



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (STRICTO SENSU)
MESTRADO ACADÊMICO**

**A SEGURIDADE SOCIAL COMO INSTRUMENTO NA EFETIVAÇÃO
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

JOSÉ HUÉLITO MAIA BRASIL

FORTALEZA-CEARÁ

2010

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

A SEGURIDADE SOCIAL COMO INSTRUMENTO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Dissertação apresentada à Universidade Federal
do Ceará, Curso de Mestrado em Direito, como
requisito para qualificação do Projeto e a parcial
obtenção do Título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Emmanuel Teófilo Furtado**

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus pelo direito a vida e a capacidade para o estudo e ao trabalho, seguindo-se de meus pais Francisco e Aracy, a esposa Lúcia e filha Lícia pela confiança, apoio, compreensão e estímulo à realização de estudos acadêmicos.

Agradeço ainda, ao Prof. Dr. Emmanuel Teófilo Furtado pela orientação e acompanhamento no desenvolvimento do presente trabalho; ao Dr. João Luis Matias Nogueira-Coordenador do Mestrado, aos Membros da Banca Examinadora, Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias e Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz; demais professores e servidores do Curso de Mestrado em Direito da UFC pela atenção e compromisso com os mestrandos.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância e a realidade da Seguridade Social Como Instrumento na Efetivação de Direitos Fundamentais, diante de sua interligação com as outras áreas dos direitos sociais como é o caso da educação, da moradia, do direito ao trabalho, ao meio ambiente e à renda digna. Inicialmente, trata-se dos Direitos Humanos reconhecidos em nível geral e internacional, bem como de sua inclusão nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados com a denominação de Direitos Fundamentais, sob a forma de direitos individuais, coletivos e sociais. No capítulo segundo faz-se referência aos direitos sociais no contexto da Constituição Federal brasileira, conforme disposições do art. 6º, especialmente aos direitos vinculados à Seguridade Social, que agrega programas e ações nas áreas de saúde, previdência social e assistência social como direitos fundamentais positivos sob a responsabilidade do Estado e da própria sociedade. Concernente aos encargos financeiros para a oferta dos direitos em destaque, há disposições sobre o financiamento da seguridade social, tendo em vista o contido no art. 195 da Constituição Federal; da Lei nº 8.212/91, que trata da organização da seguridade social e suas regras gerais de arrecadação e das demais normas afins. Nos capítulos subsequentes há alusão às ações necessárias e essenciais ao direito à saúde, que deverá ser concedido de forma universal e integral para todos, independente de sua origem, raça e condição social; além da previdência social e da assistência social, estabelecendo com isso uma forma de efetivação destes e de outros direitos sociais, que estejam por alguma razão vinculados aos direitos da seguridade social como o direito à educação de qualidade, ao meio ambiente do trabalho, à moradia, a uma renda digna e a própria vida, dentro de um contexto voltado para a razoabilidade.

Palavras-Chave: seguridade-saúde-previdência-assistência-social.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	04
------------------------	-----------

CAPÍTULO I

1-DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS:

1.1 - Dos Direitos Humanos	.06
1.2- Dos Direitos Fundamentais.....	13

CAPÍTULO II

2-DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A SEGURIDADE SOCIAL

2.1- Dos Direitos Sociais.....	19
2.2- Da Seguridade Social.....	31
a) Origem da Seguridade.....	34
b) Evolução Histórica.....	34
c) Consolidação do Sistema.....	37
d) Da Positivção Constitucional.....	37
e) Do Sistema Nacional de Seguridade Social	39
f) Dos Princípios Constitucionais.....	41

CAPÍTULO III

3- DO FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

I- Da Problemática do Tema.....	44
II- Do Sistema de Custeio da Seguridade Social.....	47

3.1- DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

3.1.1- Dos Direitos Sociais e o Mínimo Existencial.....	57
3.1.2- Da Reserva do Possível e os Direitos Sociais.....	60

3.2- DO DIREITO COMPARADO

3.2.1- Dos Aspectos Gerais.....	63
5.2.2- Dos Países do Mercosul e da União Européia.....	64

CAPÍTULO IV

4- DO DIREITO À SAÚDE

4.1- Considerações Iniciais.....	65
4.2- Da Efetivação do Direito à Saúde.....	69

CAPÍTULO V

5- DO DIREITO Á PREVIDÊNCIA SOCIAL

6.1- Da s Considerações Preliminares.....	99
6.1.1- Do Regime Geral de Previdência Social-RGPS.....	105
6.1.2- Do Regime de Previdência dos Servidores Públicos-RPPS.....	114
6.1.3- Do Regime de Previdência Complementar-RPC.....	119
6.1.4- Da Situação Financeira da Previdência Social.....	124
6.2- Da Efetivação do Direito à Previdência Social.....	126

CAPÍTULO VI

6- DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL

5.1- Das Considerações Iniciais.....	133
5.2- Da Efetivação do Direito à Assistência Social	146

CONCLUSÃO.....	153
-----------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	157
--	------------

INTRODUÇÃO

A Seguridade Social é uma fonte importante de segurança social para os trabalhadores e demais membros da sociedade, por ser um sistema capaz de reconhecer, disponibilizar e valorizar ações voltadas para os direitos humanos. No presente estudo, trataremos desse Sistema como Instrumento de Efetivação de Direitos Fundamentais, bem como da sua importância para a distribuição de renda e a efetiva proteção social às pessoas carentes.

A importância da seguridade social como mecanismo de proteção de Direitos Fundamentais e de respeito à dignidade da pessoa humana será demonstrada de forma evolutiva, por fazer parte da composição dos direitos sociais e estar atrelada aos direitos essenciais à definição do Estado Democrático de Direito. Como direitos inerentes à pessoa humana de maneira perpétua e permanente são inalienáveis e imprescritíveis, prevendo o ordenamento jurídico a responsabilização do Estado em caso de violação desses direitos

Na esfera da Seguridade Social estão as ações vinculadas às áreas da saúde, previdência social e assistência social como fontes indiscutíveis de proteção humana, bem-estar social e distribuição de renda, além de salvaguardar a vida de muitos brasileiros, que somente conseguem permanecer com um pouco de atenção quando conseguem, por exemplo, serviços de saúde e direito a um benefício previdenciário após o afastamento da atividade remunerada, sem deixar de reconhecer a importância das demais áreas de atuação da seguridade social.

Para o caso da Previdência Social, o Brasil com pouca tradição nos estudos e ainda, pela pressão internacional para que o Estado fique responsável apenas pela manutenção dos benefícios aos mais carentes, enquanto os demais recorrem ao mercado financeiro complementar, acaba por negligenciar na efetivação dos direitos positivados na Carta Magna.

No Brasil, como em outros países voltados para uma política das grandes empresas e investidores, tem-se observado um objetivo capitalista de privatização dos lucros e socialização dos prejuízos, razão da necessidade da apresentação de projetos pelo respeito e em conformidade com a ordem jurídica constitucional de natureza cidadã.

Atualmente, há uma tendência recebida pela globalização da economia de privatizar direitos e até mesmo a cidadania, transformando-os em mercadoria e deixando a cada um de maneira individual, a busca pela própria proteção, inclusive comprando aposentadoria ou plano de saúde, quando na verdade cabe ao Estado contribuir para que isto não aconteça, oferecendo um sistema de amparo amplo, público, eficiente e voltado para todos, independente de sua origem ou condição social.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais são desrespeitados pela ausência de ações vinculadas aos direitos sociais como a seguridade social, cujos sistemas implantados a cada ano nos países em desenvolvimento seguem uma tendência para atender as orientações econômicas e a política privatista sobre direitos sociais, incompatíveis com um modelo social de caráter universal e integral.

Assim, pretende-se apontar as falácias do discurso governamental do custeio e, primordialmente, apresentar mecanismos que devem ser integrados ao Sistema de Proteção Social da Seguridade Social, especialmente vinculados aos direitos sociais como braço dos direitos e garantias fundamentais, cuja implementação se coaduna como essencial à dignidade humana.

Discute-se a importância da efetivação dos direitos sociais à saúde, independente da origem ou raça da pessoa humana, se branco, negro ou índio; da expansão dos benefícios previdenciários e assistenciais, de forma a concretizar a universalidade e a integralidade através da afinidade com outros direitos sociais, apresentando mecanismos capazes de auxiliarem numa maior efetivação dos direitos sociais, inclusive no tocante a reserva do possível e ao mínimo existencial.

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1- Dos Direitos Humanos:

É longa a caminhada empreendida pela humanidade para o reconhecimento e estabelecimento da dignidade da pessoa humana. Atualmente, não se discute, há o reconhecimento de que toda pessoa tem direitos essenciais, decorrendo daí sua importância na proteção e preservação da dignidade humana, mediante sua positivação pela inclusão nas Constituições estatais, criação de novos mecanismos para garanti-los, além da difusão de sua regulamentação por Tratados e Convenções de direitos humanos.

Uma maior atenção com os direitos humanos somente veio ocorrer a partir da visão de filósofos do séculos XVII ao interpretá-los como direitos naturais de todos os homens, universais e decorrentes da essência do ser humano, não podendo, em qualquer hipótese, serem afastados do indivíduo.

Historicamente, podemos dizer que fatos importantes na esfera política fizeram com que os direitos humanos fossem tomando forma até sua positivação jurídica e o reconhecimento internacional como um conjunto de valores indispensáveis à existência da pessoa humana, independente da origem ou raça.

Como exemplos de eventos importantes na trajetória dos direitos humanos podem ser citados: a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, que consolidaram as idéias iluministas, enunciaram a Teoria dos Direitos Humanos, fixando o caráter inicial desses direitos com relação à organização do Estado.

Em seu art. 1º a Declaração dos Direitos do Homem estabelece que “os homens nascem livres e iguais em direitos”, sendo este um documento importante na universalização dos direitos humanos, que recebe reconhecimento com primazia na positivação do tema.

No século XX, logo após a 2ª Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, editada pela ONU em 1948, internacionalizou os direitos humanos e ampliou a positivação desses direitos nas constituições de diversos países como direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.

A fundação da Organização das Nações Unidas pela Carta de São Francisco e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, certamente marcaram a expansão dos mecanismos jurídicos de proteção à pessoa humana e o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para Cançado Trindade¹, há diferença entre o Direito Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos:

“A especificidade do direito sobre a proteção internacional dos direitos humanos, além de requerer uma interpretação própria dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos, também adverte contra a inadequação de certas analogias a saber: proteção dos direitos humanos e proteção diplomática, solução de casos de direitos de direitos humanos e solução pacífica de controvérsias internacionais, recursos internos e recursos internacionais.”

Com a Declaração Universal surgiu um Sistema Internacional dos Direitos Humanos, composto pelos sistemas regionais europeu, interamericano, africano e árabe.

Os mecanismos mais destacados e decorrentes do Sistema Internacional da ONU são: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, concretizando as disposições jurídicas da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Por sua vez, os Pactos Internacionais objetivando a implementação de seus conteúdos jurídicos com a implantação em cada Estado Membro da ONU, criaram, respectivamente: o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Políticos.

No que diz respeito aos sistemas regionais, será tratado somente sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e seus principais instrumentos de concretização da proteção desses direitos nas Américas, apesar da importância dos demais para o desenvolvimento da pessoa humana em seus continentes.

¹ Apud CORREIA, Theresa Raquel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 67.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem como origem a Carta de Bogotá, de 1948, que fundou a Organização dos Estados Americanos-OEA. Em seguida, foi a vez da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que foi responsável pela instituição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos com a implantação da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, objetivando o monitoramento e a implementação dos direitos contidos na Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, passam a ser sem dúvida, importantes instrumentos de consolidação do processo de codificação dos direitos humanos nas Américas e, em decorrência, no Brasil, que atinge o ápice com a Constituição Federal de 1988.

O Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, baseiam-se na Teoria das Gerações de Direitos Humanos como sendo: os direitos de Primeira Geração, aqueles que tratam das prestações negativas do Estado como forma de respeito à liberdade individual de cada cidadão; os direitos de Segunda Geração, responsáveis pelas prestações positivas oferecidas pelo Estado na satisfação das necessidades sociais, econômicas e culturais e da igualdade entre os cidadãos.. A Terceira Geração de Direitos está vinculada à solidariedade e aos direitos ao meio ambiente, à paz e ao desenvolvimento.

Bonavides², referindo-se as gerações de direitos humanos diz que:

“A geração ou dimensão dos direitos humanos logra caracterização mais perfeita se nos afastarmos da clássica dualidade de direitos de defesa e direitos de participação, e nos ativermos, de preferência, a outro critério, a saber, o da extensão referencial de sua titularidade, passando primeiro pelo indivíduo, a seguir pelo grupo, depois pela sociedade ou comunidade propriamente dita até chegar, de último, ao gênero humano. Faz-se mister, todavia, assinalar que os direitos fundamentais da primeira geração conservam seu caráter de direitos de defesa, ao passo que os da segunda, terceira e quarta por sua vez,

² Bonavides, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros, 2004, p.17.

não perdem a índole de direitos de participação.

Sobre a segunda geração de direitos humanos, Carlos Weis³ esclarece:

“A chamada segunda geração dos direitos humanos surge em decorrência da deplorável situação da população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental constituída sobretudo por trabalhadores expulsos do campo e/ou atraídos por ofertas de trabalho nos grandes centros. Diversamente dos direitos de primeira geração, estes pressupõem o alongamento da competência estatal requerendo a intervenção do poder público para reparar as condições materiais de existência de contingentes populacionais. Traduzem-se em direitos de participação que requerem uma política pública, encaminhada a garantir o efetivo exercício daqueles, e que se realizam através dos serviços públicos”.

No Brasil, o coroamento da legitimação, fundamentação e a expectativa de efetivação dos direitos humanos ocorreu com a Carta Magna vigente, que inseriu em seu texto dispositivos com o reconhecimento de direitos fundamentais, instituindo a dignidade da pessoa humana e a busca por uma sociedade justa e solidária como fundamento e objetivo da República, dentre outros, respectivamente.

Com relação à definição e à distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais é interessante transcrever o que diz Sarlet.⁴

A terminologia diferencia direitos humanos e direitos fundamentais. Os primeiros constituem as posições jurídicas reconhecidas na esfera do Direito Internacional e o segundo, como os direitos positivados constitucionalmente no ordenamento interno. Podemos conceituar direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância integrados ao texto da

3

Weis, Carlos. Direitos Humanos Contemporâneas. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 39

⁴ Sarlet, Ingo. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 88. Salvador : Revista Diálogo Jurídico.

Constituição (fundamentalidade material) e retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos(fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo ou não, assento na Constituição formal.

No aspecto material, direitos humanos significam um conjunto de faculdades e instituições que, historicamente, concretizam as exigências à dignidade, liberdade e igualdade humanas, cujo reconhecimento ocorre pela positivação no ordenamento jurídico nacional. No aspecto formal, ocorre quando o Direito qualifica-os como essenciais à existência da pessoa humana.

Numa contextualização geral dos direitos humanos três aspectos interligados sem, contudo, confundirem-se em sua base podem ser identificados: a legitimação, que ocorre com o reconhecimento pelos Estados; a fundamentação, que consolidam a positivação sob o enfoque dos direitos individuais e sociais e ainda, a efetividade, mediante aplicação de fato dos direitos humanos legitimamente positivados no ordenamento jurídico interno dos Estados.

A positivação no ordenamento interno dos Estados dos direitos fundamentais possibilita o estudo dos direitos humanos sob os aspectos da legitimidade, a fundamentação e a efetividade desses direitos, que gera respeito à dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana é um valor moral prévio à organização social, uma qualidade imanada dos seres humanos⁵. Ao Estado cabe reconhecê-la como valor intrínseco do ser humano, pressupondo consideração pela vida e pela sua integridade e disponibilizando condições básicas a sua existência com liberdade e igualdade.

Segundo Alexy⁶, os direitos humanos são distintos dos demais direitos pela sua especial vinculação jurídica e embasados nas seguintes características: Universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratas. Os

Ano I, Vol. 1, abril/2001, p. 11.

⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. Previdência e Assistência Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 49.

⁶ ALEXY, Robert Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad.: Virgílio Afonso da Silva . São Paulo: Malheiros 2008, p.43.

direitos humanos formam um conjunto de direitos e garantias atribuíveis à generalidade das pessoas pela sua condição humana e, por isso, reconhecidos na sociedade internacional em declarações e pactos multilaterais.

Para Maria Helena Diniz⁷, na linguagem filosófica a dignidade humana, *“é o princípio moral de que o ser humano deve ser tratado como um fim e nunca como um meio”*. É, portanto, um direito humano essencial.

Os direitos humanos têm a pretensão de construir uma ordem hierárquica de direitos entre os homens, mediante uma inclusão jurídica generalizada para o acesso universal aos direitos centrais e essenciais à pessoa humana.

O universalismo dos direitos humanos , enquanto exigência da inclusão jurídica generalizada no âmbito da sociedade mundial, relaciona-se com a heterogeneidade, com os valores, os interesses e as expectativas normativas das pessoas⁸, permitindo que a noção de cidadania possa ser vista como uma dimensão reflexiva dos direitos humanos.

Para Flávia Piovesan⁹, a concepção contemporânea dos direitos humanos é marcada pela universalidade como se vê:

“ Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição da pessoa humana é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como um valor intrínseco à condição humana. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano.”

Para a universalidade dos direitos humanos, deve ser observada uma hermenêutica baseada nos princípios da interpretação teleológica, interpretação efetiva, interpretação dinâmica e na proporcionalidade. A primeira busca a realização dos objetivos constitucionais; a segunda, confere efetividade e afasta interpretações

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, Vol.2., p. 12.

⁸ Neves, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In *Direitos Sociais*(Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 , p. 424.

restritivas e a terceira, visa a aplicar as mudanças favoráveis e progressistas dos direitos humanos, dentro dos limites da razoabilidade.

Já a quarta e última, consolida-se com a busca pelo equilíbrio dos interesses da coletividade e das demandas de direitos humanos fundamentais, numa forma de universalismo e consolidação do próprio Estado Democrático e Social de Direito .

Segundo Piovesan¹⁰, a construção de um Estado voltado para a consolidação da democracia e de uma sociedade justa, aponta, necessariamente, para a exigência do reconhecimento e da institucionalização dos direitos humanos em seu ordenamento jurídico interno, por intermédio do respeito à hierarquia e à interpretação dos tratados internacionais:

“Acredita-se, ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade humana que é valor fundante do sistema constitucional”.

A positivação interna dos direitos humanos como direitos fundamentais, não deve, contudo, ser apenas simbólica, mas ter um caráter de força real que o conduza a efetivação plena na consolidação da proteção aos direitos indispensáveis à pessoa humana em toda sua existência.

Paulo Bonavides¹¹, referindo-se aos direitos humanos esclarece:

“Os direitos humanos, tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são assim os aferidores de legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda a sociedade democraticamente

⁹ Piovesan, Flávia. Planos Global, Regional e Local. IN: Direitos Sociais, p. 699.

¹⁰ Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006, p.64.

¹¹ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.528.

organizada”.

Neste contexto, o reconhecimento dos direitos humanos deve ocorrer de forma igualitária para todos, independente da origem, raça, cor e idade; da cultura, religião e costumes; ou se convivem em áreas urbana, rural ou em comunidades específicas como os ribeirinhos, quilombolas e indígenas, dentre outros, sendo suficiente apenas à condição humana.

1.2- Dos Direitos Fundamentais:

Os direitos fundamentais, denominação adotada para os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico interno, são um conjunto de direitos estabelecidos no texto constitucional de um Estado, cuja definição está no caráter básico e essencial do sistema jurídico, e que portanto, devem ser respeitados pelo Estado e pela sociedade.

A Teoria dos Direitos Fundamentais do Estado Social tem como objetivo superar uma liberdade meramente formal para atingir uma liberdade real, ultrapassando um caráter apenas negativo do Estado para uma integração por meio de pretensões positivas a prestações.

Sobre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, nesse ponto, faz-se necessário tecer algumas considerações do tema, especialmente sobre o conceito de norma de direitos humanos e a sua estrutura das normas de direitos fundamentais, facilitando a compreensão de pontos tratados no decorrer do texto.

Na visão de Alexy¹², o conceito de norma de direito fundamental compartilha de todos os problemas que dizem respeito ao conceito da norma em geral, que se relaciona com a idéia de regra, mandamento ou preceito.

Na análise da estrutura da norma de direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios, pois constitui a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chance para a solução de problemas centrais da dogmática¹³ desses direitos.

É importante, outrossim, que se faça uma sucinta referência à distinção entre os termos princípios e regras, para que prossiga de forma mais

¹² Alexy, Robert. ob.cit, p. 51.

¹³ Alexy, p. 85.

compreensiva na interpretação dos ditames normativos entre o ser e o dever ser na consolidação dos direitos fundamentais..

Os princípios expressam valores, direitos fundamentais ou fins públicos, enquanto as regras são normalmente, comandos objetivos e descritivos de condutas. Com as regras garantem-se direitos definitivos, ao passo que os princípios garantem direitos *prima facie*¹⁴, de forma que os princípios são objetivos almejados para a realização de um direito, enquanto que a elaboração da regra estabelece o direito a ser concretizado de forma fática.

A expressão direitos fundamentais designa os direitos positivados. Ou seja, reconhecidos e garantidos pelo Direito Positivo no ordenamento jurídico interno. Já a expressão direitos humanos diz respeito aos direitos positivados nas declarações e convenções internacionais.

A respeito da internacionalização dos direitos fundamentais e sua positivação interna, manifesta-se Bruno Galdino¹⁵:

“Acrescente evolução do constitucionalismo, do estado liberal ao estado social, é sem dúvida o grande vetor para o internacionalização dos direitos fundamentais, como aliás se expressa Bruno Galdino: o interculturalismo constitucional é a saída para a aceitação da sobrevivência de um constitucionalismo moderno em países desenvolvidos, assim como em países subdesenvolvidos que precisam de instrumentos constitucionais emancipados para garantir o acesso de suas populações a patamares minimamente aceitáveis de direitos sociais e econômicos”.

Segundo Jorge Miranda¹⁶, por direitos fundamentais entende-se os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na constituição. Ou seja, são os direitos

¹⁴ Barroso, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva. IN: Direitos Sociais, p. 879.

¹⁵ Galdino, Bruno. Teoria Intercultural da Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, P. 269.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Vol. IV. Coimbra: Almedina, , 1997, p. 07.

que se configuram como protetores de valores vinculados à pessoa humana, cujo reconhecimento formal e material encontram-se positivados na Constituição dos Estados Democráticos de Direito.

Esclarece, Miranda¹⁷, que a definição desses direitos é uma manifestação da existência de necessidades coletivas, dispersas por toda a comunidade, cuja concretização opera-se por modos muito diferenciados: seja por serviços da administração do Estado, seja por associações públicas ou privadas.

A chegada ao estágio atual dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico interno dos Estados não aconteceu de uma hora para outra. Foram séculos de mudanças e lutas até sua consolidação como direitos constitucionalmente positivados.

Paulo Bonavides¹⁸, assim descreve a trajetória desses direitos:

“ Do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções, a da liberdade e a da igualdade-seguidas de mais duas, que se desenrolaram debaixo de nossas vistas. Uma é a revolução da fraternidade, tendo por objeto o Homem Concreto, a ambiência planetária , o sistema ecológico, a pátria-universo. A outra é a revolução do Estado Social, em sua fase mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade.

Cada revolução daquelas intentou ou intenta tornar efetiva uma forma de Estado. Primeiro, o Estado Liberal; a seguir, o Estado Socialista; depois, o Estado Social das Constituições programáticas, assim suas declarações de direitos; e de último o Estado Social dos Direitos Fundamentais, capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem esses direitos.”

Na Carta Brasileira de 1998 estão consagrados os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade, quer em sua dimensão liberal, como a liberdade de pensamento, locomoção, intimidade e propriedade, previstas no art. 5º, IV, XV e XXII; quer na dimensão social de igualdade de chances e da solidariedade, como a função social da propriedade, a reserva de vagas públicas para portadores

¹⁷ Idem. pag.67

¹⁸ Bonavides, Paulo. O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa. In Direitos Sociais, p.66.

de deficiência, o ensino fundamental e a assistência social, à luz dos arts. 5º, XXIII; 37, VIII e 208, I da Constituição Federal¹⁹.

A inclusão dos direitos fundamentais no texto constitucional como cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, § 4º, IV, deixam-nos imunes a quaisquer ações de supressão ou reducionismo, diante da força contida no princípio da proibição de retrocesso em matéria afeta aos direitos fundamentais, sopesando por sua vez os efeitos negativos e positivos na sua aplicação.

Vale ressaltar ainda, que os direitos e garantias individuais, tal como se refere o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, deve ser entendido como um contexto sistemático alusivo aos direitos e garantias fundamentais que se encontram no Título II, englobando não apenas os direitos individuais, mas também os direitos coletivos e sociais, cujas regras somente poderão ser alteradas para ampliá-los e nunca reduzi-los ou eliminá-los.

Flávia Piovesan²⁰, sobre os direitos fundamentais, esclarece que:

“A Constituição de 1988 introduz um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país. Ineditamente, os direitos e garantias individuais são elevados a cláusulas pétreas, passando a compor o núcleo material intangível da Constituição (Art. 60º, § 4). Acolhe a idéia da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana, como princípio fundamental”.

As normas de direitos fundamentais, resultam da soma de dois fatores- fundamentalidade formal e fundamentalidade substancial. A formal decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, vinculando o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário; enquanto a fundamentalidade substancial decorre do conteúdo na formação de decisões sobre a estrutura básica do Estado e da Sociedade.²¹

No que diz respeito aos direitos fundamentais, como gerenciadores

¹⁹ Tavares, Marcelo Leonardo. Previdência e Assistência Social. Rio de Janeiro : Lumen Juris,, 2003, p. 140

²⁰ Piovesan, Flávia. Planos Global, regional e Local. IN: Direitos Sociais. ob. cit, p. 717.

da estrutura do Estado e da Sociedade, não se pode apenas estabelecer, abstratamente, normas de cunho formal ou material, é necessário acima de tudo a aplicação efetiva e eficaz de seu conteúdo para uma correta efetivação da justiça social.

Essa fundamentalidade substancial acima mencionada, permite a formação de uma teoria dos direitos fundamentais e uma concepção sistematicamente orientada sobre o caráter geral, a determinação normativa de objetivos e a extensão substancial dos direitos fundamentais, conforme a visão de Böckenförde.²²

Sarlet²³, fazendo referência às disposições constitucionais sobre os direitos fundamentais, expõe que:

“O destaque conferido pela Constituição de 1988 à tutela dos direitos fundamentais é confirmado pela abertura de um título exclusivamente para os direitos e garantias fundamentais, no qual se inserem os capítulos I(direitos e deveres individuais e coletivos), II(direitos sociais), III (direitos da nacionalidade), IV (direitos políticos), V (partidos políticos); pela atribuição de eficácia imediata às suas normas art. 5º, § 1º) vinculando os três poderes constituídos à sua observância; pela concessão do status de cláusulas pétreas aos direitos e garantias individuais(art. 60,§ 4º, IV) e de hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos(art. 5º, § 3º com redação da EC nº 45/2003); pela prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais(art. 4º,II).”

Assim, a positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional de 1988 de forma ampla e precisa, não deixa qualquer dúvida quanto à introdução de mecanismos de direitos, que efetivamente consagram de um Estado Democrático e Social de Direitos, voltado para a potencial interligação entre o constitucionalismo e a proteção da dignidade da pessoa humana em sua esfera superior, a Carta Magna.

Neste contexto,convém afirmar, que os direitos fundamentais já se encontram desgarrados da doutrina liberal pela qual se pregavam direitos

²¹ Alexy, ob. cit. p. 521/522.

²² Apud Alexy, o. cit., p. 561.

basicamente individuais, mediante a obtenção do Estado. Atualmente, considerando a evolução histórica de tais direitos, é possível afirmar que para a realização dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social, exige-se uma postura ativa do Estado que deve atuar para concretização dos direitos reclamados pela sociedade²⁴

Por este diapasão, é importante frisar que os direitos fundamentais, como direitos humanos positivados no texto constitucional, decorrem do respeito à dignidade da pessoa humana; a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e voltada para a promoção do bem de todos, indistintamente, sem qualquer preconceito, fundamentando-se apenas na figura da pessoa humana.

A garantia dos direitos fundamentais, que incluem os direitos sociais, deve ser dispensada a todas as populações, solidariamente, não levando em consideração a origem étnica, se o indivíduo é descendente de branco, negro ou índio e nem mesmo os valores que formam a sua identidade como a religião, as tradições ou os costumes.

Para os indígenas, por exemplo, há uma consciência equivocada das demais pessoas que os tratam como se não estivessem inseridos no conceito de pessoa humana, como se estivessem à margem das civilizações e que portanto, não estariam incluídos no conceito de sujeitos de direitos e deveres positivados, constitucionalmente, como é o caso os direitos sociais à educação, à moradia, à saúde, etc., ofertados aos demais brasileiros e estrangeiros em território nacional.

Neste ponto, há uma demonstração clara dos grupos organizados das demais classes com uma visão inconsciente, ao observar o indígena como se não estivesse enquadrado no conceito de pessoa humana, o que gera interpretações restritivas à universalidade e à integralidade dos direitos fundamentais dispensados ao "homem branco".

E, apesar da Constituição Federal dedicar no Título da Ordem Social um capítulo exclusivo à proteção dos índios, mesmo assim, pode-se observar que a

²³ Sarlet, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008., p. 67.

²⁴ Serrano, Mônica de Almeida Magalhães. O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 27

preocupação do constituinte voltou-se basicamente para a garantia de sua organização social, dos costumes, da língua, crenças e tradições e sobre os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, nada está mencionado, expressamente, quanto aos direitos sociais, previstos no art. 6º do mencionado diploma normativo e que são indispensáveis a uma vida digna.

Por sua vez, o art. 231 da Carta Magna define que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios aquelas por eles habitadas em caráter permanente, essenciais às suas atividades produtivas, à preservação dos recursos ambientais, indispensáveis ao seu bem-estar por meio da reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Não deve existir dúvida, que os indígenas de uma forma generalizada, são titulares de direitos subjetivos e coletivos, conforme elenco constante do Título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais, estejam estes incorporados ou não a sociedade global, independente do respeito aos direitos básicos previstos nos arts. 231 e 232.

Para José Afonso da Silva, a Constituição Federal de 1988 deu um largo passo à frente na questão indígena, com vários dispositivos referentes aos índios, nos quais dispõe sobre a propriedade das terras ocupadas, relações das comunidades indígenas com suas terras, preservação de suas línguas, usos, costumes e tradições²⁵; consolidando direitos essenciais à sua condição de pessoa humana protegida pelo Estado.

Prosseguindo, esclarece ainda o autor, que os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e do reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira, que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela lei de 06 de junho de 1755 firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas²⁶

Assim, a Constituição de 1988 positivou o instituto jurídico do

²⁵ Silva, José Afonso. Ob. Cit., p.721.

indigenato, como fonte primária e congênita de posse territorial, que não se confunde com a ocupação que tem caráter secundário e de aquisição. Porém, apesar da evolução jurídica, há muito ainda a ser realizado no tocante a efetivação de direitos fundamentais à pessoa humana integrante de comunidades indígenas.

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A SEGURIDADE SOCIAL

2.1-Dos Direitos Sociais:

A idéia da implementação de direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais, direitos humanos de segunda geração, em que se inserem os direitos sociais, econômicos e culturais, passa pela expectativa da constituição de uma sociedade humana, justa e digna, que prioriza os direitos e garantias fundamentais, e deve conviver com os interesses econômicos globalizados e de exclusivo cunho capitalista.

Nesse aspecto, o capital passa a ser utilizado não apenas numa visão puramente do lucro e do crescimento material especulativo, mas na ótica da aplicação justa e equilibrada entre o estado e a sociedade na consolidação de um Estado Providencial, em que sendo mais limitada a intervenção estatal, não se confunde, no todo, com seu antecessor o Estado Social.

Segundo definição de Thereza Correia²⁷, os direitos sociais, econômicos e culturais são aqueles assegurados ao indivíduo nas suas relações

²⁶ Idem. p. 728.

sociais e que geralmente implicam deveres de prestações positivas pelo Estado com vistas a promover a igualdade material, assegurando-se as condições mínimas de vida digna.

Numa visão bastante realista e ainda configurada em algumas situações, Ingo Sarlet²⁸, traz os seguintes pontos:

A globalização econômica e a afirmação do neoliberalismo, gera redução do estado através da desnacionalização, desestatização, desregulação e diminuição da intervenção estatal na economia e sociedade, priorizando o mercado e desembocando numa crise da sociedade, da democracia e da cidadania. A repercussão da crise sobre o Estado Social, trouxe reflexos sobre os direitos fundamentais como: intensificação do processo de exclusão da cidadania, redução e até supressão de direitos sociais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social); precariedade dos instrumentos jurídicos, inviabilizando o equilíbrio social e majorando a falta de efetividade dos direitos sociais. A crise e a efetividade afeta não só os direitos sociais, mas os demais direitos, comprometendo os direitos à vida, liberdade, igualdade, integridade física, intimidade e a esfera do próprio reconhecimento e da identidade, crescendo as manifestações dos excluídos sobre temas polêmicos como a pena de morte.

Assim, são necessários sistemas públicos de proteção social e garantia de prestações sociais pelo Poder Público, diferentemente do modelo atual, que insiste em impor aos cidadãos um sistema privado de seguridade social, preocupado, por exemplo, apenas com os efeitos econômicos favoráveis e sem qualquer garantia, haja vista apenas a regulação e a fiscalização pelos entes estatais em cada uma de suas áreas de atuação.

As doutrinas sobre declarações de direitos humanos não podem ser embasadas na limitada idéia das liberdades públicas ao tratarem dos direitos naturais, deixando escapar a primordial necessidade de induzir os direitos econômicos, culturais e sociais, caracterizadores dos direitos sociais, razão pela qual

²⁷ Correia, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Curitiba: Juruá, 2008, p. 221.

