

APARECIDA DONIZETE FERNANDES MATIOLI

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E INCLUSÃO SOCIAL:
A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO POSSIBILIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri

CURITIBA

2006

"Um homem somente será livre e apto ao exercício de seus direitos se lhe permitem uma vida digna não só quando em labor, mas também no infortúnio: por isso, a Previdência e a Seguridade Social, no sentido amplo, se realizam, também, como direito da cidadania e poucos têm a noção desse direito"

Eliane Domingues da Silva Oliveira

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
INTRODUÇÃO	1
1 A PREVIDÊNCIA NA ORDEM DOS PRINCÍPIOS	6
1.1 Os princípios na ordem constitucional.....	6
1.2 A importância da distinção entre regras e princípios constiucionais	8
1.3 O direito fundamental à previdência social como norma-princípio	12
1.4 Os princípios basilares da previdência social.....	13
1.4.1 Solidariedade	14
1.4.2 Universalidade.....	16
1.4.3 Obrigatoriedade - filiação	18
1.4.4 Equilíbrio financeiro e atuarial	19
1.4.5 Irredutibilidade do valor do benefício.....	22
1.4.6 Proteção contra os riscos sociais	23
1.4.7 In dúbio pro misero.....	24
1.5 A previdência social e sua relação com mínimo existencial	26
1.6 A íntima vinculação do direito à previdência social com o princípio da dignidade da pessoa humana.....	32
2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO	41
2.1 A previdência social pública como principal instrumento de realização da seguridade social.	41
2.2 O direito à previdência social como fundamental e cláusula pétrea	43
2.3 As prestações previdenciárias são direitos subjetivos?	50
2.4 A reserva do possível: um obstáculo a efetivação do direito à previdência social como direito fundamental?	54
2.5 A Eficácia E Efetividade Do Direito Fundamental À Previdencia Social	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

RESUMO

A pesquisa consiste em fazer um cotejo da previdência social pública à luz princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios que lhe alicerceiam, com enfoque principal no princípio da solidariedade, fundamento e razão de ser da previdência social pública e da vida em sociedade. Para tanto, será analisado, o âmbito da previdência social, seus princípios basilares, seus fins, evidenciando os principais obstáculos para concretização como direito fundamental social prestacional e quais os possíveis caminhos para sua superação. A essência do estudo está em evidenciar que o fato da previdência social ser contributiva e uma espécie de política pública, não descaracteriza a sua função social e a natureza principiológica desse direito fundamental, ao reverso, amplia a sua força vinculante, como também lhe credita uma maior otimização pelo Poder Público. O desafio da tese que defendemos está em afirmar que o direito fundamental à previdência social deve compor o mínimo existencial, núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que a ausência de uma proteção mínima de segurança social, quando as imprevisibilidades da vida se fizerem presentes, fatalmente, levará o homem à mendicância e a uma situação de completa indignidade. As deficiências do sistema e as constantes reformas previdenciárias afetam negativamente a sua eficácia social e comprometem os efeitos práticos idealizados pela Carta Constitucional de inclusão social e paz social. Inobstante a atuação deficitária da Autarquia em diversos aspectos, a previdência social pública, ainda é, um dos mais efetivos instrumentos de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, do bem estar-social e justiça-social, visto que realiza concretamente, por meio dos seus benefícios, os ideais republicanos de solidariedade entre os homens e, em sentido lato, de valorização da vida. Um judiciário ativo, aliado a uma sociedade, participativa, ativa e consciente de seus direitos é condição inafastável para superação dos obstáculos aqui evidenciados e para otimização e efetivação desse direito fundamental.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da história, a segurança do homem ante os riscos da vida sempre foi uma preocupação da humanidade. Entretanto, foi com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que a proteção social passou a ser vista como um dever da sociedade e do Estado. Eis aqui as raízes da seguridade social e da previdência social.

O viver em sociedade desencadeia uma série de riscos sociais, cujos efeitos nefastos são sentido por toda comunidade. Por mais previdente que seja o homem não há como fugir das contingências futuras. Imagine que na sociedade moderna a qual vivemos, esses riscos se multiplicam. Daí a necessidade de uma proteção estatal mais efetiva e eficiente, a qual seja capaz de garantir aos seus cidadãos um mínimo de segurança social, possibilitando lhes uma existência digna em face das imprevisibilidades da vida.

O constituinte originário não ficou alheio a essa preocupação e soube atribuir a ela a devida importância, prevendo expressamente a segurança social como direito fundamental no art. 5º da Constituição Federal de 1988. É exatamente neste contexto que se insere a previdência social pública.

A temática a ser desenvolvida na presente pesquisa é bastante ampla, eis que envolve a previdência social de forma genérica, sem ser objetivo do trabalho se especializar nas diversas prestações e posições jurídicas que resultam desse direito fundamental. Abordar-se-à a previdência social como direito fundamental, como norma-princípio e como política pública, buscando revelar os efeitos práticos decorrentes dessa caracterização.

A novidade da tese a ser apresentada está em atribuir a esse direito fundamental um caráter principiológico e defender a sua inclusão no rol das prestações que compõem o mínimo existencial, haja vista o seu escopo protetivo e a natureza alimentar das prestações previdenciárias. A inovação se mostra na medida que a doutrina previdenciarista tradicional, em geral, é tímida e ausente na respectiva matéria.

Dessa forma, o foco central do estudo que se apresenta consiste em pesquisar o âmbito da Previdência Social, seus princípios basilares, seus fins, evidenciando os principais obstáculos para concretização como direito fundamental social prestacional e quais os possíveis caminhos para sua superação.

Procurar-se-á mostrar a importância do direito fundamental à previdência social para a proteção dos riscos sociais e para a garantia de um patamar mínimo de renda, o qual permita ao cidadão e sua família uma vida digna no infortúnio. Isto é, vai-se buscar evidenciar a relevância desse direito fundamental como instrumento de inclusão social e econômica, muitas vezes, de absoluta pobreza e miséria de grande parte da população brasileira.¹

Num país extremamente desigual (entenda-se aqui desigualdade na distribuição da renda *per capita* e não da falta de recursos) como o nosso, a concretização desse direito funciona como uma espécie de renda mínima², em muitos municípios carentes brasileiros.

Prosseguindo, far-se-á um cotejo da previdência social à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios que lhe alicerceiam e lhe dão sustentáculo, com enfoque principal no princípio da solidariedade, fundamento e razão de ser da previdência social pública e da vida em sociedade.

Abordar-se-á a questão do direito fundamental à previdência social no pólo do indivíduo, do Estado e da sociedade, ou seja, como direito fundamental do indivíduo, como política pública a ser realizada pelos entes públicos e como dever da sociedade

¹ De acordo com informações divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com base nos dados da Pesquisa Nacional Domiciliar (PNAD) de 2004, 72 milhões de brasileiros não têm alimentação suficiente, pois estão em situação de insegurança alimentar, ou seja, dois em cada cinco brasileiros não têm garantia de acesso à alimentação em quantidade, qualidade e regularidade suficiente. Segundo o estudo, os moradores das regiões Norte e Nordeste são os que mais sofrem restrições na alimentação. A gravidade do problema se mostrou mais acentuada quando constatou que 14 milhões de brasileiros convivem com a fome e quase 40% da população não sabem se terão dinheiro para repor a comida que têm. (BRENDLER, Adriana. IBGE: **72 milhões não tem alimentação suficiente**) Disponível em: http://www.cidadania.org.br/conteudo.asp?conteudo_id=57968secao_id=98. Acesso em 07/ 2006.

² Renda mínima no sentido de que o pagamento de benefícios previdenciários em boa parte dos municípios brasileiros, especialmente nas regiões mais carentes como o Norte e Nordeste, têm efeito distributivo de renda, ou seja, é de vital importância para a economia de pequenos municípios do interior do país.

em amparar os necessitados e colaborar com o desenvolvimento integral de todos de forma solidária.

A seguir, será analisada a natureza principiológica desse direito fundamental e quais as implicações dessa caracterização e os seus efeitos no mundo jurídico e dos fatos.

Para tanto, será utilizado os ensinamentos de Canotilho no direito comparado e de Bonavides e Barcellos, dentre outros, no direito pátrio, que por sua vez se ancoram na teoria dos princípios de Alexy.

A pesquisa, tendo por base o magistério de Barcellos, partirá do pressuposto de que a Constituição é norma jurídica suprema e tudo o que está nela obriga, isto é, vincula a todos, Estado e sociedade. Aqui reside o fundamento da normatividade dos princípios e a vinculação dos poderes públicos a esse complexo de normas constitucionais

No momento seguinte, será abordado o liame da previdência social com o mínimo existencial. A ênfase aqui vai para o escopo da previdência social e sua imbricação com as prestações materiais que compõem o mínimo existencial. De outra maneira, enforcar-se-á a relação de conexidade entre o tripé: mínimo existencial, o direito fundamental à previdência social e o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, a essência da pesquisa está em buscar demonstrar que o direito fundamental à previdência social deve compor o mínimo existencial.

A íntima vinculação da previdência social pública com princípio da dignidade da pessoa humana é um dos pontos centrais do tema ora tratado, pois, a dignidade é a meta constante da previdência social, do Estado e da sociedade. O Estado Democrático de Direito (e Social) está mergulhado numa proposta de valorização da vida em todas as suas vertentes. Tem como fundamento e objetivos precípuos possibilitar uma existência digna aos seus cidadãos, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais regionais, e promover o bem estar de todos.

Pretende-se demonstrar na pesquisa que a previdência social pública realiza concretamente essa proposta constitucional, eis que desenvolve efetivamente o

exercício da solidariedade entre os homens, como também colabora, consideravelmente, para a redução dos níveis de pobreza, ao substituir a renda dos cidadãos a ela vinculados.

No que pertine a previdência social como direito, inicialmente, vai-se destacar a previdência social como espécie do gênero Seguridade Social e principal instrumento de realização desse sistema, por meio do qual o Estado brasileiro busca realizar os seus fins.

Outro destaque a ser desenvolvido no trabalho, diz respeito a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais, singularmente, dos prestacionais, e entre eles o direito fundamental à previdência social. A matéria não é unânime na doutrina, como se verá mais à frente. Entretanto, aspira-se ressaltar que esta assertiva não prospera na doutrina majoritária brasileira.

Em seguida, será enfocada a densidade normativa do complexo de normas previdenciárias, buscando revelar a sua carga eficaz. De outro modo, a norma consagradora do direito fundamental à previdência social outorga, por si só, ao titular do direito subjetivo, exigir em juízo a prestação previdenciária? O direito fundamental à previdência social goza da garantia de clausula pétrea?

Na seqüência, será argüida a natureza subjetiva patrimonial do direito previdenciário e a sua disponibilidade pelo titular, o que não é pacífico na literatura. A pergunta que se faz é se o direito previdenciário, classificado pela doutrina previdenciarista, como um direito público subjetivo patrimonial, seria um direito disponível, isto é, até que ponto permite a disponibilidade por parte do seu titular ou beneficiário.

Para fundamentar os temas acima tratados, adotar-se-á a teoria dos direitos fundamentais de Sarlet que também, se espelha na doutrina de Alexy e de Canotilho.

A reserva do possível, sem dúvida, é um dos temas de mais tensão do estudo, pois, de modo geral, é flagrante o desrespeito e a negligência pelos Poderes Públicos aos direitos sociais, sob a alegação de escassez econômica, particularmente, no âmbito previdenciário. Mas qual a relação do direito fundamental à previdência social com a reserva do possível? Constitui ela um obstáculo efetivo a concretização do direito

fundamental à previdência social como direito fundamental? O que pensa a doutrina? Como está decidindo os nossos tribunais? Qual a legitimidade do juiz para controlar as ações estatais em matéria de políticas públicas?

Por fim, será enfocada a eficácia jurídica e social dos direitos previdenciários. A ênfase aqui será na efetividade dos direitos fundamentais sociais, especialmente, o direito fundamental à previdência social. Ademais, buscar-se-á analisar, qual a eficácia social desse direito, isto é, qual a realização concreta do direito (previdenciário) no mundo dos fatos.

Considerando o escopo protetivo da previdência social e, tendo em vista, ser a expressão mais autêntica do princípio da solidariedade e da dignidade humana, indaga-se: a previdência social está cumprindo satisfatoriamente o seu papel? Está desempenhando concretamente a sua função social? Em que medida os efeitos práticos desejados pela norma de segurança, proteção social, transformação da realidade fática e inclusão social se materializam diante dos inúmeros obstáculos criados pelo Estado sob alegação de custeio?

Consoante aos argumentos expostos e, tendo em vista, a importância desse direito como técnica de proteção social e como instrumento de inclusão social e transformação da realidade, nos cabe estudá-lo à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, e desvendar os principais obstáculos que dificultam a sua concretização como direito fundamental e, conseqüentemente, mitigam a sua eficácia social.

1 A PREVIDÊNCIA NA ORDEM DOS PRINCÍPIOS

1.1 OS PRINCÍPIOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL

O ponto principal por qual passaram os princípios está na sua normatividade (reconhecida pela doutrina e jurisprudência). De função supletiva ou subsidiária para as Constituições convertem-se em fundamento de toda ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. Normas supremas do ordenamento, a norma das normas.³

O fundamento dessa normatividade está na compreensão da Constituição, como lei fundamental, isto é, como norma jurídica de superioridade hierárquica sobre todo o sistema. Dessa forma, tudo o que nela se contém desfruta dessa natureza. Soma-se a isso a natureza do princípio, eis que o princípio constitucional, veicula não só uma decisão do constituinte originário, como também os valores e ideais de uma sociedade.

De outra maneira, os princípios constitucionais são qualitativamente “a vigamestra do sistema”, o seu alicerce, enfim são o que legitima toda ordem constitucional.

Para Canotilho os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: os princípios político constitucionalmente conformadores e os princípios jurídicos gerais constitucionais.⁴

Os princípios político constitucionalmente conformadores são princípios fundamentais positivados que traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição.⁵

Ressalta o referido autor, que nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e reflete a ideologia inspiradora da Constituição. São os princípios definidores da forma de Estado, os princípios definidores da estrutura do Estado, os princípios estruturantes do regime político, princípios caracterizadores da forma de

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 289.

⁴ CANOTILHO, **Direito Constitucional**. 7.ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1165.

⁵ *Ibid.*, p. 1.166.

governo e da organização política em geral. Estão elencados nos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição Federal de 1988.⁶

Já, os princípios jurídicos gerais constitucionais informam toda a ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, constituem desdobramento dos fundamentais como o princípio da supremacia da Constituição, da legalidade, da isonomia, o da proteção da família, e os chamados princípios garantia que figuram nos incs. XXXVIII a LX do art. 5º. poderes públicos.⁷

Para Bonavides, os princípios constitucionais estão hoje a ocupar o lugar dos antigos princípios gerais do Direito. Entende o autor, que houve uma unificação dos princípios gerais do direito em torno dos princípios constitucionais, ou seja, a constitucionalização dos princípios.⁸

Contrariamente, Carmen Lucia A. Rocha, citada por Rothenburg, entende que os princípios Constitucionais não são os princípios gerais do direito, mas princípios fundamentais do Estado de Direito.⁹

Seja qual for à classificação adotada, a importância dos princípios constitucionais não está na forma, mas sim na ordem substância de valores que lhe legitimam, ou seja, os princípios constitucionais são valiosos pelo seu conteúdo material, pelo que representa materialmente na sociedade.

⁶ *Id.*

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 93.

⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 290-291

⁹ ROCHA, Carmen Lucia A. *Apud*: ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 15.

1.2 A IMPORTÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Apesar das inúmeras classificações tradicionais das normas jurídicas constitucionais quanto a sua natureza, estrutura e função, prevalece atualmente na doutrina, a distinção, quanto a sua estrutura, em duas categorias: princípios e regras.

A principal importância dessa classificação das normas jurídicas em regras e princípios está em afirmar a normatividade entre duas espécies de normas e simultaneamente propiciar maior efetividade possível a estas quando da sua interpretação no caso concreto.

A diferenciação estrutural que há entre a natureza dessas normas é determinante para a compreensão dos seus efeitos, singularmente a posição que investe o particular.¹⁰

Este processo é descrito por Barcellos da seguinte maneira:

Há que se visualizar nos princípios uma área nuclear e uma área não nuclear, como dois círculos concêntricos. O círculo interior corresponderá a um núcleo de efeitos mínimos que se tornam determinados na medida que em que decorrem de forma consensual do sentido elementar do princípio. O espaço intermediário entre o círculo interno e o externo (a coroa circular) será o espaço de expansão do princípio reservado à deliberação democrática; esta é que definirá o sentido, dentre os vários possíveis em uma sociedade pluralista, a ser atribuído ao princípio a partir de seu núcleo.¹¹

Em outras palavras, e na esteira de Alexy, o núcleo básico do princípio tem natureza de regra, é inviolável, haja vista que é fruto do consenso público e da vontade do constituinte originário. Assim, na falta desse conteúdo consensual mínimo infere-se que o princípio fora violado, e não há o que se ponderar. Para além desse núcleo, a

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 45.

