⁰⁰ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Lei previdenciária comentada: Lei n. 8.213/91: Planos de benefícios*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 73.

contrapartida, desvela a preocupação do legislador constituinte, vedando a criação de benefícios e serviços sem previsão da fonte de custeio, com o equilíbrio financeiro do sistema de proteção social.”²⁰¹

Em conclusão, o reconhecimento judicial do direito à pensão, através de súmulas, diante dessas exigências, entra em conflito com a Carta Magna, em dois pontos: a) houve a cessação do dever de mútua assistência, logo não se trata mais das figuras arroladas no artigo 201, V (cônjuge ou companheiro e dependente); b) essa espécie de prestação em favor de quem não está identificado no artigo 201, V, não foi contemplada pela Constituição, nem foi criada a fonte de custeio, e logo há ofensa à regra da contrapartida.

4.6.3.6 Pais e irmãos do segurado

A segunda parte do artigo 229 do texto constitucional constitui o fundamento de validade de os pais serem favorecidos com a pensão por morte em caso de óbito do filho, e no artigo 230 há a reiteração do dever do filho maior de prover a manutenção do pai idoso, uma linha de frente inicial, a tornar subsidiária a prestação do artigo 203, V, da Carta Magna.

Qualquer dos pais e seus descendentes, isto é, irmãos do segurado falecido, podem outrossim constituir uma entidade familiar, ou seja, a família monoparental, reconhecida no artigo 226, parágrafo 4º, da Constituição, cujos direitos previdenciários ainda não foram estabelecidos pelo legislador; por isso mesmo, não será caso de se estranharem situações de conflituosidade entre uma e outra figura a respeito da pensão por morte.

Enfim, o irmão do segurado tanto é o irmão bilateral quanto unilateral, se ambos procedem do mesmo pai ou da mesma mãe, estando aqui autorizado o legislador a concretizar a norma, operando nos limites dela e do seu conteúdo de realidade, criando uma dependência entre irmãos não apenas bilaterais, mas também unilaterais.

²⁰¹ BALERA, Wagner, *Sistema de seguridade social*, cit., p. 39.

5 CONCLUSÃO

Mais se estuda a lei previdenciária do regime geral do que os direitos fundamentais da previdência social, no entanto o fenômeno da constitucionalização de todos os ramos de direito indica a necessidade de aprofundamento da investigação das contingências positivadas no texto constitucional, particularmente das figuras do cônjuge, do companheiro e dos dependentes.

A essa conclusão se chega porque a concretização do direito fundamental à previdência social se fez sem levar em consideração as modificações ocorridas nos institutos da família, do trabalho e da educação.

Com efeito, o direito fundamental à pensão por morte, concretizado pelo texto normativo da Lei n. 8.213/91, não se conforma com o que se encontra positivado na Constituição de 1988, pois se acha baseado na Lei n. 3.807/60 e na Consolidação das Leis da Previdência Social (Dec. n. 84.312/84).

É que as raízes do direito à pensão por morte procedem do direito de família, na sua perspectiva liberal, talhada nas anteriores Constituições e no Código Civil de 1916, que dessa forma impregnou as antigas leis previdenciárias, fonte de inspiração do legislador da atual lei previdenciária; daí a falta de harmonia entre ela e a Constituição de 1988, em várias situações, e especificamente quanto à pensão por morte.

Assim é que a Lei n. 8.213/91, em aspectos relacionados com os beneficiários da pensão por morte, reproduziu em boa parte a antiga lei previdenciária e sua posterior consolidação, ao deixar de fazer a distinção devida entre as figuras do cônjuge, do companheiro e dos dependentes, agregando-os impropriamente sob o título de “dependentes”.

Como visto, ignorou a emancipação da mulher, o seu ingresso no mercado de trabalho e sua independência econômica, apesar de assimilada e consagrada no texto constitucional.

Hoje em dia, a perda do cônjuge ou do companheiro radica-se no término da relação de afeto. Essa a falta que todo cônjuge ou companheiro sofre, mas nem todos sofrem a perda

econômica. Pode não acontecer o estado de necessidade, se houver meios próprios de subsistência.

Não é aceitável falar, na atualidade, em presunção de dependência econômica, situação essa que se justificava na época da família patriarcal, quando se reconhecia a submissão da mulher no ambiente doméstico.

Havendo plena igualdade entre os cônjuges ou entre companheiros, um e outro devem concorrer para suprir a carência dos dependentes, por isso mesmo não podem ser rotulados de “dependentes”.

Doutra sorte, o legislador não se apercebeu de que o ensino superior deixara de ser público e, conseqüentemente, o ensino privado iria reduzir a oportunidade do dependente continuar seus estudos universitários depois de atingida a idade prevista em lei para cessação do benefício, no que ignorou a força normativa, a unidade da Constituição e a concordância prática que a lei deve ter com a Lei Fundamental.

Tampouco se justificam as classes na atual lei previdenciária, diante dos argumentos já externados, porque eliminam o direito fundamental à pensão por morte dos beneficiários que mais sentiram de perto a perda dos meios de subsistência, em favor de outros que, pelo só fato de os precederem na classe, irão receber a prestação, sem provar o real estado de necessidade que caracteriza a dependência econômica.

Anote-se, outrossim, que a essas ponderações críticas, outras se justificariam em novo estudo que ultrapassasse os lindes dessas reflexões sobre os beneficiários da pensão por morte, para sincronizar a lei previdenciária do regime geral com o direito fundamental à previdência social.