²⁸ Sarlet, Ingo W.. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 88. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, Vol. 1. Salvador, abril/2001, p. 6

deve-se ampliar a visão e admitir outras fontes de inspiração de direitos fundamentais à pessoa humana.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA²⁹, sobre tais direitos esclarece que:

“ Direitos fundamentais do homem constitui à expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem à concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível de direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas às pessoas”.

Nossa constituição, que está muito além de uma concepção limitada, estabelece como direitos fundamentais: os direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos. E, apesar de não incluir os direitos econômicos dentre os direitos fundamentais sociais, eles existem e devem ser motivo de busca de novas formas e garantias até mesmo na própria seguridade social.

Importante destacar que há distinção formal entre os direitos e as garantias fundamentais, especialmente na categoria direitos sociais, fonte do presente trabalho. Tem-se como direitos os atos e fatos declaradamente vinculados à pessoa humana e imprescindíveis à vida, à liberdade, à dignidade, etc; enquanto as garantias são os mecanismos assecuratórios desses direitos, tais como as ações e instituições da seguridade social.

Para Vidal Serrano Nunes³⁰, pode-se conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social e economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 163.

³⁰ Nunes Júnior, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade social na constituição de 1988*. SP: Verbatim, 2009, .p. 32

relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios de vida em sociedade.

Há contudo, diversas tentativas de supressão desses direitos e a implantação de um estado de incontestado retrocesso constitucional e social pelas suas características em priorizar poucos em detrimento da grande maioria, trazendo assim um inevitável antagonismo fatal entre o Estado e a Sociedade, como a inclusão dos direitos sociais como direitos programáticos, que dependem de lei para a sua efetivação.

As classes mais favorecidas têm procurado de uma forma ampla reduzir direitos sociais e promover um quadro de injustiça e desigualdades sociais, combatendo o avanço social e, especialmente, a seguridade social por meio de reformas constitucionais discutíveis e ameaçadoras do Estado Social Brasileiro, ao invés de evoluir para um Estado Providencial, mediante novos atos e ações de proteção aos riscos sociais vinculados à seguridade social, fonte maior de distribuição de renda, igualdade, solidariedade, liberdade e fortalecimento da dignidade humana

Apesar dos direitos econômicos não se encontrarem formalmente subordinados à ordem social, encontram-se, mesmo assim, materialmente entendidos como mais um dos componentes dos direitos fundamentais, devendo seus resultados serem distribuídos igualitariamente em forma de renda aos desprovidos de suas necessidades mínimas através da seguridade social e fomentando um estado providencial em crescente escala social.

Arthur Bragança Weintraub³¹ sobre o tema esclarece:

Os direitos fundamentais de segunda geração abarcam os chamados direitos sócio-econômicos, enquadrando-se especificamente a seguridade social. Diante do impacto da Revolução Industrial e dos problemas sociais oriundos desta época. Somente a consagração de

³¹ Weintraub, Arthur Bragança de Vasconcelos. Direito à Saúde Intrínseco ao Campo da Seg. Social. São Paulo: Revista de Direitos Sanitário, v.6, 2005, p. 63.

liberdade e igualdade perante ao Estado não gerava efetivamente sua função. Não bastava mais a garantia da vida, da liberdade e da propriedade, sendo necessária muma postura mais abrangente do Estado na assunção de riscos sociais em nome dos indivíduos. Observou-se no sentido protetivo do homem enquanto ser que vive em coletividade, visando dar guarida aos chamados direitos humanos sociais.

Os direitos sociais, embora sejam tratados como direitos programáticos em uma economia de mercado, devem ser enfrentados pelo judiciário como direitos públicos e amparados pela aplicação imediata.

Nesse sentido, pode ser citada decisão da Corte Constitucional Colombiana, datada de 23/09/1992, que em seus fundamentos jurídicos define:

“Separa-se dois modos de intervenção perante a pobreza: as causas estruturais, que são combatidas mediante políticas legislativas e macroeconômicas, e os efeitos, que exigem uma intervenção estatal direta e imediata, ainda que excepcional “.

Reforça, portanto em sua decisão, a tendência de outras Cortes, que é fazer valer o direito a prestações sociais, mesmo de caráter subjetivo, em respeito ao princípio da solidariedade e da universalidade no atendimento.

Carlos Miguel Herrera³², fazendo referência à aplicação dos direitos sociais e à relativização de alguns obstáculos considerados restritivos a sua concretização jurídica estabelece:

“O que aparece nas distintas formas de constitucionalização dos direitos sociais são duas lógicas em conflito, pela evolução do Estado Contemporâneo: por um lado, o pólo da emancipação social e do outro lado, o pólo da integração social, que condiciona o par conceitual utilizado para determinar seu caráter de universalidade e particularidade”, inclusive quanto a sua imediata aplicação.

A universalidade é uma forma de efetivar direitos e destacar a solidariedade como um princípio social, que fundamenta os direitos sociais e a integração daqueles que dependem de prestações do Estado para o combate à

³² Herrera, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In Direitos Sociais, p. 07.

discriminação humana e tão essencial à consolidação da igualdade social.

Os direitos sociais como direitos humanos, quando são concretamente disponibilizados pelo Estado aos cidadãos carentes de proteção, universalizam a igualdade entre os homens, emancipando-os da opressão social.

David Trubek³³, sobre a afirmação dos direitos sociais, relata:

“ Os direitos sociais, enquanto social welfare rights implicam na visão de que o governo tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos. A idéia de que o welfare é uma construção social e de que as condições do welfare são em parte uma responsabilidade governamental, repousa nos direitos enumerados pelos diversos instrumentos internacionais, em especial pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ela também expressa o que é universal neste campo, na medida em que se trata de uma idéia acolhida por quase todas as nações do mundo, ainda que exista uma grande discórdia acerca do escopo apropriado da ação e responsabilidade governamental, e da forma pela qual o social welfare pode ser alcançado em específicos sistemas econômicos e públicos.”

Sem dúvida que a redução das desigualdades por meio de prestações sociais oferecidas pelo Estado passa ainda pela restrição decorrente da positivação como normas programáticas, influenciando na aplicação e efetivação imediata.

Bercovici³⁴, sobre o tema e citando Crisafulli, sentencia:

“Norma programática passou a ser sinônimo de norma que não tem qualquer valor-conceito, contrariando as intenções de seus divulgadores. Toda norma incômoda passou a ser classificada como programática, bloqueando, na prática, a concretização da Constituição e, especialmente, os direitos sociais.”

A interpretação de direitos fundamentais individuais, coletivos ou sociais, quando direitos carentes de manifestação político-legislativa para a sua concretização, não são convenientes para os mais interessados como aqueles que

³³ Apud Piovesan. Ob. Cit., p. 707

³⁴ Bercovici, Gilberto. Tentaiva da Instituição da Democracia de Massas no Brasil. In Direitos Sociais, p.60.

estão a mercê da fome, da doença, do desemprego e da indigência, pois, dependem desses direitos para a própria subsistência e para o direito a uma vida digna.

Dessa forma, deve ser observado que uma atenção imediata desses direitos tem em sua essência o princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras que intentam assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes legislativo, executivo e judiciário. Todos os direitos fundamentais – entenda-se tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais, passam, assim, a dispor de força jurídica vinculante³⁵.

Essa proteção social que define os direitos a prestações, baseia-se na essência do enunciado geral clássico da igualdade, estabelecendo a máxima que os “iguais devem ser tratados igualmente; desiguais, desigualmente”, mediante a aplicação de elementos fáticos valorativos na identificação das situações de igualdade e desigualdade.

Não há igualdade plena em todos os sentidos como, da mesma forma, não acontece com a desigualdade. É preciso analisar as situações fáticas e assim, estabelecer parâmetros na observação dessas situações necessárias à efetivação de uma proteção social.

No caso do Direito, a igualdade entre as pessoas pode ser avaliada por intermédio de mecanismos que possam garantir direitos básicos à existência e à dignidade da pessoa humana como a liberdade, à vida, ao trabalho, à saúde, à moradia, à previdência, dentre outros aspectos sociais fundamentais voltados à sua valorização humana.

Robert Alexy³⁶, referindo-se a Konrad Hesse, prevê que em razão das diferenças fáticas entre os seres humanos, a igualdade jurídica sempre fez com que sejam mantidas e muitas vezes reforçadas algumas desigualdades fáticas

³⁵ Piovesan, Flávia. A responsabilidade do Estado na Consolidação da Cidadania. In: André Ramos Tavares(coord.). Constituição Federal—15 anos: Mutação e Evolução. São Paulo: Método, 2003. p. 46.

³⁶ Alexy, p.417

compatíveis com a afirmação de que a igualdade jurídica produz igualdade fática, confirmando assim, a necessidade da implantação pelos Estados de sistemas jurídicos protetivos sociais, que avancem na efetivação da igualdade fática entre as pessoas por eles amparadas.

Os direitos fundamentais sociais positivados na Constituição Brasileira de 1988, que garantem a todos o direito à saúde, por exemplo, além de expressar uma preocupação em fazer valer a igualdade jurídica, ao menos tempo possibilita a efetivação de uma igualdade real entre às pessoas, como uma exigência do respeito à vida e a dignidade humana.

Portanto, o enunciado geral que os iguais devem ser tratados igualmente; os desiguais, desigualmente, consolida-se, em sua forma objetiva, quando se identifica as situações fáticas da igualdade e da desigualdade e adotam mecanismos distintos de tratamento e atuação estatal para afastar privilégios e carências, aproximando-as da igualdade social.

Para Alexy³⁷, como não existe uma igualdade ou uma desigualdade em relação a todos os aspectos entre indivíduos e situações humanas, somente por meio do critério de valorização será possível dizer o que é valorativamente igual e desigual, partindo então para a constituição de uma igualdade material, baseada na questão da valoração dos aspectos fáticos e de uma legislação correta, racional e justa.

A igualdade social constitucionalmente estabelecida conduz ao reconhecimento de prestações positivas numa relação tripla de participação entre o titular do direito fundamental social, o Estado e a necessária efetivação por uma ação estatal positiva, como o direito as prestações na esfera da saúde, da assistência social, da educação, etc.

Segundo Alexy³⁸, se o titular do direito fundamental 'a' tem um direito: em face do Estado(s) a que o estado realize a ação positiva 'h', então, o Estado tem, em relação a 'a', o dever de realizar 'h'. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, o titular tem a competência de exigir judicialmente esse

³⁷ Alexy, p.399

direito.

Ingo Sarlet³⁹, referindo-se aos direitos sociais afirma que:

“A denominação direitos fundamentais sociais encontra a sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Neste, sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos, conceituar os direitos fundamentais sociais – na esfera da magistral formulação de J. Miranda – como direito à liberdade da opressão social e da liberdade “.

Na análise da situação em que o ser humano se encontra no contexto social em condições mínimas de sua liberdade real como ser humano, a definição da expressão de direitos fundamentais sociais deve atender ao fundamento da liberdade sem opressão social da liberdade.

Para Rodrigo Brandão⁴⁰, da valorização da liberdade e da igualdade no texto constitucional podem ser observados, como a seguir se vê:

“Com efeito, a conjugação dos valores da liberdade e da igualdade se verifica, v.g., no art. 1º, que, em seus incisos III e IV, arrola a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, e no art. 3º (incisos I, II, III e IV), o qual insere entre os seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e a promoção de bem de todos”.

Pelas disposições contidas nos arts. 1º, 3º, 5º, 6º, 7º, 193 e seguintes, por exemplo, que tratam dos fundamentos da República e dos direitos fundamentais, podemos dizer que a Constituição Federal de 1988 é uma constituição do estado social em decorrência da implementação dos direitos fundamentais e da busca pela igualdade material, pois vincula as ações do legislador

³⁸ Idem, p.445

³⁹ Sarlet. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1998. IN:Pasqualine, Alexandre. O Direito Público em Tempos de Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 149.

⁴⁰ Brandão, Rodrigo – São os Direitos Sociais Cláusulas Pétreas? IN Direitos Sociais, p. 464

e dos demais participantes do Poder Público aos elementos essenciais na implementação do bem-estar-social.

O art. 6º da Carta Magna de 1988, estabelece de forma expressa, como direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência social aos desamparados., cujo detalhamento foi desenvolvido nos arts. 193 a 214, associada à sua inclusão em capítulo inserto no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, e não no alusivo à ordem econômica e social, consistindo em relevante indicio da vontade de atribuir-lhes a nota de jusfundamentalidade.

Por serem os direitos sociais protegidos pelas cláusulas pétreas na constituição de 1998, dois pontos são de vital importância para sua manutenção e efetivação: a proibição de retrocesso e a justiciabilidade de tais direitos, respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

As normas constitucionais brasileiras, trazem regras definidoras de direitos sociais para que sejam implementados progressivamente como se pode observar nos arts. 3º, III, que persegue a erradicação da pobreza e no art. 196, definindo à saúde como sendo direito de todos e dever do estado, expressando proibição as manifestações passíveis de retrocesso aos direitos de cunho social.

Para Canotilho⁴¹, o princípio da proibição de retrocesso deve ser observado como uma medida que visa inibir a ação do legislador, que se traduz numa prática de anulação, revogação ou aniquilação pura e simples do núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados, sem ponderação ou garantia de outros mecanismos alternativos de efetivação.

Se tal fato acontecer não resta outra alternativa, senão a busca pela proteção através da judicialização dos direitos e a manifestação do judiciário para garantia da efetivação dos mesmos.

Cláudio Pereira de Souza Neto⁴², afirma que o modelo de separação de poderes adotado no Brasil não é o de atribuição estanque das funções legislativa, executiva e jurisdicionais, mas conforma-se como sistema de “freios e

⁴¹ Canotilho, JJ. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra. Almedina, 1999, p.327

contrapesos” e prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro.

Prosseguindo, esclarece o Autor que a concretização de direitos sociais pelo judiciário condenando a Administração a prover bens e serviços, insere-se nessa rede de implicações recíprocas. Não é possível, portanto, através da simples referência à separação de poderes deslegitimar a garantia de direitos sociais pelo judiciário.

Pode-se discutir o grau dessa interferência. Pode-se argumentar que a jurisprudência brasileira 'judicializa' excessivamente a política. Essa crítica, contudo, só ganha consistência quando opera com outros elementos, que não simplesmente o princípio da separação de poderes⁴³:

Há de ser observado ainda, que vários outros mecanismos são utilizados pelos poderes com base no sistema de freios e contrapesos, visando à estabilidade democrática e ao equilíbrio político, indispensável à governabilidade como um todo. Como referência, cita-se a edição de Medidas Provisórias pelo Presidente da República; julgamento do Presidente nos crimes de responsabilidade, pelo senado e a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo judiciário por meio do STF.

Não se defende com o exposto, que o judiciário possa ser acionado em todos os casos, em que a subjetividade da parte possa afetar o equilíbrio de proteção social em desfavor da coletividade carente das prestações estatais.

Cabe ao legislador, dotar o estado de normas reconhecedoras da legitimidade do direito às prestações positivas como forma de respeito à dignidade da pessoa humana através da concretização dos direitos fundamentais, dentre eles, os direitos sociais.

Assim, ao executivo cabe promover ações e adotar instrumentos que sejam capazes de efetivar os direitos sociais, conforme a positivação constitucional e a regulamentação legal, sob pena de recorrer-se ao Judiciário para condenar a administração no provimento de bens e serviços reclamados..

⁴² Souza Neto, Claudio Pereira de. A Juriciabilidade do Direito Sociais. IN: Direitos Sociais, p.520

É óbvio, que o alongamento da positivação constitucional das aspirações humanas em termos de mais liberdade e de mais igualdade, gerou o desafio da efetividade das normas constitucionais, que deverá ocorrer pela interpretação elaborada em método capaz de garantir a plenitude dos direitos fundamentais sociais ⁴⁴.

Dessa forma, a interpretação constitucional inserida no contexto do sistema constitucional brasileiro revela papel de destaque enquanto instrumento para a concreta realização dos direitos fundamentais sociais e econômicos. Caberá justamente à atividade interpretativa, especialmente na esfera do Judiciário, buscar uma melhor adequação da lei às mudanças sociais no âmbito de uma sociedade dinâmica ⁴⁵.

Essa preocupação com o respeito aos direitos sociais, inclusive com a busca de soluções pelo Judiciário, não pode passar sem que se faça referência à necessidade de uma interpretação da norma de uma forma mais favorável possível ao ser humano, mediante uma correta hermenêutica desses direitos.

Aliás, Flávia Piovesan⁴⁶, expressa-se da seguinte forma sobre o tema:

“ Aplica-se o regime jurídico dos direitos humanos, com sua lógica e principiologia próprias. A adequada hermenêutica dos direitos sociais requer princípios específicos atinentes a estes direitos e princípios gerais aplicáveis aos direitos humanos.. Dentre os direitos sociais, destacam-se: o princípio da observância do minimum core obligation; o princípio da aplicação progressiva, do qual decorre o princípio da proibição de retrocesso social; o princípio da inversão do ônus da prova, e o princípio dos deveres dos Estados em matéria de direitos sociais.”

Com fundamento no mencionado art. 6º, a Constituição Brasileira

⁴³ Idem. P.521

⁴⁴ Castro, Carlos Roberto Siqueira. Apud Mônica Serrano. op. cit. p. 19.

⁴⁵ Serrano. op. cit. p. 23.

⁴⁶ Piovesan. ob. cit., p.719

consolidando às disposições sobre os direitos sociais, prossegue com outros dispositivos em seu texto e fortalecendo os direitos sociais como é o caso do art. 194, que instituiu a saúde, a previdência social e a assistência social como integrantes do Sistema de Seguridade Social, responsável pelo conjunto integrado de ações de atuação do Estado, conforme os princípios básicos estabelecidos no parágrafo único do artigo em referência.

2.2-Da Seguridade Social:

A evolução mundial dos sistemas econômicos definiram de uma forma geral a existência dos denominados Estado Liberal, Estado Social e Estado Neoliberal, que repercutiu na proteção social por meio da seguridade social na efetivação dos anseios da sociedade e da consolidação de direitos humanos.

Dessa forma, caso se tenha um desenvolvimento sistemático da seguridade social, certamente, haverá um maior reconhecimento dos direitos sociais, fonte importante da existência da sociedade, justificando-se por sua magnitude projetos preocupados com o respeito à dignidade da pessoa humana e a consolidação de uma sociedade justa e solidária.

É importante ressaltar, que deve ser contínua a preocupação com novos projetos para a Seguridade Social e sua efetivação, apresentando e discutindo propostas para uma expansão dos atos, ações e instituições do sistema com o objetivo de proporcionar a plenitude do Estado do Bem-Estar Social, capaz de implementar o respeito aos direitos humanos essenciais.

A necessidade de segurança é intrínseca ao ser humano, conduzindo-o a constante busca de meios capazes de afastar os riscos sociais, seja de forma individual ou coletiva, originou a Seguridade Social como direito social básico e dever do Estado no oferecimento de prestações sociais.

Theresa Rachel Correia⁴⁷, fazendo referência a Cançado Trindade, esclarece que:

“O dever do Estado de tomar medidas positivas se acentua

⁴⁷ Correia, Theresa R. Couto. op. cit., p.224.

precisamente em relação com a proteção de vida de pessoas vulneráveis e indefesas, em situação de risco... A privação arbitrária de vida não se limita, pois, ao ilícito de homicídio; estende-se igualmente à privação do direito de viver com dignidade. Esta visão conceitua o direito à vida como pertencente, ao mesmo tempo, ao domínio dos direitos civis e políticos, assim como ao dos direitos econômicos, sociais e culturais, ilustrando assim a inter-relação e indivisibilidade de todos os direitos humanos”.

a) Origem da Seguridade Social:

Quanto à origem e formação histórica da Seguridade Social, pode-se destacar os diversos sistemas de atendimento à coletividade como se relacionam:

- Assistencialismo: proteção aos carentes mediante o recebimento de doações, esmolas, etc. Ex.: Poor Law, 1601, na Inglaterra e Santas Casas no Brasil;

- Mutualismo: contribuições de um grupo para proteção recíproca. Ex.: Colégios Gregos, Corporações de Ofício e Organizações Operárias, Montepios;

- Seguro Social: sistema tríplice de custeio e benefício concedido somente mediante contribuição. Ex.: Plano Continental, Alemanha, 1883-Lei Bismarck.

- Seguridade Social: proteção ampla com cobertura universal dos riscos sociais na área de saúde, assistência e Previdência social. Ex.: Plano Atlântico, Inglaterra, 1942, decorrente do Relatório Beveridge.

b) Evolução Histórica:

No tocante a evolução no direito estrangeiro podemos destacar: a obrigação da família romana em prestar assistência aos servos; a lei de amparo aos pobres de 1.601 na Inglaterra (Poor Law); Seguros Sociais na Alemanha, em 1883 (Lei de Bismarck - marco da previdência social); a Encíclica Rerum Novarum de Leão XIII (1891) e a Quadragésimo Ano de Pio XI; seguro contra acidentes do trabalho na Inglaterra, em 1897; a Constituição do México de 1917, a primeira a incluir o seguro social e conter várias disposições sobre direitos previdenciários.

Em seguida, surgiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada pelo Tratado de Versalhes de 1919, que incluiu a necessidade de programas

sobre previdência social; a doutrina do Estado de Bem-Estar Social ou Estado-Providência (Welfare State-USA-1929) e o Security Social Act (USA-1935); o Plano Beveridge na Gran-Bretanha em 1940(Seguridade Social-1942) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos(ONU-1948).

As referências sobre a seguridade social no Brasil iniciaram-se com a Constituição de 1.824, que tratou dos socorros públicos; o Código Comercial de 1850, que previa proteção no caso de acidente de trabalho; a criação da caixa de socorro para os trabalhadores das estradas de ferro, conforme Decreto nº 3.397/1888; na Constituição de 1891, surge pela primeira vez a expressão “aposentadoria”.

A Lei Eloy Chaves, que na verdade refere-se ao Decreto nº 4.682, de 24/01/1923, é considerada como o início da publicização da previdência social no Brasil, além de definir a Caixa de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários-CAP'S, foi gradativamente estendida por outros decretos e leis à várias categorias como portuários, serviços telegráficos, serviços de forças, água, marítimos, comerciários, bancários, etc.

Segue-se com a criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos- IAP's dos Comerciários, dos Bancários e dos Transportadores de Cargas; a Constituição de 1934, estabeleceu a forma tríplice de custeio (ente público, empregado e empregador); a Constituição de 1937, tratou de forma simples a matéria e utilizou a expressão “seguro social”; na Carta Magna de 1946, foi sistematizada a matéria , surgindo a expressão “previdência social”.

Com a Lei nº 3.807/60-Lei Orgânica da Previdência Social, ampliaram-se os benefícios (natalidade, funeral e reclusão) e o Decreto-Lei nº 72, de 21.11.1966, unificou os Institutos de Aposentadoria e Pensão(IAPC, IAPB,IAPM,etc) numa autarquia federal denominada Instituto Nacional de Previdência Social- INPS; após a vigência da Constituição de 1967, várias normas infra-constitucionais continuaram a estender o alcance do sistema previdenciário, inclusive rural. Continuando, foi editada a Consolidação das Lei da Previdência Social- CLPS pelo Decreto nº 77.077/76.

A Lei nº 6.439/77 instituiu o Sistema Nacional de Previdência e

Assistência Social-SINPAS, composto pelo Instituto Nacional de Previdência Social-INPS, Instituto de Administração Financeira da Previdência Social-IAPAS, Instituto de Assistência Médica da Previdência Social-INAMPS, Legião Brasileira de Assistência-LBA, Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor-FUNABEM , Central de medicamentos-CEME e a Empresa de Processamento de Dados-DATAPREV.

As áreas distintas de benefícios e custeio foram regulamentadas pelo Decreto nº 83.080/79, que aprovou o Regulamento de Benefícios da Previdência Social e pelo Decreto nº 83.081/79, que refere-se ao Regulamento do Custeio da Previdência Social.

Na Constituição de 1988, foi reservado um capítulo específico para a Seguridade Social (arts. 194 a 204), subordinando a Saúde, a Previdência Social e a Assistência Social a esse gênero, além do disposto no art. 239 que constitucionaliza a contribuição para o PIS/PASEP, fonte de custeio para o Seguro Desemprego, cujas regulamentações ocorreram por meio das leis abaixo descritas.

A Lei nº 7.998/90, instituiu o Seguro-desemprego; a Lei nº 8.080/90, as regras para a saúde; Leis nºs 8.212/91 e 8.213/91, regulamentaram o Sistema de Custeio da Seguridade Social e a Previdência Social; e Lei nº 8.742/93, definiu a Assistência Social. Através da Lei nº 8.029/90 foi instituído o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS⁴⁸, vinculado ao Ministério da Previdência Social), mediante a fusão do IAPAS e INPS, seguindo-se com a extinção do INAMPS (Lei nº 8.689/93) , LBA e CEME.

Em 2004 foi criada a Secretaria da Receita Previdenciária, com as atribuições em matéria de custeio e a permanência do INSS em matéria de benefício, ambos os órgãos vinculados ao MPS. Já em 2007, através da Lei n. 11.457/07⁴⁹, ocorreu a fusão da Secretaria da Receita Previdenciária e da Secretaria

⁴⁸ Art. 17. É o Poder Executivo autorizado a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS, com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, observado o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 2º desta lei. (Renumerado do art 14 pela Lei nº 8.154, de 1990).

⁴⁹ Art. 2 Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei n 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição

da Receita Federal com o surgimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que unificou a área de arrecadação, fiscalização e cobrança dos tributos federais.

c) Consolidação da Seguridade:

Para a proteção dos riscos sociais, duas técnicas eram utilizadas pelos indivíduos: a proteção individual, mediante a formação de uma poupança e a proteção coletiva, por meio das regras da mutualidade, da assistência e do seguro privado.

Ambas, contudo, dependiam de financiamento e tinham como objetivo afastar os riscos sociais como: a doença, velhice, acidente de trabalho, etc; sendo a mutualidade uma forma arcaica de reparação de tais riscos, por ser o financiamento meramente participativo e não compulsório, diferentemente do seguro privado, que tem na forma contributiva a base para o recebimento da proteção.

Diante das sucessivas insuficiências financeiras do seguro mútuo (Sociedade Fraternal de Paris; Seguros Mútuos de San Augustin e San Simon – França /1848) e do Seguro Privado (Caixas de Aposentadorias, seguros coletivos, etc), surgiu o seguro social no final do século XIX (destaque para a Lei de Bismarck – Alemanha/1883), decorrente do conceito da mutualidade e do seguro privado e pela intervenção do Estado, iniciando-se a verdadeira questão do financiamento, mediante o custeio do empregado e do empregador na proteção de alguns riscos sociais.

d) Da Positivização Constitucional:

Apesar de certo atraso, a seguridade social foi positivada na Carta Magna em vigor. No título da ordem social, o constituinte houve por bem criar o sistema de proteção social embasado na filosofia do inglês Lorde Beveridge, oficializando a Seguridade Social e atendendo a todos nas áreas da Saúde, Previdência Social e Assistência Social, conforme arts. 194 a 204, da Carta Magna, inclusive seus princípios.

Wladimir Novaes Martinez⁵⁰, além dos princípios básicos elencados no art. 194, parágrafo único, da Constituição, enuncia outros como: princípio da

compreensibilidade para todos os casos de desequilíbrio entre necessidade e rendimentos; universalidade em favor de todos os cidadãos; solidariedade social, com tributos a cargo da sociedade; solidariedade entre gerações nos regimes de repartição previdenciária e princípio da unidade de serviços.

A Seguridade Social como sistema de proteção social, atende às necessidades básicas dos desprovidos nas áreas de saúde e assistência de forma gratuita, enquanto a previdência social exige contribuição compulsória. Neste caso, havendo expansão e real universalização na cobertura dos eventos direcionados a um mínimo social, sem qualquer vinculação contributiva, implementando principalmente a Previdência Social, nascerá sem dúvida uma fonte direta de ampla proteção e distribuição de renda, como uma base inicial ao desejado e possível Estado Previdencial.

Contudo, apesar da denominação verifica-se que há equívocos na elaboração desse instrumento de cidadania, pois, conforme mencionado, somente a saúde e a assistência se inserem nessa filosofia, tendo em vista que a Previdência Social conserva a filosofia ultrapassada do alemão Bismarck; qual seja, a do seguro social como um sistema de proteção contributivo.

Por ter caráter contributivo e diante da crescente automação do processo produtivo e substituição do homem pela máquina, impõe-se ao Estado a necessidade urgente de definir novas regras de proteção social, distribuição de riquezas e de fontes alternativas de aproveitamento da mão-de-obra, visando a inibir os riscos sociais atinentes aos desprovidos em todos os níveis.

Nesse diapasão, temos a importante manifestação de Raimundo Bezerra Falcão⁵¹, a seguir transcrita:

“Será preciso que os pensadores imaginem inovações robustas no sistema geral de solidariedade concreta, abandonando os contornos conceituais de idéias já cristalizadas pela tradição previdenciária ou assistencial. O próprio Estado Social não mais será o mesmo, pois se há de avantajá-lo, quase socializando-se, sem, contudo, voltar a ser dirigista. A intervenção por regulação tende a crescer e a se retemperar, para desgosto dos que a supõem agonizante. A

⁵⁰ -Martinez, Wladimir Novaes. Princípios do Direito Previdenciário. São Paulo: LTR, 1995,p. 45.

seguridade social alargará suas fronteiras e sua ação a territórios incogitados e a moldes inéditos. Poderemos até não atingir o Estado previdenciário, mas chegaremos certamente ao Estado Previdencial, impregnado de solidarismo e sensível aos reclamos de uma propriedade que, mais do que ter uma função social, seja uma função social, ou, mais ainda, seja função do social, quer dizer, algo do social para o individual, algo que a sociedade encarregue alguém de administrar, de gerir, de preservar, de desenvolver e de pôr para funcionar, para produzir e para render em benefício do todo social, sem que haja necessidade, em termos mais freqüentes, da ação intervencionista direta do Estado, aquela que se opera pela via da participação empresarial”.

e) Do Sistema de Seguridade Social:

O Sistema Nacional de Seguridade Social é composto por subsistemas e instituições, que objetivam assegurar direitos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme disposto em nossa Constituição, organizado de acordo com as normas infra-constitucionais quanto a essas espécies de proteção social.

A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme art. 2º, da Lei nº 8.212/91.

Os Princípios Básicos da Saúde nos termos da Lei nº 8.080/90 são: acesso universal e igualitário; Integração em sistema único; descentralização com direção em cada esfera; atendimento integral, priorizando as atividades preventivas; participação da comunidade na gestão; participação da iniciativa privada, nos termos do art. 198, da Constituição Federal..

As diretrizes da saúde no Brasil referidas na mesma lei são: controlar e fiscalizar procedimentos; executar as ações de vigilância sanitária; formular política de saneamento básico; fiscalizar e inspecionar alimentos; controlar

⁵¹ Falcão, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 233.

substâncias radioativas e colaborar na proteção do meio ambiente, conforme art. 20 da Carta Magna., cuja execução acontece por meio do Sistema Único de Saúde.

O Sistema Único de Saúde- SUS é um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração Direta, Indireta e das Fundações mantidas pelo Poder Público. O Conselho Nacional da Saúde fixa as normas básicas institucionais e financeiras. Seus objetivos são a formulação da política de saúde e a assistência às pessoas por intermédio de promoção, proteção e recuperação da saúde.

A Gestão do SUS é de responsabilidade da União, por meio do Ministério da Saúde; Estados e Municípios, por suas Secretarias de Saúde. O financiamento ocorrerá de acordo com o art. 195 da Constituição Federal, com o orçamento da Seguridade Social definindo as regras do custeio.

A Assistência Social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social, diante do disposto no art. 4º, Lei nº 8212/91.

Os Princípios básicos, nos termos da Lei nº 8.742/93 são: supremacia do atendimento; universalização dos direitos sociais; respeito à dignidade do cidadão; igualdade de direitos no atendimento; divulgação dos benefícios e programas; divulgação dos recursos do Poder Público.

As ações são organizadas em sistema descentralizado com a União, Estados, Distrito Federal e Município fixando suas políticas, sempre em sintonia com as orientações expedidas pelo Conselho Nacional de Assistência Social. Já o Financiamento tem características semelhantes ao adotado para a saúde.

A Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, nos termos do art. 3º, Lei nº 8.212/91.

f) Dos Princípios Constitucionais:

Na concepção de Celso Antonio Bandeira de Melo: Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer e a mais grave forma de inconstitucionalidade, porque representa insurgência contra todo o sistema.

São princípios gerais, com base nos arts. 3º, 5º da Carta Magna: a igualdade, a legalidade, a liberdade, o direito adquirido e a solidariedade. Além dos princípios gerais, há os objetivos contidos no art. 194, parágrafo único da Constituição Federal como a seguir se vê:

- Universalidade da cobertura e atendimento: a universalidade na cobertura significa que a proteção social deve alcançar a todos os eventos sociais, com o objetivo de manter a subsistência de quem precisa. O atendimento universal significa que as prestações sociais devem ser oferecidas a todos.

- Uniformidade e equivalência dos benefícios urbanos e rurais: refere-se ao tratamento uniforme que deve ser dispensado para trabalhadores urbanos e rurais com relação as prestações previdenciárias.

- Seletividade e distributividade das prestações: pressupõem que os benefícios serão concedidos a quem deles necessitam, devendo a seguridade social apontar os requisitos específicos para a concessão dos mesmos.

- Irredutibilidade no valor dos benefícios: os valores não poderão ter seus valores nominais reduzidos, nem sofrerem descontos não autorizados por lei.

- Equidade na forma de participação no custeio: diz respeito à capacidade contributiva e equivalente do poder aquisitivo do contribuinte.

- Diversidade na base de financiamento: a receita da seguridade social poderá ser arrecadada de diversas fontes pagadoras, diante do hibridismo entre sistema contributivo e não-contributivo, que tenha por objetivo atender as necessidades de custeio.

- Caráter democrático e descentralização na gestão: gestão de forma colegiada através do CNPS, CNAS e CNS, mediante discussão com a sociedade.