¹¹ BARCELLOS, Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: v. 240, p. 94.

norma mantém a sua natureza de princípio, estabelecendo fins indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos.¹²

Distinguir um princípio de uma regra é uma tarefa complexa. Este é um pressuposto para todos os autores que trabalham com princípios e regras. A doutrina pátria apresenta vários critérios com bases nas distinções efetuadas por Alexy, Dworkin e Canotilho.

O ponto determinante da teoria de Alexy está em afirmar que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não somente de grau e que toda norma é regra ou princípio. Acentua que os princípios constituem mandamentos de otimização, cuja principal característica das normas de otimização consistem em poderem ser cumpridas em distinto grau, levando-se em conta as possibilidades fáticas (realidade) e jurídicas (regras e princípios contrapostos) do caso.¹³ Os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, mas não como imposição definitiva¹⁴.

Por outro lado, as regras, segundo o doutrinador alemão, não possibilitam esta abertura, pois são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, ou seja, operam-se quando em conflito com as demais regras na dimensão da validade, ou uma norma vale ou não vale.¹⁵ De acordo com esse critério de distinção, denomina as regras de *comandos de definição* (atribuem direitos definitivos aos particulares) e os princípios de *comando de otimização* (atribuem direitos *prima facie* aos particulares)¹⁶.

Uma colisão de princípios, diferentemente, opera na dimensão de peso, o que implica dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos em concretos, e que o princípio de maior peso (relevância) é o que prepondera. Assim, conclui o autor, que em determinadas circunstâncias um princípio cede ao outro, sem, contudo ser declarado nulo ou que uma cláusula de exceção nele se introduza, eis que em situações distintas, a questão da prevalência se pode resolver de forma contrária.¹⁷

¹² BARCELLOS, **A Eficácia...**, p.193-194.

¹³ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 278-279.

¹⁴ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵ *Ibid.*, p. 278.

¹⁶ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 51.

¹⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 280.

Afirmar que os princípios têm normatividade, implica, em tese, em impor os seus efeitos coativamente, como ocorre com as regras. Entretanto, este não é o paradigma dos princípios, que pelas suas peculiaridades exigem critérios diferentes, não só para identificá-los no ordenamento jurídico, como também para que produza os efeitos compatíveis com a sua função.

Neste contexto, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

Canotilho, na esteira de Alexy, faz uma distinção qualitativa dos princípios com base nos seguintes aspectos:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos jurídicos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *aplicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de *otimização* permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre os princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).¹⁸

À vista da teoria exposta indaga-se: O direito fundamental à previdência social configura-se como uma norma-regra ou como uma norma-princípio?

Retomar-se-á brevemente ao conceito de regra para melhor pontuar a questão. Conforme já explicitado, as regras não comportam sopesamento, ou ponderação

¹⁸ CANOTILHO, *op. cit.*, p.161-1162.

quando em conflito, ou valem integralmente e são aplicadas diretamente ao caso concreto ou são excluídas por inteiro.

Dessa forma, se o direito ora tratado fosse considerado como regra teria a sua eficácia comprometida, pois não sendo possível cumpri-lo integralmente a sua eficácia se reduziria a zero. Certamente, esta não é a intenção da norma, até porque violaria o seu escopo e sua finalidade social de assegurar a vida digna no infortúnio.

Entretanto, se fizer uma leitura principiológica dessa norma (o direito fundamental à previdência social), submetendo à ponderação com princípios contrapostos e com os elementos fáticos e jurídicos do caso concreto, permitirá que a norma não tenha a sua eficácia negada de pronto, possibilitando a maior efetividade possível e cumprindo a sua função social.

Assim sendo, à luz da teoria dos princípios ora declinada e das considerações efetuadas, resta evidente a dimensão principiológica desse direito.

De outra maneira, afirmar o caráter principiológico desse direito, implica em dar maior normatividade e efetividade a esse complexo de posições jurídicas, possibilitando uma maior concreção ao escopo social da norma, assegurando a sua força normativa e promovendo, de fato, as condições necessárias a uma existência digna.

Como visto, reconhecida a natureza principiológica desse direito fundamental deve-se interpretá-lo no sentido de maximizar a sua eficácia, visando concretizar na maior medida possível o seu escopo social (dentro do que é factível). Não desprezando a reserva do possível, mas harmonizando econômico e social e a partir daí extrair o direito definitivo que vai regular o caso concreto.

1.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO NORMA-PRINCÍPIO.

É fato, que o direito ora tratado tem feição de política pública¹⁹. Entretanto, o fato da Previdência Social ser considerada como uma espécie de política pública, não descaracteriza a natureza principiológica do direito fundamental à previdência social.

O fato desse direito ser compreendido como norma-princípio não só amplia a sua força vinculante, como também lhe credita a máxima efetivação pelo Poder Público (dentro das possibilidades fáticas e jurídicas).

Tem-se que, a natureza principiológica dessa norma impõe aos entes Públicos uma espécie de mandado de otimização na esteira de Alexy. Vincula os entes estatais a dar maior concretização possível ao escopo social da norma, no sentido de não só criar um aparato material para que esta norma-princípio possa se concretizar em maior grau possível, mas também, remover as barreiras que impeçam a sua concretização.

É exatamente nesse contexto principiológico que se propõe pensar a previdência social - à luz dos valores e princípios fundantes da República.

Não se pode pensar esse direito dissociado dos seus princípios basilares e dos objetivos e fundamentos da Carta Constitucional. Ele está inserido nessa proposta constitucional, assim como os demais direitos fundamentais, qual seja, de construção de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária, que possibilite o pleno desenvolvimento da personalidade, o exercício da cidadania e a redução das desigualdades sociais.

Assim sendo, os princípios constitucionais próprios do sistema previdenciário, em razão do seu conteúdo específico, contemplam no seu núcleo uma concepção solidária

¹⁹ Na medida que a sua realização está subordinada, em tese, a intervenção estatal, ou seja, a sua concretização depende de organização de políticas públicas, isto é, reclama planejamento organizacional, capacidade técnica e econômica.

Comparato define política pública como programa de ação governamental no sentido de alcançar um objetivo determinado. Uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. Cfr. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio Sobre o Juízo de constitucionalidade de Políticas Públicas. **Revista dos Tribunais**. Ano 86 v. 737, p.17-18, março de 1997. O autor se baseia na doutrina de Dworkin.

de justiça distributiva (obrigações, sacrifícios, vantagens e proteção concedida pelo sistema à comunidade).²⁰

Em suma, os princípios constitucionais da previdência social por portarem uma carga valorativa aberta traduzem seus elementos essenciais (objeto, campo de aplicação, contingências cobertas, regime financeiro e valor da prestação) e propiciam a unidade a todo o Direito Previdenciário.²¹

1.4 OS PRINCÍPIOS BASILARES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Inicialmente, cumpre salientar que não é objetivo desse estudo fazer uma análise profunda dos princípios que regem a seguridade social e a previdência social, pois a matéria é por demais extensa e justificadora, por si só, de uma pesquisa específica.

Dessa forma, far-se-á neste tópico uma breve análise dos princípios basilares (os mais relevantes para esta pesquisa) da previdência social, com o objetivo de levar o leitor a uma melhor compreensão do tema da pesquisa monográfica.

Todo sistema tem um conjunto de princípios que lhe alicerceiam e lhe dão os fundamentos. São eles os arcabouços axiológicos do sistema, ou seja, representam a idéia de valor, de equidade, de justiça e de Direito. Daí porque, para entender a razão de ser da previdência social faz-se mister um breve estudo dos princípios que lhe dão sustentáculo e lhe legitimam.

Lembrando que, na esteira de Alexy, os princípios não constituem um modelo definitivo. Ordenam ao interprete maximizar a eficácia do direito em questão da melhor forma possível, levando-se em conta a realidade social, as circunstâncias fáticas que cercam o caso concreto e as regras e princípios contrapostos. Portanto, como bem enfatiza Rocha, a sua ponderação para resolução dos dilemas previdenciários revela-se

²⁰ ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.126-127.

²¹ *Ibid.*, p. 126-127.

apta a lançar um pouco mais de luz sobre os caminhos possíveis de serem escolhidos²².

Portanto, a técnica da ponderação de princípios para resolução das questões previdenciárias assegura, de fato, maior efetividade ao escopo protetivo da norma e possibilita ao operador jurídico um leque mais amplo de caminhos a serem escolhidos na decisão do caso concreto.

1.4.1 SOLIDARIEDADE

O princípio da solidariedade rege a previdência social e a vida em sociedade. Está consignado na Constituição como um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito (e social)²³, e informa toda a Ordem Jurídica.

Assim pensa o civilista Fachin, citando Carlos Fernàndes Sessarego,

“a pessoa deve ser lida pelo direito em sua dimensão coexistencial, ressaltando o valor da solidariedade como bem jurídico a ser preservado pelo direito. A pessoa deve ser aprendida na sua inserção social numa relação de interdependência com as demais pessoas, a qual possibilite não só o seu pleno desenvolvimento individual, mas também o desenvolvimento integral dos demais membros da sociedade de forma solidária.”

Aqui reside o valor máximo da solidariedade, pois a pessoa tem o dever de colaborar com o bem do qual também participa. Conclui Fachin, que a valorização da solidariedade possibilitou a socialização do Direito²⁴.

A conjuntura social e econômica vivenciada no pós-guerra levou um contingente muito grande de pessoas a miserabilidade e a uma vida indigna. Assim, era preciso

²² ROCHA, *op. cit.*, p. 219.

²³ Art. 3º da CF/88 – “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

²⁴ FACHIN, Luis Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 49-50.

inverter a concepção atual de que dar a cada um o que é seu bastava para realização da justiça e da felicidade, tornou-se necessário ir muito além desse velho jargão, ou seja, fez imperativo dar a cada um o que não é seu, mas na verdade lhe é devido pela simples condição humana. Esta é a essência da solidariedade.

O compromisso com a solidariedade vai ao encontro dos fundamentos e objetivos da República, qual sejam, a promoção da pessoa e da sua dignidade, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais conquistados, a segurança, o bem-estar, a igualdade (substancial), e a justiça social, possibilitando, dessa forma, a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, e fraterna e a redução da pobreza e das desigualdades sociais e regionais.

Como já dito alhures, a solidariedade constitui o fundamento e a razão de ser da seguridade social e da previdência social, como também de todos os direitos sociais. Em outras palavras, estimula a articulação do estado e sociedade em prol das necessidades sociais mais prementes, eis que sozinho o Estado se mostra incapaz de exaurir tamanha demanda social. De outro modo, a previdência social não pode prescindir do princípio da solidariedade²⁵. O princípio da solidariedade instrumentaliza os ideais Republicanos, de forma a compatibilizá-los com os anseios sociais.

A solidariedade no âmbito da previdência social legitima-se na idéia de que os indivíduos não têm só direitos na comunidade em que vivem, têm também deveres. Essa obrigação social não é apenas ética, mas jurídica, eis que abarcada pelo ordenamento jurídico. Assim, em sentido lato, os “trabalhadores” de hoje contribuem para sobrevivência daqueles que estão impedidos de trabalhar.

A temática é ilustrada por Martinez da seguinte maneira:

a solidariedade social é expressão do reconhecimento das desigualdades existentes no estrato da sociedade e deslocamento físico, espontâneo ou forçado pela norma jurídica, de rendas ou riquezas criadas pela totalidade, de uma para outra parcela de indivíduos previdenciariamente

²⁵ Art. 195 da CF/88 – “A seguridade social será financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes de orçamento da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios e das seguintes contribuições sociais:

definidos. Alguns cidadãos são identificados como aportadores e receptores, a uns subtraindo-se o seu patrimônio e a outros, acrescentando-se, até atingir-se a consecução do equilíbrio social.²⁶

Como se vê, a idéia básica é a seguinte: Os contribuintes de hoje, poderão ser os beneficiários carentes de amanhã. Daí a doutrina falar em solidariedade de gerações.

A solidariedade social consiste na contribuição da maioria em benefício da minoria. De regra, a parte maior dessa clientela contribui em favor da parte menor, a qual está usufruindo os benefícios. Excepcionalmente, quem nunca contribuiu será beneficiado e outros, sempre contribuintes, nunca o serão.²⁷

Sob a ótica de custeio, o princípio da solidariedade transforma-se no princípio da compensação nacional do custo do sistema. Este princípio consiste na aplicação subsidiária do princípio tributário da capacidade contributiva, no qual aqueles que ganham mais contribuem com mais visando equilibrar o sistema em face dos contribuintes com menor capacidade contributiva. A criação de alíquotas progressivas de contribuição previdenciária em relação aos segurados fundamenta-se no princípio da solidariedade.²⁸

É fato, que o egoísmo humano e o individualismo são da essência do homem. Daí a razão de ser da compulsoriedade da contribuição, como regra lógica. Dessa forma é democraticamente imposta a todos.

1.4.2 UNIVERSALIDADE

O motor do princípio da universalidade é a idéia de inclusão social. A proteção deve abranger todas as pessoas residentes no país, sem distinções. Todos os cidadãos

²⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes, **Princípios de Direito Constitucional**. 4.ed.São São Paulo: LTr, 2001, p. 90.

²⁷ *Ibid.*, p 74.

²⁸ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 57.

têm direitos, sem discriminações. Entretanto, a proteção no seguro social é limitada aos que recolherem para o sistema previdenciário. Já a proteção na seguridade social é praticamente ilimitada, universal, eis que seu objeto é tutelar toda a sociedade, inclusive aquelas pessoas que não contribuem, as quais estariam à margem do regime previdenciário. Aqui todos são assistidos, brasileiros ou estrangeiros, bastando à necessidade para deflagrar a prestação²⁹.

A universalidade do seguro social é uma universalidade mitigada, eis que só estão abrigados por esse direito àqueles que recolherem para o sistema previdenciário, até porque esta é a lógica do sistema para que seja viável.³⁰

Com efeito, a universalidade da população economicamente ativa está cada vez mais distante de se realizar. O desemprego estrutural, a economia globalizada, a terceirização, as novas relações de trabalho, são fatores que empurram para a informalidade e ilegalidade. Assim, não contribuindo estão ao desabrigo de direitos previdenciários.

Este princípio apresenta uma faceta subjetiva (horizontal) e objetiva (vertical). A primeira consiste na possibilidade de todos os integrantes da sociedade brasileira, atendidos os requisitos legais, filiarem-se ao sistema previdenciário. Neste aspecto, desenvolve o princípio da isonomia no âmbito previdenciário. Corresponde à universalidade de atendimento. No aspecto objetivo estariam as contingências a serem atendidas pelo sistema. As prestações previdenciárias devem abranger o maior número possível de situações geradoras de necessidades sociais, dentro da realidade econômica-financeira do Estado.³¹

A exclusão social é uma das formas de indignidade. A Constituição determina que todos os indivíduos têm direito a um mínimo de segurança social. Entretanto, só estão amparados pela proteção àqueles que recolhem ao sistema na forma da lei. Sem

²⁹ MARTINEZ, *op. cit.*, p.104.

³⁰ ROCHA, *op. cit.*, p. 139-140. Na mesma linha Horvath Junior: "O princípio da universalidade no sistema previdenciário é instrumentalizado de forma mitigada, uma vez que a própria Constituição estabelece no art. 201, os eventos que terão cobertura previdenciária, bem como o caráter contributivo da previdência social" (HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 4. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 60)

³¹ HORVATH JÚNIOR, *op. cit.*, p. 61.

dúvida, não há como negar que não obstante o princípio da universalidade ter em sua base a idéia de inclusão social, na práxis acaba excluindo do amparo social àqueles que estão na ilegalidade.

1.4.3 OBRIGATORIEDADE - FILIAÇÃO

O princípio da obrigatoriedade-filiação implica na vinculação com o regime previdenciário, no momento que a atividade econômica-laboral passa a ser desempenhada (atividade de vinculação obrigatório), prescindindo-se da vontade do cidadão. Dá-se aqui a automaticidade da filiação e, conseqüentemente, o dever de contribuir instaurado pela lei.³² Uma vez que tal fato ocorra, o vínculo jurídico se concretiza.

O princípio da obrigatoriedade da filiação é bem evidenciado por Horvath Júnior:

Fundamenta-se na necessidade do cálculo atuarial e do caráter cogente da relação jurídica previdenciária. A obrigatoriedade é essencial para caracterização do seguro social, que é custeado por contribuições dos trabalhadores, empregadores e Estado (fórmula tripartite de custeio). A obrigatoriedade de filiação decorre da natureza do seguro social, como forma de garantir a todos, a proteção social no momento da ocorrência dos eventos geradores da necessidade sociais.³³

A obrigatoriedade é condição para a solidariedade se efetivar, eis que esta não é espontânea. A sustentação de um sistema financeiro dessa natureza, fundado na solidariedade, impõe logicamente a compulsoriedade. De outra maneira, no bojo da obrigatoriedade, constata-se o princípio técnico da automaticidade da filiação e, conseqüentemente, da contribuição

³² ROCHA, *op. cit.*, p. 154-155.