Por derradeiro, é imprescindível distinguir os direitos sociais em vias de concretização dos direitos sociais já concretizados. A literatura nacional não se preocupa com essa distinção. Trata todos indistintamente. Um exemplo frisante é o relativo aos custos dos direitos sociais, pois muitos se dedicam a falar da previdência social sem tocar nesse tema, porque o desconhecem.

De fato, essa alheação tem seu clímax no desconhecimento da doutrina relativa ao orçamento da seguridade social. Os melhores constitucionalistas não dedicam uma só palavra à maneira como o constituinte supriu de recursos o sistema da seguridade social, nem mesmo sobre o desvio de arrecadação que vem acontecendo.

6 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2007.

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

ALMANSA PASTOR, José Manuel. *Derecho de la seguridad social*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed., reimpr. Coimbra: Almedina, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 3.

ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social: teoria geral: legislação brasileira*. Rio de Janeiro. Fundação Getulio Vargas, 1963.

BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário: atualizado com a reforma da previdência*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. A organização e o custeio da seguridade social. In: BALERA, Wagner (Coord.). *Curso de direito previdenciário: homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*. São Paulo: LTr, 1992.

_____. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Sistema de seguridade social*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

BALERA, Wagner (Coord.). *Curso de direito previdenciário: homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*. São Paulo: LTr, 1992.

BÁNKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a lei*. Tradução de Arthur Maria Ferreira Neto, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Lucas Bortolozzo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 63/64, p. 1-49, jan./dez. 2006.

BECK, Ulrich. *O que é globalização?* São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BEVERIDGE, William. *O Plano Beveridge: relatório sobre o seguro social e serviços*. Tradução de Almir de Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. 5. ed. corr. e augm. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

BOCHENEK, Antonio César. Benefícios devidos aos dependentes do regime geral da previdência social. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio (Orgs.). *Curso de especialização em direito previdenciário: benefícios da seguridade social*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. totalmente refund. e aum. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. O direito constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Revista de Doutrina da 4ª Região*, EMAGIS, v. 22, p. 15-38, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9-10.

CARDONE, Marly A. *Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo, LTr, 1990.

COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1990.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública; Herri-Arduralaritzaren Erakundea, 1998.

DERZI, Heloisa Hernandez. *Os beneficiários da pensão por morte: regime geral da previdência social*. São Paulo: Lex, 2004.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: Método, 2008.

DIAS, Fernando Álvares Correia. *Desvinculação de receitas da união, gastos sociais e ajuste fiscal*. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, fev. 2008. (Texto para Discussão, n. 38, p. 8. (http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao/texto38-fernandodias1.pdf>). Acesso em: 15 jan. 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALLEIROS, Helvio. Os custos dos direitos sociais. *Jornal da Tarde*, São Paulo, n. 6.863, p. 17, 11 abr. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/108866>>. Acesso

FERNANDES, Anníbal. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social: Prorural, acidentes do trabalho rural*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1987. v. 1.

_____. *A Constituição da transição democrática e os trabalhadores: a Constituição ao alcance de todos*. São Paulo: Novos Rumos; Cidade Nova, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura “sui generis”*. São Paulo, Dialética, 2000.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2. ed. 4. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Lei previdenciária comentada: Lei n. 8.213/91: Planos de benefícios*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LEITE, Celso Barroso. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1992.

LEITE, Celso Barroso; VELLOSO, Luiz Paranhos. *Previdência social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. São Paulo: LTr, 1993.

_____. *Curso de direito previdenciário: previdência social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 2.

MARTINS, Leonardo. Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v. 32, n. 98, p. 161-193, jun. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. 1. _____ . Estado social e direitos fundamentais. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça*: edição comemorativa 15 anos. [Coordenado pelo] Gabinete do Ministro-Diretor da Revista. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. _____ . *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 4.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 47-63, set. 2000.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NASCIMENTO, Sérgio do. *Interpretação do direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTEL, Marcelo; RIBEIRO, Hélio Carneiro; PESSOA, Moacyr Duarte. *A previdência social brasileira interpretada*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Tradução de Fanny Wrobel. 2. ed., 14. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946: arts. 129 a 144*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947. v. 3.

_____. *Comentários à Constituição de 1967: arts. 113-150 parágrafo 1º*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. v. 4.

PORTUGAL. Assembléia da República. Direcção de Serviços de Documentação, Informação e Comunicação. Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar. *Casamento e outras formas de vida em comum entre pessoas do mesmo sexo*. Trabalho comparado: Lisete Gravito e Maria Leitão. Colaboradora: Rosário Campos. Lisboa, Portugal, 2007. (Temas, n. 26). Disponível em: <www.asg-plp.org/upload/cadernos_tematicos/doc_132.pdf>. Acesso em 31 mar. 2009.

PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2008.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SANTORO-PASSARELLI, F. *Teoria geral do direito civil*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida, 1967.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. El futuro de Estado del bienestar. Conferencia pronunciada en el “Círculo de Economía” de Barcelona. *Factoria*, n. 8, fev./mayo 1999. Disponível em: <<http://www.revistalafactoria.eu/articulo.php?id=119>>. Acesso em: 31 mar. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÕES, Aguinaldo. *Princípios de segurança social: previdência social e assistência social*. São Paulo: [S. n.], 1967.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 153-185.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Previdência social brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A constitucionalização do direito financeiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 961-986.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. e atual. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)