Pode-se destacar ainda, especificamente, os princípios do custeio, à luz dos arts. 165 e 195 da Constituição Federal, como: o Orçamento diferenciado do Fiscal; precedência da fonte de custeio ao benefício; a compulsoriedade da contribuição; a anterioridade em matéria de contribuição; a tripla participação no custeio e a equidade no custeio entre gerações.

Para o princípio do orçamento diferenciado, é interessante relatar que os saldos da Previdência Social em décadas passadas foram utilizados na construção de Brasília, na constituição de varias empresas estatais e de 1988 a 1993, ocorreram transferências para o SUS de 15% de toda a arrecadação sobre a folha de salários.

Na atualidade destaca-se como prejudiciais a Desvinculação das Receitas da União-DRU, como mecanismo constitucional de transferência de recursos do orçamento da seguridade social para o orçamento fiscal, permitindo que até 20% das receitas obtidas com as contribuições sociais possam ser aplicadas em áreas diversas, conforme art. 76, das Disposições Constitucionais Transitórias-ADTC.

Por sua vez, quando se faz referência ao princípio da equidade entre gerações, significa dizer que os empréstimos públicos e as despesas governamentais não devem sobrecarregar as gerações futuras, pois cabe à própria geração que delas se beneficia arcar com o ônus respectivo.

Há ainda os princípios específicos da previdência social, à luz do art. 201 da Constituição Federal quais sejam: a filiação obrigatória; o caráter contributivo do regime geral; o equilíbrio financeiro e atuarial; a garantia do salário mínimo; a obrigatória correção dos salários e benefícios e a indisponibilidade dos direitos aos benefícios como fonte de respeito à vida e a própria dignidade da pessoa humana..

É óbvio, que a transformação dos princípios básicos em ações específicas, consolidam os direitos sociais e concretizam a seguridade social, especialmente o princípio da universalidade na cobertura e no atendimento das pessoas em suas necessidades mínimas à uma vida digna, independente de

ocuparem áreas urbana ou rural, desenvolvidas ou subdesenvolvidas; comunidades afro-brasileiras, indígenas ou qualquer outros grupos que por sua natureza dependam da proteção estatal.

Com relação aos indígenas, há diversos dispositivos de proteção no texto constitucional como é o caso do art. 20, XI, que trata das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como bens da União ; o art 49, XVI, que define como competência exclusiva da União autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e a lavra de riquezas minerais.

O art. 176, § 1º, da Carta Magna, prevê que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Prosseguindo, faz-se referência ao art. 210, § 2º, que estabelece a obrigatoriedade do ensino fundamental em língua portuguesa, sendo assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas; e, o art. 215, § 1º, que define como obrigação do Estado proteger às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, o que consolida direitos fundamentais vinculados a formação humana.

Por sua vez, nos arts. 231 e 232 da Constituição de 1988 há expressa proteção ao indígena, tanto no tocante ao direito as terras tradicionalmente ocupadas, como a proteção aos usos, costumes e tradições , resguardando direitos fundamentais básicos, o que não se vê expresso no conteúdo constitucional da Seguridade Social, apesar de sua inclusão no Título da Ordem Social como a educação e a cultural.

Tal omissão, provoca uma certa acomodação nos administradores da área de saúde, quando da instituição de programas e ações de promoção,

prevenção e recuperação da saúde dessas comunidades no contexto do direito a saúde para todos, e em especial às comunidades indígenas não integradas ao convívio social das grandes cidades.

Mesmo que outras entidades não vinculadas à esfera da seguridade social atuem neste ponto, não está afastada a responsabilidade constitucional da seguridade social como mecanismo de proteção universal e integral à saúde.

Sabe-se que, em regra, os direitos e interesses dos índios têm natureza de direito coletivo, de direito comunitário. Como tal, concernente a comunidade toda, de forma inalienável da coletividade, o que não acontece com as prestações sociais positivas, que apesar de ofertadas à coletividade deve atender às necessidades subjetivas de cada indivíduo, principalmente o direito à saúde universal e integral.

CAPÍTULO III

DO FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL

I- DA PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA:

A preocupação global quase que exclusivamente com os interesses econômicos suplanta atos e ações vinculados aos direitos fundamentais, conduzindo de forma progressiva ao distanciamento do Estado Social substituidor do Estado Liberal, pela aplicação de mecanismos sociais necessários aos interesses diretos da sociedade, surge então um Estado onde os interesses econômicos soterram, em sua especulativa aplicação, os interesses da sociedade.

Assim, mediante conhecimento das normas, posições jurisprudenciais e doutrinárias, bem como da comparação entre a existência de mecanismos específicos como atos, ações e instituições de seguridade social, pode-se afirmar que a seguridade social, componente constitucional típico dos direitos sociais e conseqüentemente dos direitos fundamentais, possibilita orientar e caminhar para um planejamento idealizado do Estado Providencial, que não se

confunde com o Estado Social em sua plenitude.

Não resta dúvida, que o aperfeiçoamento das normas, atos e instituições afins e a modernização da seguridade social, ocasionarão impactos positivos e legítimos para uma transformação da sociedade, possibilitando uma efetivação desses direitos essenciais à pessoa humana, sem criar óbice aos interesses econômicos e ao próprio desenvolvimento nacional.

É importante implementar direitos sociais básicos para a efetivação da seguridade social, adotando para tanto algumas medidas jurídicas e de gestão:

1-Estabelecer parâmetros mínimos necessários entre direitos humanos e sua positivação como direitos fundamentais e os custos sociais;

2-Identificar a real repercussão dos Direitos Sociais para a coletividade;

3-Enfrentar os aspectos do declínio econômico e sua repercussão sobre os direitos sociais e da seguridade social;

4-Definir os mecanismos que devem ser modificados para a universalização da seguridade social nas áreas de saúde, assistência e previdência social e a repercussão financeira;

5-Apresentar e consolidar propostas para expansão do alcance real da seguridade social como instrumento de efetivação de direitos fundamentais indispensáveis à proteção da dignidade humana e seus aspectos econômicos;

6-Comparar as ações desenvolvidas pelo Estado em cada modelo econômico e desenvolver políticas capazes de expansão desses direitos, conciliando-os, se for o caso, com a reserva do possível;

7-Universalizar os direitos fundamentais, mediante expansão de benefícios e serviços nas áreas de atuação da Seguridade Social, especialmente a Previdência Social, em atenção ao mínimo existencial.

O financiamento da Seguridade Social, no contexto econômico atual,

deve ser analisado por meio de três grandes problemas: a forma de distribuição da carga financeira entre a população; a forma de participação do Estado no financiamento e a solidariedade entre gerações.

Com relação à transferência da carga à população, foi estabelecido o mecanismo considerado mais justo, que é a desigualdade entre a participação do segurado e do empregador, embasada no princípio da equidade na participação do custeio, diante da verificação da capacidade contributiva.

Nessa visão, uma proposta para a mudança dos aspectos econômicos deve ser levada a termo se aqueles que tiveram sua situação melhorada por essa mudança puderem compensar aqueles que tiveram sua situação piorada por essa mudança, para que estes fiquem tão bem como antes da mudança e os primeiros fiquem em melhor situação, conforme a posição de Kaldor-Hicks na análise econômica do direito⁵², funcionando como uma base de aplicação da economia no bem-estar social e da maximização das riquezas na efetiva concretização de direitos sociais básicos.

Numa situação prática, o investimento de grandes grupos empresariais no bem-estar de seus trabalhadores certamente reverterá em crescimento da produção e melhoria dos lucros, mantendo ambas as partes em condições de melhoria e status quo. Uma garantia eficiente de direitos sociais deve ser vista como um reconhecimento para aqueles que mais valorizam tais direitos, que na Proposição de Posner assim se expressa: Os custos de transação do mercado são positivos, os direitos devem ser concebidos àqueles que os valorizam.⁵³

A participação do Estado, portanto, é incontestável pela necessidade de garantir a superioridade do sistema, diante do interesse na equidade e segurança sociais, sendo responsável assim pelas insuficiências financeiras da seguridade social, apesar da defesa em favor de uma limitação desses direitos à “reserva do possível”. O Estado ao investir em favor da esfera social estará recebendo em contrapartida uma maior evolução da própria economia como um todo.

⁵² Stephen, Frank H. Teoria Econômica do Direito. Trad.: Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 55/56.

⁵³ Apud, Idem, p. 56.

II- DO FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL:

As novas tendências econômicas mundiais não podem deixar de ser percebidas pelos juristas, que deverão reconhecer a necessidade de observar não somente a lei, mas os novos mecanismos de evolução econômica e sua repercussão na elaboração ou interpretação em cada ordenamento jurídico. As implicações econômicas do direito são estudadas há muito tempo, mas somente a partir da década de 1970 a análise econômica do direito recebeu uma maior atenção dos estudiosos .

Com base na Análise Econômica do Direito-AED ou Law And Economics, responsável pela avaliação das dimensões dos problemas jurídicos sob os aspectos da economia, e mais recentemente conhecida pela difusão feita por Ronald Coase e Richard Posner e principalmente, após os alemães adotarem regras não neoclássicas, é que a mesma está sendo usada para prever os efeitos da lei, ou como sugestões quanto às conseqüências políticas da eficiência econômica das leis , sendo esta última uma conceituação adotada por Pareto e Kaldor-Hicks.

A sociedade global, com esteio nesses parâmetros de sugestões do modelo voltado à eficiência econômica, elabora um direito próprio e não estatal⁵⁴ para o mercado, buscando regular as relações mercantis e efetivar obrigações não apenas legal, mas sobretudo contratual. A globalização da economia leva o direito a superar o princípio estatal e até mesmo o princípio da nacionalidade, que gera efeitos nas relações vinculadas aos direitos fundamentais sociais como àqueles afetos à Previdência Social ,quando adota alterações para atender questões econômicas.

Dessa maneira, a necessidade de superação das questões econômicas possibilita a captação de recursos para o custeio dos sistemas de proteção social, permitindo disponibilizar prestações positivas à coletividade pelo Poder Público para estabelecer o Sistema de Financiamento da Seguridade Social.

De início, as contribuições para a Seguridade Social não eram enquadradas como tributo, mas como mera contribuição sui generis, o que gerava

⁵⁴ Galgano, ob. cit. p. 65

divergências no momento de sua cobrança., fato superado pela Carta Magna.

Atualmente, a Seguridade Social no Brasil encontra suporte jurídico nas disposições dos arts. 22-XXIII, 149 e 194 a 204 da Constituição Federal e legislação infraconstitucional, objetivando enfrentar os problemas de financiamento, quando da captação e aplicação ordenada dos recursos financeiros necessários ao sistema, com previsão constitucional específica no art. 195, que trata do custeio da seguridade social. Há ainda as contribuições sociais previstas nos arts. 248, 249 e 250, além de outras fontes a serem definidas com base no art. 195, § , da Carta magna..

Segundo o art. 22, XXIII da Constituição Federal, compete à União legislar privativamente sobre seguridade social, salvo sobre regime próprio dos servidores públicos efetivos em que estabelece as regras gerais, tendo de forma específica sido inseridas no título “Da tributação e do Orçamento” tais exações, não restando mais qualquer dúvida quanto à natureza jurídica de tributo, inclusive diante da posição adotada pelo STF.

No art. 149 da Constituição Federal de 1988, encontra-se a autorização constitucional genérica para a instituição das contribuições sociais; de intervenção no domínio econômico e as contribuições de interesse de categorias profissionais e pelo art. 149-A, foi incluída a contribuição para a iluminação pública no texto da Carta Magna. Com relação às contribuições sociais, temos: as contribuições para a seguridade social e outras contribuições como o salário-educação previsto no art. 212, § 5º, CF e as contribuições para o Sistema “S”.

As contribuições para a seguridade social, além da competência genérica do art. 149 da CF/88, encontram-se delineadas no art. 195/CF, onde são enumeradas as fontes ou bases econômicas sobre as quais podem incidir tais contribuições, através de simples instituição por lei ordinária, como: as receitas da União, aquelas incidentes sobre a folha de salários ou outros rendimentos pagos a trabalhadores não empregados, receita ou faturamento e lucro das empresas, remuneração dos trabalhadores em geral, concursos de prognósticos e importação de bens e serviços.

Além dessas fontes, poderá o legislador definir outras visando à

manutenção ou expansão da seguridade social, conforme previsão do § 4º, art. 195 da Constituição Federal, obedecendo o disposto no art. 154, I, mediante lei complementar, que respeite a não-cumulatividade e os fatos geradores inéditos.

A Lei nº 8.212/91, regulamentou o disposto no art. 195, definindo as regras específicas para as receitas da União, trabalhadores, tomadores de serviços, norma geral sobre o concurso de prognósticos, além das regras sobre a arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições previdenciárias.

O artigo 11 da Lei nº 8.212/91, define as receitas que compõem o orçamento da Seguridade Social, dentre elas as contribuições sociais, enquanto o art. 16 do mencionado diploma legal, estabelece a forma de participação da União por meio de recursos adicionais transferidos do Orçamento Fiscal e na cobertura de eventuais insuficiências financeiras nos pagamentos de benefícios.

As contribuições sociais, conforme já mencionado, correspondem à participação da sociedade mediante recursos advindos da remuneração dos trabalhadores e tomadores de serviço, além do concurso de prognósticos e da importação de bens e serviços.

Os trabalhadores, denominados de segurados pelo art. 12, da Lei nº 8.212/91 são classificados em cinco categorias: empregados, empregados domésticos, avulsos, contribuintes individuais e segurados especiais, além do segurado facultativo, que mesmo sem remuneração poderá optar pela participação no sistema.

Os segurados empregado urbano ou rural, empregado doméstico e avulso, contribuem mediante a aplicação de uma alíquota de 8, 9 ou 11% sobre o total de sua remuneração, respeitados o piso e o teto do salário-de-contribuição, conforme disposto no art. 20 da lei nº 8.212/91.

Os segurados, contribuinte individual e facultativo, contribuem com uma alíquota de 20% sobre o salário-de-contribuição. Contudo, o contribuinte individual que presta serviço a empresa terá sua alíquota reduzida para 11% sobre o salário-de-contribuição, conforme previsto no art. 21 da mencionada lei.

O mencionado art. 21 da Lei nº 8.212/91, que foi alterado pela Lei Complementar nº 123/2006, estabelece em seu § 2º a possibilidade de

pagamento da contribuição previdenciária na alíquota de 11% sobre o piso do salário-de-contribuição para os segurados contribuinte individual e facultativo, considerados de baixa renda, que recebeu a denominação de Plano Simplificado de Previdência Social, não usufruindo do direito ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição. Caso desejem usufruir de tal benefício deverão recolher a diferença de 9% sobre a base de cálculo em referência.

Já a Lei Complementar nº 128/2008, que instituiu a figura do Microempreendedor Individual-MEI engloba o empresário individual que aufera receita bruta anual de até R\$ 36.000,00, com obrigação para a Previdência Social em regra semelhante ao segurado vinculado ao Plano Simplificado.

Por último, temos o segurado especial que contribui com uma alíquota de 2% sobre a comercialização de sua produção rural, da exploração da atividade turística e artesanal vinculada ao imóvel rural, que não poderá ter área superior a quatro módulos fiscais, mais uma alíquota de 0,1% para o Seguro Acidente do Trabalho, conforme disposições do art. 25 da Lei nº 8.212/91.

A lei define como sendo segurados especiais o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rural, o pescador artesanal e seus assemelhados, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 16 anos de idade ou a eles equiparados, desde que trabalhem comprovadamente com o grupo familiar respectivo e que exerçam essas atividades individualmente ou em regime de economia familiar, podendo, ainda, exercê-las com ou sem auxílio eventual de terceiros (mutirão):

. A responsabilidade pelo recolhimento do segurado especial é da empresa adquirente, consumidora ou consignatária, da cooperativa e da pessoa física não produtor rural que adquire produção para venda no varejo a consumidor pessoa física, independentemente da operação ter sido realizada com o produtor ou com intermediário pessoa física (art. 30, III, da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.528/97).

O segurado especial só é responsável por esse recolhimento quando comercializa seus próprios produtos no exterior, diretamente, no varejo, a consumidor pessoa física, quando vende sua produção a produtor rural equiparado a

autônomo ou a segurado especial.

Com relação aos tomadores de serviço, inicia-se com a empresa em geral, que por sua vez, contribui com uma alíquota de 20% sobre a remuneração paga, creditada ou devida aos empregados e avulsos a seu serviço, mais um percentual de 1 a 3% para financiar o seguro acidente de trabalho; mais 20% sobre a remuneração dos contribuintes individuais a seu serviço e ainda, com 15% sobre o valor da nota fiscal ou fatura, quando da contratação de cooperativas de trabalho com os cooperados à sua disposição, conforme previsto no art. 22, inciso I a IV, da Lei nº 8.212/91.

De forma específica, sobre a folha de salários há incidência do seguinte: alíquota de 20% sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

Os bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas contribuem ainda com um adicional de 2,5% sobre base de cálculo definida anteriormente, totalizando uma alíquota de 22,5%, conforme o § 1º, Lei nº 8.212/91.

O empregador rural pessoa física está isento de recolher a contribuição de 20% sobre a folha de salários de seus empregados e a contribuição para o SAT. Deve, porém, recolher a contribuição descontada de seus empregados, as contribuições destinadas a terceiros (salário-educação e INCRA nos percentuais de 2,5% e 0,2% sobre a folha respectivamente) perfazendo 2,7% sobre a folha e, até a

competência 02/2000, a contribuição de 15% sobre a remuneração paga a autônomos e equiparados, avulsos e demais pessoas físicas que lhe tenham prestado serviços sem vínculo empregatício (Lei Complementar 84/96).

Com relação à remuneração do contribuinte individual temos assim: uma alíquota de 20% com vigência a partir da competência março de 2000. Até a competência fevereiro de 2000 permanecem em vigor as disposições da Lei Complementar nº 84, de 18/01/96, que era de 15%; a base de cálculo é o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços. Integra a remuneração a bolsa de estudos paga ou creditada a médico residente participante de programa de residência médica de que trata o artigo 4º da Lei nº 6.932/81, na redação da Lei nº 10.405/2002.

Com a revogação, a partir de 29 de novembro de 1999, da Lei Complementar nº 84/96, operada pela Lei nº 9.876/99, a cooperativa de trabalho não está mais sujeita à contribuição de 15% sobre as importâncias pagas ou creditadas a seus cooperados por serviços prestados a pessoas jurídicas. Também não está sujeita à contribuição prevista pelo artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91 em relação às importâncias por ela pagas, distribuídas ou creditadas aos respectivos cooperados, a título de remuneração ou retribuição que, por seu intermédio, tenham prestado a empresas (parágrafo 19 do artigo 201 do Decreto nº 3.048/99).

O estagiário contratado nos termos da Lei nº 11.788/08 não é considerado segurado, não se aplicando esta contribuição, uma vez que este não recebe remuneração, mas sim bolsa de complementação educacional. O mesmo ocorre com o ministro de confissão religiosa, no tocante aos valores recebidos em face do trabalho religioso, tendo em vista não existir contrato de trabalho ou de prestação de serviço entre este e a instituição que o congrega.

A remuneração paga ou creditada a transportador autônomo pelo frete, carreto ou transporte de passageiros realizado por sua conta própria corresponderá ao valor resultante da aplicação de um dos percentuais estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social sobre o valor bruto do frete, carreto ou transporte de passageiros, para determinação do valor mínimo da

remuneração.

Não havendo comprovação dos valores pagos ou creditados aos segurados titulares de firma individual urbana ou rural, diretor não empregado e membro de conselho de administração na sociedade anônima, todos os sócios nas sociedades em nome coletivo, o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho na sociedade por cotas de responsabilidade limitada urbana ou rural e ao associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, em face de recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação ou sua apresentação deficiente, a contribuição da empresa referente a esses segurados será de vinte por cento sobre: i) o salário de contribuição do segurado nessa condição; ii) a maior remuneração paga a empregados da empresa ou, iii) o salário mínimo, caso não ocorra nenhuma das hipóteses anteriores.

No caso de sociedade civil de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissões legalmente regulamentadas, a contribuição da empresa será de vinte por cento sobre: 1) a remuneração paga ou creditada aos sócios em decorrência de seu trabalho à empresa, de acordo com sua escrituração contábil ou 2) os valores totais pagos ou creditados aos sócios, ainda que a título de antecipação de lucro da pessoa jurídica quando não houver discriminação entre a remuneração decorrente do trabalho e a proveniente do capital social ou tratar-se de adiantamento de resultado ainda não apurado por meio de demonstração de resultado do exercício.

A empresa deverá recolher a contribuição a que se refere o item acima na mesma data das demais contribuições a seu cargo e das por ela arrecadadas. A contribuição será devida quando a remuneração ou retribuição for paga ou creditada a pessoa física, quando ausentes os requisitos que caracterizem o segurado como empregado, mesmo que não esteja inscrita no Regime Geral de Previdência Social; o disposto neste item se aplica também aos contribuintes individuais que remuneram outros contribuintes individuais, os quais são equiparados à empresa.

Não se considera como remuneração direta ou indireta, para os efeitos da Lei nº 8.212/91, os valores despendidos pelas entidades religiosas e instituições de ensino vocacional com ministro de confissão religiosa, membros de instituto de vida consagrada ou de ordem religiosa em face de seu mister religioso ou para sua subsistência desde que fornecidos em condições que independam da natureza e da quantidade do trabalho executado (parágrafo 13 do artigo 22 da Lei nº 8.212/91, acrescentado pela Lei nº 10.170, de 29 de dezembro de 2000).

O Clube de Futebol Profissional que é mantido por associação, contribui com uma alíquota de 5% sobre a receita bruta dos espetáculos esportivos, retidos pela Federação de Futebol e repassados ao titular, inclusive os valores dos patrocínios, marcas, transmissões televisivas, publicidades, etc., conforme as disposições do art. 22, § 6º da Lei nº 8.212/91.

Dessa forma, não recolhem a contribuição prevista no artigo 22, incisos I e II, da Lei nº 8.212/91, tendo em vista que tal contribuição é substituída pelo desconto de 5% da receita bruta, decorrente da renda dos espetáculos desportivos de que participem em todo território nacional, em qualquer modalidade desportiva, inclusive jogos internacionais, e de qualquer forma de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e de transmissão de espetáculos desportivos.

Aplica-se este regime substitutivo à associação desportiva que mantenha equipe de futebol profissional, cabendo-lhe informar à entidade promotora do espetáculo desportivo todas as receitas auferidas no evento, discriminando-as detalhadamente. Para efeito de controle pelo agente arrecadador do tributo.

Outra empresa que tem regra distinta de contribuir para o custeio da Seguridade Social é a agroindústria, que participa com uma alíquota de 2,5 % sobre a receita bruta obtida com a comercialização da produção rural, acrescido de 0,1% para o custeio do SAT. A agroindústria é a empresa legalmente constituída, proprietária ou não, que em estabelecimento rural ou prédio rústico, explora atividade agropecuária e indústria rural, a extração de produtos primários vegetais ou animais, inclusive a atividade pesqueira, em caráter permanente ou temporário.

Já o empregador doméstico, participa com 12% do salário de contribuição do empregado doméstico a seu serviço; observado o limite máximo de

contribuição, isto é, se o doméstico receber salário superior ao do limite máximo. O percentual do empregador será de 12% sobre o limite máximo. O empregador doméstico não paga a contribuição de custeio de acidente de trabalho e o recolhimento de sua contribuição e do empregado doméstico serão realizadas em uma única guia.

O concurso de prognósticos previsto no art. 26, lei nº 8.212/91, corresponde a uma contribuição com alíquota de 5% incidente sobre a renda global da arrecadação no caso de entidade privada e da receita líquida do evento no caso de vinculação a ente público, após retirada do valor destinado ao FIES.

As Contribuições Sobre o Faturamento – COFINS, outra fonte prevista na Constituição federal, encontra-se no art. 195, I, b, da CF/88, tendo sido criada pela Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991 e leis ordinárias subsequentes, Leis nº 9.718/98, 10.276/2001 e Lei nº 10.833/2003. A Lei nº 10.865/2004 instituiu a COFINS-IMPORTAÇÃO.

O fato gerador é a auferição de receita ou o faturamento mensal e a base de cálculo é o faturamento ou receita bruta mensal, após a dedução das parcelas previstas na lei que a rege. A alíquota encontra-se no percentual de 7,6% não cumulativa sobre a base de cálculo com lucro real ou 3% em caso de lucro presumido, sem acréscimo de 2,5% (art. 22, § 1º, Lei nº 8.212/91) para as instituições financeiras

Ainda com relação a participação das empresas tem-se a Contribuição Sobre o Lucro – CSLL. Sua previsão é o art. 195, I, c, da CF/88 e foi criada pela Lei nº 7.689/88, tendo como fato gerador a auferição de lucro no exercício financeiro. A base de cálculo é o lucro, considerado-se a soma das receitas e diminuindo-se as despesas, após os ajustes previstos na lei que a rege. Alíquota é de 9% sobre o lucro líquido para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/2003.

Vale ressaltar ainda, que além das previsões de financiamento da Seguridade Social, anteriormente mencionadas, tem-se às disposições contidas nos arts. 79 a 81, do ADTC, que instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da

Pobreza, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de interesse social.

O art. 198, § 1º, da Constituição Federal prevê que o Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, Estados DF, Municípios e outras fontes, o que possibilitou a edição da Lei nº 9.656/98, em que há previsão para exigência dos valores dispendidos pelo SUS com os usuários de Planos de Saúde Privada com discussão da matéria em sede de ADI no Supremo Tribunal Federal.

Consolidado o conteúdo dos mecanismos mais importantes ao custeio do sistema de seguridade social, ressalta-se que temos os seguintes regimes de aplicação de receitas: o Sistema de Repartição Simples, que se baseia na solidariedade entre gerações é aplicado no Regime Geral de Previdência Social. O Sistema de Capitalização, adotado para Previdência Complementar, que corresponde a via privada e facultativa da Previdência Social, efetiva-se pela contribuição para um fundo e segue as regras do mercado financeiro.

Por sua vez, a principal desvantagem do sistema de capitalização está nas reservas que nem sempre mantém o valor do patrimônio acumulado, enquanto a principal desvantagem do sistema de repartição consiste na ausência de reservas para o caso de eventuais problemas de caixa..

3.1- DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

3.1.1- Dos Direitos Sociais e o Mínimo Existencial:

Apesar da discussão sobre os custos dos direitos sociais e da reserva do possível, deve-se pensar na esfera mínima desses direitos, sob pena de desrespeito a própria dignidade da pessoa humana.

A Corte Constitucional da Alemanha entendeu que há necessidade de uma garantia mínima de direitos a serem disponibilizados pelo Estado para que os riscos sociais possam ser controlados e garantido um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais básicas, extraíndo-se o direito a uma concessão estatal mínima da própria dignidade da pessoa humana, do direito à vida e da integridade

física do indivíduo.

Para Andreas Krell⁵⁵, a teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em caso de diminuição dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna, deixando claro ser possível buscar junto ao Estado direitos sociais essenciais, independente de qualquer discussão até mesmo com relação à reserva do possível.

Paulo Ferreira da Cunha⁵⁶ diz que não haverá direito à vida sem direito à vida digna, combinando daí com a base adotada pela Corte Constitucional Alemã em que o mínimo existencial decorre do direito a própria vida e que somente haverá vida se for uma vida digna, num entrelaçamento indissociável e permanente.

No Sistema de Seguridade Social, existem direitos mínimos que devem ser disponibilizados pelo Estado, sob pena de ser colocada em risco a vida da pessoa, tais como os serviços básicos na área de saúde, benefícios assistenciais e previdenciários.

A própria Constituição Federal ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos como pressuposto de sua dignidade ao impor através de seu texto responsabilidade aos Entes Federativos no alcance de objetivos relacionados com o tema, de forma universal e aplicação imediata, conforme se vê dos arts. 194 e 5º, § 1º, da Carta Magna, respectivamente.

Na omissão dos órgãos públicos responsáveis pela concessão desse mínimo, caberá ao Poder Judiciário exercer seu papel constitucional e fazer valer o respeito à pessoa humana, determinando, independente de qualquer objeção, a efetivação de tais direitos como decorrência da dignidade humana e das normas constitucionais que regem o direito às ações da seguridade social.

Para Jorge Miranda⁵⁷, os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a fazer valer as normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico, para o que

⁵⁵ Krell, Andreas. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha Porto Alegre: Fabris, 2002, p.61/62

⁵⁶ Cunha, Paulo Ferreira da. Res Pública-Ensaio Constitucionais, 1998, p. 60.

⁵⁷ -Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 281.

sem dúvida implica em expressa manifestação do Judiciário no direito à proteção do indivíduo.

Diante dessa vinculação dos juízes e tribunais à efetivação dos direitos fundamentais é que os próprios atos judiciais que atentem contra esses direitos poderão constituir objeto de controle jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que estão vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais⁵⁸, implicando assim na obrigação expressa de impor à Autoridade Administrativa o atendimento e a implementação de direitos essenciais mínimos, dentre outros, àqueles vinculados à seguridade social.

A garantia desse mínimo, ganhou mais notoriedade em todo o mundo quando a Corte Alemã em diversas decisões reconheceu que a garantia da propriedade por exemplo, alcança também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública e com destaque para os direitos a prestações no âmbito da seguridade social, legislativamente concretizados⁵⁹, o que ocorre com a Constituição Brasileira.

Sobre essa questão do mínimo existencial, Ana Paula Barcellos⁶⁰ faz um comentário da seguinte forma:

“O mínimo existencial, como exposto, é exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana. É, portanto, a redução máxima que se pode fazer em atenção aos demais princípios. Pela ponderação, portanto, se extrai da norma programática que consagra o princípio da dignidade humana um núcleo básico, que é transformado em regra diretamente sindicável pelo judiciário: o mínimo existencial”.

Contudo, a defesa pela efetiva obrigação do Poder Público em disponibilizar um mínimo existencial social não significa a disponibilização de direitos apenas em patamares mínimos, pelo contrário, deve ser exigido do Estado a implementação de direitos sociais prestacionais com posituação constitucional e

⁵⁸ Sarlet, Ingo W. op. cit, p. 389.

⁵⁹ Idem, p. 491.

⁶⁰ Barcellos, Ana Paula. O mínimo existencial e algumas fundamentações: Jonh Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In Torres, Ricardo Lobo(Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar,

regulação infraconstitucional não disponibilizados à sociedade, numa inconfundível afronta a esses direitos, à dignidade humana e à própria Constituição Federal.

Para aqueles benefícios e serviços já ofertados não há possibilidade de práticas ou normas reducionistas, diante do princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais, mas sim da otimização e máxima eficácia e efetividade por força do contido no art. 5º, § 1º, da Constituição, que reclama por majoração dos direitos já ofertados como forma de proporcionar uma melhoria de uma vida com maior dignidade, desde que não afete o equilíbrio financeiro do sistema, apesar da forma contributiva para a Previdência Social..

Em verdade, a figura do mínimo existencial busca esclarecer que a abstenção do Estado em relação aos direitos da seguridade social deve ser superada em uma essência mínima, pelo menos, em decorrência do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, mediante a implementação de novos benefícios e serviços e da inclusão social efetiva, plena, capaz e dentro do contexto das circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais violadoras do respeito à dignidade da pessoa humana, nos limites da seletividade e distributividade previstos no art. 194, da Carta Magna.

3.1.2- A Reserva do Possível e os Direitos Sociais:

Como a disponibilização de direitos sociais geram custos, sempre haverá uma resistência por parte dos governantes em expandir tais direitos por meio de justificativa de caráter econômico-financeiro e na alegação de ter que respeitar o princípio da reserva do possível.

Inicialmente, deve-se atentar para o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, onde estabelece que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, colocando assim uma determinação expressa à efetivação desses direitos em todas as suas essências e, portanto, aqueles da esfera social, existindo no entanto uma tendência em distanciar a efetivação jurídica da efetivação social ou efetividade, sempre com essa manifestação negativa.

A eficácia jurídica consiste na possibilidade de aplicação da norma, enquanto a eficácia social consiste na efetiva aplicação de fato da norma⁶¹. No caso dos direitos sociais implica na efetiva disponibilização real do direito almejado pela coletividade como a efetividade de benefícios e serviços na esfera da seguridade social.

Na figura emblemática da “reserva do possível” não há uma posição de consenso quanto a sua repercussão dos direitos sociais, especialmente aqueles de natureza subjetiva e muitas vezes obtidos através do Judiciário, é o que se pode observar da manifestação de Canotilho, Andreas Krell, Gustavo Amaral, Alexy e Ingo Sarlet⁶².

Para Canotilho⁶³, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais passa pela limitação da “reserva do possível”. Esclarece ainda, que a reserva do possível significa que a realização dos direitos sociais se caracteriza pela gradualidade da sua realização; pela dependência financeira ao orçamento; pela fundamentalidade de conformação do legislador e pela insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas públicos, a não ser quando há contradição com as normas constitucionais. Ou seja, a realização de um direito está condicionada à existência específica de recursos orçamentário para a concretização do direito almejado.

Segundo Andreas Krell⁶⁴, na verdade, a reserva do possível representa uma adaptação da jurisprudência alemã, cuja construção de direitos subjetivos à prestação social pelo Estado está subordinada à disponibilidade de recursos, quando da proclamação do “mínimo existencial”. Isto é, somente a seleção de direitos sociais, econômicos e culturais relevantes integram o núcleo da dignidade da pessoa humana e teriam validade erga omnes na proteção pela reserva do possível.

⁶¹ Silva, José Afonso da. Silva, José Afonso., Aplicabilidade das normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁶² Bigolin, Giovani. A Reserva do Possível como Limite à Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais. Direito e Processo do Trabalho. Publicado em 30/06/2004. .

⁶³ Canotilho, J. J. Gomes. Estudos Sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 108.

⁶⁴ Bigolin, Giovani. A Reserva do Possível como Limite à Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais. Direito e Processo do Trabalho. Publicado em 30/06/2004. .

Na visão de Gustavo Amaral⁶⁵, a escassez de recursos ou de meios para a satisfação de direitos não pode ser descartada, devendo os juízes e Tribunais ao decidirem sobre a eficácia e efetividade de pretensões, a obrigação de fundamentarem suas decisões, concluindo que ao Poder Judiciário cabe apenas o controle do discurso e das condutas do legislativo e executivo, o que demonstra uma forma bastante restrita de se imaginar a efetividade de direitos sociais.