³³ HORVATH JÚNIOR, *op. cit.*, p. 53.

Não se pode falar em previdência social se cada trabalhador puder, a seu livre arbítrio, escolher se vai ou não contribuir para o fundo, pois estaria, mais uma vez, quebrado o ideal de solidariedade social.³⁴

O fundamento desse princípio está em que o trabalhador nem sempre está em condições de destinar, voluntariamente, uma parcela de seus rendimentos para uma poupança. Via de regra o trabalhador utiliza todos seus ganhos com sua subsistência e de seus dependentes, não havendo excedentes que possam ser economizados.

De outra banda, pode ocorrer também, o que a doutrina chama de “miopia social”, caracterizada pela ausência de prevenção acerca de suas necessidades econômicas futuras. Assim, o sistema previdenciário estabelece o caráter compulsório à filiação, a fim de que se evite o efeito danoso da imprevidência do trabalhador.

1.4.4 EQUILIBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL

Os princípios do equilíbrio financeiro e atuarial estão materializados no art. 201³⁵, caput Constituição Federal de 1988 e introduzidos a partir da Emenda Constitucional nº 20/98. Significa que a previdência social deverá, na execução da política previdenciária, atentar sempre para a relação entre custeio e pagamento de benefícios, a fim de manter o sistema em condições superavitárias, e observar as oscilações da média etária da população, bem como sua expectativa de vida, para a adequação dos benefícios a esta variáveis.³⁶

Com base nesse princípio, o regime foi modificado em 1.999 (Lei nº 9.876) para incluir, no cálculo de benefícios de aposentadoria por idade e tempo de contribuição, o

³⁴ LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito Previdenciário**. 4.ed.rev. e atual. São Paulo: LTr, 2003, p. 37-38.

³⁵ Art. 201 da CF/88- “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial....”

³⁶ *Ibid.*, p. 88.

denominado “fator previdenciário³⁷” que leva em conta o tempo de contribuição do trabalhador, a sua idade e sua expectativa de vida na data da aposentadoria.

O princípio é composto por duas facetas: O equilíbrio fiscal, num sistema de repartição simples, ocorre quando o total de benefícios que estiverem sendo pagos não ultrapasse as receitas das contribuições vertidas em um determinado período; o equilíbrio atuarial está relacionado com a suficiência das contribuições do indivíduo para viabilizar o pagamento dos seus próprios benefícios. Por isso, os aportes de um segurado em um ano contribuem para o equilíbrio fiscal desse ano, não sendo considerada a suficiência das suas contribuições no passado para o financiamento do benefício atual.³⁸

A questão do equilíbrio do sistema de custeio está relacionada intrinsecamente com a forma de organização do financiamento, podendo assumir quatro formas principais: repartição simples³⁹ (Brasil), capitalização, misto, ou capitalização escritural⁴⁰.

³⁷ A Lei 9.876 de 26 de novembro de 1999 introduziu uma nova fórmula de cálculo a aposentadoria por tempo de contribuição (de forma compulsória) e aposentadoria por idade (de forma facultativa). Este fator será multiplicado à média (aritmética simples) dos maiores valores de todos os salários de contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde julho de 1994, extinguindo assim a sistemática atual que é a média dos salários nos últimos 36 meses, corrigidos mês a mês. Por esse método, dois outros elementos de cálculo são introduzidos, além do tempo de contribuição, idade real do segurado e expectativa de sobrevivência (IBGE). A desconstitucionalização da regra de cálculo dos benefícios previdenciários, vem regulamentar o art. 201 da Constituição Federal (emendado pela EC 20/98) que prevê ao sistema previdenciário a observação de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. O texto emendado delegou ao legislador ordinário a regulamentação da nova fórmula de cálculo dos benefícios previdenciários. (HORVATH JÚNIOR, *op. cit.*, p. 148)

³⁸ ROCHA, *op. cit.*, p. 157.

³⁹ Sem nenhuma pretensão de adentrar na complexa análise de cada um desses regimes, pois foge ao objetivo desse trabalho, far-se-á uma breve análise – para melhor situar o leitor - do modelo de repartição simples, haja vista ser o regime adotado no Brasil e alguns aportes no modelo de capitalização e capitalização escritural, uma vez que este sistema serviu de inspiração, no Brasil, para a introdução na aposentadoria por tempo de contribuição e por idade do fator previdenciário.

O Brasil adota o sistema de repartição como modelo básico do Regime Geral de Previdência Social-RGPS (obrigatório), também denominado de regime de caixa, e o sistema de capitalização no regime de previdência complementar (facultativo), mediante o sistema de capitalização.

O sistema de repartição simples é gerenciado pelo governo, pelo repasse do valor das contribuições, incidentes sobre a remuneração dos atuais trabalhadores e contribuição exigida das empresas para o adimplemento dos benefícios dos aposentados no mesmo período (ROCHA, *op. cit.* p. 159). No sistema de repartição, as contribuições sociais vertem para um fundo único, do qual saem os recursos para a concessão de benefícios a qualquer beneficiário que atenda aos requisitos previstos na norma previdenciária. A participação do segurado continua sendo importante, mas a ausência de

Apesar do princípio ser de vital importância para o equilíbrio financeiro do sistema previdenciário, não é compreensível e aceitável extinguir e restringir direitos fundamentais e garantias constitucionais do segurado da previdência social, sob o argumento de deficiência orçamentária, eis que direito não é custo. Em matéria de seguro social em que o interesse público é a proteção social e a satisfação às necessidades do indivíduo, há que se guardar uma harmonia entre custeio e benefício.

contribuição em determinado patamar não lhe retira o direito a benefícios e serviços, salvo na hipótese em que se lhe exige alguma carência. Em outras palavras, não existe correlação entre contribuições e benefícios. O fundamento para isso está em que este modelo repousa no ideal de solidariedade, no pacto entre gerações (LAZZARI, *op. cit.*, p. 43.). Como bem nos mostra COIMBRA, citando G. Pereira Leite, não há na relação jurídica previdenciária traço de sinalagma entre o pagamento das contribuições e as prestações, ou seja, o direito às prestações não é diretamente decorrente das efetivas contribuições, em uma relação de interdependência. Assevera que a contribuição não é fator do direito à prestação, somente quando exigida por lei (COIMBRA, J. R. Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980, p. 68). Daí porque, COIMBRA alertar para os diferentes significados que a palavra segurado tem no campo do direito previdenciário e nas fronteiras do direito civil. Segurado é, pois, o cidadão que a lei indica. A lei ao definir que pessoas estão vinculadas à determinada instituição previdenciária, rotula-os de segurados e dependentes, englobando sob o título de beneficiários. Por fim, conclui o autor que, o que define, propriamente, o segurado, não é o fato de que tenha recolhido as contribuições, mas a situação declarada na lei como lhe deferindo esse status (*Ibid.*, p.67, 69)

Já o modelo de capitalização, associado à idéia de popança individual, trata-se de assegurar, mediante cotização prévia e individualizada de cada segurado, a constituição de reservas para o dos benefícios que serão mantidos em período posterior. Assim, o segurado receberá o montante que contribuiu, acrescido dos rendimentos do capital. O Chile adotou um sistema de capitalização de contas individuais. A capitalização seria apta a reunir os capitais disponíveis para viabilizar o desenvolvimento econômico (ROCHA, *op. cit.*, p. 159). É o modelo adotado nos planos individuais de previdência privada, bem como nos fundos de pensões. A participação do Estado é mínima. A contribuição do segurado, potencial beneficiário, é de fundamental importância, pois deverá cumprir o número de cotas (cotização) ou o valor estabelecido durante certo lapso de tempo para que se tenha direito a benefícios. Neste regime a equivalência entre benefícios e contribuições é automática (LAZZARI, *op. cit.*, 43).

Na capitalização escritural, a equivalência entre contribuições e benefícios está assegurada e existem mecanismos que garantem o ajuste do sistema ao risco demográfico. Foi desenvolvido pela Suécia e adotado também pela Itália (HORVATH JÚNIOR, *op. cit.*, p. 149).

No Brasil a opção de passagem para o regime de capitalização, mesmo que parcial, foi considerada inviável, principalmente devido às restrições fiscais e ao enorme custo de transição referente ao financiamento dos benefícios em manutenção e ao reconhecimento de contribuições passadas (*Id.*). Entretanto, o Brasil, baseando-se na experiência da capitalização escritural, introduziu o fator previdenciário que foi denominado pelos técnicos como “capitalização virtual”, já que permite o atrelamento dos valores trazidos ao sistema pelos segurados aos valores dos benefícios, sem a necessidade imediata da troca do regime de repartição (*Id.*) Em razão do número elevado de reformas na previdência social, e da introdução do fator previdenciário no cálculo de alguns benefícios, parte da doutrina prevê, num futuro não muito distante a substituição do sistema de repartição pela capitalização. (OLIVEIRA, Eliane Domingues da Silva. *Previdência social como direito fundamental do trabalhador. In: Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais*. Roland Hasson (org.). Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 161)

⁴⁰ Para informação mais completa acerca da questão cfr. ROCHA, *op. cit.*, p. 157-162.

1.4.5 IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DO BENEFÍCIO

O princípio da irredutibilidade do valor do benefício significa que os benefícios não podem ser onerados e devem manter o poder aquisitivo do valor original.

Na maior parte das vezes os beneficiários do sistema previdenciário, não possuem outra fonte de renda a não ser a prestação que recebem da previdência social. Assim, tendo em vista o aumento do custo de vida e os efeitos corrosivos da inflação, é preciso um mecanismo eficiente que assegure o poder aquisitivo do valor original das prestações, por meio de revisões periódicas, com reajustes que superem o índice inflacionário, e não apenas reponha a inflação do período. Pois, se assim não for, ao longo dos anos verá um achatamento do seu benefício e uma redução drástica no seu poder de compra e na sua qualidade de vida.

Alerta Matinez, que não tem sentido proceder a reajustes periódicos, somando-se a inflação do período e nada repondo⁴¹.

A função principal do reajustamento das prestações pecuniárias é a manutenção do poder aquisitivo da prestação previdenciária, de modo que o poder aquisitivo da prestação previdenciária seja preservado, promovendo a efetividade do seu caráter substitutivo da remuneração que era auferida, de forma a permitir a continuidade dos meios de sobrevivência.

Entretanto, a majoração real do valor só seria possível com o verdadeiro aumento.⁴² Os critérios materiais de reajustamento devem ser definidos claramente em

⁴¹ MARTINEZ, *op. cit.*, p.175. Artigos que regem a matéria:

Art. 201 CF./88 – *omissis*

§4º – “É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.”

Art. 41 da Lei 8.213/91 – “Os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados a partir de 2004, na mesma data de reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou de seu último reajustamento, com base em percentual definido em regulamento, observados os seguintes critérios:

I- preservação do valor real do benefício;

III- atualização anual;

IV- a variação de preços e produtos necessários relevantes para a aferição da manutenção do valor de compra dos benefícios.”

§ 9º- “Quando da apuração para fixação do percentual do reajuste do benefício, poderão ser utilizados índices que representem a variação de que trata o inciso IV deste artigo, divulgados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou de instituição congênera de reconhecida notoriedade, na forma do regulamento.”

lei, não sendo aceitável que possam ser fixados *a posteriori*, inclusive empregando-se o menor índice encontrado pelo Poder Público.⁴³

1.4.6 PROTEÇÃO CONTRA OS RISCOS SOCIAIS

O princípio da proteção contra os riscos sociais destina-se a amparar o beneficiário nos momentos de necessidade social mais premente, resguardando os trabalhadores e seus dependentes contra os efeitos maléficos da materialização dos riscos sociais⁴⁴.

O referido princípio está imbricado com a razão de ser do Estado, qual seja, possibilitar uma vida solidária e fraterna aos seus cidadãos, onde os direitos historicamente conquistados cotidianamente se efetivem, eis que facilita a concretização de uma vida digna em todas as facetas da vida.

É fato que a vida em sociedade acarreta uma série de riscos sociais, cujos efeitos perversos são sentido por toda sociedade. Assim, para que o indivíduo não ficasse exposto a situações de necessidade social, por falta de previsão individual, e até por falta de uma cultura de poupar, o Estado chamou para si a proteção social, uma vez que é tarefa do Estado tutelar a existência do indivíduos e promover o bem de todos.

Dessa forma, o constituinte originário previu expressamente a segurança como direito fundamental no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

⁴² ROCHA, *op. cit.*, p. 166.

⁴³ *Ibid.*, p. 174.

⁴⁴ Risco social consiste em um acontecimento incerto e indesejado com possibilidade de ocorrência de um dano. Já a contingência seria a possibilidade que alguma coisa aconteça ou não. Para ROCHA a contingência abrange o conceito de risco. (ROCHA, *op. cit.*, p. ,145)

Segundo a teoria do risco social, cabe à sociedade assegurar seu sustento ao indivíduo vitimado por uma incapacidade laborativa, já que toda a coletividade deve prestar solidariedade aos desafortunados, sendo tal responsabilidade de cunho objetivo. (LAZZARI, *op. cit.*, p. 39)

1.4.7 IN DÚBIO PRO MISERO

O princípio *in dubio pro misero* é um princípio interpretativo e, a rigor, não há consenso na doutrina e jurisprudência a respeito da sustentação desse princípio no campo previdenciário. O dissenso está em que, ao mesmo tempo em que é um direito social e protetivo, está vinculado a contribuição compulsória e é regido pelo princípio da solidariedade, o que, de certo modo, implica em observar o interesse público de uma coletividade e não só de um indivíduo. Estas são apenas algumas das questões levantadas pelos previdenciaristas e de difícil resolução.

A razão de ser desse princípio reside na proteção. O objetivo da previdência social é proteger e favorecer o hipossuficiente, isto é, dentro da lei o legislador quer proteger ao máximo possível. A dificuldade da doutrina em aceitar o princípio está na indeterminação de hipossuficiência. A carência de recursos que caracteriza a hipossuficiência não é cultural ou social, mas econômica, assim, idéia de hipossuficiência está ligada a diversos níveis da necessidade, o que dificulta definir com precisão o hipossuficiente.⁴⁵

O uso do princípio *in dubio pro misero* no direito previdenciário, em geral, é visto com restrições pelos previdenciarista, senão vejamos:

Ressalta Horvath Júnior, citando, Rui Alvim, que o uso indiscriminado deste princípio afeta a base de sustentação do sistema, afetando a sua fonte de custeio com prejuízos graves aos segurados. Argumenta ainda que não deve ser utilizado extensivamente, posto que, como o sistema é contributivo, assim o que se concede inadequadamente a um segurado será retirado dos outros que podem estar em uma situação de necessidade social mais extrema.⁴⁶

Neste sentido, Elcir Castelo Branco, escreve: “ A previdência social em si já é um instrumento social, por isso não vinga o pretexto de aplicar a lei com vista no interesse social. Este raciocínio é falso. O interesse maior é que o seguro funcione bem, conferindo as prestações a que se obrigou. Se lhe é transmitida uma carga acima do

⁴⁵ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 306, 307, 309.

⁴⁶ HORVATH JÚNIOR, **Direito**, p. 59.

previsto, compromete-se a sua liquidez financeira: ponto nevrálgico da eficiência de qualquer seguro ...”⁴⁷

Como se verifica, as interpretações acima registradas, enfatizam uma interpretação legalista e restritiva do direito previdenciário, centrada unicamente na sua liquidez financeira e distante do escopo protetivo da norma. Há que se lembrar aqui, que o conteúdo desse texto normativo deve-se ser extraído no caso concreto e não abstratamente, como quer os respectivos doutrinadores (a jurisprudência brasileira tem caminhado nesse sentido). Também, é importante frisar, que os direitos fundamentais constitucionais existem para serem efetivados e não para serem negociados ou restringidos sob duvidosa alegação de custeio. Com efeito, quer nos parecer, que esta não é a interpretação mais coadunada com a moderna dogmática progressista dos direitos fundamentais, qual seja, centrada na efetivação dos direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se demonstrará mais à frente.

Novamente nos valem dos ensinamentos de Martinez que assim sintetiza a questão:

Em matéria de Direito Social, afirmar-se o interesse público é observar as necessidades do indivíduo. O seguro social, compreendendo a assistência social, só funciona bem se todos são atendidos. Mesmo se, em relação a alguns, não se tenha certeza total quanto ao seu direito. É claro, se um segurado apresenta-se sem nenhum documento, alegando sempre ter trabalhado como empregado, não se lhe deve conceder a aposentadoria. Feita investigação, poderá subsistir presunção lógica, mas não jurídica. Todavia, nos casos de interrupções pequenas de período de trabalho, na presença de indícios de continuidade profissional, início razoável de prova material e outros cuidados, a presunção pode tornar-se jurídica e ser aceita.⁴⁸

Inobstante a esta belíssima defesa em prol do princípio *in dubio pro misero* no sistema previdenciário, o autor faz algumas restrições quanto ao uso do princípio, no que pertine à matéria de custeio. Como exemplo, cita uma situação em que a lei exija prova do recolhimento de contribuição, pois aqui não vale a interpretação extensiva. Conclui, que neste particular, pretender-se o controle desse recolhimento como

⁴⁷ BRANCO, Elcir Castelo. **Segurança Social e Seguro Social**, p. 127. *Apud*: MARTINEZ, op. cit., p. 308.

⁴⁸ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 309.

responsabilidade do órgão gestor, é raciocínio excessivamente jurídico e simplista para ser válido.

Afirma ainda, que a responsabilidade do Estado está limitada à realidade do sistema; ela é dividida com o contribuinte. Decisões judiciais contrárias a esse entendimento poriam em risco a sobrevivência do sistema.⁴⁹

Concluindo, novamente nos recorreremos aos ensinamentos da teoria dos princípios de Alexy, ou seja, nem a aplicação extensiva, nem a restritiva do princípio in *dúbio pro misero*, mas a ponderação cautelosa para se chegar ao direito definitivo do caso concreto. Podendo afirmar ou negar casuisticamente o princípio *pro misero*, mas não genericamente e abstratamente.

Destarte, a hermenêutica previdenciária deve se pautar no devido processo legal substancial, buscando conferir a máxima efetividade às normas constitucionais e ao escopo protetivo desse direito social, atendendo o contido na regra do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil⁵⁰, e evitando assim, uma interpretação legalista, restritiva e apartada da realidade social.

1.5 A PREVIDÊNCIA SOCIAL E SUA RELAÇÃO COM MÍNIMO EXISTENCIAL

O conceito de mínimo existencial não é dado pela ordem jurídica, haja vista que inerente à pessoa humana. Entretanto, há uma convergência doutrinária de que o seu fundamento está na Constituição e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo, deve ser procurado na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais de igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”.⁵¹

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, v. 1, jul-set, 1989, p. 29.

Destarte, apregoa a doutrina que há de ser definido no devido processo legal substancial, por meio da técnica de ponderação da situação fática e jurídica que se apresenta.

Na esteira de Alex, Moro entende que a ponderação restaria favorável aos direitos a prestações materiais no caso dos direitos sociais mínimos, como um mínimo vital.⁵²

Todavia somos levados a acreditar – conforme demonstrar-se-á mais à frente - que não se trata de mínimo vital, mas sim de mínimo existencial, ou seja, envolve mais aspectos qualitativos de que quantitativos.

O mínimo existencial radica na Constituição, mas depende para se concretizar da vontade de um legislador sensível às necessidades sociais, de um Poder Executivo atuante e coadunado com a realização dos direitos fundamentais e garantias constitucionais e de um Judiciário ativo, criativo e comprometido com a efetividade Constitucional.

O mínimo existencial está protegido negativamente – contra a intervenção do Estado – e positivamente pelo Estado – depende de prestações positivas⁵³. É verdadeiro direito fundamental não depende da situação econômica, vincula o poder público e obriga o Estado a entrega de prestações positivas⁵⁴.

Vê-se que, o mínimo existencial está vinculado aos princípios constitucionais de liberdade e da dignidade da pessoa humana. É condição indispensável para fruição desses direitos, pois a inexistência de condições materiais mínimas de sobrevivência impede que se tenha uma vida digna e feliz, fim último do homem.

Tal processo é descrito por Barcellos da seguinte forma: “o mínimo existencial e o núcleo material do princípio da dignidade humana descreve o mesmo fenômeno”.⁵⁵ Depreende-se assim que o mínimo existencial corresponde ao núcleo material do

⁵² MORO, S. F. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2001, p.109.

⁵³ TORRES, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁵ BARCELLOS, **A Eficácia**...p.198.

princípio da dignidade. Daí porque, a autora afirmar que as condições materiais que compõe a noção de dignidade impõem-se como uma norma-regra.

Prossegue a autora afirmando que o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como sobrevivência e a manutenção do corpo-mas também espiritual e intelectual.⁵⁶

Além dos princípios constitucionais de liberdade e dignidade, o mínimo existencial está vinculado à idéia de felicidade do homem, eis que propicia condições materiais mínimas para que possa suprir as suas necessidades materiais mais prementes. Neste particular, o Estado tem obrigação de garantir uma boa qualidade de vida ao seu povo, sinônimo de uma vida digna.

Mas qual o conteúdo do mínimo existencial? Quais direitos e prestações materiais o compõem?

Como já dito alhures, não é possível mensurar o *quantum* de prestações materiais devem compor o seu conteúdo, isto é, o mínimo existencial não se mede, eis que está atrelado mais a idéia de qualidade de que quantidade.

Qualidade está relacionada com prestações materiais capazes de garantir ao cidadão e a sua família não só o básico, mas o necessário à fruição de uma vida saudável, nos aspectos físico, psicológico e social. Lobo Torres, elenca vários exemplos práticos da sua efetivação, entre os quais destacamos: liberdade de ação sem constrangimento por parte do Estado, imunidades fiscais, **eficiência dos órgãos administrativos, processo administrativo rápido e justo**⁵⁷ (grifo nosso), boas

⁵⁶ BARCELLOS, *op.cit.*, p. 197.

⁵⁷ Neste particular, cumpre ressaltar que a razoável duração do processo administrativo ou judicial e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação foi alçada a direito fundamental no art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004. O que suscita um direito fundamental subjetivo do cidadão na rápida solução do litígio previdenciário e um dever da Administração Pública em buscar uma solução rápida e justa para o caso. Exige-se da Administração, uma maior responsabilidade no manejo e duração do processo, singularmente, no âmbito previdenciário, pois muitas vezes, a longa espera do deslinde final do processo administrativo nessa área, pode significar a morte do segurado, pois não raras vezes quando o processo administrativo chega ao seu fim o segurado já morreu, sem usufruir o seu direito fundamental à previdência social. Por outro lado, a morosidade da Administração Pública (INSS) pode levar uma família inteira para a pobreza absoluta. Como afirma o juiz Federal Dr Savaris, a Administração Pública pratica uma política contra a vida, justamente ela que tem por dever protegê-la. Imagine no caso de uma pensão por morte em que o arrimo da família falece e

escolas, bons hospitais, estatística eficientes sobre o nível de pobreza, políticas públicas destinadas à erradicação da miséria, entre outras prestações⁵⁸. Como se observa, são direitos que possibilitam assegurar a igualdade de oportunidade e as condições para o exercício da liberdade.

Em razão disso, infere-se que é condição indispensável para uma existência digna, que não só as necessidades materiais vitais de sobrevivência estejam garantidas, mas todas àquelas necessárias a uma vida saudável e com qualidade.

Assim entendeu o constituinte originário quando previu no art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental do trabalhador, um salário mínimo capaz de atender as suas necessidades vitais básicas de alimentação, moradia, saúde, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e **previdência social** ... (grifo nosso), pois não só do básico vive o homem.

É consenso geral na sociedade, que não há que se falar em vida digna, onde a fome enfraquece e debilita o corpo, expondo o a doenças e a risco de vida. Onde a ignorância o impede de exercer plenamente a sua cidadania e conduzir a sua vida de acordo com a sua própria vontade, exercendo sua autonomia e a sua liberdade. Onde a ausência de um teto para se abrigar o deixa desprotegido e vulnerável às intempéries da vida. Onde reina diuturnamente a insegurança social por não estar vinculado a um regime de previdência social que lhe permita uma vida digna, quando os infortúnios da vida lhe baterem na porta ou quando na velhice não poder mais se sustentar com os esforços do seu próprio trabalho.

Clève analisando o mínimo existencial assim o entende:

O conceito do mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão por falta de emprego, de saúde, de **previdência** (grifo nosso), de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua

deixa filhos e esposa à mercê dessa prestação. A lentidão da Autarquia aqui pode levar uma família inteira para a indigência e carência absoluta ou a depender da caridade alheia para sua sobrevivência. É uma violação à vida e a sua dignidade. É um atentado ao direito fundamental social à previdência social.

⁵⁸ TORRES, *op. cit.*, p. 45.

autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.⁵⁹

Há um consenso na doutrina e jurisprudência brasileira que uma existência digna exige um padrão mínimo de prestações materiais, desde logo sindicável. Na esteira de Canotilho e Alexy, esse padrão social mínimo confere um direito definitivo. O que ultrapassar esse padrão mínimo existencial, só gera um direito subjetivo *prima facie*. (condicionado a ponderação com princípios contrapostos e elementos fáticos que cercam o caso).

Como se observa, uma vida digna reclama muito mais que o básico necessário para a mera sobrevivência física. Certamente, exige uma sobrevivência que atenda aos reclames da alimentação com qualidade, saúde, lazer, cultura, moradia, educação, acesso à justiça, meio ambiente equilibrado, e inclui-se aqui a previdência social pública. Porque a Previdência Social pública deve compor o mínimo existencial?

Em razão do seu caráter alimentar e garantidor da vida. Atua como substituição de renda do trabalhador, quando este numa eventual perda, parcial ou total, da sua capacidade de trabalho, fica à mercê do destino e das migalhas do Estado (assistência) ou da ajuda dos seus familiares e da caridade de terceiros para sobreviver, se não estiver filiado a um regime de previdência social.

Esta situação é bem ressaltada por Lazzari:

O indivíduo – assalariado ou não – na maioria das vezes tem como única fonte de recursos a si mesmo; é ele sua própria força de trabalho. Com a perda ou a redução, definitiva ou temporária, de sua capacidade laborativa, sem as políticas de atuação estatal na esfera da Previdência, mediante a manutenção de um seguro social, é levado à miséria, tendo de recorrer à caridade, caso não tenha sido precavido ou tenha tido condições de poupar para um futuro incerto.⁶⁰

Se a previdência social pública tem como fundamento a proteção social e à produção da vida digna, concretiza, de fato, a dignidade da pessoa humana ao garantir,

⁵⁹ CLEVE, Clèmerson. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, n.8, ano II, jul/set, 2003, p.160.

⁶⁰ LAZZARI, *op. cit.*, p. 21.

por meio dos seus benefícios, as condições materiais de uma vida digna no infortúnio ou quando por motivo de velhice o homem não poder mais se sustentar com a sua própria força de trabalho. E se o mínimo existencial radica no princípio da dignidade da pessoa humana, logo há de se inferir que, a ausência de previdência pode levar o homem a uma situação de completa indignidade. Daí porque defender que o direito fundamental à previdência social deve compor o mínimo existencial, eis que assegurado uma existência digna preserva a fruição dos demais direitos civis e possibilita ao homem viver de acordo com a sua vocação e seus ideais.

Aqui reside a importância da efetivação desse direito fundamental como padrão mínimo de segurança social: para que no momento em que as contingências da vida chegarem, o cidadão possa ter a segurança material mínima de que precisa, para a sua manutenção e da sua família; para que diante dos infortúnios do destino “não perca a sua condição de humanidade (Clève)” e de sujeito de direitos que é; para que possa encontrar a segurança social, a paz e a tranqüilidade que precisa para sua existência; para continuar a viver com autonomia, liberdade e dignidade.

A previdência social pública não obstante as suas deficiências, ainda é um mecanismo eficiente de distribuição e substituição de renda e garantia aos seus segurados de condições materiais mínimas necessárias, para que se possa viver com dignidade, quando dela necessitar.

De outro modo, o direito fundamental à previdência social quando efetivado, é um dos meios viabilizadores da dignidade da pessoa humana, haja vista que assegura a produção e reprodução da vida. Pois, não há que se almejar uma vida digna de ser vivida se o fundamento material da vida⁶¹ não estiver garantido.

Em suma, a previdência social pública, como mais efetivo instrumento de distribuição de renda do país⁶² e de proteção da cidadania, garante os meios indispensáveis à manutenção da vida (até porque esta é a sua finalidade precípua⁶³).

⁶¹ Trata-se aqui da afirmação material da vida, eis que a vida é condição de possibilidade dos demais direitos. Neste sentido, a vida não é um direito, ela é fundamento do Direito.

⁶² Segundo Anuário estatístico da Previdência Social - AEPES, elaborado pelo Ministério da Previdência Social, entre 1998 a 2006 (março 2006), a quantidade de benefícios pagos pela Previdência aumentou 31%, passando de 18,2 milhões para 24,0 milhões. Desse total, 14,0 milhões são benefícios urbanos,

Louvável Sarlet, quando afirma que o direito à previdência social tem como fundamento básico à produção da vida, a qual atenda não só as necessidades materiais básicas, mas também aos mais elementares padrões de dignidade⁶⁴.

É justamente aqui que reside à relação umbilical entre a previdência social, o mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana. Daí porque, concluirmos no sentido de que a previdência social pública deve compor o conteúdo do mínimo existencial, pois uma vida digna exige muito mais que o básico vital.

Delineada a natureza principiológica da previdência social e os princípios basilares que lhe fundamentam e lhe legitimam, e fixada a relação indissociável dessa com o mínimo existencial, destacar-se-á a seguir a relação desse complexo de posições jurídicas que se apresenta no direito previdenciário com o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.6 A INTIMA VINCULAÇÃO DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Assim como o mínimo existencial, o conceito de dignidade não é outorgado pela ordem jurídica, eis que consiste em um valor próprio da condição humana, isto é, a simples existência lhe credita o direito de ser respeitado em sua dignidade. De outro modo, a titularidade de direitos está vinculada a uma única simples condição – ser humano.

710 milhões rurais e 2,8 milhões assistenciais. Segundo o IBGE, para cada beneficiário da Previdência Social há, em média, 2,5 pessoas beneficiadas indiretamente. Assim, em 2006, estima-se que a Previdência Social beneficie cerca de 58, 4 milhões de pessoas (Evolução da Quantidade de Benefício Emitidos pela Previdência Social. Fonte: PNAD/IBGE – 2006. Disponível em: <http://www.goiania.goiania.go.gov.br/download/temporarios/hlmetpremungoiania180522006ppt#14> . Acesso em 05/2006). Tais dados evidenciam a importância da previdência social na vida dessas pessoas e para economia do país.

⁶³ Art. 1º da Lei nº 8.213/91- “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 serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.”

⁶⁴ SARLET, **A Eficácia ...**, p. 288.

Neste contexto, em que a pessoa humana é colocada em primeiro plano, o ser humano é concebido, segundo Kant, como um fim em si mesmo e não como um meio para atingir outras finalidades.⁶⁵

Maria Celina Bodin de Moraes, traz à lume um excerto notável de Kant que bem vidência o tema ora em questão:

De acordo com KANT, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar quaisquer fins.⁶⁶

Como se observa, a compreensão de Kant sobre o homem e o valor da dignidade da pessoa humana ainda se faz presente de forma viva no mundo contemporâneo.

A dignidade não é uma característica inata ao ser humano, mas sim uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo. Seu conteúdo depende do meio do qual o indivíduo está inserido, isto é, está condicionado ao contexto histórico, cultural, político e econômico, num determinado espaço temporal. Portanto, não é absoluta.

Daí porque concluir Sarlet que, não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, haja vista que é uma qualidade intrínseca ao indivíduo. Dessa forma, não poderá ser ela própria concedida pelo Ordenamento Jurídico e nem é tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim criar as condições para a realização da prestação.⁶⁷

⁶⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (org.), 2. ed. rev ampl, Porto Alegre: Livraria dos Advogado, 2006, p. 115.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 71..

Segundo o referido autor, quando se fala, equivocadamente, em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar, o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, isto é, um direito a uma existência digna.⁶⁸ Se o princípio da dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental qual seria a sua relação com os direitos fundamentais?

Na esteira de Sarlet, “ esta é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume, simultaneamente, a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal forma que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.”⁶⁹ É a nossa convicção que os direitos e garantias fundamentais constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana.

Como se vê, os direitos fundamentais têm a sua fundamentalidade material ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, radica na dignidade da pessoa humana. Daí a sua magnitude.

Aplicando a teoria exposta ao âmbito específico da pesquisa, pode-se inferir que o direito fundamental à previdência social é um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, são indissociáveis, logo a violação do primeiro implica necessariamente na violação do segundo, pois a dignidade informa os direitos fundamentais. E não há que se falar em dignidade se os direitos fundamentais e garantias constitucionais não estiverem assegurados, singularmente, o direito fundamental à previdência social.

Quais as condições materiais necessárias para uma vida digna? Como determinar o *quantum* de dignidade a uma existência digna? Como precisar seu conteúdo? Qual o consenso social de dignidade?