Já Alexy,⁶⁶ procura harmonizar argumentos favoráveis e contrários a efetiva concessão de direitos a prestações sociais, inclusive os direitos subjetivos, através de uma ponderação entre princípios. Para ele, há que ponderar pelo não direito absoluto a prestações e ao mesmo tempo, defende que o princípio da reserva parlamentar orçamentária também não pode ser absoluta.

Defende um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio dos direitos fundamentais como a formação escolar e profissional, moradia, um padrão mínimo de saúde, não podendo existir colisões orçamentárias nesses pontos, o que estaria assim estabelecendo parâmetros para um “mínimo existencial”, entendido como o mínimo para afastar a pessoa do estado de necessidade.

Segundo Ingo Sarlet⁶⁷, a eficácia dos direitos fundamentais sempre deve ser potencializada em decorrência do contido no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, inclusive com o respeito a direitos subjetivos a prestações na análise do caso concreto, assegurando um padrão mínimo de segurança social.

Entende o jurista⁶⁸, que em todas as situações que esbarrar nos argumentos da reserva do possível e objeções aos direitos sociais deve prevalecer o direito à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana, cabendo ao legislador decidir sobre a afetação dos recursos públicos, inclusive mediante transferências orçamentárias para garantir direitos sociais, sob pena de utilização da via judicial.

Na sua visão, o direito à vida e à dignidade da pessoa são fios condutores na tarefa de otimizar a eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais, inclusive para viabilizar direitos subjetivos a prestações mínimas para

⁶⁵ Idem

⁶⁶ Bigolin, Giovanni. A Reserva do Possível como Limite à Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais. Direito e Processo do Trabalho. Publicado em 30/06/2004. .

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Idem.

a garantia da liberdade e da igualdade substanciais á vida digna, que poderá ocorrer com a conformação do legislador na superação da escassez de recursos e sua adaptação à realidade das necessidades sociais, sob pena de efetivação pelo Judiciário.

Com relação à participação do Judiciário na guarda e efetivação ou da possibilidade de redução dos direitos prestacionais, torna-se interessante expor a posição de Enzo Bello⁶⁹, conforme a seguir se vê:

“Com as idéias do neoliberalismo e sua inércia para com os direitos sociais, tem ocorrido uma necessidade constante da manifestação do judiciário na efetivação desses direitos. Apesar da existência dos direitos sociais parecer não estar ameaçada no plano normativo, sua efetivação vem sendo drasticamente reduzida, o que demonstra uma tendência recente, que merece destaque em razão dos seus desdobramentos sobre a prática cidadã no Brasil. Trata-se de descoberta e da exploração do judiciário como espaço para a efetivação dos direitos sociais.”

3.2- DO DIREITO COMPARADO

3.2.1- Aspectos Gerais:

Quanto à participação do Brasil para o custeio do sistema previdenciário, podemos destacar sua mera cobertura de eventuais insuficiências, sem uma cotização previamente estabelecida juntamente com a sociedade, induzindo a uma transferência de encargos aos trabalhadores e assemelhados, diferentemente de outros países.

3.2.2- Dos Países da Europa e do Mercosul:

Na Alemanha, o regime de custeio vigente é o de repartição simples, contribuem para o sistema os empregados, empregadores e o Estado. Os empregados e empregadores pagam com alíquotas iguais, que correspondem a 96% do custeio, enquanto o Estado participa com o complemento. São oferecidos os benefícios de pensão, seguro-doença, seguro de cuidados de longa duração, seguro acidente e seguro-desemprego.

⁶⁹ Bello, Enzo. In Direitos Sociais-Souza Neto, Cláudio Pereira e Sarmento, Daniel(Organizadores). Rio de Janeiro :Lumen Juris, 2008, p. 197.

Na França a base do financiamento é o trabalho, caracterizando-se como um sistema corporativo e universal, onde o Estado garante a todos os cidadãos franceses amplo acesso aos benefícios. O financiamento é composto por cotas progressivas sobre o salário, incluídas as contribuições de empregados e empregadores num sistema de repartição.

Quanto aos sistemas de financiamento em outros países, deve-se destacar a onda de reformas previdenciárias na Europa e América Latina, principalmente àquelas sob a influência do Banco Mundial, seja de caráter estrutural(altera o regime de custeio) ou paramétricas(incrementam o regime de custeio), cujos modelos destaca-se:

- Modelo Substitutivo: extinção do sistema público e substituição pelo privado(Chile, México, El Salvador, Bolívia);

- Modelo Paralelo: sistema privado alternativo e concorrente do sistema público(Peru, Colômbia);

- Modelo Misto: dois sistemas compulsórios- o público, que garante pensão básica e o privado plenamente capitalizado, que paga pensão complementar(Argentina, Uruguai, Costa Rica);

- Modelo Híbrido:concilia o sistema público compulsório com o sistema privado facultativo,mediante regime de custeio de repartição e capitalização(Brasil).

No Brasil, a Seguridade Social é financiada com recursos da sociedade e do Estado, mediante contribuições sobre o rendimento assalariado, receita e faturamento e o lucro das empresas, concurso de prognósticos e movimentações financeiras, além de outras receitas, sendo que o custeio da Previdência Pública ocorre pelo sistema de repartição e o da Previdência Privada pela capitalização.

Nada mais justo que os ganhos econômicos e financeiros de grupos multinacionais sejam, em determinado percentual, destinados aos sistemas de proteção social, efetivando a distribuição de renda e de melhoria nas condições de vida dos mais necessitados, na forma prevista no “potencial de melhoria de Pareto”, conduzindo a mudanças econômicas essenciais à melhoria de toda coletividade.

Para a internacionalização da proteção social, caberá a cada governo expandir seus acordos internacionais de Seguridade Social e aumentar a forma de atuação em favor da sociedade, em decorrência da crescente circulação mundial de pessoas em busca de novas e mais vantajosas ofertas de trabalho, por força da globalização do mercado e pela fuga das crises financeiras em seus países de origem.

Em decorrência de tais fatos é que o Brasil mantém acordos internacionais com a Espanha, Cabo Verde, Grécia, Chile, Itália, Luxemburgo, Portugal e países do Mercosul, para garantir os direitos da Seguridade Social previstos nas legislações desses países, conforme especificados nos respectivos acordos

Encontra-se em discussão o Acordo Ibero-Americano de Seguridade Social, que visa assegurar ao trabalhador migrante, pelas diversas economias dos países participantes a condição jurídica necessária para a contagem de tempo de contribuição nesses diferentes países para efeito da concessão de benefícios sociais. Integram a organização ibero-americana os seguintes países: Brasil, Argentina, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Equador, El Salvador, Espanha, Guatemala, Guiné Equatorial, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Porto Rico, Uruguai e Venezuela.

CAPÍTULO IV

DO DIREITO À SAÚDE

4.1- Considerações Preliminares:

A saúde é garantida por meio de políticas econômicas e sociais, que visam à redução dos riscos de doenças e outros agravos, estando incluída no texto constitucional em seu art. 196, como sendo um direito de todos e um dever do Estado, mediante a prática de ações com caráter preventivo e curativo.

O direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida, sendo indispensável que o atendimento consista em um mínimo existencial e que garanta o direito à vida dentro de um padrão de dignidade, analisado por este ponto, dentro de um contexto real e contemporâneo, sem o qual a existência fica desprovida de elementos vitais ao ser humano e à vida em sociedade, cujo conteúdo deve ser

entendido como fator sujeito a contínuas transformações.

O Estado Democrático de Direito tem, dentre seus fundamentos, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político articulados com o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo um desenvolvimento nacional capaz de reduzir as desigualdades e promover o bem de todos, como é o caso do atendimento à saúde aos indivíduos inseridos na sociedade.

Sendo assim, é importante destacar que todos terão acesso à saúde, independente de sua condição financeira individual, mas o tratamento não inserido nos padrões do Estado somente serão concedidos à pessoa sem meios de custeá-los e mediante comprovação de requisição junto ao órgão público competente. Ou seja, aquele serviço disponível apenas na rede privada no Brasil ou no exterior somente será disponibilizado para as pessoas carentes, inclusive aos seus familiares.

Mônica de Almeida Magalhães Serrano⁷⁰, fazendo referência a Weichert, sobre o direito a proteção à saúde esclarece que:

“Os ordenamentos jurídicos constitucionais da atualidade, ao consagrarem a existência de um direito social à saúde, acolheram essa dupla perspectiva. Dessa forma, assim como ocorre com os direitos fundamentais em geral, que podem ser observados sob várias dimensões complementares, também o direito à saúde compreende a perspectiva individual de busca de ausência de moléstias e a coletiva de promoção da saúde em comunidade”.

A saúde é um bem coletivo e é, ao mesmo tempo, um direito fundamental social de acesso às ações e serviços que visem à promoção, proteção e recuperação da vida. O reconhecimento como bem coletivo significa compromisso com a plenitude do direito à vida digna.⁷¹

⁷⁰ Serrano, Mônica de Almeida Magalhães. O Sistema Único de Saúde e Suas Diretrizes Constitucionais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009 p. 27.

⁷¹ Nascimento, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a Utopia: Problema na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In Direitos Sociais, op. cit. p. 906/907.

A Constituição Federal de 1988 elencou objetivos que devem ser atingidos para o alcance e garantia desse direito fundamental social, tais como: acesso universal e igualitário; provimento das ações e serviços por meio de uma rede regionalizada, hierarquizada e integrada em sistema único; descentralização com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, dentre outros, conforme disposições dos arts. 196 a 200, cuja regulamentação foi consolidada com a Lei nº 8.080/90.

Segundo o art. 3º da Lei nº 8080/90, que regulamenta o direito à saúde, seus fatores determinantes e condicionantes passam pela necessidade de proteção através da alimentação, da moradia, do saneamento básico, do meio ambiente, do trabalho, da renda, da educação, além de bem-estar físico, mental e social, o que demonstra com isso a necessidade de uma implementação conjunta de outros mecanismos de proteção para a real efetivação desse direito.

Por sua vez, diretrizes foram também estabelecidas como um traçado a ser seguido pelos gestores, visando a uma efetividade das ações, mediante o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias; execução de ações de vigilância sanitária; formação de recursos humanos; fiscalização das águas, alimentos e medicamentos, etc., como forma eficaz de proteger a saúde das pessoas contra as doenças em geral.

Pelas disposições constitucionais já mencionadas do art. 196, “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, numa referência à proteção ampla e irrestrita do princípio da universalidade, respeitado os limites da seletividade. A saúde é (...) dever do Estado(...) e, aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde é para todos e cada um se inclui entre os fins estatais, e deve ser atendido.⁷²

Caso o Executivo, por exemplo, não desenvolva práticas que cumpram com o direito à saúde para as pessoas que dela necessitam, sem distinção, por ser um direito fundamental e essencial à própria vida, poderá ocorrer a judicialização desses direitos sociais como forma de atuação do Judiciário na esfera social, diante da inércia do Legislativo, apesar do contido no art. 5º, § 1º, da

⁷² Silva, José Afonso. Aplicabilidade das normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83.

Constituição Federal, que determina a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Cláudio Pereira Neto⁷³, por exemplo, reconhece que a ordem constitucional brasileira já contempla inúmeras hipóteses que configuram interferências mais graves na esfera do Poder Legislativo, como ao declarar a nulidade de uma norma aprovada por este, pode representar interferência mais grave que elaborar a norma ou aplicá-la por analogia, na hipótese de inércia dos órgãos legiferantes.

Com isso, expressa a necessidade de uma atuação efetiva do legislativo na regulamentação das normas de direitos sociais, sob pena de interferência dos demais Poderes para que se faça valer o direito à saúde em sua universalidade, mesmo que seja por determinação judicial, tanto para a inércia do Legislativo como para a sua real efetividade pelo Poder Executivo.

Neste contexto da universalidade, há que ser observado mais uma vez o disposto no art. 196 da Constituição Federal, que determina ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado, que enquadra a exigência legal para a atenção de todos, independente de raça, crença ou origem; residentes em áreas urbanas ou rurais; em comunidades afro-brasileiras, indígenas ou até mesmo aos estrangeiros em território brasileiro.

O fato de fazer referência a todos, sem exceção, não significa, contudo, dizer que os gestores não possam conduzir as ações de forma específica em determinadas situações ou para certos grupos, desde que não sejam excluídos do contexto geral do atendimento integral. A garantia do direito indígena de atenção integral e diferenciada à saúde, justifica-se pela vulnerabilidade dos índios em termos da sua situação de saúde e de sua especificidade ética⁷⁴.

No caso da promoção, prevenção e recuperação da saúde é possível à adoção de programas e ações dirigidas a grupos ou comunidades com origem, tradições e costumes diferenciados como é o caso das coletividades indígenas, em especial àqueles não integradas ao convívio das grandes cidades.

⁷³ Ob. Cit. p. 521.

⁷⁴ Langdon, Jean. Saúde e Povos Indígenas. Disponível em: www.eft.ufsc.br

Tais comunidades são, portanto, mais susceptíveis a contaminações por agentes infecciosos capazes de lavá-los à morte, entendidos assim como casos paradigmáticos, por este aspecto, o que exige um atendimento prioritário no acesso dos programas e serviços de saúde, que atualmente vem sendo realizado sem a qualidade esperada pela Fundação Nacional de Saúde-FUNASA, conforme será tratado posteriormente.

4.2- Da Efetivação do Direito à Saúde:

De acordo com as disposições já referidas da Constituição de 1988, a efetivação do direito à saúde deve contemplar uma atenção voltada para o atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva como base nesse atendimento, bem como em ações de caráter curativo por meio de serviços médico-hospitalares, odontológicos e a distribuição de medicamentos essenciais à vida da pessoa humana.

Torna-se necessário, portanto, que o Poder Público implemente diversos serviços de forma conectada em todas as suas esferas, em decorrência da previsão de descentralização dos serviços de saúde previsto na Lei nº 8.080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde- SUS e possibilitou, dessa forma, uma efetividade se não plena, mas pelo menos capaz de atender ao mínimo existencial indispensável aos anseios e ao bem-estar da coletividade.

José Afonso da Silva⁷⁵, sobre a eficácia constitucional defende que:

“Não há norma Constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos pretendidos pelo Constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”.

No caso do direito à saúde, a norma ordinária tratando da sua executoriedade universal ocorreu com o advento da mencionada Lei nº 8.080/90, além de decretos e atos administrativos que definem as ações para um atendimento integrado e descentralizado entre os Entes Federativos.

⁷⁵ -Silva, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81 e 82.

A regulamentação ordinária da saúde estabeleceu, expressamente, uma garantia efetiva do direito à saúde ao determiná-la como um direito fundamental da pessoa humana, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício por parte da coletividade.

O Estado deve garantir a realização de prestações positivas mediante a formulação e execução de políticas econômicas e sociais voltadas para a redução dos riscos de doenças, assegurando o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços gerais e específicos para todos.

Os fatores determinantes da saúde, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.080/90, devem ser observados no sentido de garantir direitos a alimentação, educação, trabalho e outros mais, cuja harmonização gera resultados favoráveis no que diz respeito à saúde da população, sendo portanto, indispensável a observância dos mesmos pelo Poder Público na efetivação plena do direito em tela.

A Saúde, que integra o Sistema de Seguridade Social, é um importante instrumento na efetivação de direitos fundamentais, caso as prestações a ela vinculadas e aquelas decorrentes de seus fatores determinantes como dispostos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional anteriormente referida, sejam corretas e plenamente disponibilizadas em respeito aos princípios e regras estabelecidos legalmente.

Na leitura do texto da Lei nº 8.080/90, constata-se a inclusão de princípios e atribuições direcionados ao Sistema Único de Saúde-SUS, elencando-se dentre esses princípios a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde e como atribuições, por exemplo, a execução de ações na esfera da vigilância sanitária e assistência terapêutica.

Dentre os objetivos vinculados ao Sistema Único de Saúde-SUS está a assistência às pessoas com ações para a promoção, proteção e recuperação da saúde, sendo interessante que se apresente algumas considerações sobre esses três pontos elencados na norma ordinária anteriormente mencionada.

A promoção estabelece a necessidade de valorização da saúde junto à comunidade e ao Poder Público, incorporada que está aos direitos

fundamentais da pessoa humana, através do desenvolvimento de políticas públicas direcionadas ao dinamismo e a implementação de ações de qualidade indispensáveis ao reconhecimento do Estado do Bem-Estar Social .

Concentra-se a promoção da saúde, na produção social que aponta para a articulação com outros setores do Poder Público e a possibilidade de formulação de políticas públicas direcionadas à implementação de ações que possam valorizar, cada vez mais, a qualidade de vida e o desenvolvimento social das populações.

Na evolução histórica da promoção da saúde, pode-se destacar a realização da Conferência Internacional Sobre Cuidados Primários de Saúde, ocorrida na cidade de Alma-Ata, URSS em setembro de 1978; a Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, na cidade de Ottawa-Canadá, em novembro de 1986, cuja carta de Intenções definiu como objetivo atingir a saúde para todos; seguindo-se da Segunda, Terceira e Quarta versões.

A Declaração de Alma-Ata enfatizou, que a saúde não significava simplesmente a ausência de doença ou enfermidade mas um direito humano fundamental, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde, que atua de forma conjunta para sua efetivação.

Segundo a Carta de Ottawa, promoção da saúde é o nome dado ao processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria de sua qualidade de vida e saúde em parceria com o Poder Público, na busca de um estado de completo bem-estar físico, mental e social dos indivíduos e dos grupos por intermédio de aspirações, que conduzam a um conceito positivo que enfatizam os recursos sociais e pessoais para um estilo de vida saudável, por ser a saúde o maior recurso para o desenvolvimento social, econômico, pessoal e dimensão da qualidade de vida.

A Segunda Conferência Internacional Sobre Promoção da Saúde, na cidade de Adelaide-Austrália em abril de 1988, foi considerada um marco importante no reconhecimento da saúde como objetivo social fundamental e de grande

importância às políticas públicas para uma vida saudável..

Dessa Conferência, destaca-se a preocupação com as decisões políticas de caráter econômico sobre a saúde, que devem conciliar paradoxos e desigualdades entre fatores de natureza social, econômica, política cultural e ambiental na efetivação dos direitos fundamentais à saúde, sendo de extrema importância na positivação do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988 e na edição da Lei nº 8.080/90.

Seguindo com a regulamentação das disposições constitucionais e legais sobre as regras para a saúde, foi editada a Norma Operacional Básica do Sistema de Saúde- NOB/SUS nº 01/1996⁷⁶, que estabeleceu parâmetros à promoção, proteção e a recuperação da saúde, dentre outros, como se vê:

a) o da assistência, em que as atividades são dirigidas à pessoas, individual ou coletiva, e que é prestada no âmbito ambulatorial e hospitalar, bem como em outros espaços, especialmente no domiciliar;

b) o das intervenções ambientais, no seu sentido mais amplo, incluindo as relações e as condições sanitárias nos ambientes de vida e de trabalho, o controle de vetores e hospedeiros e a operação de sistemas de saneamento ambiental(mediante o pacto de interesses, as normatizações, as fiscalizações e outros,etc.); e,

c) o das políticas externas ao setor saúde, que interferem nos determinantes sociais do processo saúde-doença das coletividades, de que são partes importantes questões relativas às políticas públicas macroeconômicas, ao emprego, à habitação, à educação, ao lazer e à disponibilidade e qualidade dos alimentos.

Por sua vez, sobre os aspectos da finalidade de promover e consolidar o Sistema de Saúde, a NOB/SUS nº 01/96 destaca:

“Os ideais históricos de civilidade, no âmbito da saúde, consolidados na Constituição de 1988, concretizam-se, na vivência cotidiana do

⁷⁶ NOB/SUS nº 01/96-DOU de 06/11/1996, Brasília: janeiro/97, p. 07.

povo brasileiro, por intermédio de um crescente entendimento e incorporação de seus princípios ideológicos e doutrinários, como também, pelo exercício de seus princípios organizacionais. Esses ideais foram transformados, na Carta Magna, em direito à saúde, o que significa que cada um e todos os brasileiros devem construir e usufruir de políticas públicas- econômicas e sociais- que reduzam riscos e agravos à saúde. Esse direito significa, igualmente, o acesso universal(para todos) e equânime(com justa igualdade) a serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde(atendimento integral)”.

No aspecto da proteção à saúde, há que ser destacada a preocupação com o meio ambiente e a higiene das pessoas, apesar da atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que ainda é mínima na maioria das cidades, especialmente para as populações mais carentes.

A obrigatoriedade da atuação dos órgãos estatais na prevenção da saúde desde à infância, está previsto em normas específicas como é o caso dos arts. 3º, 4º e 7º da Lei nº 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no Estatuto do Idoso, criado pela Lei nº 10.741/2003 que em seu art. 9º, estabelece como obrigação do estado a proteção à vida e á saúde da pessoa idosa.

O SUS, apesar de revelar efetivo progresso na área de saúde no Brasil, ainda não se mostra adequado e eficaz, sendo, portanto, necessário um contínuo movimento de consolidação e desenvolvimento do sistema, para buscar a efetiva universalidade e integralidade⁷⁷, da proteção e recuperação da saúde.

Outrossim, no contexto da norma a responsabilidade pela promoção da saúde, deve ser compartilhada entre indivíduos, grupos, profissionais e instituições que prestam serviços de saúde e dos governos no sentido de criarem um sistema que contribua para a conquista de um elevado nível de saúde, bem como a implementação de direitos sociais afins como: direito a moradia, a educação, ao lazer, dentre outros.

Prosseguindo, pode-se afirmar que a proteção à saúde vincula-se às

⁷⁷ Serrano. Op. cit. p. 83.

ações de caráter preventivo como saneamento básico, vigilância sanitária, proteção do meio ambiente, saúde do trabalhador, etc; enquanto a recuperação da saúde tem caráter curativo com assistência terapêutica, distribuição de medicamentos e equipamentos, alimentos, dentre outros previstos em lei.

Rogério José do Nascimento⁷⁸, traz a seguinte definição para a promoção, proteção e recuperação da saúde, à luz de seus objetivos específicos:

“O direito à promoção é um direito difuso exercido como regra em face do legislador, um direito a todos indistintamente assegurado de exigir programas de saúde, ou seja, de exigir um conjunto de ações dirigidas à finalidade de propiciar uma vida saudável. O direito a prevenção é um direito essencialmente coletivo exercido em face do executivo, significando o poder de exigir prestações afirmativas e negativas tais como a estruturação de uma rede de atenção básica em saúde. Já o direito à recuperação é um direito essencialmente individual a prestações afirmativas exercido em face do executivo e da sociedade, contemplando o direito de exigir meios de diagnóstico e tratamento para os males que atinge os titulares”.

Com o exposto, pode-se observar que nos princípios e diretrizes da saúde há uma estreita relação entre a saúde de qualidade com os direitos sociais elencados no texto constitucional, como é o caso do direito à moradia, à educação e ao lazer em que: a consolidação de serviços completos na esfera da saúde, gera a efetivação dos mesmos.

A garantia do direito à educação, proporciona maior possibilidade do direito ao trabalho e uma renda digna; facilita o acesso a moradia; aumenta as chances para a aquisição de transporte próprio; surgem novas formas de lazer e de um ambiente saudável, compatíveis com a realização dos anseios pessoais dos indivíduos.

Para uma concreta prevenção contra as doenças que afligem a população, são necessários que se fortaleçam os direitos à educação com informações sobre higiene, alimentação saudável, bem como o cuidado com o ambiente. Decorre daí a necessidade de moradia digna, estruturada dentro de

⁷⁸ Nascimento, Rogério José bento Soares do. Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. IN: Direitos Sociais, p. 907.

padrões mínimos de saneamento básico para um meio ambiente aceitável, o que evita a propagação de doenças epidemiológicas; de melhoria no acesso aos transportes, etc., proporcionando bem-estar e vida digna e saudável.

Arthur Bragança de Vasconcelos Weintraub, sobre a questão esclarece⁷⁹:

“O atendimento integral é fruto da universalidade objetiva, sendo que a prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, é oriunda da razoabilidade. Previnam-se as doenças, mantendo-se o atendimento para os enfermos. Tal prevenção envolve um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social, o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador, que são interesses difusos, pois causam impacto social”.

A saúde agrega em suas normas regulamentadoras a possibilidade real de efetivação de outros direitos fundamentais sociais, o que a caracteriza como um direito positivo estimulador de um conjunto de serviços essenciais, subjetivos e pressuposto exemplar de respeito à dignidade da pessoa humana.

Essa consolidação, quer seja pelas ações desenvolvidas pelo Executivo em cumprimento aos preceitos constitucionais, devidamente regulamentados pelo Legislativo, quer seja pela interferência do Judiciário na fixação de parâmetros para a sua convalidação por meio da ampliação, potencialização e universalização de benefícios e serviços à coletividade, deverá sempre está voltada para uma congregação e implementação dos demais direitos sociais, no limites orçamentário devidamente comprovado.

Dentro desse diapasão, o direito à saúde deve ser posto por um aspecto prioritariamente preventivo e não apenas curativo, em que sua concretização não seja tratada isoladamente, mas, principalmente, como um conjunto de ações interligadas e sob a responsabilidade do Estado, que não poderá eximir-se de sua consolidação

O direito à saúde, portanto, positivado no texto constitucional, já traduz uma supremacia que não poderá ser limitado pelo processo majoritário ou da

⁷⁹ Weintraub, Arthur Bragança de Vasconcelos. O Direito à Saúde no Brasil e Princípios da Seguridade Social.

gestão administrativa, tendo em vista não ser algo de secundário ou supérfluo, mas acima de tudo, um direito que garante a satisfação vital à pessoa humana.

A concretização do direito à saúde impõe aos governantes a obrigatoriedade de respeitar e implementar ações vinculadas aos seus princípios e diretrizes definidos e concentrados em sistema único pela lei., cujos objetivos coadunam-se com a formulação de uma política direcionada para a atenção básica e a assistência às pessoas por meio de ações que gerem a promoção, proteção e a recuperação da saúde de todos sem qualquer distinção, conforme disposição constante de lei.

Outrossim, no rol de princípios e diretrizes elencados na lei, destacam-se a universalidade no acesso aos serviços; a integralidade de assistência com o objetivo de garantir ações e serviços contínuos; a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; igualdade da assistência à saúde às pessoas assistidas, dentre outros, e sempre orientados para uma participação real e efetiva da comunidade a que se destinam as ações e serviços.

A concretização do princípio da integralidade da assistência à saúde, nos termos do inciso II do art. 198, da Constituição Federal, deve passar obrigatoriamente pela complementariedade entre as ações preventivas e curativas, mediante a atuação preferencialmente preventiva do sistema público, antes que o indivíduo venha a adoecer.

No entanto, constatada a enfermidade o sistema deve garantir assistência terapêutica satisfatória ao combate e afastamento do mal, independente de sua gravidade ou complexidade, com serviços próprios ou contratados com a rede privada, que nesse caso vai depender das condições financeiras do doente.

A execução de ações com o objetivo de atender preventivamente à saúde da população, precisa ser realizada de forma integrada e integral, evitando-se com isso que a pessoa seja acometida por uma enfermidade pela falta de condições básicas em sua habitação, como as doenças epidemiológicas regionais ou sazonais.

Assim, a constante dinamização dos serviços ofertados como prestações positivas estatais fortalecem a relação da coletividade com o Poder Público, acelera o processo de integralidade da assistência à saúde oferecida à população, ao mesmo tempo em que garante bem-estar social, consolida a democracia e efetiva a cidadania.

Aliás, referindo-se à integralidade na atenção à saúde, Lenir Santos⁸⁰ esclarece que para um sistema ser integral é preciso, inicialmente, que suas regras sejam cumpridas e a busca pela efetivação não seja apenas de forma complementar a atividade privada de atenção à saúde, como se segue:

“Integralidade da atenção à saúde é uma ação de mão dupla: paciente e profissionais devem manter uma vinculação, não podendo o SUS ser uma atividade complementar do setor privado, apenas fornecendo exames, medicamentos, realizando cirurgias ministradas por profissionais que não pertencem ao setor público de saúde. A primeira imposição para que a integralidade ocorra é o paciente observar as regras do SUS no tocante ao acesso. Pode acessar os serviços, mas tem que respeitar seus regramentos. Se o SUS vincula a assistência farmacêutica à prescrição, pelo seu profissional, do medicamento; se vincula a cirurgia, a fisioterapia, os exames complementares a uma prescrição profissionais do SUS, o paciente não poderá, mediante prescrição privada, ir buscar os serviços públicos. Se não houver esse respeito às normas públicas, teremos um esfacelamento, um fracionamento da atenção e um sistema público complementar do privado em vez de um sistema integral.”

Ao Administrador cabe a elaboração de uma política de saúde de forma integral e sem postergação, inclusive com a contratação da rede privada, respeitadas regras para sua utilização como a falta de condições financeiras para aqueles que requisitam os serviços, mediante a disponibilização de programas específicos e direcionados ao atendimento de serviços essenciais definidos pelo texto constitucional, sob pena de controle da omissão pelo Judiciário.

A efetivação da dimensão prestacional do direito à saúde, como de resto deixa claro o art. 196 da Constituição e ocorre com os demais direitos sociais, depende de programa de ação governamental visando a coordenar os meios à

⁸⁰ Santos, Lenir. SUS: Contornos Jurídicos da Integralidade da Atenção à Saúde. Radis, nº 49, setembro/2006. Disponível em: www.ensp.fiocruz.br

disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados⁸¹.

Ao atribuir ao Estado o dever de promover, proteger e recuperar a saúde, a Constituição da República, complementada pela Lei nº 8.080/90, determinou-lhe que fossem suas ações e serviços prestados por intermédio de um sistema único, organizado para garantir a todos assistência terapêutica integral em qualquer nível de complexidade⁸², cabendo ao Executivo e fundado em manifestação normativa do Legislativo, a responsabilidade de efetivação de tais procedimentos.

Assim, pode-se afirmar que a Administração Pública tem a obrigação jurídica de oferecer programa de prestações de saúde integralizados e de qualidade, que possam atender às necessidades mínimas e com padrões aceitáveis quanto ao aspecto dos resultados obtidos com os serviços colocados à disposição da coletividade, sob pena de infração aos princípios, diretrizes e regras vinculados à execução dos mesmos.

Sobre esse ponto, vale a pena transcrever a manifestação de Eduardo Appio⁸³ como a seguir se vê:

“Nessa seara, caso a Administração Pública se negue ao cumprimento da lei estará praticando um ato ilegal, com o que se revela possível a revisão judicial da omissão, através de ação civil pública, podendo o juiz determinar o cumprimento específico do programa previsto. Interfere, portanto, na prática de atos administrativos, uma vez que a lei vincula a atividade do administrador. Não se trata de controle de uma decisão política de governo, mas sim de mero controle de um ato administrativo, jungido que está ao princípio da legalidade”

A implementação de ações na esfera da saúde, contudo, não acontece tão somente pela ausência de previsão normativa, pelo contexto constitucional das normas sobre direitos sociais ter caráter programático e assim

⁸¹ Bucci, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

⁸² Henriques, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. IN: Direitos Sociais, p. 895

⁸³ Appio, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006, p.171-172.

depende da manifestação regulamentadora do Poder Legislativo, mas também pela omissão da Administração.

Tem-se observado ausência de políticas públicas para determinados serviços ou regiões, apesar de previsão na própria Lei nº 8.080/90, como ocorre com a execução de obras de saneamento básico, que são realizadas apenas em certas cidades ou em algumas de suas áreas, enquanto a grande maioria não recebe qualquer serviço, embora se saiba que muitas dessas cidades deveriam ser contempladas, configurando-se omissão e até descaso com programas sociais necessários ao bem-estar da população local, o que inclui determinados grupos, como é o caso das comunidades indígenas.

Eduardo Appio⁸⁴, analisando a necessidade de programas sociais diz:

“Nos casos em que já exista um programa social implementado pelo governo, a partir da interpretação que confere a um dever previsto no texto constitucional ou, ainda, que já exista um programa previsto em lei aprovada pelo Congresso Nacional, o Poder Judiciário deverá interferir de forma positiva, de molde a assegurar a proteção da isonomia constitucional. Ocorre que o princípio da isonomia impõe um tratamento idêntico, por parte do estado, não se podendo limitar a assistência aos valores previstos na lei orçamentária anual, sob pena de tratamento desigual”.

O Sistema Único de Saúde-SUS, composto por um conjunto de órgãos e instituições estatais, responsável pela execução das políticas públicas de efetividade dos princípios e diretrizes, de saúde, possui como atribuições, dentre outras previstas na lei, a execução de ações nas áreas da vigilância sanitária e epidemiológica; da saúde do trabalhador; saneamento básico; controle e fiscalização de serviços, produtos alimentícios, água, bebidas e de substâncias de interesse para a saúde.

É importante ressaltar, que mesmo normatizada e instrumentalizada através de um Sistema Único para o atendimento às demandas da população, a real concretização da saúde ainda depende de várias ações a serem implementadas

ou melhoradas para que se alcance sua universalização como um direito de todos, à luz do texto constitucional vigente.

No entanto, há diversas restrições e limitações que precisam ser superadas, especialmente na disponibilização de serviços de qualidade aos mais carentes, que dependem exclusivamente de prestações públicas, garantindo formas preventiva e curativa do direito à saúde, sem a constante necessidade da busca para a efetivação desses direitos junto ao Judiciário.

Não resta dúvida que o atendimento à saúde dos mais carentes precisa vir harmonizada com outros direitos sociais como prevê a norma ordinária regulamentadora como é o caso da substituição de casebres sem qualquer estrutura de saneamento por moradia digna, disponibilização de atividade remunerada, educação e uma base alimentar suficiente para atender as necessidades biológicas e o indisponível direito à vida, mesmo que dentro de um mínimo existencial, indispensável ao um bem-estar físico, mental e social condizente com o respeito à dignidade da pessoa humana..