Mais importante que determinar o conteúdo desse princípio é precisar os seus efeitos, eis que conforme leciona Barcellos, é o primeiro passo para se extrair

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ SARLET, **Dignidade...**, p.103-104.

prestações positivas do princípio da dignidade humana⁷⁰. De acordo com essa linha de raciocínio, explica a autora que, o princípio da dignidade da pessoa humana abriga dois efeitos. Um que corresponde a um núcleo mínimo, consenso público transformado em norma jurídica, decisão fundamental do constituinte originário e que representa o efeito concreto pretendido pela norma e exigível; e outro que será desenvolvido na esfera política, mediante deliberações específicas, de acordo com as opções da população.⁷¹

Em razão disso, conclui a doutrinadora, que não é necessário determinar todas as suas pretensões, eis que há diversas concepções da dignidade que poderão ser implementadas de acordo com a vontade popular, mas é imprescindível apurar esse núcleo mínimo de efeitos pretendidos, de modo a maximizar sua normatividade.⁷²

Este entendimento esboçado pela autora acerca dos efeitos desse princípio e das diversas posições que investe os particulares vai ao encontro da teoria dos círculos concêntricos dos princípios, delineada anteriormente por Barcellos com base na teoria dos princípios de Alexy, a qual pode ser sintetizada da seguinte maneira: O núcleo básico do princípio da dignidade tem natureza de regra, logo é inviolável e sindicável, vincula todo o Poder Público e a sociedade, eis que é fruto do consenso social e vontade do constituinte originário. Corresponde aos efeitos desejados pela norma. Para além desse núcleo, a norma mantém a sua natureza de princípio, e exige ponderação entre as várias concepções possíveis de dignidade em uma sociedade pluralista.

Interessante nessa toada trazer à tona os ensinamentos de Perlingieri, o qual assevera que a dignidade social do cidadão está condicionada aos princípios da solidariedade e da igualdade. Para o autor italiano, a igual dignidade social é aquela que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais.⁷³

⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade** dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 221, 2000, p.187.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Ibid.*, p. 178.

⁷³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. brasileira de Maria Cristina de Circo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 37.

Neste particular, acrescenta o referido doutrinador que, não pode existir igual dignidade social entre os cidadãos quando existe quem tem possibilidade de escolher o trabalho de acordo com a própria vocação e quem, ao contrário, não se encontra nas mesmas condições.⁷⁴

Aplicando a concepção de dignidade de Perlingieri ao campo previdenciário, infere-se que a previdência social pública deve proporcionar a todos os seus segurados iguais dignidade, independentemente da espécie de benefício recebida, renda mensal, ou serviço público prestado, haja vista ser um instrumento viabilizador concreto do princípio da solidariedade e da dignidade humana.⁷⁵

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Certamente, não pode existir igual dignidade quando os benefícios previdenciários fixados no mínimo (piso previdenciário) recebem, um percentual de reajuste muito superior aos dos demais benefícios acima desse patamar.

Esta situação é fato na *práxis* previdenciária, particularmente sentida nos benefícios de prestação continuada como as aposentadorias e pensões, cuja renda mensal inicial foi fixada acima do mínimo e com o passar do tempo constata-se um achatamento do benefício que vai se aproximando do piso mínimo de benefício. Verifica-se que o percentual de reajuste dessas prestações não está vinculado ao reajuste do salário mínimo (aumentos acima da inflação), e sim ao índice de inflação anual do período, medida pelo INPC. A legislação prevê que para os benefícios previdenciários maiores que um salário mínimo, seja aplicado um índice de inflação anual do período (não há um índice oficial). Em 2005, por exemplo, os benefícios fixados no mínimo tiveram um reajuste de 15,4 por cento. Já, os benefícios acima desse patamar tiveram somente 6,4. Em 2006, os benefícios fixados no mínimo tiveram um reajuste de 16,7 por cento, tal qual o reajuste do salário mínimo. Enquanto que os benefícios acima desse patamar tiveram somente a reposição da inflação (INPC) que ficou bem abaixo desse índice (3,17%). A cada ano que passa um percentual enorme de beneficiários, que inicialmente tiveram a sua renda mensal inicial fixada acima do mínimo, vêem sua renda mensal se igualar ao salário mínimo (piso previdenciário). Nos últimos cinco anos, enquanto o salário mínimo subiu 98,68%, os benefícios acima do mínimo foram reajustados em apenas 56,46%. O resultado disso é que nos últimos cinco anos, mais 2,406 milhões de beneficiários passaram a receber um salário mínimo – na média, 481,2 mil por ano. No total a maioria dos benefícios é de um salário mínimo – 63, 92% em maio de 2005. (CEZARI, Marcos. Mais Aposentados Recebem o Piso do INSS. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p.B3, 04 jan 2006; D'AMORIM, Sheila. Governo já cogita dar abono a aposentados. **Folha de São Paulo**, B3, 13 jul 2006)

Neste contexto, afirma BIGOLIN: “É certo que aos segurados em iguais condições deve ser dispensado idêntico tratamento, sendo mantidos os mesmos critérios de reajustamento e conversão de moeda aos benefícios de mesma natureza jurídica, tudo por obra do princípio da isonomia contido no art. 5º *Caput*, da Constituição Federal de 1988”. Outrossim, conclui o autor, que não se deve olvidar do princípio da precedência de custeio. (BIGOLIN, Giovanni. O Requerimento Administrativo e o Controle Judicial dos Benefícios Previdenciários. In: *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 20003, p.65-66)

É lamentável ver um trabalhador que contribuiu durante toda a sua vida laborativa para um regime, quando mais precisa dele ter um tratamento indigno. É frustrante para o trabalhador ver a sua renda mensal diminuir ano após ano, reduzindo drasticamente o seu poder de compra e sua qualidade de vida. Geralmente são trabalhadores que tinham como única fonte de renda a sua força de trabalho e agora, em idade avançada, doentes, e muitas vezes com gastos excessivos em remédios, e sem condições laborativas para produzir riquezas para o país, encontram-se em uma situação indigna, à

Como já explicitado anteriormente, o *quantum* de dignidade para uma existência digna, está condicionado a vários fatores e varia de acordo com o lugar, o tempo e a sociedade. No entanto, é pacífico na doutrina e consenso na sociedade que uma vida digna reclama um mínimo de prestações materiais, para possibilitar ao indivíduo desenvolver integralmente a sua personalidade, e a sua autonomia. Incluímos aqui a previdência social pública por assegurar, no infortúnio, a dignidade ao indivíduo e, em última análise, garantir-lhe a vida.

Dessa forma, é evidente que a proteção de um padrão mínimo de segurança social e benefícios sociais, entre eles a previdência social pública, asseguram não só a manutenção dos meios indispensáveis à manutenção de uma vida digna, como também contribui de forma significativa para a redução das desigualdades sociais, para o bem-estar e a justiça social, objetivos da Ordem Social.⁷⁶

Neste diapasão, conclui-se que a previdência social pública é um dos mais efetivos instrumentos de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, do bem estar-social e justiça-social, fundamento do Estado Democrático de Direito (e social) e objetivo da Ordem Social. O fato de ser um sistema contributivo, não descaracteriza a sua função social.

A Constituição brasileira de 1988 elegeu como fim essencial do Estado Democrático de Direito a pessoa, a sua dignidade, e a proteção dos direitos fundamentais. Qual o efeito prático desta disposição no texto constitucional? Na esteira

mercê da Previdência Social. É um paradoxo, justamente aquela Instituição que deveria proteger os seus segurados na velhice, garantindo-lhes condições para uma existência digna, viola os seus direitos fundamentais sob alegação de custeio e reserva do possível. Há que se harmonizar social e custeio.

⁷⁶ O estudo Programa de Transferência de Renda no Brasil: Impacto sobre a desigualdade e a Pobreza, realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do IBGE- PNAD, , mostrou que a Previdência reduz mais a pobreza que o bolsa família, ou seja, aposentadorias e pensões vinculadas ao salário mínimo têm impacto maior que o do bolsa-família. Os benefícios pagos a idosos e deficientes e as aposentadorias e pensões vinculadas ao salário mínimo contribuíram mais que o bolsa-família para a redução da pobreza no país em 2004. Os benefícios do INSS vinculados ao mínimo garantiram a redução em cinco pontos percentuais do número de pobres e indigentes. Estudo mostra que os benefícios do INSS vinculados ao mínimo são capazes de tirar grande parte das famílias beneficiárias da indigência e da pobreza, enquanto os outros programas de transferência de renda atuam mais sobre a intensidade da pobreza. Em 2004, 20 milhões de pessoas estariam abaixo da linha de pobreza se não houvesse a previdência social (SALOMMON, Marta. Previdência reduz mais a pobreza que Bolsa-Família. **Folha de São Paulo**, São Paulo, A4, 02 jul. 2006).

Como pode se observar, o quadro de pobreza no país sem a previdência social seria muito maior. Daí a sua importância no combate preventivo à pobreza.

da disposição retro, consta-se que a dignidade da pessoa humana informa toda a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, além de ser o vetor da nova hermenêutica. Razão pela qual se caracteriza como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica⁷⁷.

Logo, infere-se que tais fins devem servir de norte ao Legislativo, Judiciário e Executivo, especialmente, na escolha das Políticas Públicas que priorizem a máxima realização possível dos fundamentos e objetivos delineados na Carta Constitucional.

O princípio da dignidade possui dupla função defensiva e prestacional. A primeira, diz respeito aos direitos negativos, exige respeito, consideração e proteção pelos entes públicos, no sentido de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal e dever de protegê-la contra agressões oriundas de terceiros. A segunda trata-se dos direitos positivos, ou seja, direitos a prestações fáticas ou jurídicas, que possibilitem, em maior grau, a concretização da dignidade da pessoa humana. Corresponde ao dever estatal de promoção e proteção, por meio de ações positivas. Exige-se do Estado o desenvolvimento de condições materiais que possibilitem uma existência digna.⁷⁸

De outra forma, tem os entes Públicos à obrigação de promover as condições que viabilizem e removam todos os obstáculos que estejam a impedir às pessoas de viverem com dignidade⁷⁹. Aqui se insere a previdência social pública, cujo escopo está em assegurar um rendimento, que proporcione às pessoas impossibilitadas de trabalharem, ainda que temporariamente, condições de existência digna e evitar que o indivíduo venha a encontrar-se em uma situação de completa indignidade.⁸⁰

Como se verifica, o princípio da dignidade da pessoa humana, impõe ao poder público não só criar um aparato material para que este princípio possa se concretizar em maior grau possível, mas também remover as barreiras que impeçam as pessoas de viver com dignidade.

⁷⁷ SARLET, *op. cit.*, p.72.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 96.

⁷⁹ *Ibid.*, p.109.

⁸⁰ BARCELLOS, **A Eficácia...**, p.188.

No âmbito do INSS, como já frisado, as barreiras são diversas e de várias ordens: normativas, operacionais, administrativas, físicas, culturais, econômicas, entre outras (para melhor visualização ver tópico: A Eficácia e Efetividade do Direito Fundamental à Previdência Social mais à frente). Logo, se há obstáculos, o direito fundamental à previdência social não se concretiza plenamente, pois a sua eficácia social é mitigada. E não se materializando os seus efeitos, não há que se falar em dignidade, pois a norma não gera o escopo de proteção, segurança e transformação social desejado.

Não obstante a retórica de proteção social, a práxis tem evidenciado uma política de violações e restrições aos princípios e valores constitucionais sob alegação de custeio. É o econômico prevalecendo sobre o social. A atuação dos gestores previdenciários não legitima o respeito à dignidade humana.

Como bem afirmou Álvaro Sólón de França, o Estado que deve ser agente da promoção da dignidade acaba se transformando no Estado injusto e perverso que cerceia os direitos dos seus cidadãos, que constrange e maltrata as pessoas, excluindo-as da cidadania.⁸¹

Finalizamos com as palavras de Oliveira o qual afirma: “Um homem somente será livre e apto ao exercício de seus direitos se lhe permitem uma vida digna não só quando em labor, mas também no infortúnio: por isso, a Previdência e a Seguridade Social, no sentido amplo, se realizam, também, como direito da cidadania e poucos têm a noção desse direito”.⁸² Conclui a autora, que somente o trabalho, enquanto o homem tem condições para exercê-lo, e Seguridade Social e Previdência, no infortúnio, asseguram a dignidade humana.⁸³

Delineamos a previdência social na ordem dos princípios e mostramos a importância dessa caracterização para otimizar o escopo protetivo desse direito, e

⁸¹ FRANÇA, Álvaro Sólón de. **O Resgate da Dignidade na Previdência Social**. Artigo publicado no Programa de Educação Previdenciária do Ministério da Previdência Social. Disponível em: www.mps.pep.gov.br. Acesso em 05/2006.

⁸² OLIVEIRA, Eliane Domingues da Silva. *Previdência Social Como Direito Fundamental do Trabalhador*. In: **Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais**. Roland Hasson (org.). Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 149.

⁸³ *Ibid.*, p. 152.

promover as condições materiais necessárias a uma vida com dignidade. Passaremos no capítulo seguinte, enfocá-la como direito fundamental do homem e cláusula pétrea, buscando demonstrar a amplitude desse direito e as diversas posições jurídicas que investem o particular, contrapondo os vícios do sistema e as principais barreiras que afetam negativamente a sua eficácia social.

2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO

2.1 A PREVIDÊNCIA SOCIAL PÚBLICA COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL.

“Não há paz duradoura sem justiça social... Não há justiça social sem seguridade social.” (Declaração da 28ª Assembléia Geral da Associação Internacional da Seguridade Social – Beijing 2004).

A seguridade social é um dos sustentáculos sobre os quais alicerça o Estado Social, configurando um dos instrumentos por meio dos quais o Estado brasileiro busca o atendimento dos seus objetivos.

Martinez, na esteira de Carlos Marti Bufill, assim definiu a seguridade social: “a seguridade social quanto ao homem é um direito; quanto ao Estado é uma política; quanto à ciência jurídica é uma disciplina; quanto à Filosofia é uma expressão de justiça; quanto à sociedade, um fator de solidariedade; quanto à administração, um serviço público; quanto ao desenvolvimento, um fator de redistribuição de riquezas”.⁸⁴

À luz do art. 194 da Constituição Federal de 1988 a seguridade social é concebida como gênero de técnicas de proteção social, do qual são espécies a assistência social, a saúde e a previdência social.

Forma juntamente com a assistência social, a saúde e a previdência social um sistema de proteção social destinado a garantir um padrão mínimo de bem estar que possibilite uma existência digna.

A previdência social pública é de fundamental importância para a realização da seguridade social, Rocha muito bem evidencia a sua relevância para sociedade e para o país:

A previdência social, apesar das deficiências que apresenta, ela ainda constitui-se nas mais significativa técnica de proteção social. Não apenas pelo amparo financeiro que propicia – necessário para a manutenção de uma existência digna do segurado e de sua família, nos

⁸⁴ MARTINEZ, **Comentários à Lei Básica da Previdência Social**. 4. ed., São Paulo: LTr, 1997, p. 20.

momentos em que as contingências sociais se materializarem – como também pelo fato de efetivar uma redistribuição de renda⁸⁵ e viabilizar a manutenção de um nível mínimo de consumo nos momentos de crise econômica, o que é vital para o equilíbrio das sociedades contemporâneas.⁸⁶

De acordo com o art. 201 da Carta Republicana e art. 1º da Lei nº 8.213/9, a previdência social tem por escopo assegurar os meios indispensáveis para a manutenção dos beneficiários quando vitimados por eventos de infortunistica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário) ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão).

Ainda neste contexto Carvalho Filho conclui: “A previdência social tem como função básica proteger a vida do cidadão desde seu nascimento, via salário maternidade, até depois de sua morte, via pensão para a família.”⁸⁷

Resta evidenciado, portando, a relevância da previdência social como operacionalizadora de condições materiais mínimas para uma existência digna e uma coexistência pacífica em sociedade. É a expressão mais autêntica da concretização e realização da seguridade social.

⁸⁵ A previdência social pública assegura a estabilidade econômica em muitas comunidades, principalmente no meio rural e nas regiões mais carentes do Nordeste. E em muitos municípios a transferência de recursos da previdência social superam os repasses do fundo de participação dos municípios. Neste sentido, Martinez assevera que com as graves distorções regionais e sociais vigentes no país, a prestação previdenciária promove repartição de rendas e, como subproduto, estimula o consumo de algumas pessoas em algumas regiões (MARTINEZ, **Curso de Direito** ..., p.105). A importância na vida econômica dos municípios e a extensão de sua influência na economia de milhares de comunidades é também registrada por Álvaro Sólon França no livro *A Previdência Social e a Economia dos Municípios*.

⁸⁶ ROCHA, *op. cit.*, p. 12

⁸⁷ CARVALHO FILHO, Celcino de. **A Previdência Social é Viável?** Programa de Educação Previdenciária. Disponível em: <http://intraprev/portal/mps/se/pep/artigo13.asp/>. Acesso em 05/2006.

2.2 O DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO FUNDAMENTAL E CLÁUSULA PÉTREA.

Para entender as razões pelas quais os direitos sociais são fundamentais, e especialmente, o direito à previdência social, é preciso, anteriormente, entender em que consistem os direitos fundamentais e onde radica a sua fundamentalidade.