Porém, apesar dos objetivos, princípios, diretrizes e dos atos normativos elencarem direitos indiscutíveis no campo jurídico ou político, tais pontos não conduzirão a resultados desejáveis de proteção social, caso não ocorra uma gestão administrativa eficiente e séria na aplicação dos recursos disponíveis para o custeio do sistema.

O Executivo sempre tem arguido em sua defesa a carência de recursos e a reserva do possível para não atender, em diversas situações, o direito pleiteado pelos membros da sociedade, subjetivamente, invocando a conformação de respeito ao interesse público e à ordem social, o que impõe a interferência do Judiciário.

Não há como desprezar tais alegações indistintamente. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o tema ao afirmar que a cláusula da reserva do possível- ressalvada a ocorrência de justo motivo- não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se de suas obrigações constitucionais(ADPF-45/DF. Rel. Min. Celso de Melo. DOU-04/05/2004).

⁸⁴ Appio. Ob. cit. p. 174.

Por sua vez, há decisões judiciais que são contrárias a interferência do Judiciário na esfera do atendimento de direitos sociais como se vê:

“Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política da Administração Pública destinada ao atendimento da população”(AC nº 1994.0001.01749-RJ/TJ. Rel.: Des. Carpena Amorim-DJU 20/09/2004).

Por esse aspecto, deve ser observado se a insuficiência de recursos é real, não sendo analisado apenas o caso concreto em julgamento, mas a totalidade dos casos semelhantes, bem como se esses casos não se configuram como uma necessidade de proteção a uma coletividade, que clama por atendimento de forma universal e mediante uma política pública capaz de efetivar direitos sociais constitucionalmente definidos.

Para a verificação da reserva do possível, deve ser avaliada a previsão orçamentária geral e a disponibilidade de recursos que podem ser aplicados em sua integralidade e não apenas aqueles valores previamente orçados para a saúde. Não é justo que sejam disponibilizados recursos do orçamento fiscal para a construção de um viaduto em determinado mês, enquanto a pessoa humana vem a sucumbir pela falta de atendimento adequado por parte do Estado.

Um orçamento público quando não atende aos preceitos da Constituição, pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo, logicamente com a devida cautela⁸⁵. Em casos individuais, pode ocorrer a condenação do Poder Público para a prestação de determinado serviço público básico, ou o pagamento do serviço privado, caso o mesmo não tenha previsão orçamentária específica.

E mais, o Estado não pode apenas alegar a reserva do possível ou mesmo a escassez de recursos para se abster de efetivar direitos sociais. A simples

⁸⁵ Krell, Andreas. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais. IN: A Constituição Concretizada-Construindo Pontes com o Público e Privado. Sarlet, Ingo(Org.). Porto Alegre:

inexistência de comprovação técnica deve ser entendida como uma omissão tanto do executivo como do Legislativo, que não se preocupou em regulamentar, em alguns casos, a norma programática, permitindo ao Judiciário, por força do art. 5º, § 1º da Carta Magna, a interferência indispensável à efetivação do direito à saúde.

Ana Paula de Barcellos⁸⁶, sobre a questão orçamentária e o direito à saúde acima referido, traz os seguintes esclarecimentos:

“Neste cenário, se há carência de postos de saúde, Executivo e Legislativo estão obrigados, no âmbito do orçamento, a destinar os recursos necessários à prestação de tais serviços. A não alocação de verbas nesses termos descreverá uma deliberação incompatível com a Constituição e, por isso mesmo, inválida. E se se trata de um dever jurídico-isto é: o dever de alocar os recursos para a prestação de serviços exigidos constitucionalmente-, sua inobservância deve poder ser objeto de controle jurisdicional. Em outras palavras: se se entende que um indivíduo tem direito a determinada prestação de saúde é porque se concluiu que o Estado tinha o dever- a rigor prévio- de oferecê-la, não apenas ao autor da demanda, mas a todos que necessitem da mesma providência”

Há outrossim, aqueles que se baseiam na desigualdade social de acesso à Justiça para querer negar a possibilidade de manifestação do Judiciário na concretização do atendimento na esfera da saúde. Porém, não basta apontar restrição de certos direitos para que outros sejam bloqueados. É preciso defender a implementação de todas as ramificações dos direitos fundamentais, mediante a disponibilização de políticas públicas capazes de garantir direitos e respeito à dignidade da pessoa humana.

A atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever na garantia das condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública).⁸⁷

Uma decisão judicial quando beneficia o autor, subjetivamente,

Livraria do Advogado, , 2000, p. 57.

⁸⁶ Barcellos, Ana Paula. O Direito a Prestações de Saúde, Mínimo existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. IN: Direitos Sociais, p. 816

⁸⁷ - Souza Neto. Ob. cit. p. 535.

garantindo direito à prestações, é porque o Estado tem o dever de disponibilizar o serviço. E assim, esse dever existe não apenas em favor do autor, mas de todos aqueles que se encontrem em situação semelhante.

De toda sorte, independente do efetivo atendimento pelo Judiciário na forma individual ou na proporção da atenção à coletividade, o importante é que aconteça sua concretização, respeitadas às carências de recursos no patamar de equilíbrio do próprio Sistema de Seguridade Social e a possibilidade de repasse de recursos do orçamento fiscal, que possa garantir o atendimento pleiteado.

Certamente, diante da extensão territorial e da população do Brasil nos dias de hoje, o número de pessoas acometidas por um determinado problema de saúde não será isolado para que a decisão do Judiciário possa ser entendida em caráter subjetivo, mas em caráter de atendimento a uma certa coletividade.

A omissão do Estado na proteção e disponibilização de atendimento adequado na área da saúde aos hipossuficientes tem consolidado uma posição de judicialização de serviços, como se vê:

“Diante da negativa ou omissão do Estado em prestar atendimento à população que não possui meios de obter medicamentos necessários a sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de permitir que esses necessitados possam alcançar tal benefício. Pelas particularidades do caso, interpreta-se a lei de forma mais humana e teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho: a preservação da vida “(STJ-Resp. 11.183/PR. Rel. Min. José delgado. DJ 22/08/2000).

Em outra decisão da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no mesmo sentido determinou a efetivação do direito social à saúde:

“Sendo urgente e improrrogável a aquisição de medicamento sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente”(STJ-Resp 840.782/RJ.. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ-08/0/2006).

Como se pode constatar, são várias as intervenções do Judiciário na efetivação de prestações sociais e, às vezes, a única forma de ver garantido o direito à própria vida, apesar das disposições contidas no art. 196 da Carta Magna,

em decorrência da omissão tanto do Legislativo como do Executivo.

Não são poucas as vezes, que o atendimento universalizado na esfera da saúde deixa de acontecer pela falta da inclusão de cobertura dos serviços nas ações a cargo das entidades estatais, não somente pela carência de recursos, mas pela deficiência na gestão do sistema público, justificando a intervenção do Judiciário.

É legítima, portanto, tal interferência para garantir uma atuação progressiva da Administração Pública na concretização dos direitos sociais e a procura pela reorganização na aplicação racional e equilibrada dos recursos financeiros, tanto da Seguridade Social como do próprio orçamento fiscal destinado a cobertura de carências.

O Supremo Tribunal Federal há tempos vem adotando uma posição progressista quanto à justiciabilidade dos direitos sociais à saúde como se vê:

“O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito a vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo- uma vez configurado esse dilema- que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só opção: o respeito indeclinável à vida” (STF-Pet-1246-MC/SC. Rel. Min. Celso de Melo – DJU-31/01/1997).

Não resta dúvida, que a importância do direito à saúde justifica o dever do Estado de custear os tratamentos imprescindíveis à vida humana, razão pela qual qualquer pessoa poderá reclamar tratamento no Sistema Único de saúde-SUS. Porém, se o serviço estiver disponível apenas na rede privada, a responsabilidade estatal será subsidiária, cabendo o direito ao custeio apenas para aquelas pessoas sem condições financeiras para assumir o ônus do tratamento e mediante prescrição de profissional pertence ao SUS.

Fernando Facury Scaff⁸⁸ , justificando a interferência do Judiciário no atendimento aos hipossuficientes, esclarece:

“Aspecto a ser destacado é que este procedimento nada tem a ver com o ardente debate hoje existente no Brasil, acerca da judicialização da política, através do qual se alega estar o Judiciário praticando uma espécie de ativismo em prol dos mais necessitados. No Brasil o que se pede é apenas a aplicação da lei, em consonância com a Constituição> Existem países em que da sua Constituição é necessário extrair as diretrizes normativas de lacônicos princípios por um delicado, castos e árduo processo exegético. Não é o caso do brasileiro. O caráter analítico da nossa Carta, permite que apenas com sua implementação seja possível alcançar um grau maior de justiça, sem que os juízes sejam acusados de fazer ativismo judicial”.

Uma análise do texto acima transcrito, deixa claro que a simples observância do disposto na Constituição Federal e à luz do contido no art. 5º, § 1º, que trata da aplicação imediata dos direitos fundamentais, não haveria a necessidade de interferência do Poder Judiciário na esfera do atendimento à saúde dos hipossuficientes. Até porque, o texto constitucional que trata do direito a saúde já se encontra regulamentado pela Lei nº 8.080/90, não podendo contemplar restrições nos serviços.

Nesse aspedto, ao executivo não é permitido apenas alegar a escassez de recursos ou previsão orçamentária para não atender aos reclamos da sociedade. Cabe ao mesmo o ônus da prova das limitações ou indisponibilidade de recursos para a aplicação no atendimento à população, diante da questão da realização progressiva e imediata dos direitos sociais.

Como preleciona Ana Paula de Barcellos⁸⁹ no texto a seguir transcrito:

“Cabe ao Estado, prioritariamente a qualquer outra atividade, empregar recursos para o atendimento daquilo que se entenda, em determinado momento histórico de uma sociedade, o mínimo existencial. Assim, se algum indivíduo demonstra encontrar-se desprovido dos bens ou serviços inerentes a esse mínimo, é porque o

⁸⁸ Scaff, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Nelson Miranda e Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 160-161.

⁸⁹ Barcellos. Ob. cit., p.812

Estado, em momento anterior, terá agido de forma inconstitucional”.

O Executivo e o Legislativo devem atuar previamente para a disponibilidade de recursos suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, quando da elaboração da peça orçamentária anual, visando a implementação desses direitos em um maior grau possível de atendimento às demandas da coletividade.

Obviamente, que não se pode desprezar a capacidade financeira e econômica do Estado em determinado momento, sob pena de construir um conceito de previsão na aplicação de recursos meramente abstrata e sem qualquer possibilidade de desenvolver ações efetivas, pois iria gerar uma utópica participação do Poder Público.

Contudo, as obrigações constitucionalmente impostas aos Poderes Públicos na realização dinâmica do direito à saúde, emanadas da responsabilidade estatal positiva em tornar razoáveis medidas em favor dos hipossuficientes, conduzem o Estado à exigência de implementar seu atendimento de forma universal, sob pena de aplicação por força da judicialização do direito afetado, que por sua vez deve avaliar a razoabilidade da ação ou inação governamental.

Mais uma vez, recorre-se a manifestação de Ana Paula de Barcellos⁹⁰:

“É certo que o intérprete e o aplicador deverão ter especial cuidado para que não sejam violados os princípios da razoabilidade, da economicidade e da isonomia no caso concreto. Isto porque não será razoável ou isonômico que o paciente que obteve tratamento, por força de decisão judicial, em instituição privada disponha de atendimento muito superiores relativamente à aqueles que vem sendo atendidos pelo serviço de saúde prestado pelo Poder Público.”

Isso porque, do ponto de vista de uma teoria constitutiva, a inclusão de tais direitos no texto constitucional pelo legislador como fundamentais representa direito de todos e um valor inegociável, tendo prioridade sobre todas as demais preocupações do Estado, não devendo sofrer restrições ou diferenciações de atendimento entre um ou outro indivíduo em seu alcance social .

⁹⁰ Barcellos. Ob. cit., p.812

Porém, direitos irrestringíveis não significam direitos sem quaisquer limites substantivos, implicando na necessidade de definir sua extensão pelo Judiciário, conforme o prisma da razoabilidade. Mesmo num patamar razoável de interpretação, esses direitos precisam, de fato, de prioridade em sua imposição pelos Tribunais.

Rodolfo Arango⁹¹, citando posição da Corte Constitucional da Colômbia, esclarece que em situação de emergência em que a pessoa se encontra em risco, a Corte tem aplicado o princípio da solidariedade e os deveres sociais dos particulares para garantir o gozo do direito fundamental à saúde por similaridade

Dessa forma prossegue em suas exposições: “Neste ponto é crucial entender que o direito à saúde não é um simples contrato privado, no qual a autonomia da vontade privada é o fator determinante; mas ,por ter um caráter público devido a seu objeto, deve o Estado ser chamado a intervir.”⁹²

Não deve contudo, ser tão somente garantido o direito à saúde com a disponibilização de serviços essenciais, deve ser também observada a qualidade dos serviços ofertados as pessoas carentes, que pela falta de alternativa, ficam a mercê das prestações estatais colocadas na rede de atendimento.

A qualidade dos serviços de saúde faz parte do desempenho adequado, posto que as falhas e deficiências do sistema repercutem como lesão ou ameaça aos direitos dos beneficiários. A busca e a manutenção na qualidade dos serviços vinculam-se à correta e permanente efetivação desses direitos, na forma positivada no texto constitucional, especialmente quanto à atenção e atendimento aos anseios da sociedade.

Para Arango⁹³, referindo-se a importância do direito à saúde:

“O Constituinte optou por um modelo político de Estado social de direito no qual são garantidos o direito à saúde para toda a população de forma solidária e eficiente. Tal modelo supõe uma tensão entre, de um lado, a garantia constitucional do direito à saúde e, por outro, o caráter progressivo deste direito e seu necessário desenvolvimento

⁹¹ Arango, Rodolfo. O Direito à Saúde na Jurisprudência Colombiana. In: Direitos Sociais, p. 735.

⁹² Idem, p. 735.

⁹³ Ob. cit. p. 750

legal.”

O direito à saúde é um dos melhores termômetros para medir a vigência do Estado Social de Direito. Isto porque se as pessoas não tem a possibilidade de acesso efetivo aos serviços básicos, não será possível falar em Estado Social, que se caracteriza justamente pela garantia da realização mínima dos direitos fundamentais sociais.

Dessa forma, pode-se afirmar que a concretização de direitos sociais básicos e essenciais como o direito à saúde, definirá o modelo adotado para pelo Estado, que respeitando os preceitos constitucionais na contextualização dos direitos fundamentais, respeita a dignidade da pessoa humana e a própria cidadania.

Assim, embasando-se em orientações sobre direitos humanos fundamentais, reconhecidos internacionalmente através da Declaração Universal de Direitos Humanos e suas respectivas inserções nos ordenamentos jurídicos, é que diversos países concretizaram os direitos sociais à saúde até mesmo por intermédio do Poder Judiciário.

Podem ser citados países como a Alemanha, França, Espanha e Itália, na Europa Central, em que os preceitos constitucionais, a infra-estrutura administrativa e a constante judicialização buscam garantir uma proteção eficiente e universalizada desses direitos, tão essenciais na consolidação de um Estado Democrático e Social de Direito.

A Constituição Italiana, por exemplo, traz em seu texto a expressa determinação para uma efetiva proteção, quanto aos infortúnios que afetam a saúde da população ao estabelecer em seu art. 32, 1º parágrafo, que a saúde figura como um fundamental direito do indivíduo e de interesse da coletividade.⁹⁴

A Jurisprudência da Corte Constitucional Italiana, em diversas decisões reforça tal dispositivo ao impor tratamentos específicos em prol da coletividade e da saúde pública como um todo, como é o caso de tratamentos relativos às doenças contagiosas, vacinações, sanitárias, ambiente insalubres, etc.

⁹⁴ Cicconeti, Stefano Maria. Os Direitos Sociais na Jurisprudência Italiana. In: Direitos Sociais, p. 763.

Nas Sentenças de nºs 307/90 e 351/91, dentre outras, ficou definido que o direito fundamental do indivíduo à saúde, requer plena e exaustiva tutela do Estado, enquanto direito primário e absoluto, plenamente operante, inclusive nas relações privadas como ocorreu com as Sentenças nºs 88/79 e 202/91, consolidando assim a teoria de que a proteção à saúde passa não somente pela participação do Estado e sim como um dever de toda a sociedade.

Em países como a Colômbia, na América do Sul, apesar de existir limitada ou inexistir norma específica infra-estrutura administrativa ser compatível com uma realidade vista pela desigualdade e carência de recursos que inibem a ação estatal, tem o Judiciário através de suas Cortes Constitucionais, adotado uma posição voltada para a efetivação do direito à saúde como instrumento de respeito à dignidade da pessoa humana.

Nessa visão de intervir, quando necessário para resguardar direitos sociais à saúde, é que a Corte Colombiana por meio da sentença T-533 de 1996, estabeleceu uma ampliação no espectro de condutas que atentam contra a qualidade desses serviços ao estimar que se torna vulnerável o direito quando uma entidade prestadora de serviço altera unilateralmente a relação com o afiliado.

Nos países menos favorecidos, como é o caso da África do Sul no continente africano, a intervenção do Judiciário vai além da preocupação com um caso concreto. Objetiva proteger o próprio conteúdo constitucional sobre saúde, estabelecendo legitimidade ao Estado por meio da ampliação e concretização dos direitos básicos, institucionalizando a essencial garantia da proteção social, especialmente para os habitantes marginalizados.

Porém, uma intervenção sistemática do Poder Judiciário no âmbito do direito à saúde mostra a necessidade de um desenvolvimento legal, que aborde a complexidade do tema e procure disponibilizar mecanismos capazes de oferecer uma eficiente e eficaz estrutura de atendimento como forma de respeito à própria vida.

A constante interferência do Judiciário para fazer valer direitos essenciais à pessoa humana, de forma individual ou coletiva, contextualizados ou não no ordenamento jurídico, sem dúvida não é a solução mais compatível com o conteúdo reconhecido no presente para os direitos humanos nos Estados

Democráticos.

O Sistema de Saúde clama por um choque na gestão normativa e institucional, capaz de produzir efeitos junto a população e ao mesmo tempo oferecer serviços com qualidade coerente com as necessidades daqueles que os procuram, assegurando ações idôneas e suficientes no provimento da vida humana.

Nos últimos anos, vários fatores vêm concorrendo para uma maior preocupação com a implementação do direito à saúde, como acontece com a presença feminina nos postos de trabalho, ocasionando mais riscos e impactos na saúde da mulher; o aumento populacional das grandes cidades; o aumento na média de idade das pessoas idosas, exigindo a formulação de políticas públicas para uma expansão do atendimento e a mobilização de recursos materiais, além de uma cobrança constante de responsabilidade por parte dos titulares de direitos.

À medida que cresce a demanda por atendimento à saúde, decorrente de fatores vinculados à própria existência da pessoa humana como o direito ao trabalho, o direito ao lazer, o direito a uma vida longa e saudável, mais crescem os riscos e a exigência pela implementação de políticas públicas voltadas para a universalidade e integralidade do direito à saúde, impulsionando a necessidade de majoração dos recursos e a otimização nos meios de controle na sua aplicação pelos entes estatais.

Assim, ao mesmo tempo em que fortalece a transferência de recursos materiais, objetivando garantir um dever primário de promover a concretização do direito à saúde, mesmo subordinado à reserva do razoável, surge a exigência formal e essencial quanto ao fortalecimento dos mecanismos de controle e de participação na gestão do sistema único de saúde por meio dos conselhos municipais, estaduais ou nacional como forma de amenizar os graves problemas gerenciais que provocam retrocessos na efetivação dos mencionados direitos.

É preciso que sejam aperfeiçoados os subsistemas descentralizados de gestão e execução das ações e serviços tais como: a determinação da prestação devida e seu real alcance, diante da escassez de

recursos e das demandas por tratamentos complexos e alternativos; e, da colisão do direito à saúde entre diferentes titulares, como é o caso do atendimento aos pacientes com doenças crônicas e os portadores de enfermidades endêmicas de grande escala, tendo em vista a constante e sistemática falta de planejamento e de condições mínimas de atenção às pessoas enfermas.

Aliás, quanto às decisões a serem tomadas sobre quem deve ou não ser atendido, quando há colisão de direitos à saúde, Rogério José do Nascimento⁹⁵ diz que:

“Diante de uma situação prática de uma hipótese de aplicação de qualquer direito fundamental seja um direito individual, político ou social, é possível separar reivindicações que se identificam com um mínimo existencial e reivindicações às quais, ainda que decorrentes do mesmo direito fundamental, estão fora da linha demarcatória daquilo que se pode considerar indispensável para uma existência digna. Nesta ordem de idéias é possível sustentar que, na esfera do mínimo, que em saúde está ligada aos direitos de prevenção e recuperação, não se admite exclusões de classes ou categoria de beneficiários; não há dependência de interposição legislativa para exercício do direito; e não está subordinado à previsão orçamentária.

Como se pode vê, há uma correta manifestação no sentido de que para o direito à saúde, fator intrínseco à existência da própria vida, não há que se pensar em solução de conflitos nas colisões de direitos pela busca de atendimento em saúde, mediante a exclusão de um titular em detrimento do outro, tendo em vista que a prevenção e a recuperação da saúde está acima dos interesses diversos.

No contexto de um atendimento satisfatório da saúde, especialmente o preventivo, consegue-se impulsionar outros direitos fundamentais, como referido anteriormente, destacando-se que uma atuação estatal garantindo direitos sociais interdependentes e inseparáveis, como consequência de políticas governamentais direcionadas para o estabelecimento de prioridades e no desenvolvimento do devido respeito a esta inter-relação, consagrará a efetividade

jurídica e consolidará o direito à prevenção e à recuperação da saúde.

Não há como dissociar a saúde das condições e dos direitos fundamentais sociais, tais como: a habitação, a educação, a alimentação, a renda e o meio ambiente sustentável, sendo vital que o incremento das condições de saúde possam ser viabilizados de forma sólida, por meio do pré-requisito essencial da interdependência com os demais ramos dos direitos sociais.

Uma saúde universalizada e integral, consolida-se com a oferta de ambientes favoráveis; da educação, que possibilite o acesso ao conhecimento e à informação; da formação profissional vinculada a experiência e habilidades técnicas; de oportunidades de trabalhos que permitam escolhas e valorização da renda ; e ainda, que possibilite a aquisição de moradia digna, do direito ao lazer para uma vida saudável.

É preciso, que a interpretação e aplicação da norma sobre o atendimento à saúde passe a ser exercida de forma ampliativa e em conjunto com outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, objetivando uma maior efetividade desses direitos. Pois, o desenvolvimento de funções dos direitos fundamentais constitui problema de natureza essencialmente hermenêutica, na medida em que se encontra vinculado à possibilidade de por meio da interpretação, se incorporarem novos conteúdos ao programa normativo dos direitos fundamentais⁹⁵.

A má gestão como anteriormente relatado, bem como os notórios desvios que hoje pairam sobre os atos e ações vinculados à saúde são responsáveis pela redução dos serviços e o crescimento da carência de proteção do ser humano, gerando desrespeito à dignidade de pessoa humana. Caso ocorra modificação nos parâmetros da gestão, otimiza-se a descentralização e efetiva-se os direitos à saúde.

No tocante à descentralização da gestão da saúde é importante trazer ao texto a posição de Guido Carvalho e Lenir Santos⁹⁷:

“Com o advento da Constituição de 1988, que consagrou a

⁹⁵ Nascimento, Rogerio José do. In: Direitos Sociais, p. 922.

⁹⁶ Sarlet. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 167.

⁹⁷ Sistema Único de Saúde: Comentários à Lei Orgânica da Saúde. São Paulo: Unicamp, 2001, p. 85

descentralização política das ações e dos serviços de saúde (fixando a repartição de competência entre as entidades estatais), a execução desses serviços e ações, antes feita por força de convênio, passou a construir dever de cada esfera de governo, possuindo tais esferas, portanto, os poderes e instrumentos correspondentes derivados do texto constitucional e infraconstitucional. A descentralização coloca o responsável pela ação perto do fato.. Aquilo que o Município pode fazer, o Estado ou a União não deve fazer. O mesmo princípio é válido para o Estado em relação à União”.

Prosseguindo, transcreve-se manifestação de Weichert em citação feita por Mônica Serrano⁹⁸ como a seguir se observa:

“ Não se trata, porém, de uma descentralização automática e irresponsável, mas sim da gradativa capacitação dos entes locais para assumirem a função de diretores plenos dos serviços de saúde da localidade, especialmente aqueles anteriormente mantidos pelos Estados e União. Não podem a União e os Estados, sem prestarem o devido apoio financeiro e técnico repassar, a qualquer custo a administração dos serviços aos Municípios”.

Por sua vez, a questão da organização do sistema descentralizado é relatada em interessante posição adotada por Sarlet, ao fazer referência a Konrad Hesse, quando diz que deve se considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimentos, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais”⁹⁹

Dessa forma, torna-se necessário uma implementação de novos atos e mecanismos de controle da gestão e de preocupação com as ações administrativas para resultados e não apenas pelo volume de recursos que são remanejados para o custeio da saúde,. A efetividade do direito à saúde, sem dúvida, está intimamente ligada à imposição de uma gestão administrativa eficaz e eficiente, o que não vem acontecendo no presente.

É incontestável a necessidade de providenciar alterações nos

⁹⁸ Serrano, Mônica. Op. cit. p. 80.

mecanismos de gestão para a efetivação do direito à saúde. Seria importante que se criassem cargos técnicos específicos como de Auditores Fiscais da Saúde, que teriam como atribuições, dentre outras a serem analisadas, o dever de acompanhar junto aos Estados e Municípios a real aplicação dos recursos destinados ao custeio da saúde, mediante a definição prévia de padrões aferidores da qualidade dos serviços prestados.

A eficiência passaria a ser o referencial de majoração ou redução da disponibilização dos recursos, inclusive adotando sanções administrativas como a aplicação de multas ao gestor, apuração de responsabilidade civil e administrativa, notificação do Tribunal de Contas da União e Ministério Público, além da cobrança judicial dos valores gastos indevidamente e das multas aplicadas por infração à lei.

Os padrões de aferição da qualidade do serviço devem ser baseados, por exemplo, no decurso de tempo para o atendimento de cada indivíduo; da disponibilização dos serviços necessários à saúde do titular do direito; do grau de satisfação do atendimento; dos resultados técnico-científico e social.

No contexto da necessidade de uma mudança do modelo de gerenciamento do sistema único de saúde, implica em alterar a sistemática na tomada de decisões, que deverão sempre incluir nesse processo a participação efetiva da comunidade em todos os seus níveis organizacionais, nos termos da Lei nº 8.080/90, visando a assegurar ações essenciais e benefícios positivos para a saúde da população.

Desde a definição de estratégias à disponibilização de serviços até sua implementação, devem seguir um processo que incremente o poder das comunidades, por meio de ações que intensifiquem e reforcem a gestão popular na direção e nos assuntos atinentes à saúde, buscando o consenso com outras áreas responsáveis pela concretização de direitos sociais, como a educação, numa forma de permitir o acesso às informações às oportunidades de aprendizado em assuntos de saúde.

Apesar das inovações e até avanços na organização, direção e gestão do sistema de saúde, advindos com a Lei nº 8.080/90, que regulamentou as

⁹⁹ Idem, p. 166.

disposições constitucionais do direito à saúde, ainda restou limitada sua efetivação, bastando para tanto uma leitura dos artigos 13 e 15 da mencionada lei, que apenas definiu políticas e programas para a saúde no contexto de suas próprias atividades e restritas com relação à articulação de políticas com as demais áreas dos direitos sociais.

Observa-se que o rol de atribuições do art. 15, Lei nº 8.080/90, não traz qualquer referência a outros direitos sociais, que ensejem uma maior preocupação com uma saúde realmente preventiva, mesmo sem deixar de atender aos objetivos da recuperação, caso ocorra sua vinculação com o direito à educação, à moradia, ao lazer e o direito ao trabalho, que possibilitasse ao indivíduo a obtenção de informações básicas, formação intelectual e a profissionalização com contrapartida de uma renda condizente com a possibilidade de moradia em ambiente saudável e sem as constantes implicações de saúde, que acabam por inibir o direito a uma vida digna.

Aliás, sobre a questão da efetivação dos direitos sociais através de uma integração de ações e da dupla dimensão dos direitos fundamentais, que trata da posição positiva e negativa do Estado é preciso esclarecer que, se o direito à saúde, por um lado, denota um dever comissivo do estado em prover a saúde (preventiva e curativa) a todos os cidadãos; por outro lado, implica em um dever do estado a omissão na prática de condutas que possam violar a saúde de qualquer indivíduo.

Ao Estado, cabe a obrigação de congregar os diversos ramos dos direitos fundamentais para que o resultado das políticas públicas, que são desenvolvidas com o objetivo de fortalecer o bem-estar social possam, efetivamente, atender aos anseios da coletividade. A reorientação no modelo de gestão requer um esforço maior de pesquisa em saúde, assim como de mudanças em outras áreas, que leve organização aos serviços de saúde e focalize o indivíduo como pessoa integral e titular de direitos, independente de sua origem ou condição social.

Por este aspecto, torna-se necessário que as políticas públicas de saúde superem as discutidas limitações econômicas e consolidem programas e ações compatíveis com às carências de cada comunidade local, seja nas grandes

cidades ou em comunidades longínquas e isoladas geograficamente, como acontece com as aldeias indígenas, respeitadas, contudo, suas tradições, usos e costumes, mas fazendo valer o direito fundamental à vida.

Para essas comunidades indígenas, por exemplo, é preciso que sejam integrados aos seus hábitos tradicionais os serviços mais modernos e eficazes no combate aos riscos para o "estado de saúde", que compreende o dever de não lesar nem pôr em risco com o próprio comportamento à saúde de outrem,.

O Estado deve disponibilizar tratamentos sanitários relativos a doenças contagiosas e infecciosas, bem como o tratamento curativo no próprio ambiente físico da comunidade. Com isso, evita-se, como hoje acontece, o deslocamento para ambientes urbanos estranhos ao seu habitat natural.

No direito à saúde, diversas situações subjetivas podem ser compreendidas como fundamentais ao bem-estar da pessoa humana como o respeito ao direito à integridade psicofísica e o direito a um ambiente salubre. O direito psicofísico compreende não apenas a atenção física, mas o concernente à esfera espiritual, cultural, afetiva social e a todas as demais atividades realizadoras da pessoa humana, aí entendidas a oferta de tratamento de saúde no próprio ambiente em que se vive.

Quanto ao gozo de um ambiente salubre, sua proteção não busca abstratas finalidades naturalistas ou estéticas, mas exprime a exigência de um habitat natural no qual o homem vive e se relaciona, necessário à coletividade e, subjetivamente, ao indivíduo como valor princípio e absoluto, enquanto condicionante da saúde e da situação geral de bem-estar.

Os membros de comunidades indígenas, é óbvio, diante das diversidades ambientais, étnica e cultural em que vivem, devem receber proteção especial de saúde além do que vem sendo realizado pela Fundação Nacional de Saúde-FUNASA, no intuito de preservar o princípio da autonomia das comunidades indígenas, suas tradições e costumes, não os excluindo da proteção geral oferecida diretamente pelo SUS e sob a responsabilidade do Ministério da Saúde..

O atendimento à saúde ofertado pela FUNASA ocorre por meio de parcerias com organizações indigenistas e Não Governamentais, cuja contratação na modalidade de convênio não é um instrumento adequado para ações de caráter contínuo como as ações e serviços de saúde, sem uma participação efetiva dos demais Entes Federativos.

A FUNASA por sua vez, por intermédio da implantação dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas ocorridos a partir de 1999, sob a sistemática de parcerias, não tem demonstrado capacidade necessária para cuidar da saúde indígena, por não contar com pessoal suficiente e adequado, além da interferência política institucional.

Torna-se necessário, urgentemente, que um novo sistema de gestão seja implementado para a atenção à saúde indígena, adequado as diferentes e complexas realidades de cada um e que esteja à altura da grave situação enfrentada, como uma forma de minimizar os danos decorrentes do modelo de execução indireta adotada pelo Ministério da Saúde mediante convênios firmados pela FUNASA.

Para a instituição de um Sistema de Gestão da Saúde Indígena, que se vincule efetivamente ao SUS, será preciso estabelecer nova visão institucional com a criação e a concretização de uma Secretaria Especial no Ministério da Saúde, que controle diretamente os DEIS, além da criação de carreiras específicas para profissionais de saúde indígena composta por técnicos em saúde, ciências humanas e jurídicas para atuarem na definição das diretrizes básicas, na execução das ações e serviços de saúde junto aos Distritos Sanitários.

É inconcebível, que em pleno século XXI ainda ocorram epidemias ceifando tantas vidas como já ocorreu nos séculos XVI e XVII. Se naquela época era a varíola e o sarampo que assolavam as comunidades indígenas, neste século são as epidemias dos novos tempos como a dengue e as gripes dos vírus mutantes que atingem toda a população brasileira, o alcoolismo e a depressão, que afligem com maior repercussão às comunidades sem estrutura.

Assim, se os gestores públicos não repensarem a política de saúde como um conjunto de ações integradas e interagindo efetivamente com outras áreas sociais, a população brasileira, especialmente as comunidades mais carentes, estará tão frágil e exposta aos males atuais como os indígenas da era pré-colonial como bem relata John Hemming ao transcrever relato do Pe. Antonio Vieira:

“Os índios, de frágil condição, estão sujeitos a incrível mortalidade. As terríveis doenças européias que destruíram os robustos índios do Brasil central na década de 1560 seguiram os conquistadores na região norte. A epidemia de varíola matou centenas de índios. Uma epidemia de “catarro pestilencial” atingiu o Maranhão em 1660. Em 1663 outra epidemia de sarampo atingiu o alto Amazonas e matou escravagistas, a maioria de seus cativos e infectou aldeias ribeirinhas”¹⁰⁰.

Por tudo isso e em respeito aos preceitos constitucionais vigentes que compõem a proteção geral à pessoa humana, mostra-se evidente que programas e serviços de saúde integrados com outros direitos sociais, tais como educação, lazer, moradia e meio ambiente saudável, devem ser efetivamente ofertados não somente aos “homens brancos” ou afro-brasileiros, mas também às comunidades indígenas.