Não se pretende aqui, por certo, analisar profundamente a teoria dos direitos fundamentais sociais e a controvérsia que suscita na doutrina esta matéria. Far-se-á, para tanto, uma breve análise do seu conceito, a partir da definição de direitos fundamentais formulada por Sarlet, com base na teoria de Alexy e Canotilho, a fim de proporcionar ao leitor uma melhor compreensão do tema ora tratado.

A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais está relacionada à dignidade e proteção que tais direitos suscitam.⁸⁸ A fundamentalidade formal diz respeito a sua positivação Constitucional. Já a fundamentalidade material, decorre do fato de os direitos fundamentais integrarem a Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Os direitos fundamentais estão condicionados à realidade histórica, social e política, num dado espaço temporal, daí sua abertura para outros direitos de conteúdo e relevância fundamental, mas que não foram previstos expressamente no texto constitucional, mas são materialmente fundamentais.⁸⁹

Importante ressaltar a concepção de direito fundamental trazida por Sarlet: “os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição ...”.⁹⁰

Destaca o autor na sua concepção de direitos fundamentais a relevância do seu conteúdo e dos valores que suscitam numa determinada sociedade, como fatores determinantes a sua positivação pelo Direito.

⁸⁸ SARLET, **A Eficácia...**, p. 80.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 80-81.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 82.

Gilmar Ferreira Mendes assevera, que os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Na primeira situação, outorgam aos titulares a possibilidade de imporem os seus interesses em face em face dos órgãos obrigados. Já na segunda situação formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.⁹¹

Discute-se doutrinariamente se os direitos sociais são direitos fundamentais ou não. Para parte da doutrina⁹² os direitos sociais são programas, metas, diretrizes a serem implantadas gradativamente pelo Estado através de políticas públicas. Aduzem que tais direitos não vinculam diretamente os poderes estatais, haja vista ter uma eficácia reduzida, pois não passa de normas programáticas dirigidas ao Poder Público e sem aplicabilidade imediata, eis que depende de atos legislativos e possibilidades orçamentárias para sua concretização.

Neste sentido, leciona Correia “O primeiro destinatário da norma programática, seria o legislador. O segundo seria o próprio cidadão, a quem se devem viabilizar todas as formas possíveis de implementação (...) Aliás, toda norma que encerra um direito de natureza social tem como principal destinatário o próprio cidadão.”⁹³

Nas palavras de Piovesan, os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis e exigíveis, portanto devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade.⁹⁴ Daí a conclusão de Clève: “Quem somos nós para recusar a condição de direitos fundamentais para aqueles que o constituinte defini como tais?”⁹⁵

Como se vê, não há como refutar a natureza de direito fundamental aos direitos sociais, pois a matéria foi normatizada na Constituição Federal pelo constituinte

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 32.

⁹² ANDRADE, J. C. Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983, p. 209.; TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multifuncional da Era dos Direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo [org.] **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 282.

⁹³ CORREIA, **Direito Previdenciário**, p. 37.

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. **A Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Interno e Internacional**.

⁹⁵ CLÈVE, **Boletim...**, p., 155.

originário, quando os elencou no art. 6º, capítulo II, título II, reservado aos direitos fundamentais.

A fundamentalidade dos direitos sociais tem as suas raízes nos princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana, ou seja, são direitos que por meio de políticas públicas de prestação de serviços essenciais e públicos (educação, justiça), de fomento (créditos, incentivos, desenvolvimento) reformas de base (urbana, agrária) e compensatórias (**previdência**, seguro desemprego, assistência social), buscam realizar a igualização de situações sociais desiguais. São direitos discriminatórios com propósito compensatório, cuja função é socializar os riscos e neutralizar perdas⁹⁶.

Faz-se mister para compreender a fundamentalidade material e formal do direito à previdência social, uma breve abordagem histórica da sua origem e da inserção desse direito no texto constitucional de 1988 como fundamental.

Desde a Constituição imperial de 1824, já havia previsão de assistência à população carente (socorros públicos). Mas foi com a Constituição de 1934, inspirada na Constituição mexicana (1917) e de Weimar (1919), que se estabeleceu a diretriz fundamental da Seguridade Social, prevendo custeio tripartite entre trabalhadores, empregadores e Estado – vinculação obrigatória ao sistema com gestão estatal. Entretanto, o termo “Previdência Social” só veio com a Carta de 1946, desaparecendo a expressão “seguro social.”⁹⁷

Inobstante os direitos sociais terem sido incorporados significativamente no direito constitucional brasileiro desde 1934, só com a Carta de 1988 foram inclusos no rol dos direitos e garantias fundamentais.

O direito à previdência social tem assento constitucional no art. 6º do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Dos direitos Sociais) e artigos 201 e 202 (Título VIII: Da Ordem Social, Capítulo II: Da Seguridade Social, Seção III: Da Previdência Social).

⁹⁶ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: José Eduardo Faria (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 105.

⁹⁷ HORVATH, *op. cit.*, p. 18-21.

Verifica-se, pois, uma opção clara do constituinte originário em inseri-lo no título relativo aos direitos e garantias fundamentais. Esta posição topográfica desse direito, como direito fundamental, revela a preocupação do legislador com a proteção social dos cidadãos e com a redução da pobreza, incluindo esse direito entre aqueles necessários à satisfação das necessidades básicas do ser humano.

Ressalta Correia, que este reposicionamento dos direitos sociais em sede constitucional trata se de uma evolução natural do *status* conferido a estes e não de uma novidade propriamente dita. O que ocorreu foi uma nova leitura dos direitos fundamentais, agora concebidos numa ótica não só individual (liberdades públicas), mas também social, isto é, a partir de sua inserção na coletividade.⁹⁸

Assevera o autor, que esta disposição dos direitos sociais, especialmente, o direito à previdência social, com *status de cláusula pétrea*⁹⁹, é bastante útil por dois motivos: primeiro porque inviabiliza a redução pelo constituinte derivado dos direitos sociais (vedação do retrocesso social); segundo, porque a utilização desses direitos como fundamentais viabiliza maior efetividade da sua tutela, inclusive no plano da tutela coletiva e da participação de entidades associativas e do Ministério Público em sua defesa.¹⁰⁰

Não obstante o *status* de direito fundamental e cláusula pétrea aos direitos sociais, em tese, propiciar maior concreção desses direitos, eis que impede redução desses direitos e possibilita a sua tutela coletiva, a práxis não legitima esta tese, especialmente, no âmbito previdenciário, em que as reformas efetuadas nos últimos anos, sob o enfoque do custeio apontam para um retrocesso social.

Na mesma linha de Correia, Clève advoga para a necessidade de potencializar os instrumentos processuais colocados a disposição para a defesa dos direitos prestacionais nas hipóteses de inércia do poder público. Destaca, neste particular, as

⁹⁸ CORREIA, *op. cit.*, p. 28.

⁹⁹ Entende a doutrina que os direitos sociais pela sua própria evolução histórica devem ser tidos na mesma dimensão dos direitos individuais, sem distinção hierárquica, pois ambos são fundamentais. Portanto, pode se inferir que o direito à previdência social, como direito social fundamental, está coberto com o manto protetivo de cláusula pétrea (art. 60 § 4º), com todas as garantias que lhe são inerentes (*Ibid*, p. 30-31).

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 27.

ações coletivas, mais especificamente a ação civil pública, bem como o papel de fundamental importância do Ministério Público.¹⁰¹ Conclui o constitucionalista que:

..... o papel do Ministério Público, neste particular, é da maior importância. Incumbe a ele, como defensor dos interesses da sociedade, tomar as medidas necessárias para a adoção, pelo Estado, das políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional. O controle da constitucionalidade das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, igualmente, pode ser suscitado pelo Ministério Público.¹⁰²

Neste particular, cumpre ressaltar que, apesar do Ministério Público Federal ter se mostrado ativo na defesa dos interesses sociais, especialmente no que toca à tutela coletiva dos direitos previdenciários, verifica-se que, em geral, a jurisprudência brasileira tem negado a legitimidade ativa ao Ministério Público para interpor ação civil pública em matéria previdenciária, sob o argumento de que se trata de direitos individuais disponíveis.

Salienta Correia, que não só o direito à previdência social inserido no art. 6º da Constituição Federal é fundamental, como também os corolários indispensáveis à concretização dos benefícios (cita como exemplo o princípio constitucional de preservação de valor real dos benefícios – §4º art. 201, CF). Nesse sentido, aduz que não há como se deixar de atribuir a mesma natureza de direito fundamental do homem a dispositivos constantes dos arts. 194, 201, e 202¹⁰³ da carta Magna. Acrescenta

¹⁰¹ CLÉVE, **Boletim...**, p.158.

¹⁰² CLÉVE, **O Desafio da Efetividade** dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível em : <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 05/2006 ..., p. 9.

¹⁰³ Art. 194 – “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e a assistência social.”

Art. 201 - “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial ...”

Art. 202 – “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. “

ainda, que o direito à previdência social é resguardado pela observância dos princípios e regras que lhe são inerentes, que se encontram em parte distinta, mas são componentes básicos do direito à previdência social, ou seja, trata-se dos direitos fundamentais adstritos ou núcleo do direito como pretendeu Alexy. Por fim, conclui o doutrinador, que nada adiantaria o direito fundamental à previdência social se não fosse observado o princípio constitucional de preservação de valor real dos benefícios¹⁰⁴, pois a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana depende da observância dos demais princípios e regras constitucionais que lhe assegurem a concretização.¹⁰⁵

Neste contexto, adverte Sarlet que nem todas as normas contidas nesses preceitos (artigos 201 e 202 da CF) pertencem ao grupo de normas definidoras de direitos e garantias, visto que algumas normas são organizacionais, ou seja, regulam matéria de cunho organizatório e procedimental.¹⁰⁶

A fundamentalidade formal do direito à previdência social, não se discute, está literalmente expressa no art. 6º da Constituição brasileira. Uma vez reconhecido formalmente como direito fundamental ao lado dos demais direitos civis, compete ao Executivo, Legislativo e Judiciário a efetivação do seu conteúdo material.

Quanto a fundamentalidade material é atribuída pelo seu conteúdo e relevância, cuja finalidade protetiva revela-se extremamente relevante para a preservação da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁷ Mas qual a importância de considerá-lo como direito fundamental? Qual a dimensão prática dessa nova visão dos direitos fundamentais? O que mudou em relação à Carta anterior?

O direito à previdência social não é novidade na Carta Republicana de 1988, eis que já estava inserido nas anteriores, todavia o contorno, a abordagem que se fazia era

¹⁰⁴ Art. 201 § 4º - "É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei."

Ocorre que a lei não viabiliza a preservação do valor real e acaba por reduzir a eficácia do dispositivo constitucional, conspirando contra a sua força normativa (CORREIA. Direito..., p. 35).

¹⁰⁵ CORREIA, *op. cit.*..., p. 31.

¹⁰⁶ SARLET, **A Eficácia** ..., p. 294.

¹⁰⁷ ROCHA, Daniel Machado. Breves Comentários Sobre as Normas Gerais de Direito Previdenciário que Tratam da Contagem Recíproca do Tempo de Contribuição e a sua Concretização Judicial. In: **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Daniel Machado Rocha (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 11.

outra. A partir da Constituição de 1988 ganha *status* de direito fundamental. Em que consiste esse *status em* termos práticos? O fato de constar no rol de direitos fundamentais, não só amplia a sua força vinculante, como também lhe credita maior otimização pelo Poder Público.

O Estado Democrático de Direito (e Social) tem como fundamento, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, e como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais. Esta concepção humanitária e social é delineada por todo o texto Constitucional a partir do seu preâmbulo. Constitui a estrutura básica do Estado e o seu alicerce.

A previdência social é a realização mais expressiva desses fundamentos, eis que realiza concretamente a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social. Ela está inserida na ordem econômica e social. Tem como princípio reitor a solidariedade, onde Estado e sociedade dividem os encargos sociais. Quem pode mais contribui mais para aqueles que podem menos; como uma das maiores políticas de distribuição de renda do país atua como redutor da pobreza e atenua as desigualdades sociais; quando substitui a renda do trabalhador ou do cidadão quando da perda da sua capacidade laborativa, mesmo que temporária, resgata a sua liberdade, a sua autonomia e dignidade, evitando que o indivíduo e a sua família venham a depender da caridade alheia para sobreviver. Por fim, é um dos eixos do Estado Social.

Com já enfatizado, o direito só se legitima quando está a serviço da humanidade, transformando a realidade social a qual está inserido, melhorando a qualidade de vida do seu povo e reduzindo as desigualdades sociais¹⁰⁸, proporcionando assim a paz social na comunidade.

Aqui se insere o direito à previdência social, cujo escopo está na proteção social, na dignidade da pessoa humana e na solidariedade, princípio máximo da previdência

¹⁰⁸ Lazzari assevera que uma das funções da previdência social é a incumbência da redução das desigualdades sociais e econômicas, mediante uma política de redistribuição de renda, retirando maiores contribuições das camadas mais favorecidas e, com isso, concedendo benefícios a populações de mais baixa renda. (LAZZARI, **Manual de Direito**....., p. 38)

social e objetivo do Estado Democrático de Direito (e Social). A previdência social desponta como um dos principais instrumentos de viabilização dessa proposta constitucional. Aqui reside a sua fundamentalidade material.

2.3 AS PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SÃO DIREITOS SUBJETIVOS?

De início, uma breve exposição acerca da teoria dos direitos subjetivos para melhor compreensão do tema ora proposto.

Consiste na faculdade que possui o seu titular de reivindicar em juízo o direito prestacional que lhe foi outorgado pela norma de direito fundamental. O direito alemão fala em pretensão dos particulares exigirem o direito positivado.

A pretensão nasce no momento em que se pode exigir a prestação, o que nem sempre coincide com o nascimento do direito subjetivo. O conceito de pretensão pressupõe o de direito subjetivo e o do correspondente dever.¹⁰⁹

Convém lembrar que, na esteira de Alexy, só se pode exigir do Estado o direito definitivo, qual seja, aquele extraído do processo de ponderação no caso concreto.

Declinado o conceito de direitos fundamentais subjetivos, e a distinção entre direito subjetivo e pretensão, faz-se mister uma análise perfunctória da previdência social no aspecto do Estado, ou seja, como espécie de política pública e de que forma este serviço público é prestado para alcançar o seu escopo de proteção social. Após estabelecer o conteúdo desse direito previdenciário, indagar-se-á a sua natureza e a possibilidade de reivindicá-lo em juízo, bem como a vinculação do Poder Público a este complexo de normas.

A previdência social consiste no pólo do Estado em um tipo de política pública de caráter contributivo, voltada para os trabalhadores da iniciativa privada, a qual se

¹⁰⁹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 206.

expressa por meio de duas espécies de prestações (gênero): os benefícios e os serviços, conforme art. 18 da Lei nº 8.213/91¹¹⁰.

Os serviços são aquelas prestações instrumentais ou acessórias que se destinam a garantir o pleno exercício do direito ao benefício (serviço social e de reabilitação profissional, por exemplo)¹¹¹.

Os benefícios, por sua vez, são prestações pecuniárias como aposentadoria por invalidez, por idade, por tempo de contribuição, e especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade, auxílio-acidente, pensão por morte e auxílio reclusão.

Como já dito alhures, o direito à previdência social já foi objeto de concretização e detalhada regulamentação na esfera infraconstitucional, portanto não há dúvida de que o particular é - nos termos da legislação concretizadora - titular de um direito subjetivo a prestação contemplada na Constituição.¹¹²

A pergunta que se faz é se o legislador desempenhou suficiente o seu cargo? Se a concretização foi satisfatória segundo os ditames constitucionais? Qual a possibilidade de se extrapolar o limite imposto pela legislação infraconstitucional?

No que pertine a previdência social é preciso considerar que, conforme já declinado, o seu objeto abrange uma variedade grande de benefícios, os quais inclusive já foram objetos de regulamentação.

Assim, as normas previdenciárias não têm a mesma densidade normativa, em razão da sua completude. Neste contexto, por exemplo, já foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que o art. 201, § 5º (vinculação do valor dos benéficos, no que concerne ao seu piso, ao salário mínimo) e art. 201, inc. I da CF (o qual regulamenta a aposentadoria por idade), constituem direitos imediatamente aplicáveis e eficazes, vinculando todos os poderes estatais, independentemente de qualquer ato legislativo.¹¹³

¹¹⁰ Art. 18 da Lei nº 8.213/91 - “O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente de trabalho, expressas em benefícios e serviços: ...”

¹¹¹ BIGOLIN, **O Requerimento Administrativo**, p. 54.

¹¹² SARLET, **A Eficácia...**, p. 278.

¹¹³ SARLET, **A Eficácia...**,p. 294-295.

Como se vê, o Supremo reconheceu um direito fundamental originário e subjetivo a uma prestação, no caso, a aposentadoria no valor de um salário mínimo.