Tais ofertas, contudo, devem respeitar suas línguas maternas e processos de aprendizagem, manifestações culturais e diversidades étnica, costumes, crenças e tradições inerentes à dignidade da pessoa humana, na busca por uma saúde universal, integral e de qualidade como forma de evitar danos à vida, devendo o Estado ajustar o orçamento da seguridade social a sua real necessidade de aplicação dos recursos disponíveis, inibindo reduções como acontece com a Desvinculação das Receitas da União-DRU e transferindo dotações do orçamento fiscal .

¹⁰⁰ Hemming, John. Ouro Vermelho-A Conquista dos Índios Brasileiros. Pe. Antonio Vieira. Trad.: Carlos Eugênio M. Moura. São Paulo: Edusp, 2007, p. 487/489.

CAPÍTULO V

DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL

6.1- Das Considerações Preliminares:

A proteção social previdenciária no Brasil nos moldes que se encontra encartada no Sistema de Seguridade Social, tem um histórico em sua evolução, consolidado pela criação de institutos jurídicos, entidades e regimes previdenciários direcionados para a manutenção de direitos fundamentais indispensáveis à dignidade humana.

A Previdência Social brasileira tem como origem a criação de entidades de proteção social, conforme descrição anterior, que a fizeram evoluir de forma dinâmica, até sua efetiva positivação constitucional em 1988, como um dos pilares da Seguridade Social e um instrumento de conformação de direitos sociais.

Por sua vez, o subsistema de previdência Social atual, possui duas vias de atuação junto a sociedade. A via pública, representada pelo Regime de Previdência dos Servidores Públicos-RPPS e pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS; e a via privada, representada pelo Regime de Previdência Complementar-RPC.

Os regimes que compõem a via pública, encontram-se previstos nos arts. 40 e 201 da Constituição Federal, respectivamente; enquanto o regime complementar, tem sua definição no art. 202, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98. Os regimes públicos são responsáveis pela garantia do

direito ao mínimo existencial previdenciário, necessário a uma vida digna; já o regime privado, possibilita a manutenção do status social da pessoa humana, caso ocorram eventos que impossibilitem a situação anterior ao mesmo.

Apesar do caráter complementar de natureza privada, não resta dúvida que o Regime Complementar faz parte do subsistema de Previdência Social, tendo em vista estar inserido no capítulo que trata da seguridade social, além do direito de todos a uma proteção social pelo Estado, seja de forma direta ou indireta.

No caso do Sistema de Seguridade Social, a proteção do mínimo existencial ocorre de forma direta pela via pública, mediante atuação do estado junto à sociedade na captação de recursos e sua distribuição em moldes de serviços e benefícios. Já o regime privado conta com a responsabilidade do Estado tão somente na regulação e fiscalização do mencionado regime, com o objetivo de garantir o retorno do capital alocado pelos participantes das entidades privadas de previdência.

Wagner Balera¹⁰¹, sobre o tema da inclusão da previdência privada no sistema brasileiro de previdência, estabelece que:

“Seguem existindo dois programas de seguridade social no Brasil. O que ampara os trabalhadores em geral e o que cuida dos agentes públicos. Todavia, são atraídos para o interior do sistema em estudo, segundo entendemos, os regimes privados de proteção social.

A tríplice finalidade do Sistema de Seguridade Social se configura em diversas vertentes. De um lado, vigora o regime geral de previdência, regulado pelas Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, e cuja vocação é fornecer cobertura das contingências sociais básicas. De outro, temos o regime próprio dos servidores dos Poderes Públicos, cujas regras gerais são estabelecidas pela Lei nº 9.717/98.

E, finalmente, o regime supletivo que serve para complementar as prestações devidas pelo regime geral como pelos regimes próprios.”

É óbvio, que apesar de se enquadrar no contexto da Previdência Social como instrumento de proteção social, o regime de previdência complementar é autônomo em relação aos regimes públicos, facultativo em sua adesão e baseado no regime financeiro da capitalização, quanto à constituição de suas reservas técnicas essenciais.

Nesse diapasão, Arthur Bragança de Vasconcelos Weintraub¹⁰², a cerca das características da previdência privada e o seu relacionamento com os regimes públicos, esclarece que, “ é essencial enquadrar o Regime geral de Previdência Social e o regime de Previdência Privada dentro de um mesmo estudo, para abordar não somente a perspectiva da possibilidade da coexistência de ambos. Deve-se focalizar também qual o contexto encontrado pelo trabalhador ao promover a iniciativa de complementar sua aposentadoria do regime oficial”.

Dessa forma, o fortalecimento da proteção previdenciária e sua concretização como instrumento de política pública dirigida a garantir estabilidade social à pessoa humana, deve ser desenvolvida não apenas pelo aspecto da certeza de um mínimo existencial, mas numa visão de suporte à própria manutenção de um status social, que se atrele ao fundamento republicano da dignidade. O sistema previdenciário por ter natureza contributiva, deve sua efetivação ser observada além do contexto da simples subsistência da pessoa humana.

Não há dúvida, que o ideal seria um Sistema de Seguridade Social capaz de atender, sem prévia contribuição a todos, indistintamente, mediante a captação de recursos diretamente da sociedade e com a efetiva participação do Estado, de forma que: a saúde seria um direito de todos; a previdência, para aqueles com participação no desenvolvimento econômico pelo exercício de uma atividade remunerada; enquanto à assistência social seria para as pessoas com impossibilidade de exercerem atividade remunerada suficiente para prover sua manutenção.

Contudo, como os custos com os direitos sociais vão além dessas possibilidades, foi instituída a forma contributiva para os trabalhadores vinculados obrigatoriamente aos regimes previdenciários públicos. E, se assim o são, nada mais justo que ao Estado caiba a responsabilidade direta pela execução e garantia do mínimo existencial, ao mesmo passo que regula, fiscaliza e controla a via privada disponibilizada aos mais afortunados, porém titulares de direito à segurança

Assim, ao regime complementar, por seu turno, compete

¹⁰¹ Balera, Wagner. Sistema de Seguridade Social. São Paulo: LTR, 2000, p. 14/15

¹⁰² Weintraub. Arthur Bragança de Vasconcelos. Previdência Privada- atual conjuntura e sua função complementar ao regime geral da previdência social. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 2 e3.

proporcionar planos de proteção que atendam à demanda daquela parcela da comunidade cujas rendas se situem acima dos limites de proteção estabelecido pelo regime geral e pelo regime próprio¹⁰³, como instrumento de garantia do status social adequado.

No entanto, não é permitido ao Estado, obviamente, que os valores adotados para o regime geral e regime dos servidores públicos, ao ser regulamentada a previsão constitucional do art. 40, § 14, que trata do teto para o RPPS na mesma forma adotada para o RGPS, sejam definidos em limites abaixo do mínimo existencial e venham a empurrar os trabalhadores para o regime complementar privado.

Como bem esclarece Paulo Mente¹⁰⁴, são as limitações e a incapacidade dos programas previdenciários pela não fruição dos recursos necessários ao pleno atendimento, nos melhores níveis, com os benefícios limitados ao atendimento dos programas bases e com sacrifício de interesse dos grupos, situados nas faixas de renda mais alta, os responsáveis pelo surgimento de programas complementares, cabendo assim ao Estado sua regulação e efetivo controle em prol da sociedade.

Tem-se nesse aspecto, dentro da contextualização constitucional e definido pelas normas reguladoras do sistema, um subsistema de previdência social com ênfase para os regimes públicos previdenciários, ao mesmo tempo em que incluem o regime complementar na esfera da proteção social do Sistema de Seguridade Social.

Como ressalta Sílvio Wanderley do Nascimento Lima¹⁰⁵, o recurso à previdência privada não promove qualquer interferência no vínculo jurídico firmado pelo segurado e a previdência oficial. Razão pela qual não autoriza que o segurado, ao aderir a um plano de previdência privada, possa eximir-se da obrigação de verter a contribuição previdenciária fixada em lei, o que esclarece os regimes públicos e o regime privado não são colidentes.

¹⁰³ Balera. op. cit., p. 15

¹⁰⁴ Mente, Paulo. A Previdência Privada Fechada.. in: Curso de Direito Previdenciário(Coord.: Wagner Balera). São Paulo: LTR, 2002, p. 177.

¹⁰⁵ Lima, Sílvio W. Do nascimento. Regulação e Previdência Complementar Fechada. São Paulo: LTR, 2004, p. 60.

Pelo disposto no art. 1º, da Lei nº 8.213/91, concernente ao Regime Geral, estabelece que: a “Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de contribuição, encargos familiares e prisão ou morte daqueles que dependem economicamente, ensejando benefícios específicos a cada evento ou risco social acima elencados.

Nesse contexto, da mesma forma que a Saúde e a Assistência Social, a Previdência Social também obedece a princípios e diretrizes, destacando-se dentre outros: a universalidade de participação nos planos previdenciários, a preservação do valor real dos benefícios, a irredutibilidade no valor do benefício e a equidade no custeio.

6.1.1- Do Regime Geral de Previdência Social- RGPS:

Conforme dispõe o art. 18, da Lei nº 8213/91 serão oferecidas as seguintes prestações pelo Regime Geral de Previdência Social- RGPS: aposentadoria por invalidez, idade, tempo de contribuição(exceto para o Plano Simplificado de Previdência Social) e especial; auxílio-doença; auxílio-família; salário-maternidade; auxílio-acidente; pensão por morte; auxílio-reclusão e os serviços, social e reabilitação profissional, respeitados os períodos de carências previstos nos arts. 24 a 27, da lei em destaque e a qualidade de segurado.

Além dos benefícios e serviços amparados pelo RGPS, a Previdência Social dará cobertura em caso de desemprego involuntário, através do Ministério do Trabalho.

A aposentadoria por invalidez decorre da incapacidade permanente e definitiva para o trabalho e insuscetível de reabilitação ao exercício de atividade que garanta a subsistência do trabalhador, salvo incapacidade adquirida antes da filiação ao RGPS. É prevista para todos os segurados, que implementem a carência de doze contribuições mensais, exceto no caso da ocorrência de acidente de qualquer natureza ou de doenças previamente estabelecidas.

A data do início do benefício para o segurado empregado é contada a partir do 16º dia do afastamento da atividade ou a partir da data de entrada do

requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrem mais de trinta dias. Para o segurado empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso, especial ou facultativo, conta-se da data do início da incapacidade ou data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrem mais de trinta dias.

Durante os primeiros quinze dias de afastamento consecutivos da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o salário (exceto o empregado doméstico). Determinadas situações de incapacidade, que exigem a presença de acompanhante autorizam a concessão de adicional de 25% no valor da Renda Mensal, como: cegueira total, perda de nove dedos das mãos, paralisia de dois membros, doença mental, etc. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cessada, a partir da data do retorno. Nas demais situações cessará, progressivamente, na forma do art. 47, Lei nº 8.213/91.

A aposentadoria por idade será devida aos 60 anos para mulher e aos 65 anos para o homem, com redução de cinco anos para o trabalhador rural. São Beneficiários todos os segurados, respeitada a carência de 180 contribuições mensais. A data de início do benefício ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir da data do desligamento do emprego, quando requerida até 90 dias do afastamento; ou a partir da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo acima referido; e para os demais segurados, a partir da data da entrada do requerimento

A aposentadoria por tempo de contribuição, nos termos do Art. 201 da Carta Magna com alterações da EC-20/98, tem como situação o tempo de contribuição de: 35 anos para o homem e de 30 anos para a mulher; com redução em cinco anos para os professores de Ensino Infantil, Fundamental e Médio. Todos os segurados têm direito a esse benefício, exceto: o segurado especial, quando não contribui facultativamente como contribuinte individual, os segurados optantes do Plano Simplificado e os microempreendedores individuais. Sua carência é de 180 contribuições mensais, com início semelhante a aposentadoria por idade.

A Lei nº 11.301/2006, possibilitou a redução do tempo de

contribuição para os professores com a inclusão da atividade em direção e coordenação educacionais em estabelecimento de educação básica. A comprovação ocorre mediante documento de habilitação para o magistério, o registro na CTPS e quando for o caso, declaração do estabelecimento de ensino.

Não será admitida prova exclusivamente testemunhal para efeito de comprovação de tempo de serviço ou de contribuição, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito. A aposentadoria torna-se irreversível após o recebimento do primeiro pagamento ou do saque do FGTS, o que ocorrer primeiro.

Vale ressaltar, que o trabalhador que em 16 de dezembro de 1998 tinha 30 anos (homens) ou 25 anos (mulheres) de serviço tem o direito de pedir, a qualquer momento, aposentadoria proporcional, calculada com base nos 36 salários de contribuição anteriores àquela data e reajustado até o dia do requerimento pelos índices da política salarial. Não é possível incluir tempo de serviço posterior àquela data. Se o trabalhador na condição anterior optar por contar tempo de contribuição posterior a 16 de dezembro de 1998, terá que cumprir o requisito da idade mínima: 48 anos (mulheres) e 53 anos (homens).

A aposentadoria especial tem como situação fática a exposição contínua e habitual a agentes físicos, químicos ou biológicos nocivos à saúde, durante 15, 20 ou 25 anos, como é o caso da exposição ao arsênio, benzeno, chumbo, petróleo (Químicos); ruídos, radiações (Físicos); parasitas infecciosos e toxinas (Biológicos), que garantem o benefício aos 25 anos de contribuição; Transportes de minerais de escavação subterrânea, com benefício aos 20 anos de contribuição e ainda, o trabalho em frentes de produção em mineração subterrânea, com concessão de benefício aos 15 anos de contribuição.

A princípio, todos os segurados têm direito. Porém, como regra, só o empregado e o avulso conseguem demonstrar a exposição habitual e contínua durante todo o período. A carência será de 180 contribuições mensais, com início do pagamento idêntico a aposentadoria por idade. A empresa deve manter laudo técnico e perfil profissiográfico atualizado. Uma cópia do último deve ser entregue ao empregado, em caso de rescisão de contrato.

São obrigatórios os seguintes documentos: Controle do Ambiente de

Trabalho: PPRA- Programa de Prevenção dos Riscos Ambientais; PGR- Programa de Gerenciamento de Riscos; PCMAT- Programa de Controle do Meio Ambiente do Trabalho PCMSO- Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional; e Laudos Técnicos Para o Trabalhador: LTCAT- Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho e o PPP- Perfil Profissiográfico Previdenciário, que reúne as informações dos relatórios em referência, é o documento histórico-laboral do trabalhador, contendo registros ambientais e monitoramento de todos os períodos de exposição aos agentes nocivos à saúde.

Para a conversão de tempo de contribuição em atividades com período distinto de contribuição serão utilizadas as regras da tabela a seguir apresentada, exceto da atividade comum para o a especial; vedado, contudo, o retorno ao trabalho com agentes nocivos do segurado recebedor da aposentadoria especial.

ESCALA DE CONVERSÃO DO TEMPO EM ATIVIDADE ESPECIAL:

TEMPO	PARA 15	PARA 20	PARA 25	PARA 30 (M)	PARA 35 (H)
15 Anos	1,00	1,33	1,67	2,00	2,33
20 Anos	0,75	1,00	1,25	1,50	1,75
25 Anos	0,60	0,80	1,00	1,20	1,40

O auxílio-doença, decorre da incapacidade temporária para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos. São beneficiários todos os segurados, que atendam à carência de doze contribuições mensais, respeitados os eventos decorrentes de acidente de qualquer natureza. O Início do pagamento é semelhante ao adotado para a aposentadoria por invalidez

Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao RGPS já portador de doença ou lesão invocada como causa para a concessão do benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão. Durante os primeiros quinze dias

consecutivos de afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário.

Se concedido novo benefício, decorrente da mesma doença, dentro de sessenta dias contados da cessação do benefício anterior, a empresa fica desobrigada do pagamento dos quinze primeiros dias de afastamento, prorrogando-se o benefício anterior e descontando-se os dias trabalhados, se for o caso.

Se o segurado empregado, por motivo de doença, afastar-se do trabalho durante 15 dias, retornando à atividade no 16º dia, e se dela voltar a se afastar dentro de 60 dias desse retorno, fará jus ao auxílio-doença, a partir da data do novo afastamento. O segurado empregado em gozo de auxílio-doença é considerado pela empresa como licenciado, fazendo jus ao pagamento da diferença entre o benefício e seu salário, quando este direito lhe é concedido por acordo ou convenção.

O salário-família será concedido ao segurado de baixa renda para filho ou equiparado (tutelado ou enteado), menor de quatorze anos de idade ou inválido. São beneficiários o empregado (exceto o doméstico), o avulso, o aposentado por invalidez ou por idade e os demais aposentados com 65 anos ou mais de idade, se do sexo masculino, ou sessenta anos ou mais, se do feminino. Quando o pai e a mãe são segurados empregados ou trabalhadores avulsos, ambos têm direito ao salário-família.

Não há exigência de carência e o início do pagamento é devido a partir da data da apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado, estando condicionado à apresentação anual de atestado da vacinação obrigatória, até seis anos de idade, e de comprovação semestral de frequência à escola do filho ou equiparado, a partir dos sete anos de idade.

O direito ao salário-família cessa automaticamente: pela morte do filho ou equiparado, a contar do mês seguinte ao do óbito; quando filho ou equiparado completar 14 anos de idade, salvo se inválido, a contar do mês seguinte ao da data do aniversário; pela recuperação da capacidade do filho ou equiparado inválido, a contar do mês seguinte ao da cessão da incapacidade ou pelo

desemprego do segurado.

O benefício do salário-maternidade decorre de nascimento, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial. São beneficiárias todas as seguradas. Somente há carência para a segurada especial (atividade rural nos dez meses anteriores) e contribuintes individuais e facultativas (dez contribuições mensais). O início do pagamento será, em regra, 28 dias antes do parto para a gestante, ou a contar da data da adoção ou guarda judicial.

Em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados em duas semanas, mediante atestado. Em caso de parto antecipado ou não, a segurada gestante terá direito aos 120 dias de licença; ou até 180 dias, caso a empresa faça a opção para posterior dedução do valor pago nos últimos sessenta dias do imposto de renda. O salário-maternidade não pode ser acumulado com benefício por incapacidade.

Para a segurada especial, a Lei nº 8.213/91 foi alterada pela Lei nº 9.876/99, no sentido de o salário-maternidade da segurada especial ser pago no valor de “um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual” (art. 73, II da Lei nº 8.213/91). O RPS manteve o valor de um salário mínimo (art. 101, II do RPS).

Na sequência, tem-se a pensão por morte que tem como evento para a sua concessão a morte do segurado. São beneficiários os dependentes e não há exigência de carência. O início do pagamento ocorre a partir da data do óbito, quando requerida até trinta dias. Da data do requerimento, quando requerida após os trinta dias ou da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória, independentemente da declaração de ausência. O cônjuge ausente somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica, não excluindo do direito a companheira ou o companheiro.

O pagamento da cota individual da pensão por morte cessa: pela morte do pensionista; para o menor de idade, ao completar 21 anos, salvo se for inválido, ou pela emancipação, ainda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior ou para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez, verificada em exame médico-pericial a cargo da previdência social.

Até a edição do Decreto n. 5.545, de 22/09/2005, o prazo de trinta dias para habilitação, somente se iniciava para o menor a partir da data em que o mesmo completasse dezesseis anos, caso não ocorresse nenhuma habilitação nesse período. Porém, o decreto equiparou o menor de dezesseis anos aos demais dependentes. A pensão por morte cessa para o menor em caso de adoção, exceto se o mesmo for adotado pelo cônjuge ou companheiro (a) do seu genitor ou genitora.

Há ainda para os dependentes do segurado, o benefício do auxílio-reclusão concedido mediante apresentação de certidão trimestral, que comprove o efetivo recolhimento à prisão do segurado que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que seja segurado de baixa renda, não se aplica em caso de prisão preventiva.

O benefício não exige carência mínima, e o início do pagamento será fixado na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até 30 dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior, salvo aos menores de 16 anos ou incapazes. O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente.

Prosseguindo, faz-se referência ao benefício do auxílio-acidente, que decorre de sequela decorrente de acidente de qualquer natureza, com redução da capacidade de trabalho. Os beneficiários são apenas o segurado empregado (exceto o doméstico), avulso, segurado especial e o médico-residente. Para este benefício não há carência mínima para a sua concessão, cujo início do pagamento conta-se a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença.

O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto

de aposentadoria, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente. Na aposentadoria, o valor do auxílio-acidente entrará no cálculo do salário-de-benefício, como se fosse remuneração.

A perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Para os benefícios do RGPS, o cálculo da renda mensal, em regra, ocorre com a apuração do salário-de-benefício, que consiste na média aritmética simples de 80% dos maiores salários-de-contribuição de todo o período contributivo, a contar de julho/1994 para aqueles segurados inscritos antes da edição da Lei nº 9.786/99, aplicando-se em seguida o respectivo percentual correspondente a cada benefício.

No caso da aposentadoria por tempo de contribuição, será aplicado o fator previdenciário sobre a média obtida na forma descrita anteriormente, antes da definição do percentual para o valor da renda mensal do benefício, que corresponde a um índice obtido com a aplicação de elementos relativos à idade do segurado na data do requerimento do benefício, o tempo de contribuição efetivo, a expectativa de sobrevida e uma alíquota de 31%, que decorre do somatório da alíquota de 11% dos segurados empregados e de 20% das empresas e equiparados, à luz do art. 29, da Lei nº 8.213/91.

Do exposto, observa-se que o RGPS não tem como objetivo manter o padrão de vida dos segurados na cobertura dos riscos sociais, mas apenas servi-lhes de sustento limitado. Além disso, como existe um valor máximo para pagamento das prestações, não se pode considerar que a simples cobertura deste Regime seja suficiente para a realização da justiça social, do desenvolvimento pessoal através do Estado e da busca gerenciada da igualdade de resultados¹⁰⁶

Por último, deve-se ainda citar os serviços que são oferecidos pelo

¹⁰⁶ Tavares. Op. Cit. p. 233.

RGPS como o serviço social e a reabilitação profissional, que são dispensados de carência e concedidos aos segurados e seus dependentes, sendo considerada a data de início como o da efetiva disponibilização do benefício.

O Serviço Social, vem da necessidade de esclarecimentos junto aos beneficiários sobre seus direitos sociais e os meios de exercê-los, estabelecendo junto com eles o processo de solução dos problemas que emergirem de sua relação com a previdência social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade. Será dada prioridade aos segurados em benefício por incapacidade temporária e atenção especial aos aposentados e pensionistas.

Já o Serviço de Reabilitação Profissional tem como situação a incapacidade parcial ou total do segurado, gerando a necessidade de (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicadas para reintegrá-lo ao mercado de trabalho e ao contexto em que vive.

A habilitação e reabilitação profissional é devida em caráter obrigatório aos segurados, inclusive aposentados e, na medida das possibilidades do órgão da Previdência Social, aos seus dependentes. Caso o segurado ou dependente desloque-se para outra cidade, receberá valor de diária.

O recebimento conjunto de mais de um benefício é limitado, conforme disposto no art. 124, da Lei nº 8213/91, não sendo permitido acumular os seguintes benefícios: aposentadoria com auxílio-doença; aposentadoria com auxílio-acidente mais de uma aposentadoria; salário-maternidade com auxílio-doença; mais de um auxílio-acidente e mais de uma pensão, ressalvado o direito adquirido e a opção pela mais vantajosa. Não poderá também acumular seguro-desemprego com benefício previdenciário, exceto pensão ou auxílio-acidente. E ainda, benefício previdenciário com assistencial, exceto a pensão das vítimas de Caruaru.

6.1.2- Do Regime de Previdência dos Servidores Públicos- RPPS:

por força do contido nos arts. 24, XII e 40, da Constituição Federal, a Lei nº 9.717, de 27/11/98 dispõe sobre as regras gerais para a organização e funcionamento desse regime, cabendo a legislação do próprio Ente Público (Constituição Estadual, Lei Orgânica Distrital ou Municipal e leis respectivas) a criação e extinção do mencionado regime.

A EC nº 20/98 definiu de forma objetiva a participação dos servidores no custeio do RPPS e a EC nº 41/03, incluiu também a participação dos inativos e pensionistas, cuja alíquota será igual dos ativos para os valores que excederem ao teto previsto no art. 201 da Constituição Federal; sendo essa alíquota de 11% dos mencionados valores excedentes, participando também do custeio o ente público.

Quanto aos benefícios, alterações consideráveis ocorreram com a antiga aposentadoria por tempo de serviço, que foi substituída pela aposentadoria por tempo de contribuição e a pensão por morte, respeitados os direitos adquiridos e sendo criadas regras de transição tanto na EC-20/98 quanto na EC-nº 41/03 e ainda na EC-47 para a aposentadoria em referência, levando-se em consideração o tempo de contribuição, a idade e o tempo de trabalho público, cumulativamente, de acordo com a data de ingresso no Serviço Público como: antes da EC-20, entre a EC nº 20/98 e EC-41/03 e após a EC-41, à luz da atual redação do art. 40 da Carta Magna, tendo a EC-47 criado redutor de idade para o tempo que ultrapassar o geral.

São garantidas a todos os servidores efetivos da União, Estados, DF e Municípios e aos militares dos Estados e Distrito Federal as aposentadorias por invalidez, compulsória por idade, voluntária e pensão por morte, nos termos do citado art. 40, da Carta Magna, sendo as demais situações consideradas como licença remunerada. A aposentadoria voluntária poderá ser por idade ou por tempo de contribuição cumulado com idade.

De acordo com o art. 40, § 1º, inciso I da Constituição Federal, a aposentadoria por invalidez será concedida nos casos de incapacidade permanente, apurada mediante exame médico pericial a cargo de junta médica oficial (art. 186, § 3º, Lei nº 8.112/90), sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição e integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave (o art. 186, § 1º, Lei nº 8.112/90 estabelece as doenças graves ou incuráveis: tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, cardiopatia grave, aids, parkinson, outras). Para os proventos proporcionais ao tempo de contribuição aplica-se o disposto no § 2º, art. 201/CF (Não inferior ao Salário Mínimo) e art. 191, Lei nº 8.112/90 (Não inferior a 1/3 da remuneração em atividade).

A aposentadoria compulsória por idade, ocorrerá aos 70 (setenta) anos de idade com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, § 1º, II da Carta Magna), não sendo exigida a carência do tempo de 10 anos no serviço público e cinco anos no cargo, aplicando-se a regra do art. 201, § 2º e art. 191. Lei n 8.112/90.

Já a aposentadoria voluntária por tempo de contribuição cumulado com idade, será concedida ao servidor efetivo que contar com 35 anos de contribuição e sessenta anos de idade se homem, 30 anos de contribuição e 55 anos de idade se mulher, respeitada a carência mínima de 10 anos no serviço público e cinco anos no cargo, com proventos integrais (art. 40, § 1º , III, a, CF).O professor e a professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício na educação infantil, fundamental e médio terão o tempo de contribuição e idade reduzidos em cinco anos ,com proventos integrais (art. 40, § 5º, CF).

A aposentadoria voluntária, poderá ser requerida por idade, aos 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher se atendida a carência mínima de 10 (dez) anos no serviço público e 05 (cinco) anos no cargo, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, § 1º, III, b, Carta Magna), atendido o § 2º do art.201/CF e art. 191, Lei nº 8.112/90.

Poderá ainda, ser criado o Regime de Previdência Complementar , por lei de iniciativa do Poder Executivo, observado o disposto no art. 202, CF/88 e por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão planos de benefícios de contribuição definida, nos termos do § 14, art. 40 da CF/88, limitando os proventos dos novos servidores, após sua instalação, ao limite estabelecido no art. 201 da CF/88 e com possibilidade de opção aos servidores já em exercício, quando da mencionada criação do Plano de Previdência Complementar Pública.

a) APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO:

Definição	Regra Geral	Transitória 1	Transitória 2	Transitória 3

Definição	Regra Geral	Transitória 1	Transitória 2	Transitória 3
	Art. 40, § 1º, III, CF	Art. 2º, EC nº 41	Art. 6º, EC nº 41	Art. 3º, EC nº 47
Beneficiários	Todos os servidores públicos efetivos com regime próprio	Todos servidores efetivos antes da EC-20. Podem optar pela RG ou RT-2.	Efetivos antes da EC-41/opção pela RG ou RT-1 (Já no Serviço Público).	Todos os efetivos antes da EC-20.
Tempo de Contribuição	35 anos homem e 30 anos mulher	Idem	Idem	Idem
Adicional	Não	20% sobre o tempo a cumprir em 16/12/98	Não	Não
Tempo no Serviço Público	10 anos	5 anos	20 anos	25 anos
Tempo Carreira	5 anos	5 anos	10 anos	15 anos
Tempo Cargo	5 anos	5 anos	5anos	5 anos

Definição	Regra Geral	Transitória 1	Transitória 2	Transitória 3
Idade	60 anos H e 55 anos M	53 anos H e 48 M	60 anos H e 55 anos M	60 anos H e 55 anos M. Para cada ano que exceder ao TC, reduzirá um ano na idade prevista
Base de Cálculo	Média de 80% maiores remunerações a partir de julho/94	Idem	Remuneração integral	Remuneração integral
Limite Teto RGPS	Haverá, desde que criado o RPC	Idem	Não (Benefício integral)	Não (Benefício integral)

Segundo as regras do § 7º, art. 4º da CF/88 com as alterações da EC nº 41/2003, a pensão corresponde ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite do RGPS de que trata o art. 201, acrescido de 70% da parcela excedente a este limite, caso aposentado na data do óbito ou ao valor da totalidade da remuneração na forma acima, caso em atividade na data do óbito. Ocorreu ainda com a EC nº 41/2003, a desvinculação entre o reajuste dos agentes públicos ativos e o reajuste dos aposentados e pensionistas, nos termos do § 8º, art. 40/CF, respeitados os direitos adquiridos.

À luz do disposto no § 19 do art. 40/CF, terá direito ao abono de permanência em serviço o agente público que tenha implementado todas as condições para a aposentadoria antes das Emendas Constitucionais e que optou por

se manter em atividade, cujo valor corresponderá ao mesmo da contribuição e será devido até a idade da aposentadoria compulsória, se for o caso.

Como mencionado anteriormente, a Lei nº 9.717/98 dispõe sobre as regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores efetivos dos Entes Públicos, inclusive suas autarquias, fundações e militares dos Estados e do Distrito Federal, tendo regulamentado a EC nº 20/98 neste ponto.

Já a Lei nº 10.887/2004 (conversão da MP nº 167), regulamentou de forma parcial a EC nº 41/03, dispondo sobre a aplicação dos dispositivos constitucionais relativos ao cálculo de proventos de aposentadoria e pensão, da contribuição de aposentados e pensionistas da Administração Pública Federal e alterou em parte o contido na Lei nº 9.717/98.

Ressalte-se, que tais leis não regulam o Regime dos Militares da União e dos Estados e DF, diante do disposto na EC nº 18/98 ter deferido tratamento diferenciado aos membros das Forças Armadas, não sendo estes considerados como servidores públicos. A Lei nº 6.880/80, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, prevê a transferência para a reserva remunerada e a reforma com alterações da Lei nº 10.416/2002.

O Regime dos Servidores Públicos congrega apenas uma categoria profissional e quando foi instituído não se destinava simplesmente a proteger os servidores com base na noção de mínimo existencial, mas também a manter o mesmo poder econômico que o segurado possuía quando em atividade, o que vem mudando desde a edição da EC-20/98 pela aproximação com o RGPS.

A Lei nº 9.717/98 com alterações decorrentes da Lei nº 10.887/2005, estabelece que não poderão ser concedidos benefícios distintos daqueles previstos para o RGPS, caso não exista exceção constitucional, numa preocupação constante em limitar os gastos com sistema previdenciário, além de determinar a orientação, supervisão e acompanhamento dos regimes próprios serão de responsabilidade da União, através do Ministério da Previdência Social, competente também para o Regime Geral e Regime Complementar Fechado.

6.1.3- Do Regime de Previdência Complementar- RPC:

Historicamente, até 1977 o Brasil não contava com um diploma específico sobre o tema, destacando-se de forma histórica apenas pelas entidades privadas: MONGERAL- Montepio Geral dos Servidores do Estado- 1835; o Montepio do Empregados do Ministério da Fazenda- 1890; a PREVI- Caixa dos Empregados do Banco do Brasil- 1904; o GBOEX- Família dos Militares do Exército/RS- 1918; as CAP's dos Ferroviários- Lei Eloy Chaves-1923-Marco da Previdência Social no Brasil(Arts. 3º a 5º -contribuições dos empregados e empregadores e no Art. 41- pagamento de benefícios pelo Conselho de Administração); a PETROS, CASSI, FAELCE, CABEC,etc., além da criação da PREVIC-Superintendência Nacional de Previdência Complementar, em 2009.

Objetivamente, somente surgiu um diploma específico sobre previdência privada com a edição da Lei n. 6435/1977¹⁰⁷. Antes, identificam-se apenas diplomas esparsos sobre seguros privados¹⁰⁸, utilizados, de certa forma, na regulação de montepios e caixas de previdência de determinadas categorias profissionais- embrionárias e limitadas:

A Lei n. 6.435/77: estabeleceu a estrutura e o regimento jurídico, material e formalmente, das entidades privadas; o Decreto n. 81.240/78, EFPC e Decreto nº 81.402/78, EAPC; a Constituição Federal/88: em sua redação original não tratou textualmente de previdência Privada; a Lei n. 8.213/91: estabelece em seu art. 9º , que a Previdência Social no Brasil compreende- o RGPS e o Regime Facultativo de Previdência Complementar.

Com a EC- 20/98, foi alterado o art. 202/CF para constitucionalizar a Previdência Privada e suas entidades, com regulamentação por lei complementar ; a LC n. 108/2001, trata da relação da Administração Direta e Indireta com as entidades fechadas de previdência privada; a LC n. 109/2001, trata do regramento geral da Previdência Privada; a EC n. 41/2003, altera o art. 40/CF- Previdência Complementar Pública-servidores participantes de Regimes Próprios de Previdência Social e a Lei nº 12.154/2009 instituiu a PREVIC e alterou o CNPC.

Como já foi mencionado anteriormente, o surgimento da previdência

¹⁰⁷ Lei n. 294/1895- De cunho fiscalizatório sobre entidades seguradoras

¹⁰⁸ Decreto n. 4.270/1901- Regulamento Murtinho-regulava os mecanismos de seguros privados.

complementar brasileira data de 1835, com o MONGERAL – MONTEPIO GERAL DE ECONOMIA DOS SERVIDORES DO ESTADO; e de 1890, o Montepio Obrigatório dos Empregados do Ministério da Fazenda (Decreto nº 942-A). Em 1904, foi criada a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ; em 1911 a Caixa de Pensão dos Operários da Casa da Moeda; em 1918 surgiu o GBOEX (Família dos Militares do RS); em 1967 a FUNBEP (Fundo de Beneficência dos Funcionários do Banco do Estado do Paraná S/A; em 1970 a PETROS, sendo consideradas as primeiras entidades de previdência complementar (Fundos de Pensão).

Diante da limitação no valor da contribuição para o RGPS, que estabelece um teto ao salário-de-contribuição do segurado, reduzindo o valor do benefício em relação à remuneração quando no exercício da atividade, emergindo a previdência privada. O Decreto-Lei nº 73/1966 regulou o seguro privado e a Lei nº 6.435/77 regrou o funcionamento do sistema privado complementar. A Lei nº 8213/91, estabeleceu previsão para o RPC. Com a EC nº 20/98, que alterou o art. 202/CF, ocorreu a constitucionalização do sistema privado de previdência,.

Sua regulamentação deu-se com a Lei Complementar nº 108/2001, que dispõe sobre a relação entre os órgãos da Administração Direta e Indireta e suas respectivas entidades fechadas e pela Lei Complementar nº 109/2001, que trata genericamente das entidades abertas e do Regime de Previdência Complementar (RPC).

Para os servidores públicos com Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), há previsão no art. 40, § 14,15 e 16 da CF/88 de Previdência Complementar Pública, que serão equiparados ao limite de contribuições dos segurados do RGPS, quando ocorrer a regulamentação. A Lei nº 12.154/2009 criou a PREVIC, que será responsável pela fiscalização e supervisão das entidades fechadas de previdência complementar.

O RPC é um sistema securitário privado, facultativo, de capitalização, que tem por objetivo atender às pessoas que desejam uma velhice com maior segurança e conforto, diante do teto do RGPS. Compulsoriedade, autonomia organizacional, facultatividade, contratualidade e formação de reservas,

sendo disciplinado por lei complementar. O RPC visa implementar ou suplementar a concessão de benefícios privados ao participante do plano previdenciário complementar.

Será implementar quando não houver vinculação ao RGPS ou RPPS, quando da concessão do benefício. O suplementar ocorrerá quando o pagamento do benefício privado corresponder ao valor adicional ao RGPS, mantendo o mesmo valor da remuneração do trabalhador quando estava no exercício de suas atividades.

São partes integrantes do RPC, o Patrocinador Particular, pessoa jurídica, normalmente de grande porte; o Patrocinador Estatal, Órgão estatal de todas as esferas-. A Lei nº 8.020/90 proibiu que as estatais cubram despesas de EFPC, além da participação como patrocinadora; o Provedor Particular, que é responsável direto pelo custeio das despesas com o fundo de pensão, em regra oferece benefícios de expressão menor; o Participante, pessoa física empregado ou dirigente de uma empresa ou grupo de empresas; o Assistido, como sendo o participante ou beneficiário em gozo de benefício.; o Instituidor, assim entendido o gestor de plano coletivo (Associação de classes, sindicatos,etc.).

Apesar de ser um sistema facultativo, privado, de natureza contratual, regido pelo Direito Civil, a igualdade entre as partes não é plena, sendo um verdadeiro contrato de adesão. Assim, a ingerência estatal é grande e direta através da normatização, controle e fiscalização das entidades, inclusive permitindo a intervenção e sua liquidação, se for o caso. A SPC (Secretaria de Previdência Complementar) e o CNPC (Conselho Nacional de Previdência Complementar) fiscalizam as entidades fechadas através da PREVIC; a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados/MF) e o CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados/MF), as entidades abertas.

A previdência complementar no Brasil é formada pelas Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC), constituídas sob a forma de sociedades anônimas com finalidade de lucro e as Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil, por inexistir a finalidade expressa do lucro.

A EAPC poderá instituir e operar planos de benefícios concedidos

em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a qualquer pessoa física. Já a EFPC oferece somente benefícios aos empregados de uma empresa, grupo de empresas, categoria de classe, associados de entes setoriais ou aos servidores públicos.

A quota de cada participante será definida, respeitando as normas da LC nº 108/01 e LC nº 109/01, não integrando o salário, conforme Lei nº 8.212/91 e Lei nº 10.243/01. A EC nº 41/03 trouxe a possibilidade de extensão do teto do RGPS aos regimes próprios, desde que criado o regime complementar público, que valerá para os novos servidores.

Os planos de benefícios poderão ser definidos ou variáveis, atendendo a padrões mínimos fixados, visando a assegurar solvência, liquidez e equilíbrio financeiro e atuarial (art. 7º, LC nº 109/2001), com base na contribuição definida, no benefício definido ou contribuição variável. As EFPC oferecem planos classificados como comum, para um grupo de participantes ou multiplano, para diversos grupos.

As EAPC oferecem dois planos complementares: o individual e o coletivo. São exemplos de planos: o PGBL – Plano Gerador de Benefício Livre, de acordo com o perfil de cada participante na aplicação dos recursos e o VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre, que é um plano de seguro de vida combinado com a previdência complementar.

Os participantes receberão no ato da inscrição certificado indicando as regras de admissão, manutenção, elegibilidade e forma de cálculo dos benefícios e suas características básicas. A portabilidade de capitais é uma regra do sistema.

As Entidades Fechadas de Previdência Complementar, têm natureza privada, facultativa, contributiva, sistema de capitalização e subsidiária do esforço estatal, objetivando oferecer benefícios adicionais, mediante recursos devidos dos encargos entre o empregador e o empregado. Compõem a EFPCF: o Conselho-Deliberativo; o Conselho Fiscal e a Diretoria Executiva.

A EFPC tem por finalidade garantir, mediante poupança individual

aplicada em investimentos, renda adicional à previdência oficial ou suprir sua falta quando de sua origem, buscando a subsistência dos participantes e assistidos no caso de incapacidade temporária ou invalidez, tempo de serviço, idade ou aos familiares em caso de morte. Pode-se dizer que é complementar do Estado, indutora de assistência social, preparadora de aposentação, e ainda, uma forma de poupança individual ou coletiva como é o caso dos fundos de pensão.

A Criação da EFPC tem as seguintes fases: Decisão da criação – Comissão Técnica; Estatuto Social e o Regulamento Básico; Aprovação Estatal: Secretaria de Política de Previdência Complementar; Implantação e Gestão da Entidade: Conselho de Curadores, Diretoria Executiva e Conselho Fiscal; Fiscalização: fiscalizadas e analisadas pela SPPC. A EFPC será liquidada pelo MPS, caso não seja viável. Poderá ser extinta mediante liquidação extrajudicial, semelhante aos bancos.

São garantias da EFPC, o benefício proporcional deferido; a portabilidade; o resgate e a possibilidade de pagamento de contribuição em dobro, caso o participante desligue-se da empresa. A subsidiariedade é característica fundamental, mas se ausente de previsão contratual não é capaz de criar benefício complementar. Caso o INSS conceda pensão por morte sem carência e o regulamento da EFPC o exija, esta condição terá que ser atendida.

Poderá ser concedido: Auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, idade, tempo de contribuição, etc, dependendo do Estatuto Social, podendo ainda induzir benefícios assistenciais e à saúde (Médico-hospitalar, medicamentos, etc).

Na sequência, faz-se referência às Entidades Abertas de Previdência Complementar, que são constituídas como sociedades anônimas. As garantias para os planos de benefícios são a portabilidade e o resgate. O funcionamento deve respeitar o disposto nos arts. 37 a 41, da LC nº 109/2001.

O Regime de Previdência Complementar adota o regime financeiro de capitalização e até mesmo o de repartição simples, no segmento fechado de previdência privada, que transforma obrigatoriamente o trabalhador em poupador. Se os investimentos têm os resultados desejados, o valor é significativo e se consubstancia em poupança dos indivíduos.

Foi criado um instituto específico de tributação para os planos de previdência complementar, através da Lei nº 11.053/2004, que trouxe inovações quanto a tributação. Para quem investia em previdência privada não será mais possível evitar o desconto do IR na fonte, no momento do saque de benefícios dos planos.

Para quem ingressou a partir de 2005 serão adotadas alíquotas regressivas de acordo com o tempo de aplicação: até 02 anos- 35%; entre 02 e 04 anos- 30%; entre 04 e 06 anos- 25%; entre 06 e 08 anos- 20%; entre 08 e 10 anos- 15% e acima de 10 anos- 10%. Aplica-se aos quotistas que ingressarem no FAPI (Fundo de Aposentadoria programada Individual) a partir de 01/01/2005.

6.1.4- Da Situação Financeira da Previdência Social:

A Previdência Social não deve ser analisada de forma isolada dos demais direitos. Pois, outros direitos sociais, em certa escala, estão interligados, haja vista ser o trabalhador o foco maior, ter caráter contributivo e estar constitucionalmente vinculada a todas as receitas da Seguridade Social.

É necessário que se esclareça a real situação dos recursos, desmistificando a tese do déficit previdenciário numa tentativa de transferir para a sociedade todos os encargos do sistema e ainda, inibir a concessão de novos direitos ou até o reducionismo mediante reformas do texto constitucional.

A Previdência Social como subsistema da Seguridade Social, não enfrenta um déficit estrutural como já tratado anteriormente no capítulo sobre o financiamento, pelo contrário, o sistema como um todo é superavitário, conforme tem sido demonstrado em relatórios do Tribunal de Contas da União-TCU. A Previdência não pode ser observada como um foco de altas despesas e déficit insanável para o Poder Público, sem falar nas falácias em relação à melhoria nas ofertas de postos de trabalho por uma suposta oneração da produção.

Os relatórios do TCU apresentam um sistema de seguridade com arrecadação superior as suas despesas, apesar das isenções tributárias e da DRU- Desvinculação das Receitas da União, que reduzem de forma drástica os recursos disponíveis e necessários à implementação de novos benefícios e serviços.

Segundo o TCU, no ano de 2007 foram arrecadados mais de

trezentos e cinco bilhões de reais pela Seguridade Social, enquanto as despesas com todo o sistema-saúde, assistência e previdência- chegaram a cifra de cerca de duzentos e setenta e cinco bilhões de reais, o que deveria ter um superávit em torno de trinta bilhões de reais, permitindo uma melhoria no valor dos atuais benefícios e a criação de novos mecanismos de efetivação de direitos sociais.

Não se pode deixar de citar diversos fatores, que são responsáveis pela redução dos recursos e do crescimento das despesas da Seguridade Social como: isenção de contribuições previdenciárias às entidades filantrópicas em cifra superior a dez bilhões de reais a cada exercício; imunidade tributária nas exportações de produtos rurais; etc., sem esquecer de informar que anualmente a Previdência Social paga mais de quarenta bilhões de reais em benefícios aos trabalhadores rurais.

Com isso, não se defende a exclusão da proteção social aos citados trabalhadores rurais sem recursos suficientes para o pagamento do tributo. Na verdade, o que se defende é a participação direta e efetiva do Estado no custeio do sistema previdenciário e não apenas essa forma indireta como se pode comprovar por meio do contido no art. 195 da Constituição Federal e do art. 16 da Lei nº 8.212/91, que estabelecem:

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

Art. 16. A contribuição da União é constituída de recursos adicionais do Orçamento Fiscal, fixados obrigatoriamente na lei orçamentária anual.

Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando decorrentes do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, na forma da Lei Orçamentária Anual.

Fica claro, com os dispositivos transcritos, que a participação da União somente acontece de forma indireta. Caso ocorra alguma insuficiência de recursos no orçamento da seguridade social é que haverá repasse do orçamento fiscal, fazendo com que o Governo busque sempre, através das contribuições

sociais, transferir para a sociedade tais encargos com a majoração de alíquotas ou a instituição de novos tributos.

6.2- Da Efetivação do Direito à Previdência Social:

O avanço e a efetivação da proteção social previdenciária, devem ser na prática, não somente de responsabilidade da sociedade através das contribuições sociais, mas também do Estado por meio de repasse pelo Tesouro Nacional dos valores vinculados às isenções e imunidades tributárias e do pagamento de benefícios aos trabalhadores rurais.

Torna-se necessária a participação sistemática e real do Poder Público, diferentemente da atual situação, onde a União somente ingressa com recursos nos casos de insuficiência financeira, conforme art. 16, Lei nº 8212/91. Ocorrendo participação do Estado em percentual mensal e previamente estabelecido, novos benefícios poderão ser criados e os atuais majorados em termos reais.

Com isso, a participação da Previdência Social na efetivação de direitos fundamentais será possível mediante a sua inter-relação com outras áreas dos direitos sociais, a exemplo da saúde e assistência social, como o direito à educação, à moradia e ao meio ambiente, como se denota pela análise de suas normas.

Os programas de educação previdenciária, desenvolvidos pelos órgãos da Previdência Social junto aos trabalhadores de uma maneira geral, colaboram na formação educacional das pessoas, não somente com relação ao conhecimento da norma específica de filiação ao sistema de proteção social em destaque, mas como instrumento de reconhecimento e efetivação dos seus direitos como cidadãos, educando-os para uma maior possibilidade de ascensão social e a uma vida digna.

Com relação ao meio ambiente, a norma previdenciária desde o século XIX tem demonstrado sua preocupação com o mesmo, ainda que de forma restrita ao ambiente do trabalhador, como ocorreu com a Lei Bismarck de 1883 na

Alemanha e nos seguintes, estabelecendo uma proteção em caso de acidente de trabalho, que repercutiu no Brasil com a edição da “Lei Eloy Chaves” de 1923, considerada como o marco inicial para a publicização da previdência social

Na Constituição Federal de 1988, como mencionado anteriormente, foi introduzido um capítulo para a Seguridade Social baseado nas ações das áreas da Saúde, Assistência Social e Previdência Social. No seu art. 195, § 8º, encontram-se às disposições sobre o segurado especial¹⁰⁹, numa tentativa de reduzir o êxodo rural, o congestionamento nas periferias das grandes cidades e suas conseqüências danosas ao meio ambiente como um todo.

Da mesma forma, a previsão de proteção no caso das atividades de riscos e atividades insalubres, instituída através da criação do Fator Acidentário Previdenciário – FAP, que majorará ou reduzirá alíquotas das contribuições previdenciárias das empresas que não investirem na segurança e higiene do ambiente de trabalho, e a criação do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP, permitirá identificar quais doenças estão vinculadas às atividades profissionais e estabelecer penalidades, bem como o ingresso de ações regressivas na ocorrência de acidente de trabalho por culpa do empregador, certamente, produzirão como resultado um ambiente de trabalho sadio e seguro, a redução dos riscos ambientais do trabalho com o conseqüente respeito à dignidade da pessoa humana,

Mesmo que a abrangência da norma previdenciária esteja ainda restrita ao ambiente de trabalho, repercute na educação do trabalhador e surtirá efeito além da empresa e sobre o seu convívio familiar e social, conduzindo a uma importante e fundamental valorização do meio ambiente como um todo.

Na esfera da própria Previdência Social, pode ser mencionado, como exemplo, a implementação e efetividade dos direitos fundamentais sociais, superada a figura da reserva do possível e da participação do Estado no custeio do sistema, cita-se: exclusão da seletividade aos benefício do salário-família e do auxílio-reclusão aos segurados e dependentes dos segurados de baixa renda,

109

São os trabalhadores das categorias como o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais; o agro-pecuarista com até quatro módulos fiscais; o pescador artesanal e o assemelhado, residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, exerça atividade individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros.

respectivamente.

Outro ponto necessário é a instituição de adicional aos proventos decorrentes de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, para os aposentados que venham a se tornarem inválidos para os atos da vida como a cegueira, doenças mentais, etc, semelhante àquele concedido para os aposentados por invalidez; ampliação do prazo do seguro-desemprego, ampliação real do prazo para o salário maternidade, dentre outros casos a serem estabelecidos posteriormente.

É conveniente, fazer referência à necessidade de disposições paralelas e antecedentes a esta proteção como é o caso da educação de qualidade, da saúde preventiva universal e do direito ao trabalho. A garantia do direito ao trabalho à pessoa saudável e a formação profissional, dispensarão condições para concorrer a melhores remunerações no mercado de trabalho, além de implementar as receitas da Previdência Social, que passará a ter maiores possibilidades de efetivar e implementar novos benefícios ou a melhoria daqueles já ofertados à coletividade.

Outros aspectos são importantes para a efetivação dos direitos previdenciários, tais como: a possibilidade de emissão de Certidão de Tempo de Contribuição com débito parcelado; utilização da justificativa administrativa para a comprovação de tempo de contribuição; programa formal de educação previdenciária; vinculação das receitas da seguridade social às ações nessa área, etc., serão importantes indicadores da efetivação de direitos.

A expedição da Certidão de Tempo de Contribuição para os segurados que parecem seus débitos com o sistema previdenciário, com o oferecimento de garantia real ou a autorização para desconto das cotas do parcelamento do benefício por ventura concedido após a expedição da CTC, conforme dispõe o art. 115, da Lei nº 8.213/91, regulamentada pelo Decreto nº 3.048/99, permitirá uma proteção real previdenciária.

É injusto para os segurados contribuintes individuais, que os segurados empregados, os avulsos e o próprio contribuinte individual que presta serviço a empresa a partir de abril de 2003, gozem da presunção de recolhimento e

recebam sua Certidão, mesmo que o Tomador de Serviço não repasse as contribuições previdenciárias, enquanto o contribuinte individual, mesmo assumindo um parcelamento do débito com a correspondente suspensão da exigibilidade do crédito, à luz do art. 151 do CTN, somente seja beneficiado com a expedição da CTC após a quitação do parcelamento.

Tal posição, que restringe direitos, não está baseada na Lei nº 8.212/91, que trata do custeio previdenciário, mas tão somente em dispositivo contido no art. 122, § 2º, do Decreto nº 3.048/99. E assim, enquanto as empresas com parcelamento recebem certidões negativas para todos os fins, inclusive alienação de bens, encerramento de atividade empresarial, participação em processo licitatório, etc., o segurado precisa quitar o débito em sua totalidade.

Torna-se necessário também, que seja colocada em prática a Justificação Administrativa para o reconhecimento do tempo de contribuição com início de prova material, visando a legitimar os direitos dos segurados com carência de provas documentais, mesmo que se mantenha a exigência legal prevista no art. 55 da Lei nº 8.213/91, que trata, como já mencionado, do início de prova material, até mesmo para os acordos e sentenças trabalhistas com reconhecimento de vínculo de emprego.

A efetiva utilização da Justificação Administrativa pode ser vista como uma forma de aplicação dos princípios da celeridade e da economia processual, evitando o estrangulamento do Judiciário com as ações de segurados da Previdência Social que buscam em considerável quantidade o reconhecimento de seus direitos. A utilização desse instrumento deve ser obrigatória nas Juntas de Recursos, pois são vinculadas ao Conselho de recursos da Previdência Social, órgão do Ministério da Previdência Social e não ao INSS, responsável pela análise e deferimento ou indeferimento dos pedidos de benefícios previdenciários e assistenciais.

A instituição de um programa formal de educação previdenciária junto às escolas e a informal propaganda pública do sistema de previdência, atenderia o dever de informar e o direito à informação dos cidadãos, bem como uma

fonte importante de conscientização da sociedade sobre a necessidade de vinculação ao sistema de proteção social disponível, o que daria maior credibilidade ao Sistema Público de Previdência Social.

Não se trata de condicionar a população para a compra de uma aposentadoria longo prazo como se fosse mercadoria, mas tão somente da importância na aquisição do direito a um benefício como fator indispensável à própria subsistência do ser humano e a garantia do direito à vida, ficando fora do estado de necessidade e com direito ao recebimento do mínimo existencial do Estado.

Por sua vez, para a garantia do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema e a certeza do cumprimento das obrigações inerentes ao Sistema de Previdência, torna-se necessária a vinculação constitucional das receitas das contribuições sociais para a seguridade social à sua aplicação, exclusivamente, no custeio dos benefícios e serviços da própria seguridade social, como já acontece com as receitas das contribuições previdenciárias, à luz do art. 167, XI, da Constituição Federal, que somente podem ser utilizadas para custeio de benefícios previdenciários.

Com isso, evita-se a redução dos recursos destinados ao sistema de seguridade social, como acontece com a Desvinculação das Receitas da União – DRU; com as imunidades e isenções tributárias, no caso as exportações de produtos rurais, nos termos do art. 149, § 2º, e de entidades filantrópicas previstas no art. 195, § 7º, ambos da CF/88; com as transferências do orçamento da seguridade social para o orçamento fiscal e da aplicação de recursos em outras áreas, etc., quando deveria ocorrer de uma forma inversa.

A concretização do direito à previdência social e a efetivação de direitos fundamentais estão comprometidos pela utilização de fatores reducionistas aplicados pelo Poder Público, infringindo a norma constitucional nos pontos que definem os fundamentos e objetivos da República, especialmente quanto à dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da justiça social.

O baixo valor adotado como limite máximo para os benefícios do Regime Geral, acumulado com a aplicação da média aritmética de todo o período

laboral e da ocorrência do fator previdenciário para o cálculo da renda mensal da aposentadoria por tempo de contribuição, o reajuste dos benefícios com valores da renda mensal acima do piso distinto do reajuste do salário mínimo, dentre outros empurram os trabalhadores para o sopé da pirâmide social, afastando-os do direito à liberdade real.

Da mesma forma, no regime dos servidores públicos ao serem adotados novos critérios para uma aproximação deste ao RGPS, está o Estado retirando conquistas e causando danos à dignidade da pessoa humana, como é o caso da instituição de um valor máximo para os benefícios do RPPS abaixo da remuneração com a criação do regime complementar dos servidores- art. 40, § 14, Constituição Federal.

E ainda, da concessão da revisão de salários por meio de gratificações que não serão contabilizadas para o cálculo do valor das aposentadorias; da aplicação da média aritmética dos salários-de-contribuição para a definição da renda mensal dos benefícios e da redução do valor das pensões por morte, somente excluem direitos e conduzem a uma forma de igualdade para baixo, diante do reducionismo e do retrocesso social contra os servidores públicos.

Não se faz a defesa, outrossim, de que o sistema de previdência dos servidores públicos seja dotado de regras com privilégios para poucos e implicações negativas ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, mais tão somente da manutenção dos direitos reais e não excessivos, ao mesmo tempo em que sejam adotadas medidas justas e necessárias para o RGPS, visando à ascensão social de seus beneficiários de forma vertical por meio de uma efetiva distribuição de renda entre os integrantes da sociedade.

A efetivação dos direitos sociais previdenciários possibilitará a concretização de vários outros direitos fundamentais sociais como é o caso do direito à moradia, à saúde, à educação, ao lazer e até direito ao trabalho pela profissionalização dos trabalhadores, que, certamente, implicará no crescimento social e melhoria da qualidade de vida da pessoa humana em sociedade.

CAPÍTULO VI

DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL

5.1- Considerações Iniciais:

A assistência social é um plano para cobertura de prestações sociais mínimas ofertadas pelo Estado, que visa atender às necessidades básicas dos indivíduos carentes, proporcionando condições de vida digna. É um dever a ser realizado pelo Estado e um direito fundamental de cada integrante da sociedade.

Historicamente, tem-se como primeira disposição para institucionalização da assistência social a Lei dos Pobres, surgida na Inglaterra em 1601, permanecendo por séculos, sem houvesse qualquer participação efetiva do Estado, cabendo à própria coletividade o encargo de amparar os necessitados como uma forma de respeito a solidariedade familiar e comunitária de caráter religiosa.

A Revolução Francesa de 1789, que institucionalizou a figura da fraternidade em todos os continentes, contribuiu com o desenvolvimento da assistência social pelo seu reconhecimento como direito subjetivo a ser dispensado ao indivíduo pelo Estado, promovendo sua organização em países da Europa, América Latina, Ásia e Oceania com a diversificação de prestações.

No Brasil, pode-se fazer referência aos programas da Casa de Misericórdia de Santos desde 1543; a garantia dos socorros públicos na Constituição de 1824; a inclusão de auxílios assistenciais na esfera da Previdência, a partir da Constituição de 1934; na Constituição de 1946, foi estabelecido no art. 164, normas de assistência à família como a proteção à maternidade, à infância e à adolescência e o amparo as famílias com prole numerosa, fato que se repetiu com a Constituição de 1967.

Com a Lei nº 6.439/77, foi instituído o SINPAS-Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, que incorporou e estatizou em sua organização a Legião Brasileira de Assistência-LBA como órgão responsável pelos programas de assistência social aos desprovidos em todo o território nacional.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 194, instituiu a Seguridade Social e incluiu a Assistência Social como um dos pilares integrantes deste Sistema de proteção social, juntamente com a Saúde e a Previdência Social, cuja regulamentação efetivou-se com a Lei nº 8.742/93 para prover o atendimento das necessidades básicas à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência descritas como carentes.

A assistência social é um dos direitos sociais de realização dos fundamentos e objetivos da República, vinculados aos valores da liberdade, da igualdade de chances e da solidariedade gerenciada. As prestações assistenciais são destinadas a garantir às pessoas, sem meios de sustento, condições básicas de vida digna e cidadania, cumprindo também o objetivo constitucional da erradicação da pobreza e de redução das desigualdades sociais e regionais¹¹⁰, além de promover a dignidade humana com a implementação de ações pelo Estado.

Para Wladimir Novaes Martinez¹¹¹, a assistência social é um conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações, o que demonstra ser um instrumento capaz de estimular a efetivação de outros direitos fundamentais indispensáveis à liberdade real, consubstanciada em ações que ultrapassam a política isolada de atenção ao carente para um contexto integrado de prestações sociais.

Por esse aspecto, realiza-se a assistência social de forma integrada com as políticas setoriais, visando o enfrentamento da pobreza, à garantia de um padrão social mínimo, ao provimento de condições para atender às contingências e à universalização dos direitos sociais¹¹², podendo a esta serem agregados programas sociais que permitam, ainda, o direito à educação, à moradia, à renda própria, dentre outros.

Por outro lado, diferentemente da saúde, a assistência social não

¹¹⁰ Tavares. IN: Direitos Sociais. Op. cit. p. 1134.

¹¹¹ Martinez, Wladimir Novaes. A Seguridade Social na Constituição Federal. São Paulo: LTR, 1992, p. 83.

vislumbra atingir positivamente a todos os brasileiros ou estrangeiros em território nacional, mas tão somente àqueles indivíduos sem condições de custear suas necessidades básicas.

Assim, enquanto a universalidade da assistência tem como foco apenas os mais carentes e procura garantir o mínimo existencial, a renda básica da cidadania tem como objetivo atender ao bem-estar e à justiça sociais para toda a população. No caso da assistência social, prevalece não apenas o princípio constitucional da universalidade, mas outros princípios como a seletividade e o equilíbrio financeiro do sistema..

O atendimento às pessoas hipossuficientes deve ser de responsabilidade direta da família que, sendo também desprovida de recursos suficientes ao amparo do carente, caberá ao Estado tal obrigação. Ou seja, torna-se necessário comprovar a impossibilidade de manutenção e sobrevivência autônoma, inclusive com o auxílio da família, para ter direito as prestações disponibilizadas pela Assistência Social, nos termos dos arts. 229 e 230 da Constituição Federal e Lei nº 8.742/93-LOAS.

Sobre o tema, Ana Paula Barcellos¹¹³ manifesta-se em sentido mais abrangente quanto à atenção do Poder Público como a seguir se vê: registre-se que a norma incide tanto na hipótese em que a família não tem condições de sustentar o idoso ou o deficiente, como quando elas pode, mas não o faz.

Pelo exposto, defende a autora que o fato a ser observado é o real atendimento ao idoso ou ao deficiente desprovido de qualquer chance para manter a sua existência como pessoa humana, tendo dessa forma o direito a uma prestação assistencial custeada pelo Estado.

Para Marcelo Leonardo Tavares¹¹⁴, contudo, não parece ser essa posição a melhor alternativa pretendida pela Constituição Federal, manifestando-se da seguinte forma:

“A obrigação primeira é da família, que deve cumpri-la. Se o Estado viera garantir a prestação, a fim de não deixar que o deficiente ou

¹¹² Martins, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. São Paulo: Atlas, 1999, p. 413.

¹¹³ Barcellos, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos princípios Constitucionais-O Princípio da Dignidade Humana. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 187.

idoso caia em estado de miserabilidade, por falta de solidariedade familiar, ser-lhe-á lícito buscar o ressarcimento. Do contrário, a simples negativa de auxílio(até mesmo com o fim de aumentar a renda familiar, de forma oportunista), conduziria à indevida oneração estatal”.

É obvio que ao Estado não será possível eximir-se de da responsabilidade de atender ao idoso e ao deficiente carentes, caso as famílias não o façam, mesmo com condições econômicas e financeiras para tal, sob pena de omissão a preceitos constitucionais expressos no art. 203. No entanto, como se posiciona Tavares, caberá ao Estado, da mesma forma, o dever de proteger o erário por meio de mecanismos próprios ao ressarcimento junto às famílias do assistido, sob pena de dano à sociedade.

No art. 239 da Constituição Federal , por sua vez, que trata do dever de atenção aos idosos e deficientes pelos familiares diretos na velhice, carência ou enfermidade, seu propósito maior é manter o efetivo equilíbrio financeiro do sistema e a desoneração da sociedade , atendendo concretamente às pessoa carentes.

A assistência social, positivada constitucionalmente, consiste num direito social de realização dos fundamentos da República e dos objetivos vinculados aos valores da liberdade, da igualdade e da solidariedade gerenciada. Sua previsão constitucional está nos arts. 203 e 204 da Constituição Federal, cuja regulamentação ocorreu através da Lei nº 8.472/93- LOAS, que dentre outros pontos, prevê a concessão de benefícios e serviços para proteção ao idoso e ao inválido carentes.

A dimensão normativa da LOAS incide na hipótese em que a família não tem condições, ou quando tem não o faz, cabendo ao Estado o fazê-lo com base no princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, nos termos do art. 194 da Carta Magna.

De acordo com o art. 4º, da Lei nº 8.212/91, assistência Social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa

¹¹⁴ Tavares. Op. cit. p. 216.

portadora de deficiência, condicionada a falta de recursos pessoais ou carência do interessado.

São linhas de ação da política de atendimento: políticas sociais básicas; políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem; serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; serviço de identificação e localização de pais, responsáveis, crianças e adolescentes desaparecidos; proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos das crianças e adolescentes.

Em relação ao modelo de organização, a lei define no seu artigo 86 que "a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios".

A lei define como diretrizes da política de atendimento: municipalização do atendimento; criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federais, estaduais e municipais; criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa.

Há ainda como diretrizes da assistência social: a manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente; a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional; e a mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.

São princípios da Assistência Social dentre outros: universalização dos direitos sociais; respeito à dignidade do cidadão e igualdade de direitos no acesso ao atendimento, cujas ações para tanto devem ser efetivadas através de diretrizes que estabeleceram a descentralização político-administrativa e a

participação popular, organizado nacionalmente através do Sistema Único de Assistência Social-SUAS.

O Sistema Único de Assistência Social (SUAS), cujo modelo de gestão é descentralizado e participativo, constitui-se na regulação e organização em todo território nacional dos serviços, programas, projetos e benefícios sócio-assistenciais, de caráter continuado ou eventual, executados e providos por pessoas jurídicas de direito público sob critério universal e lógica de ação em rede hierarquizada e em articulação com iniciativas da sociedade civil.

O SUAS define e organiza os elementos essenciais e imprescindíveis à execução da política pública de assistência social, possibilitando a normatização dos padrões nos serviços, qualidade no atendimento aos usuários, indicadores de avaliação e resultado, nomenclatura dos serviços e da rede prestadora de serviços.

O SUAS é o principal instrumento de deliberação da assistência social, que se inscreve no esforço de viabilização de um projeto de desenvolvimento nacional, que pleiteia a universalização dos direitos à Seguridade Social e da proteção social pública com a composição da política pública de assistência social em nível nacional.

Esse novo modelo de gestão supõe um pacto federativo, com a definição de competências e responsabilidades dos entes das três esferas de governo (federal, estadual e municipal). Está sendo implementado por meio de uma nova lógica de organização das ações, com a definição de níveis de complexidade do sistema.

Fundamenta-se na Proteção Social Básica-PSB e Proteção Social Especial-PSE de média e alta complexidade, considerando as especificidades das regiões e portes dos municípios, sempre com centralidade na família. É, finalmente, uma forma de operacionalização da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que viabiliza o sistema descentralizado e participativo e a sua regulação em todo o território nacional.

A Proteção Social Básica tem como objetivo a prevenção, por meio do desenvolvimento de potencialidades, aquisições e o fortalecimento de vínculos

familiares e comunitários. Esse nível de proteção é destinado para a população que vive em situação de vulnerabilidade social decorrente da pobreza, privação (ausência de renda, precário ou nulo acesso aos serviços públicos, dentre outros) e/ou fragilização de vínculos afetivos – relacionais e de pertencimento social (discriminações etárias, étnicas, de gênero ou por deficiências, dentre outras).

Esta forma de proteção básica, prevê o desenvolvimento de serviços, programas e projetos locais de acolhimento, convivência e socialização de famílias e de indivíduos, conforme identificação da situação de vulnerabilidade apresentada. Deverão incluir as pessoas com deficiência e ser organizados em rede, de modo a inseri-las nas diversas ações ofertadas. Os benefícios, tanto de prestação continuada (BPC) como os eventuais, compõem a Proteção Social Básica, dada a natureza de sua realização.