Mas quanto aos demais benefícios ensejam pretensões por parte dos segurados do Regime Geral? Cabe a estes exigirem a Tutela Jurisdicional do Estado para a implementação do seu direito negado na via administrativa?

Cabe aqui a lição de Horvath Júnior:

O direito previdenciário é direito público subjetivo. A natureza de direito subjetivo permite ao sujeito de direito o exercício do direito de ação, sempre que a relação trilateral entre titular, o destinatário e o objeto do direito se fizer presentes. Ressalta o autor, que não havendo a individualização do sujeito ativo não ocorre a subjetivação do conteúdo da relação jurídica; logo a concessão da prestação não é devida, pois não preencheu os requisitos exigidos por lei.¹¹⁴

O direito subjetivo às prestações nasce no momento em que o Estado na esfera privada obriga o indivíduo compulsoriamente à filiação e à contribuição. Preenchidos os demais requisitos legais ele faz jus a elas.

Das leis previdenciárias pode-se inferir três tipos de relações jurídicas: A relação jurídica de vinculação ou filiação; a de amparo ou proteção; e a de custeio. A relação de vinculação decorre do exercício da atividade obrigatória estabelecida em lei. Por sua vez, da relação de vinculação decorre a relação de amparo e proteção e a de custeio. De outro modo, uma vez ocorrida a situação fática descrita na norma (hipótese) o vínculo jurídico de filiação se concretiza, e tem como consequência a relação de amparo (sujeito passivo, devedor da prestação) e a obrigação de contribuir (sujeito ativo, credor da prestação). Entretanto, o nascimento do direito subjetivo só se concretiza quando presentes todos os elementos e pressupostos que compõem a situação fática, descrita na lei (hipótese de incidência). Vale dizer, não basta estar vinculado ao sistema para tornar-se credor da prestação de amparo, isto é, só tem a

¹¹⁴ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito**, p. 92.

pretensão juridicamente assegurada, quando preencher os demais requisitos exigidos no texto legal¹¹⁵.

Daí porque, os recolhimentos vertidos ao Regime Geral sem a comprovação devida da causa, não são validados pelo INSS, isto é, contribuição vertida por quem não é filiado, e para a Autarquia quantia recebida sem justo título, eis que ausente à causa originária.

Ainda neste sentido, Bigolin: “... o direito ao benefício previdenciário pode ser classificado como subjetivo, de natureza patrimonial, produto de um sistema decorrente de princípio fundamental do estado social de direito no Brasil, atendendo ao clamor por segurança e justiça sociais.”¹¹⁶

Trata-se, pois, para a doutrina, o benefício previdenciário de uma posição jurídico-subjetiva patrimonial de natureza pública, de cunho disponível. Disponível, no sentido de que a posição jurídico-prestacional social cuida de uma posição jurídica pessoal, própria e exclusiva, caracterizada por uma essencial disponibilidade por parte do seu titular. Portanto, deve ser assegurado aos beneficiários das prestações previdenciárias (titulares de direitos disponíveis) um espaço de liberdade na esfera patrimonial, de tal sorte que possam formatar de maneira autônoma sua existência.¹¹⁷

¹¹⁵ COIMBRA, Direito Previdenciário ..., p. 65.

¹¹⁶ BIGOLIN, Giovanni. O Requerimento Administrativo e o Controle Judicial dos Benefícios Previdenciários. In: **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 54-55.

¹¹⁷ BIGOLIN, *op. cit.*, p. 55-56.

Importa ressaltar que a disponibilidade desse direito do beneficiário, ressaltada pelo magistrado, não é administrativamente aceita pelo INSS. Matéria muito discutida na doutrina e jurisprudência é a possibilidade de o segurado, depois de aposentado, renunciar ao benefício para postular outra aposentadoria em regime previdenciário diverso, ou simplesmente revisar aquela antes concedida.

Com fundamento no princípio da legalidade alega o INSS que a aposentadoria não é um direito disponível (do qual se pode abrir mão) e, mesmo se fosse, não anularia os efeitos jurídicos já produzidos. E mais não haveria dispositivo legal prevendo a possibilidade de renúncia. Neste sentido, o art. 181-B do Decreto 3.265/99 veda expressamente. Por outro lado, a corrente favorável à desaposentação, define a aposentadoria como um direito patrimonial disponível e analisa o princípio da legalidade pelo pólo do indivíduo, no sentido de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Se não há lei que proíbe a revogação, sendo a aposentadoria um direito disponível, não seria razoável privar o renunciante de exercitá-la. Pautam-se pela autonomia da vontade do segurado. Uma vez que o segurado manifeste a sua vontade, a Administração não pode compeli-lo a manter-se aposentado, devendo revogar o ato.

Em razão disso, o Tribunal Federal Constitucional germânico passou a acolher a tese da inclusão de direitos subjetivos patrimoniais de natureza pública (esfera da seguridade social) no âmbito de proteção da garantia fundamental da propriedade, operando-se uma ampliação do conceito de propriedade vigente no direito privado, no sentido de funcionalizá-la¹¹⁸.

Concluindo, não se pode olvidar, que os direitos fundamentais prestacionais, singularmente o direito fundamental à previdência social, têm natureza principiológica, portanto, a sua dimensão subjetiva deve ser aferida no caso concreto, por meio de ponderação do direito ora em questão com os princípios contrapostos.

Dessa forma, não obstante o direito à previdência social ser um direito fundamental, só é possível aferir o direito subjetivo a prestação previdenciária, num trabalho hermenêutico de ponderação e definição do direito definitivo em uma situação fática real e não genérica e em abstrato.

2.4 A RESERVA DO POSSÍVEL: UM OBSTÁCULO A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL?

O princípio germânico da reserva do possível consiste em condicionar a efetivação dos direitos prestacionais materiais à receita orçamentária estatal. De outra forma, ao efetivar a tutela jurisdicional deve o magistrado observar as possibilidades orçamentárias.

Na doutrina e jurisprudência destacam-se os entendimentos favoráveis à desconstituição do ato de aposentação, João Batista Lazzari, Wladimir Martinez, Daniel Machado Rocha (com ressalva) entre muitos outros. No Supremo Tribunal de Justiça já há, inclusive jurisprudência definindo a aposentadoria como direito patrimonial disponível.

Para melhor entendimento da possibilidade ou não dessa desconstituição e os seus efeitos ver: DUARTE, Marina Vasques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. In **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Daniel Machado Rocha (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 73-94.

¹¹⁸ SARLET, O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I nº 4, julho, 2001, p. 4. Disponível em: <http://www.direito-publico.com.br>. Acesso em 06/2006

A concretização judicial dos direitos fundamentais sociais tem como principal obstáculo a reserva do possível. Consoante aponta Gustavo Amaral, a Administração Pública é por definição, a gestão de meios escassos para atender a necessidades ilimitadas. Há nela, intrinsecamente, uma constante escolha¹¹⁹. De outro modo, o legislativo e o executivo detêm as competências orçamentárias, cabendo ao judiciário, o controle da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo –lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida à razoabilidade¹²⁰.

Considerando que as receitas orçamentárias são escassas frente às inúmeras exigências estatais e tendo em vista o princípio democrático (sufrágio eleitoral) e da separação dos poderes, o Judiciário, na maioria das vezes, acaba por não efetivar uma prestação material, sob o argumento de que compete ao Legislativo e ao Executivo a aplicação dos recursos orçamentários. Com base nesta assertiva, entende-se que o magistrado não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto, pois o atendimento de determinada prestação material pode inviabilizar outras.¹²¹

Contrariamente à posição de Amaral, Krell proclama a “falácia da reserva do possível”, a qual foi transposta para o direito brasileiro, sem levar-se em conta os condicionamentos sociais, culturais, econômicos e políticos da sociedade brasileira. Afirma que são realidades diferentes.¹²² Assim, não admite que os direitos fundamentais sociais tornem-se irrealizáveis sob alegação de insuficiência econômica pela Administração Pública. Entende o autor pernambucano que, condicionar realização dos direitos fundamentais sociais à “caixas cheias” reduziria a sua eficácia a zero, visto que não seria difícil para um ente público justificar sua omissão social

¹¹⁹ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.114.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 116-117.

¹²¹ MORO, S. F. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2001, p.98.

¹²² KRELL, Andréas Joachim. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, n.144, p. 244, 254, out/dez. 1999.

perante critérios de política monetária (o que põe em cheque o critério de razoabilidade de Amaral)¹²³. Dessa forma, defende o doutrinador que a concretização judicial dos direitos sociais exige uma nova leitura do princípio da separação dos poderes e alterações das funções clássicas dos juízes, que no paradigma atual se tornam co-responsáveis pelas políticas estatais¹²⁴.

Neste contexto, cabe trazer à baila o magistério de CLÉVE:

....o princípio da separação dos poderes não pode ser visto como um princípio abstrato, fora da história. Ao contrário, o princípio deve ser compreendido tal como se apresenta, concretamente, na Constituição vigente. Ora, cumpre lembrar que o Constituinte de 1.988 confiou muito no Poder Judiciário que foi bastante fortalecido na nova ordem constitucional. E no que diz respeito à legitimidade democrática, importa deixar claro que o Judiciário atua, de certa maneira, como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias. De outro ângulo, o devido processo legal, a motivação e recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição parecem constituir meios distintos de atribuição de legitimidade à esfera de atuação do Judiciário.¹²⁵

Ressalta ainda o referido constitucionalista, que apesar de ser absolutamente necessário um judiciário ativo para a integral efetividade dos direitos sociais, por si só, não é suficiente, daí a necessidade da democracia participativa e da atuação da população. Inobstante, conclui o autor, que um judiciário ativo (conseqüente e responsável) é condição para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais.

A questão que se coloca é como otimizar o direito fundamental a previdência social? Como conciliar o econômico e o social de modo a dar maior eficácia possível a esse direito fundamental? Qual o papel do Poder Executivo e Judiciário na otimização desse direito? De que maneira os segurados da previdência social podem fazer valer o seu direito fundamental à previdência social?

¹²³ KRELL, **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto alegre: Fabris, 2002, p. 90-91.

¹²⁴ KRELL, Realização dos Direitos Fundamentais, p. 250.

¹²⁵ CLÉVE, **Desafio da Efetividade**....., p. 6-7.

À luz dos argumentos expostos, faz-se necessário não só um judiciário ativo e criativo, mas igualmente, uma sociedade ativa e consciente dos seus direitos e do poder que a força popular tem para transformar a realidade social, na busca de uma sociedade mais justa e solidária.

Transpondo os ensinamentos de Clève, e Krell para o âmbito previdenciário, cabe reforçar, neste particular, a importância da conscientização dos segurados do seu papel na construção de uma previdência social, cada vez mais pública e eficaz.

O segurado precisa se conscientizar que quando vai até aos balcões do INSS está reivindicando um direito fundamental seu e não uma benesse ao Estado. É preciso dar um basta à passividade e fomentar a indignação. Como enfatiza a magistrada Salete Maria Maccalóz - o segurado precisa não esquecer de que a previdência social é sua, os benefícios são direitos e o governo é transitório¹²⁶.

É fato que todo direito tem um custo, sejam civis, ou prestacionais. Se toda ação do Estado envolve despesas orçamentárias e se os recursos públicos são ínfimos, diante das demandas sociais, políticas e econômicas, é de entendimento doutrinário que na priorização dos gastos públicos deva-se levar em conta duas premissas essenciais:

Por primeiro, as ações e programas estatais não podem e não devem se desviarem dos objetivos e fins previstos na Constituição pelo constituinte originário, precipuamente os direitos fundamentais. A Constituição é norma central no sistema, vincula a todos, sobretudo os Poderes Públicos.

Por segundo, há que se ter como prioridade e parâmetro norteador da escolha, a concretização máxima das prestações materiais básicas e essenciais à manutenção da vida, as quais compõem o mínimo existencial. E só depois de atingi-las é que se poderá discutir em quais setores deverão ser investidos os recursos remanescentes.¹²⁷

¹²⁶ MACCALÓZ, Salete Maria Polita. **O século da (im)previdência**. Disponível em: <http://www.redemulher.org.br/salete.html>. Acesso em 02/2006.

¹²⁷ BARCELLOS., **A Eficácia Jurídica.....**, p. 246.

Dessa forma, deve o Estado adequar o seu orçamento de modo que priorize as prestações materiais mínimas a uma vida com qualidade e dignidade. Assim, o mínimo existencial e a reserva do possível são capazes de conviverem harmoniosamente.

Segundo o constitucionalista português Canotilho, a efetivação dos direitos sociais prestacionais está subordinada a recursos econômicos¹²⁸, portanto as normas consagradoras de direitos sociais não têm plena eficácia e exequibilidade imediata¹²⁹.

Entende Moro, que a solução em caso de tensão de princípios deve ser buscada pela teoria dos princípios de Alexy - a ponderação entre princípios contrapostos. Não se olvidando que os princípios não são absolutos, podendo os direitos individuais apresentar mais peso que razões de política financeira. Pela teoria de Alexy os direitos que compõem o mínimo existencial devem ter maior maximização possível.¹³⁰

Mas qual a relação do direito fundamental à previdência social com a reserva do possível? Estaria o seu conteúdo integralmente limitado por esta? Pode o judiciário ampliar o rol de legitimados a um benefício previdenciário específico não normatizado por legislação infraconstitucional, com base nas diretivas constitucionais? Não configurar-se-ia uma violação a reserva parlamentar e do possível o judiciário inovar no direito previdenciário?¹³¹ Se afirmativa a resposta, como ficaria o reflexo dessa decisão

¹²⁸ CANOTILHO, **Constituição**.....p. 478.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 476.

¹³⁰ MORO, **Desenvolvimento**....., p. 109.

¹³¹ Não obstante, o judiciário brasileiro agir timidamente e com ressalvas, quando se está diante de dogmas consagrados no Estado Liberal, como a separação dos poderes, a reserva parlamentar, a reserva do possível, encontra-se no âmbito previdenciário, algumas pérolas judiciais, realmente comprometidas com a efetividade da constituição e sua força normativa, senão vejamos: a decisão a ser ressaltada aqui, cuida da inclusão no rol de dependentes preferenciais do inciso I do art. 16 da Lei 8.213/91 do companheiro ou companheira homossexual, por força de determinação judicial proferida pela Juíza Federal Simone Barbisan Fortes em Ação Civil Pública (nº 2000.71.00.009347-0), da Terceira Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, ajuizada pelo Ministério Público Federal. Argumenta a juíza que considerar companheiro ou companheira apenas a pessoa que, sem ser casada mantém união estável com o segurado ou segurada, de acordo co § 3º do art. 226 da CF., estar-se-ia violando princípios e garantias constitucionais. Entendeu que o princípio da dignidade humana estaria sendo desrespeitado ao se estabelecerem rótulos – no caso a orientação sexual – que, além de discriminarem, afastam da proteção estatal pessoa que deveria, por imperativo constitucional, encontrar-se por ela abrangida. Afirmou a juíza, que não haveria critérios razoáveis para fazer distinção entre a união de pessoas de sexo diverso e a união de pessoas do mesmo sexo, já que em ambas estariam presentes a relação de afeto, companheirismo e mútua dependência. Aduz ainda, que negar a uma pessoa o direito de escolher um parceiro, com ele estabelecendo uma comunidade afetiva e pretendendo vê-lo protegido de quaisquer eventualidade, simplesmente por terem ambos o mesmo sexo, equivale a negar a sua própria condição

diante do instituto da reserva do possível? Por fim, tem o Poder Judiciário legitimidade para interferir nas prioridades orçamentárias se estas forem incompatíveis com os fins constitucionais? A questão é sintetizada por Clève da seguinte forma:

humana. Ao Estado que se diz democrático não assiste o poder de exigir de seus cidadãos que, para que lhes sejam assegurados direitos sociais, devam adotar orientação sexual pré-determinada. A liminar foi confirmada pelo ministro Marco Aurélio de Mello do STF em decisão inédita no país. Com a decisão, comprovada a vida em comum e a dependência econômica, concorrem, para fins de pensão por morte, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei nº 8.213, de 1991. Além disso, também têm direito a receber o benefício de auxílio-reclusão. O INSS sustentara que a imposição para processar e deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, "fere a ordem e a economia pública", prejudicando o funcionamento da máquina administrativa, haja vista não se ter estabelecido a fonte de custeio para o pagamento do benefício, o que acabaria por gerar desequilíbrio financeiro e atuarial. Argumenta que ao conceder a liminar a Juíza Federal do Rio Grande do Sul teria violado o princípio da separação dos Poderes, substituindo o Congresso Nacional ao reconhecer a união estável ou o casamento entre homossexuais. Também contesta, a legitimidade do *parquet* para propor, nesse caso, ação civil pública por não tratar, o gozo de benefício previdenciário, de interesse difuso ou coletivo. Salientou a autarquia, que a liminar não poderia ter abrangência nacional, pois as decisões deveriam restringir-se a área de abrangência do órgão prolator da decisão. O ministro, por sua vez, rechaçou todos os argumentos arrolados pelo INSS, reconhecendo o destaque dado pela magistrada à inviabilidade de adotar-se interpretação isolada, como fez o INSS, ao parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Argumenta o ministro que a Constituição prevê o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes (inciso V do artigo 201). Ressaltou que à luz do art. 5º da CF seria impossível entendimento diverso. Argumentou que tanto quanto possível, devem ser esgotados os remédios legais perante a Justiça de origem, homenageando-se, com isso, a organicidade e a dinâmica do próprio Direito e, mais ainda, preservando-se a credibilidade do Judiciário. Esclareceu ainda, que "dissociar a possibilidade de grave lesão à ordem pública e econômica dos parâmetros fáticos e de direito envolvidos na espécie mostra-se como verdadeiro contra-senso. Por fim, conclui o ministro, que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado".