A unidade executora das ações de Proteção Social Básica é o Centro de Referência da Assistência Social – **CRAS. O Centro de Referência da Assistência Social -CRAS é uma unidade pública, de referência local ou regional, que presta serviços especializados e continuados a indivíduos e famílias com seus direitos violados.**

São considerados Serviços de Proteção Social Básica: Programa de Atenção Integral às Famílias - PAIF; Programa de Inclusão Produtiva e Projetos de Enfrentamento da Pobreza; centros de convivência para idosos; serviços para crianças de 0 a 6 anos que visem o fortalecimento dos vínculos familiares, com ações de socialização e de sensibilização para a defesa dos direitos da criança.

Há ainda os serviços socio-educativos para crianças e adolescentes na faixa etária de 6 a 14 anos, que visam a proteção, socialização e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários; Programas de incentivo ao protagonismo juvenil, com fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários; Centros de informação e de educação para trabalho para jovens e adultos.

Para a proteção do idoso foi instituído ainda o Fundo Nacional do Idoso, que autoriza deduzir do imposto de renda devido pelas pessoas físicas e

jurídicas as doações efetuadas aos Fundos Municipais, Estaduais e Nacional do Idoso, conforme disposto na Lei nº 12.213/2010. O Fundo tem como objetivo financiar os programas e as ações relativas ao idoso com vistas em assegurar os seus direitos sociais e criar condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

Já a Proteção Social Especial tem por finalidade proteger de situações de risco as famílias e indivíduos cujos direitos tenham sido violados ou que já tenha ocorrido rompimento dos laços familiares e comunitários, e indivíduos que se encontrem em situação de risco pessoal e social, por ocorrência de abandono, maus tratos físicos e/ou psíquicos, abuso sexual, uso de substâncias psicoativas, cumprimento de medidas socio-educativas, situação de rua, situação de trabalho infantil, entre outras situações de violação dos direitos.

Os serviços de proteção social especial têm estreita interface com o sistema de garantia de direito, exigindo, muitas vezes, uma gestão mais complexa e compartilhada com o Poder Judiciário, o Ministério Público e com outros órgãos e ações do Executivo, visando a uma efetiva realização da proteção social planejada.

. Os serviços desse tipo de proteção especial podem ser organizados com base local, em municípios com maior incidência da violação dos direitos; por meio de serviços de referência regional, coordenado e executado pelos estados; ou por intermédio de consórcios públicos entre os municípios.

No caso da proteção social especial, há dois níveis de complexidade: média e alta. São considerados serviços de média complexidade aqueles que oferecem atendimento às famílias e indivíduos com seus direitos violados, mas cujos vínculos familiares e comunitários não foram rompidos. A proteção social de média complexidade é organizada nos Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS), que são unidades públicas estatais.

O Centro de Referência Especializado de Assistência Social - CREAS desenvolve os seguintes serviços considerados de proteção social especial: atendimento a crianças e adolescentes vítimas de abuso e exploração sexual e de violência doméstica (violência física, psicológica, sexual e negligência).

Preocupa-se ainda com a inserção de famílias no Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI; na assistência a crianças e adolescentes em situação de mendicância ou que estejam sob "medida de proteção" ou "medida pertinente aos pais ou responsáveis"; e com o atendimento a crianças e adolescentes em cumprimento de proteção em abrigo ou família acolhedora, e após o cumprimento da medida, quando necessário, o suporte à reintegração familiar.

Os serviços de proteção social especial de alta complexidade são aqueles que garantem proteção integral – moradia, alimentação, higienização e trabalho protegido para famílias e indivíduos que se encontram sem referência e/ou em situação de ameaça, necessitando ser retirado do convívio familiar e/ou comunitário. Neles, são ofertados serviços socio-assistenciais que requerem acompanhamento individual e maior flexibilidade nas soluções protetivas.

As ações desenvolvidas pela Assistência Social são organizadas em sistema descentralizado e participativo, no caso o SUAS, objetivando articular meios, esforços e recursos de todos os Entes Públicos para o provimento do mínimo social a ser colocado ao acesso da coletividade carente, conforme preceitua a Lei nº 8.742/93.

Da mesma forma, que se busca a universalidade dos direitos, é preciso que as ações respeitem à igualdade no acesso atendimento, a autonomia da pessoa carente e o seu direito a benefícios e serviços de qualidade, como parâmetro para o respeito à dignidade do cidadão.

No contexto da gestão das ações da assistência social deve haver uma preocupação nítida com relação ao atendimento universal e integral por parte dos órgãos responsáveis, diante das regras estratégicas da descentralização administrativa na execução das ações, mesmo existindo um comando centralizado das decisões em cada Ente Público, fortalecendo a idéia de uma gestão voltada para os resultados, que possam consolidar os direitos e, possibilitem, progressivamente, a concretização da liberdade real, os direitos subjetivos, sem chances de reducionismo ou retrocesso de tais direitos.

Pois, não há mais qualquer dúvida, que os direitos subjetivos implementados pela Lei Orgânica da Assistência Social estão protegidos pela

cláusula de vedação de retrocesso. As previsões legais podem ser modificadas desde que as proteções mínimas não sejam reduzidas ou revogadas¹¹⁵, tendo em vista que o não atendimento ao mínimo existencial conduziria o indivíduo ao estado de necessidade capaz de atingir a própria vida.

No contexto da garantia da proteção e dos recursos financeiros, além do sistema organizacional descentralizado e da gestão por resultados, a assistência social tem como ponto importante o seu financiamento, que é garantido constitucionalmente nos orçamentos da União, estados, Distrito Federal e Municípios. Na esfera federal a assistência social, que integra o sistema de seguridade social, tem garantidos os recursos necessários em seu orçamento, conforme dispõe os arts. 194 e 195 da Carta Magna, além da participação dos demais Entes federativos.

Os recursos de responsabilidade da União, captados pela Seguridade Social e com destinação à Assistência Social serão repassados ao Fundo Nacional de Assistência Social, cuja gestão financeira caberá a Administração Pública Federal sob a orientação e controle do Conselho Nacional de Assistência Social¹¹⁶.

Os recursos congregados pelo FNAS serão transferidos para os Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que sejam atendidas às exigências legais contidas na LOAS: a efetiva instituição e funcionamento de Conselho de Assistência Social; Fundo de Assistência Social; Plano de Assistência Social e comprovação da inclusão orçamentária de recursos próprios destinados à assistência social, alocados aos respectivos Fundos de Assistência Social.

O subsistema de assistência social, integrante da seguridade social, conforme mencionado anteriormente, efetiva o atendimento às pessoas necessitadas de recursos básicos à sua subsistência por meio de benefícios e serviços assistenciais, que corresponda atuação ao mínimo existencial.

Com relação aos benefícios ofertados pelo Poder Público, subdividem-se em prestação pecuniária continuada, em que são exemplos o Benefício de Prestação continuada-BPC e o Bolsa-Família; e benefícios eventuais

¹¹⁵ Tavares. Op. cit., p. 219.

¹¹⁶ Órgão Colegiado do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome.

como no caso da natalidade e morte. O benefício de prestação continuada-BPC, previsto no art. 20, Lei nº 8.742/93, garante à pessoa necessitada portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais de idade, um salário mínimo mensal. Será considerada pessoa necessitada, aquela que comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família, por auferir renda mensal per capita inferior a ¼ do salário mínimo.

Aliás, sobre a exigência da renda per capita mensal da família estipulada em limite inferior a ¼ do salário mínimo, para que a pessoa idosa ou deficiente seja considerada. Incapaz de prover a manutenção, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, no julgamento da ADI nº 1232-DF, considerou que a exigência legal é constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se sobre o conceito de necessidade para fins de atenção à exigência da renda per capita, em decisão proferida no RESP 397943/SP-5ª Turma, da seguinte forma:

“Processual Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Assistência Social. Benefício da Prestação Continuada. Requisitos Legais. Art. 203 da CF. Art. 20§ 3º, da Lei nº 8.742/93.

II- A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da previdência.

III- O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no art. 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, em quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor..

Recurso não provido”.

Na decisão em destaque, apesar do equívoco quanto a ação da previdência, diante do contido no art. 194 da Constituição Federal que estabelece a saúde, a previdência e a assistência social como institutos distintos e harmônicos da

Seguridade Social com regras, procedimentos e instituições independentes, é óbvio que a mencionada decisão aponta para uma interpretação mais ampla quanto ao conceito de necessidade, levando em consideração as condições de saúde, situação geográfica, dentre outros pontos.

Com isso, cabe ao judiciário a atribuição de analisar e estabelecer os critérios mais adequados a serem aplicados para a valorização dos elementos que se fizerem indispensáveis a garantia dos direitos fundamentais à assistência social e como justa solução para o caso em destaque.

Ressalte-se ainda, que o Benefício de Prestação Continuada-BPC é de responsabilidade da assistência social na esfera federal, mais precisamente, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e não da área de Previdência Social. Ao INSS, autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social, cabe apenas a execução dos procedimentos para a concessão e acompanhamento dos benefícios, mediante convênio, cujos recursos são repassados pelo FNAS.

O Benefício do Bolsa-Família juntamente com o benefício de Prestação Continuada-BPC, compõem o regime de prestações pecuniárias do SUAS na esfera federal. O Programa Bolsa-Família, instituído pela Lei nº 10.836/2004, é considerado um passo importante para a implantação progressiva da renda básica da cidadania.

O Bolsa-Família, na atual configuração, consiste em benefício de assistência social, por se enquadrar nas características da universalidade dirigida aos pobres de forma gratuita, tendo como meta reduzir as desigualdades entre as pessoas e as regiões por meio de uma política pública eficaz na distribuição de renda.

Como o benefício é implantado em parcelas pecuniárias progressivas e sistemáticas, caso ocorra uma efetiva exigência da inclusão escolar para a sua manutenção individual, ocorrerá sua profissionalização e a possibilidade futura de acesso ao trabalho dessas pessoas profissionalizadas, numa tendência de transição da assistência para a atividade remunerada e a dispensa dos beneficiários em decorrência da aquisição de renda familiar própria.

A previsibilidade dos benefícios pecuniários deve observar os aspectos extremos da ausência de recursos das pessoas, que por este ponto, devem ser amparadas por planos assistenciais capazes de oferecerem segurança social na erradicação da pobreza e do combate à fome, ensejando o bem-estar e a paz social.

Os benefícios eventuais, segundo o art. 22 da lei nº 8.742/93, são aqueles que visam ao pagamento de auxílio por natalidade ou morte às famílias, cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, mediante critérios do CNAS-Conselho Nacional de Assistência Social e com regulamentação dos Conselhos Estaduais e Municipais, sem esgotar a possibilidade da criação de outros.

Nesse caso, os benefícios eventualmente estabelecidos pelos Estados e Municípios que visem a atender situações adversas, devem priorizar o atendimento à criança, à família, ao idoso, à pessoa portadora de deficiência, a gestante, a nutriz e aos casos de calamidade pública, nos termos do § 2º, do art. 22 da LOAS.

Esses benefícios, desde edição da Lei nº 3.807/60-Lei Orgânica da Previdência Social até a edição da Lei nº 9.528/97, que alterou a Lei nº 8.213/91 (Lei Básica da Previdência Social), eram amparados pela Previdência Social com os benefícios do Auxílio-natalidade e do auxílio-funeral, hoje extintos na esfera previdenciária e incluídos no art. 22, da LOAS.

Prosseguindo, faz-se referência aos serviços da assistência social, que segundo o art. 23 da LOAS são as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações são voltadas para as necessidades básicas, em observação aos objetivos, princípios e diretrizes previstos pela LOAS.

São oferecidos serviços social e de reabilitação profissional, que também são disponibilizados para os beneficiários da Previdência Social, especialmente para os deficientes titulares de benefício de Prestação Continuada-BPC, conforme o disposto no art. 89, da Lei nº 8.213/91, a seguir transcrito: “A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re) educação e de (re) adaptação profissional e social, indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive”.

5.2- Da Efetivação do Direito à Assistência Social:

O atendimento aos desprovidos na manutenção de suas necessidades básicas e ao direito à própria vida, passa pelos valores da segurança e da solidariedade como forma de atuação na proteção dos mais fracos ou excluídos do contexto social, numa busca constante pela redução das desigualdades sociais.

A segurança social é o valor que garante a proteção do indivíduo contra fatos capazes de o relegarem a uma situação de impossibilidade de subsistência. A solidariedade, implicitamente prevista na segurança(seguridade), encontra-se nos primórdios da assistência social, como um valor que embasa o reconhecimento dos direitos humanos.¹¹⁷

A proteção aos desprovidos através de ações na esfera da assistência social concorre para a promoção da justiça social, devendo ocorrer de forma programática pelo Estado, mediante a construção de mecanismos que garantam acesso às oportunidades e ao real exercício da liberdade, atingindo o contexto da solidariedade e da justiça social como objetivos fundamentais da República.

A vinculação da assistência social ao valor da dignidade humana, esculpida nos direitos sociais, garantem o direito à cidadania, como esclarece João Carlos Espada:¹¹⁸

“Os direitos de cidadania representam bilhetes de ingresso, oportunidades de acesso, removedores de barreiras, garantias de ingresso num universo de liberdades e, por conseguinte, de condições desiguais. O propósito dos direitos de cidadania não promover a igualdade, é o de evitar a exclusão de um universo de oportunidades. Porque as pessoas são iguais enquanto cidadãos, podem ser livres e diferentes enquanto indivíduos.”

As normas sobre Assistência Social definidas na Constituição, de eficácia limitada, foram regulamentadas pela Lei nº 8.742/93, como mencionado

¹¹⁷ Tavares. Op. cit., p.185-186.

¹¹⁸ Apud Tavares. Op. cit.p. 217-218.

anteriormente, estabelecendo uma corrente de ações de responsabilidade aos Entes Federativos, visando à proteção das pessoas carentes, em situação de pobreza e de exclusão social.

Pelas disposições do citado diploma legal, cabe aos Municípios a concessão de auxílios funeral e natalidade, antes vinculados à Previdência Social; os benefícios assistenciais para o sustento próprio aos idosos e inválidos carentes, sem círculo familiar capaz de mantê-los, mediante a liberação de um salário mínimo mensal, está sob a responsabilidade da União; já os estados atuarão no caso de situações emergenciais, com a distribuição de roupas, medicamentos, alimentos.

Tais distinções, contudo, não devem afastar por si só as ações concorrentes entre os Entes Federativos, quando seja necessária a atuação em conjunto na concretização de ações sociais assistenciais em caráter de urgência, diante da ocorrência de fatos ensejadores de situações como a calamidade pública.

A União, Estados, DF e Municípios devem da mesma forma, adotarem mecanismos capazes de promover a integração do carente no mercado de trabalho através da sua profissionalização e efetivação do direito ao trabalho, devendo com isso mantê-lo sob os cuidados do Estado, garantindo sua subsistência por meio de benefícios assistenciais suficientes ao mínimo existencial necessário à vida digna.

Não é novidade a organização de funções públicas, envolvendo os três níveis de governo através do modelo sistêmico. Há quase vinte anos a área de saúde vem implementando sistema descentralizado no país com a criação de um sistema único de saúde. Também a área de educação fundamental e de segundo grau apresenta um processo de descentralização relativamente acentuado, onde já é consagrado que Estados e Municípios se encarregam da execução das ações com o financiamento assegurado na Constituição.

Na área de transportes, por exemplo, criou-se o Sistema Nacional de Transportes, assim como, em outras áreas, como nas estatais, existiram experiências semelhantes, de que é exemplo a TELEBRÁS (setor de telecomunicações brasileiro), em que a holding nacional define e controla o sistema, exercendo funções de planejamento estratégico e normatização no âmbito do

sistema e definindo tarifas de operação.

Os órgãos estatais envolvidos na concretização do atendimento aos idosos e portadores de deficiência qualificados como carentes, deverão elaborar programas de assistência capazes de desenvolver ações integradas e complementares, com o intuito de atender em áreas de abrangência que definam a qualificação e o incentivo à melhoria dos benefícios e serviços assistenciais. Os programas de atenção ao idoso e a pessoa deficiente serem articulados com o benefício de prestação continuada.

Os programas e projetos direcionados para o combate a fome e a erradicação da pobreza devem compreender a busca pelo subsídio financeiro e técnico das iniciativas populares que garantam os meios, a capacidade produtiva e a gestão para melhoria das condições gerais de subsistência, da qualidade de vida e da preservação do meio ambiente.

Obviamente, que os pré-requisitos e perspectivas para a assistência social não devem ser desenvolvidos e assumidos pela área da Assistência Social, mas pela demanda coordenada entre todas as áreas vinculadas à efetiva oferta dos direitos sociais, organizações estatais e da própria coletividade.

A política pública para promoção da assistência social deve combinar diversas abordagens complementares para a efetivação dos benefícios e serviços essenciais à universalidade do atendimento como uma legislação progressista; medidas que fomentem a integração com outras áreas sociais; melhoria da distribuição do benefício de prestação continuada, de renda e cidadania e mudanças organizacionais direcionadas a uma gestão para resultados de qualidade.

Por sua vez, a promoção de programas com repercussão externa à área da assistência, deve contemplar a efetivação de outros direitos sociais como o direito à educação, que precisa vincular a concessão de benefícios à alfabetização dos adultos e a formação profissional dos jovens; garantia do direito à moradia, além dos benefícios pecuniários de prestação continuada, dentre outros.

Com isso, haveria uma concretização da Seguridade Social como instrumento de efetivação de direitos fundamentais. Isto é, na medida em que são

efetivados direitos afins pelo estímulo e sua concretização através da Assistência Social, efetivam-se direitos fundamentais diversos daqueles abarcados pelo Sistema de Seguridade Social previsto no art. 194 da Constituição Federal.

A efetivação dos direitos sociais, dentre eles a assistência social e sua repercussão nos direitos afins, consolidam o direito à liberdade como valor intrínseco à dignidade da pessoa humana, como defende Marcelo Leonardo Tavares¹¹⁹: “Os direitos prestacionais fundamentais da assistência social encontram-se vinculados ao exercício do valor da liberdade e, por via oblíqua, são formas de garantia fática dos direitos individuais e dos princípios mais valiosos para a construção do pacto social brasileiro, na configuração do mínimo social”.

A liberdade real para os carentes idosos e portadores de deficiência, deve ser de responsabilidade efetiva e compartilhada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e pela sociedade, que deverão buscar a cada momento novas alternativas para a melhoria no padrão de qualidade e na incessante iniciativa para um atendimento integral dos direitos sociais da assistência social.

O Estado, devedor de prestações positivas de assistência social, deve oferecer além dos benefícios pecuniários e serviços, as condições necessárias para a realização de ações integradas com outros direitos sociais, visando ao desenvolvimento político, cultural, profissional e econômico da comunidade para uma vida digna.

É de suma importância, que as pessoas sejam capacitadas para todos os eventos que as acompanham durante toda sua existência, o que inclui o enfrentamento dos riscos sociais crônicos e cuja solução depende da capacidade de cada um na superação dos fatores sócio-econômicos, que poderão conduzir ao estado de necessidade.

Neste contexto, caberá ao Estado desenvolver programas amplos e integrados de assistência social, especialmente à infância e à adolescência, como escolas, saúde, formação profissional, espaços comunitários para o lazer, no intuito de atingir a autonomia financeira e econômica, o que reduzirá para o futuro o quantitativo de idosos que não conseguem prover sua própria manutenção.

É importante, que a atuação do Estado seja direcionada ao atendimento dos direitos fundamentais básicos e essenciais a uma vida digna, diminuindo o fosso existente entre as diferentes camadas sociais; deve reconhecer a importância das pessoas, apoiá-las e capacitá-las para o trabalho; reorientar os serviços sociais e os recursos disponíveis para a promoção de cada cidadão; e, reconhecer os direitos sociais, dentre eles a assistência social, como o maior desafio e o principal investimento público dos governos na proteção dos valores essenciais ao bem-estar da pessoa humana.

Para a proteção dos mais fracos são dois os valores-base de promoção da atuação política: a segurança social(ou seguridade) e a solidariedade. A solidariedade é um valor que embasa o reconhecimento dos direitos humanos. A segurança social é o valor que garante a proteção do indivíduo contra fatos capazes de o relegarem a uma situação de impossibilidade de subsistência por meios próprios¹²⁰, enquadrando-se neste ponto a assistência social como instrumento de segurança às pessoas carentes.

A solidariedade é um postulado da seguridade social, previsto implicitamente, no art. 3º, I, da Carta Magna como objetivos da República, cuja origem se encontra nos primórdios da assistência social¹²¹, sendo considerada como o princípio que gera mais destaque para a seguridade social, diante de sua repercussão em todos os subsistemas que a integram, especialmente por propiciar os mecanismos públicos para o regime de repartição dos recursos disponíveis.

Sendo assim, não se deve contentar apenas com a efetivação de direitos assistenciais voltados para a caridade pública, como o bolsa-família, a solidariedade política ou mesmo a politicagem, pois, a efetivação do direito à assistência social deve ocorrer com a exclusão dos desprovidos do estado de necessidade, mediante instrumentos de cidadania que possibilitem uma vida com dignidade e com direitos iguais para todos como à educação, trabalho, moradia, etc.

Sobre os direitos essenciais à dignidade e à igualdade no

¹¹⁹ Tavares. Op. cit. p.

¹²⁰ Tavares. Op. cit. p. 1133.

¹²¹ Martins. Op. cit. p. 75.

atendimento da assistência social, Oscar Vilhena Vieira¹²² esclarece que:

“Os direitos sociais básicos, nesse sentido, podem ser defendidos como direitos individuais à dignidade e à igualdade ou como direitos essenciais à realização da democracia. O processo de auto-vinculação constitucional não se refer apenas à possibilidade de se retirar direitos da ordem liberal do processo de decisão majoritário mas, também, de vincular as gerações futuras à produção de condições dignas a todos os membros da comunidade”

É neste prisma, que se busca a concessão de benefícios e serviços em favor das pessoas em estado de pobreza, para as quais possa ocorrer a concretização dos direitos sociais em sua essência básica, à luz do contido no art. 6º da Constituição federal, inclusive com o ingresso da educação na esfera da Seguridade Social.

Dentre outros, defende-se a disponibilização de benefício assistencial no valor de um salário mínimo ao gestor familiar, mediante adaptação do Bolsa Família, mesmo que o beneficiário não se enquadre como pessoa idosa ou inválida carentes, porém, bastando ser carente e pobre na forma da lei; tal benefício ficará condicionado a participação em programa educacional capaz de conduzi-lo, na prática, a uma formação profissional básica e específica, o que certamente auxiliará na aquisição de uma colocação de trabalho com remuneração digna e suficiente à sua inclusão social.

Pela possibilidade concreta de direito ao trabalho digno, remunerado de forma compatível com sua formação profissional garantirá a oportunidade de migrar socialmente da condição de amparado pelo Poder Público para o legítimo direito à proteção previdenciária e ao respeito à dignidade como pessoa humana.

Diante do disposto e observando-se o contido na legislação básica, sua efetivação passa necessariamente pela disponibilização de recursos por parte dos entes envolvidos, pela implementação de novos benefícios e de forma contundente pela alteração da atual gestão dos recursos hoje disponíveis.

A expansão dos benefícios assistenciais poderá ocorrer, por

¹²² Vieira, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva da Justiça-Um Ensaio sobre os Limites do Poder de Reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 246.

exemplo, com a alteração da idade da mulher carente dos atuais 65 anos para 60 anos de idade na concessão do Benefício de Prestação Continuada previsto no art. 20, Lei nº 8.742/93- LOAS, semelhante ao benefício previdenciário da aposentadoria por idade, que exige 60 anos de idade para a mulher e 65 anos para o homem, respeitada a carência mínima para o benefício previdenciário.

Estabelecer ainda para o benefício assistencial, um adicional de 25% sobre o valor mensal, para o idoso carente que venha a tornar-se inválido para as atividades da vida e necessite de acompanhante, em decorrência das doenças elencadas no art. 151, Lei nº 8.213/91, como a cegueira total, doença de parkinson, doenças mentais, perda de membros, etc., após a devida comprovação em exame médico-pericial executado pelo INSS.

O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social- BPC/LOAS, integrante do Sistema Único de Assistência Social- SUAS, é pago pelo governo federal e operacionalizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, mediante convênio de atendimento existente entre o Ministério da Previdência Social e o Ministério do Desenvolvimento e Combate a Fome.

Para uma maior implementação possível do direito à assistência social, seria importante que os Entes federativos, principalmente, Estados e Municípios disponibilizassem mais recursos, superando a lastimável prática da alegação constante da ausência de recursos e do respeito a reserva do possível sem a real comprovação.

A própria União que é gestora dos recursos destinados a compor o Fundo Nacional de Assistência Social, conforme previsão do art. 27, Lei nº 8.742/93, não consegue convencer de forma clara sobre os valores arrecadados pela Seguridade Social e o real percentual transferido para a Assistência Social.

Os direitos sociais, como é o caso da assistência social, são vinculados por meio de regras constitucionais, da mesma forma que os direitos individuais, e a eles somente poderá ser oposta a argumentação da ausência de capacidade orçamentária quando a crise atingir também os direitos individuais e não houver mais condições fáticas de o Estado garanti-los¹²³, pela efetiva incapacidade

¹²³ Tavares. Op.cit. p. 173

orçamentária em manter suas próprias instituições públicas.

As prestações positivas devem ser exigidas do Estado pelo cidadão, cabendo ao Estado entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou justificar porque não o faz. Essa justificativa será apenas a existência de circunstâncias concretas, não sendo cabível ao Estado a mera alegação da reserva do possível.

Assim, cabe à União, Estados, Distrito federal e Municípios, à luz das regras constitucionais de positivação da assistência social, a única alternativa jurídica existente que é a garantia de disponibilização de recursos necessários à satisfação das demandas das pessoas carentes, sob pena de descumprimento de preceitos constitucionais vinculados aos direitos fundamentais.

condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais a existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos condicionantes econômicos, relativiza sua universalidade¹²⁴, o que não se coaduna com os direitos essenciais à existência da pessoa humana.

¹²⁴ Krell, Andreas. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha. p. 54.

CONCLUSÃO:

Como a seguridade social compõe os direitos fundamentais, conforme já citado, o aprofundamento do estudo ao nível do Direito, demonstra que o aperfeiçoamento das normas, atos e instituições afins e a sua modernização terão impactos positivos e legítimos para uma transformação do modelo privatista de “proteção social”, sem que isso venha a criar óbice aos interesses econômicos e ao desenvolvimento geral, objetivando o respeito à dignidade da pessoa humana.

Para Ferreira Santos¹²⁵, instituir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito importa não apenas o reconhecimento formal da liberdade, mas a garantia de condições mínimas de existência, que se impõe como fim da ordem econômica. Polarizam-se por leis econômicas inexoráveis os esforços materiais e as técnicas para atender às exigências de um mercado cada dia mais sofisticado e mundialmente interligado, gerando não somente fatos positivos mas também negativos sobre os anseios sociais.

Para tanto, pode-se destacar pontos importantes para uma implementação dos Direitos Sociais Previdenciários, tais como: identificar o alcance real da Seguridade Social para a coletividade; analisar os aspectos do declínio econômico e sua repercussão sobre os direitos sociais diante da globalização; definir mecanismos que devem ser modificados para universalização da seguridade social e de propostas para expansão do alcance da seguridade social como instrumento social.

A idéia da proteção social, portanto, passa pela expectativa da constituição de uma sociedade justa, humana e digna, que priorize os direitos e garantias fundamentais, e que mesmo convivendo com os interesses econômicos

¹²⁵ Santos, Fernando Ferreira. Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Celso Bastos Editor., 1999, p.79.

de exclusivo cunho capitalista, possa o capital ser utilizado não apenas numa visão do lucro e do crescimento especulativo, mas na ótica da justiça social.

Para a efetivação de direitos fundamentais pelo desenvolvimento de ações da Seguridade Social é importante que sejam ultrapassados obstáculos antigos como a sua forma de gestão, o incremento dos recursos com a participação real e sistemática do Poder Público e uma distribuição real de renda.

Na implementação das políticas públicas sob sua responsabilidade percebe-se a fragmentação com a permanência de órgãos estatais sem a devida articulação entre si e sem a necessária definição de uma política que integre e inter-relacione as três esferas da seguridade social, inclusive com outras áreas dos direitos sociais como um todo.

A gestão das políticas de Seguridade Social, deve ser pública. Na saúde e na assistência social, por exemplo, a constituição dos Conselhos, mesmo considerando os obstáculos impostos pela modernização conservadora e controlada pelos capitais nacionais e internacionais, tem de certa forma contribuído na efetivação de práticas democráticas como a execução das ações de forma descentralizada.

No entanto, para que a seguridade social funcione como instrumento capaz de proporcionar uma expansão dos direitos fundamentais, visando sua universalidade, integralidade e com a devida qualidade nos serviços disponibilizados para a comunidade, será necessário que sejam implementadas ações entre as diversas áreas de atuação social do Poder Público.

A concretização dos direitos decorrentes das atribuições instituídas pelo texto constitucional para a seguridade social por si só, já conduziriam a uma consolidação dos direitos básicos e essenciais à existência de uma vida digna, como é o caso das ações de saúde interligadas com o direito à educação, à moradia; da assistência social com a exigência concreta da profissionalização técnica e ainda, da previdência social com o direito ao trabalho e a uma renda digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Alexy, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008
- Amaral Filho, Leo do. *Previdência Privada Aberta*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- Appio, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006.
- Arango, Rodolfo. O Direito à Saúde na Jurisprudência Colombiana. In: Direitos Sociais(Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento): Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- Araújo, Rodolfo. O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana. In: Direitos Sociais(Org.(Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- Balera, Wagner. Sistema de Seguridade Social. São Paulo: LTR, 2000.
- Baецелlos, Ana Paula. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. Direitos Sociais(Org.: Cláudio P. de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In Torres, Ricardo Lobo(Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- Barroso, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva. IN: Direitos Sociais(Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008
- Brandão, Rodrigo – São os Direitos Sociais Cláusulas Pétreas? IN Direitos Sociais(Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008
- Bello, Enzo. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social. In: Direitos Sociais(Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- Bobbio, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Unb, 1999
- _____. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Editora Edipro, 2003
- Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. S. Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 1996.

Canotilho, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999

Bucci, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006

Cardone, Marly A. *Dicionário de Direito Previdencial*. São Paulo: LTR, 2005

Cicconeti, Stefano Maria. *Os Direitos Sociais na Jurisprudência Italiana*. In: *Direitos Sociais* (Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Castro, Carlos Alberto de e LAZARRI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTR, 2004

Comparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Correia, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2008

Cunha, Paulo Ferreira da. *Res Pública-Ensaio Constitucionais*. Coimbra: Almedina 1998

Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

Dias, Eduardo Rocha e MACEDO, José Leandro Monteiro de. *A Nova Previdência Social do Servidor Público*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2005

Diniz, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998

Falcão, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São paulo: Malheiros, 2004

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2000

Fried, Reis. *Ciência Política e Teoria Geral do Direito*. São Paulo:Forense Universitária, 2005.

Furtado, Emmanuel Teófilo. *Os Direitos Humanos de 5ª Geração Enquanto Direitos à Paz e Seus Reflexos no Mundo do Trabalho*. Trad. Horácio Roitman, Buenos Aires, 2005

Galdino, Bruno. *Teoria Intercultural da Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Galgano, Francesco. *La Globalización em el Espejo del Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. Trad. Horácio Roitman, , 2005.

Guerra Filho, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª edição. São Paulo: RCS Editora, 2005.

Henriques, Fátima Vieira. *Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional*. IN: *Direitos Sociais*(Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Herrera, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais*. In *Direitos Sociais*(Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Ibrahim, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 04 ----- . *A Previdência Social Como Direito Fundamental*. *Direitos Sociais*.

Jorge,Tarsis Nametala. *Teoria Geral do Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2005.

_____. *Elementos de Direito Previdenciário*. RJ: Lumen Juris, , 2004.

Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Krell, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Fabris, Porto Alegre,2002

_____. *Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais*. IN: *A Constituição Concretizada-Construindo Pontes com o Público e Privado*. Sarlet, Ingo(Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

Lima, Sílvio Wanderley do Nascimento. *Regulação e Previdência Complementar Fechada*. São Paulo: LTR, 2004.

Marques de Lima, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira*. Fortaleza: Editora ABC/Livraria FortLivros, 2001

Martins, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo, Atlas, 2002

Martins Neto. João dos Passos. *Direitos Fundamentais: conceito, funções e tipos*. São Paulo: RT, 2003

Mente, Paulo. A Previdência Privada Fechada.. in: Curso de Direito Previdenciário(Coord.: Wagner Balera). São Paulo: LTR, 2002

Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Vol. IV. Almedina, Coimbra, 1997

Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001

Nascimento, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a utopia: Problema na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In Direitos Sociais. RJ: Lumen Juris, 2008

Neves, Marcelo. A Força da Simbólica dos Direitos Sociais. Direitos Sociais .Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Nunes Júnior, Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade social na constituição de 1988. SP: Verbatim, 2009

Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____ Planos Global, Regional e Local. IN: Direitos Sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____ A responsabilidade do Estado na Consolidação da Cidadania. In: André Ramos Tavares (coord.). Constituição Federal – 15 anos: Mutações e Evolução. São Paulo: Método, 2003.

Ribeiro, Júlio Cesar Garcia. *A Previdência Social do Regime Geral* na Constituição Brasileira. São paulo: LTR, 2003

Santos, Lenir. SUS: Contornos Jurídicos da Integralidade da Atenção à Saúde. Radis, nº 49, setembro/2006. Disponível em: www.ensp.fiocruz.br

Sarlet, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Salvador: Revista Diálogo Jurídico. Ano I. Nº 01, Abril/2001.

-----A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

----- A Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Scaff, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Nelson Miranda e Barreto LimaRJ: Renovar, 2006.

Serrano, Mônica de Almeida Magalhães. O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009

Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. SP: Malheiros, 1993.

_____. Silva, José Afonso., *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Souza Neto, Claudio Pereira de. A Juriciabilidade do Direito Sociais. IN: Direitos Sociais(Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento). RJ: Lumen Juris, 2008

Stephen, Frank H. Teoria Econômica do Direito. Trad.: Neusa Vitale. Dão Paulo: Makron Books, 1993

Tavares, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. RJ: Lumen Juris, 2004.

_____. *Previdência e Assistência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

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](#)