Como se vê, na brilhante decisão judicial, tem-se o judiciário agindo como guardião da Constituição e agente transformador da realidade social. Nas palavras de Clève "juizes ativistas", vinculados as diretrizes materiais da constituição e voltados para a plena realização dos seus comandos. Um judiciário promotor dos direitos fundamentais, e particularmente, o direito fundamental à previdência social, o direito de acesso à previdência social negado pelo Estado, em face de uma interpretação legalista e restritiva da lei. Uma postura que não mais se coaduna com os princípios da nova hermenêutica, focada nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana. Um Estado que tem como fins essenciais à promoção da pessoa e dos direitos fundamentais, não pode promover a discriminação entre os seus cidadãos. É preciso uma nova abordagem dos princípios da reserva parlamentar, da separação dos poderes e da reserva do possível. Na lição de Krell, o princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu precisa ser submetido a uma nova leitura para que possa continuar a servir o seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e, hoje também a omissão estatal (KRELL, *op. cit.*, p. 252)

Pode o Poder Judiciário, eventualmente, fulminar políticas públicas que estejam contrastando com as disposições constitucionais.... Cumprir compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. Desta forma, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais.¹³²

Não há uma unanimidade na doutrina e jurisprudência brasileira no que pertine a questão acima levantada. Mas há sem dúvida, uma tendência do Poder Público de condicionar as prestações, objeto e conteúdo do direito à previdência social, à reserva orçamentária e, concomitantemente, propugnar pela não vinculação do judiciário e Administração Pública às prestações de ordem positivas (mandamentos ao legislador).

Sendo o direito à previdência social um direito fundamental prestacional, o qual tem como função básica a substituição da renda do trabalhador, quando este por idade avançada ou por uma incapacidade laborativa, fica impossibilitado de exercer as suas atividades profissionais, não pode ter a sua efetividade comprometida sob o manto da insuficiência orçamentária. Enfatizando que, na esteira de Alexy e Torres, no campo das prestações materiais básicas, o instituto da reserva do possível deve ceder.

Corroborando com o nosso pensamento, Arenhart assevera que, não obstante os direitos fundamentais admitirem concreção gradual, segundo as possibilidades de cada Estado, não autoriza que sob o pretexto da indisponibilidade financeira do Estado, possa este se furtar de realizar o mínimo cabível dentro da exigência razoável que suas condições autorizam.¹³³

¹³² CLÈVE, Desafio da Efetividade..., p. 9.

¹³³ ARENHART, Sergio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177> . Acesso em 07/2006.

De outra banda, apesar do direito fundamental à previdência social estar vinculado ao princípio da contrapartida, até porque é contributivo, não é aceitável e razoável minimizá-lo (retrocesso social) e usurpá-lo por conta de razões de custeio.¹³⁴

Neste particular, interessante trazer o magistrado de CORREIA, o qual ressalta a importância de se manter o pacto de fúducia no sistema previdenciário e que

a confiança no pagamento dos valores adequados, no momento em que se derem as contingências previstas, desempenha papel de extrema relevância.

A preservação de um regime de benefícios previdenciários, inicialmente estabelecido – pelo menos para os que já ingressaram sob determinadas regras do jogo -, significa a maximização da segurança social. Assim, conclui o autor, que se deve preservar a manutenção de um sistema baseado na fúducia, sem a quebra dos compromissos já assumidos, já que isto significa a preservação da idéia de constitucional de previdência social. Afinal, é da essência do conceito de previdência social a planificação para o futuro. Uma vez incorporada, no direito constitucional

¹³⁴ Em artigo publicado na rede mulher cujo título foi “O Século da (Im)previdência a Juíza Federal e professora da UERJ Salete Polita Maccaloz faz uma reflexão interessante e que ilustra bem a matéria ora discutida: Assevera que, desde que a previdência social pública foi unificada em 1966 com a fusão dos grandes institutos, toda a administração do governo federal tem sido com o claro objetivo de acabar com ela. Sob a alegação que é deficitária, ano após ano, o governo vem adotando medidas no sentido de reduzir ao máximo o poder aquisitivo dos benefícios e extinguindo direitos conquistados. Sua meta, segundo a professora, é reduzir ao máximo os benefícios e pagar por menos tempo. Todas as reformas previdenciárias efetuadas até o presente momento foram nesse sentido. Aponta que em 1982 teve seu teto de 20 salários mínimos reduzido para 12, sem qualquer compensação para os segurados contribuintes acima desse teto. A proposta mais diabólica, segundo a Juíza, foi a mudança no cálculo do benefício, o nominado Fator Previdenciário. Com a aplicação do fator o benefício inicial é fortemente achatado (Para se ter uma idéia dessa redução, um homem com 55 anos de idade e 35 anos de contribuição, que pagou ao INSS pelo teto desde julho de 94, teria hoje direito de receber R\$ 2.420. Com o fator, o valor cairia para 74% ou seja, cerca de R\$ 1.800 por mês. A perda é de 26% ou R\$ 620). O corte no valor das aposentadorias foi a solução encontrada pelo governo para tentar reduzir o déficit da Previdência Social. O objetivo era estimular os segurados a retardar o pedido do benefício. O prejuízo aos beneficiários é evidente, estima-se que o fator reduza em cerca de 30% as aposentadorias por tempo de contribuição dos homens e 35% da mulheres. Conclui a juíza, que extinguir direito é fustigar a dignidade do trabalhador (MACCALÒZ, Salete Maria Polita. O século da (im) previdência. Disponível em: <http://www.redemulher.org.br/salete.html>). Acesso em 02/2006.

Ainda neste sentido, e sob o argumento de escassez orçamentária e redução do déficit da previdência, o governo deu mais uma “fachada” aos direitos fundamentais dos segurados da previdência social, com a edição da MP 242/2005, a qual alterou as regras do auxílio doença e dificultou o acesso do trabalhador a esse benefício previdenciário. Essa foi uma das principais medidas do governo para conter o déficit da previdência. Esta Medida foi vista como um retrocesso social, em razão da mudança no cálculo do valor do auxílio-doença, pois prejudicaria significativamente o trabalhador. Marco Aurélio, ministro do STF, num ato louvável de sensibilidade social, suspendeu, por liminar, a medida provisória 242 - ADIs 3467, 3473 e 3505. (FREITAS, Silvana. STF derruba mudança no auxílio-doença. **Folha de São Paulo**, B 11, 2 jul 2005).

pátrio, certa conquista social previdenciária, esta não poderia jamais ser burlada. Deve-se defender o núcleo fundamental previdenciário, que não consiste apenas no enunciado genérico da existência deste direito. Deve-se preservar todo e qualquer dispositivo constitucional, hoje constante da ordem social, que atribua maior eficácia ao conceito de previdência social – como, por exemplo, a preservação do valor real do benefício no tempo ou a existência de benefícios como a aposentadoria, pensões e os demais constantes da própria Constituição. Logo, seria possível a mudança constitucional de regras previdenciárias, desde que não afetassem este núcleo duro (essencial) da previdência social extraído do atual texto constitucional.

As prestações previdenciárias por terem uma natureza alimentar e, em última análise, proteger a vida exigem ações e políticas públicas positivas do Estado, no sentido de dar a máxima efetividade a esse direito, concretizando as prestações materiais já existentes, melhorando a qualidade dos serviços prestados e das próprias Instituições (INSS) e simultaneamente ampliar o número de beneficiários, trazendo para o sistema aqueles cidadãos que estão à margem do direito de acesso à previdência social.

Obviamente, não se está aqui querendo defender que o magistrado conceda prestações materiais - previdenciárias - dezarrazoadas com a realidade fática, econômica, política e social, mas que seja responsável ao balizar o caso concreto, levando-se em conta os fatores econômicos sim, pois não pode deixar de ponderar a repercussão e os reflexos fáticos da sua decisão, mas que busque efetivar ao máximo os dispositivos constitucionais e, conseqüentemente, fazer justiça social.

Apesar da reserva do possível constituir uma barreira para o desenvolvimento e efetivação judicial dos direitos a prestações materiais, esse obstáculo não é intransponível, isto é, a competência do legislador para elaboração do orçamento não é absoluta, estando sujeita aos fins constitucionais. Dessa forma, se os fins são incompatíveis aos fundamentos e objetivos da constituição, legitima o controle judicial.¹³⁵

Tratando dos direitos fundamentais e do controle das Políticas Públicas no Constitucionalismo contemporâneo, Barcellos assim sintetiza a matéria:

¹³⁵ MORO, **Desenvolvimento...**, p. 98-99.

As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.¹³⁶

Verifica-se, portanto, que não é dado ao político à liberdade da escolha com base, exclusivamente, nos critérios de conveniência e oportunidade que regem os atos administrativos. A sua discricionariedade está adstrita aos fins materiais impostos pela carta Republicana e a motivos fáticos razoáveis.

Conclui a referida autora, que as decisões do Poder Público acerca da definição de políticas públicas, podem e devem submeter-se ao controle do judiciário, pois toda ação estatal está vinculada aos mandamentos constitucionais. Não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.¹³⁷ Observa ainda que, somente por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.¹³⁸

Frise-se também, que a legitimidade do juiz está ancorada no princípio da efetividade das normas constitucionais, orientador da interpretação constitucional, corolário do princípio da supremacia da Constituição. Tais princípios somados à reserva da consistência¹³⁹ autorizam, por si só, o controle judicial das normas constitucionais, e atos administrativos incompatíveis com a constituição, especialmente aquelas de

¹³⁶ BARCELLOS, **Neoconstitucionalismo**..., p. 90-91.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 92.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 90.

¹³⁹ A reserva da consistência autoriza o juiz à efetivação judicial das normas constitucionais, mesmo diante das barreiras aqui expostas, desde que o magistrado logre a demonstrar a consistência de sua atividade - argumentos substanciais quanto à incompatibilidade do ato normativo ou administrativo impugnado em relação à constituição (MORO, **Desenvolvimento**..., p. 89-91).

direitos sociais, as quais são pressupostos materiais à fruição dos demais direitos de liberdade.¹⁴⁰

À guisa de finalização, enfatiza Clève, na mesma linha de pensamento de Krell, que a reserva do possível, concebida na experiência alemã, deve ser estudada com certa cautela, haja vista que não pode ser transposta, de modo automático, para a realidade brasileira, pois os fatores sociais, econômicos e políticos são bastante diversos¹⁴¹. Assim pensa o constitucionalista:

O que importa é o magistrado agir com determinação e cautela, ponderando os direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível (reserva do possível), mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (vedação do retrocesso social). Com efeito, aqui não se trata, para o Estado, de conceder o mais, mas, antes, de cumprir ainda com o mínimo. (...) a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.¹⁴²

Com efeito, a reserva do possível não pode ser utilizada de forma generalizada e abstrata para restringir direitos prestacionais, sob o argumento simplista de escassez orçamentária. Há que se observar, como já dito alhures, que todo direito tem um custo, logo o argumento de que os prestacionais demandam despesas é falacioso e não deve prosperar. Na priorização das políticas públicas, cremos crer, que os limites norteadores das ações governamentais foram, sabiamente, traçados pelo constituinte originário, quais sejam, os direitos fundamentais e as prestações que compõem o mínimo existencial. Dada a natureza principiológica dos prestacionais, a prudência e a ponderação devem ser aferidas concretamente, seguindo uma política de afirmação e concessão de direitos, não de negação e limitação.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 89.

¹⁴¹ CLÉVE, *Boletim ...*, p.160.

¹⁴² *Id.*

2.5 A EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDENCIA SOCIAL.

Afirmada a natureza jurídica de direito fundamental aos direitos sociais, resta indagar qual a eficácia desses direitos? São sindicáveis?

Distingue a doutrina entre a eficácia jurídica da norma e a eficácia social. Segundo a concepção clássica de Jose Afonso da Silva, a primeira consiste na possibilidade de sua aplicação jurídica, ou seja, na aptidão, na potencialidade da norma produzir em maior ou menor grau os efeitos almejados pelo legislador. A segunda está relacionada à efetividade da norma, ou seja, a efetiva conduta de acordo com a prevista pela norma. É nas palavras do autor, a obediência, o respeito e aplicabilidade da norma no mundo dos fatos. Afirma ainda, que eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos. A eficácia diz respeito à potencialidade, enquanto que a aplicabilidade consiste na realizabilidade, executoriedade da norma, praticidade, isto é, se a norma dispõe de todos os requisitos para a sua aplicação fática.¹⁴³

Consoante leciona Barroso, a efetividade implica na realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais¹⁴⁴. Simboliza a aproximação entre o ser (realidade social) e o dever ser (norma).

Para aqueles que classificam os direitos fundamentais sociais como normas programáticas, são destituídos de eficácia imediata (consequência jurídica), e não são sindicáveis, pois a sua materialidade depende de ação Legislativa e Executiva.

Para a corrente mais moderna, centrada numa hermenêutica constitucional emancipatória e transformadora, a Constituição é norma jurídica central no sistema, tudo o que está na Constituição tem normatividade e vincula a todos - cidadãos e poder público. De outra forma, todas as normas constitucionais têm um certo grau mínimo de

¹⁴³ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 60-66.

¹⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4.ed.2.tir., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. .241-242.

eficácia¹⁴⁵. Daí concluir Moro: “Tanto as regras como os princípios e programas constituem normas imediatamente invocáveis pelos tribunais para solução de casos concretos, sendo eles obrigados a conferir-lhes a máxima efetividade possível.”¹⁴⁶

Dessa forma, os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos como uma imposição constitucional ao poder público, espécie de mandado de otimização ou maximização aos entes públicos, no sentido de alcançar a máxima efetividade.

Os direitos fundamentais sociais possuem dupla dimensão. A dimensão objetiva vincula executivo, legislativo e judiciário, no sentido de conferir maior eficácia possível aos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Compreende-se aqui prestar os serviços públicos necessários aos cidadãos, exercer o poder de polícia, legislar no sentido de dar concretude aos dispositivos constitucionais.¹⁴⁷ Da dimensão objetiva dos referidos direitos, extraem-se deveres estatais de imposição constitucional, a serem cumpridos num determinado espaço temporal.

Partindo-se do pressuposto que tudo o que está na Constituição obriga, advoga-se nesse trabalho que o não cumprimento, ou cumprimento insatisfatório, irregular, ou ainda a sua omissão, faculta ao particular – dimensão subjetiva - reivindicar em juízo o direito à prestação material delineada na Constituição, singularmente àquelas que compõem o mínimo existencial.

Sarlet, na esteira de Barroso, sustenta que a falta de concretização não poderá, obstaculizar a aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o judiciário por força do disposto no art. 5º, § 1º, tem por obrigação assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, bem como remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, com base no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.¹⁴⁸

Reforça esta tese o fato da Constituição brasileira, diferentemente da portuguesa, não estabelecer distinção entre direitos de liberdade e sociais, encontrando

¹⁴⁵ Defendem esta tese Barcellos, Clève, Flavia Piovesan, Morro, Sarlet, entre outros. No direito comparado, Alexy, Canotilho.

¹⁴⁶ MORO, *op. cit.*, p. 80.

¹⁴⁷ CLÈVE, *op. cit.*, p. 156. No mesmo sentido ver CANOTILHO. **Direito Constitucional** ..., p. 476.

¹⁴⁸ SARLET, **A Eficácia**, p. 248.

todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico.¹⁴⁹

Este posicionamento também é adotado por Correia, conforme se verifica no excerto:

Aqui, a eficácia zero conduz à total ausência da força normativa do comando constitucional – que passa a ser mero aconselhamento ou orientação, jamais implementado. Nestes casos, há que se observar o seguinte: todos os agentes do direito, uma vez decorrido algum lapso sem que o programa constitucional tenha sido implementado, devem se orientar para extrair da disposição constitucional toda a sua força. Assim, advogados, devem peticionar, a sociedade deve se mobilizar por intermédio de suas entidades associativas, o Ministério Público deve exigir e o judiciário deve comandar segundo a intenção constitucional.¹⁵⁰

Não obstante a força vinculante do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais - art. 5º, §1º da CF, incluindo aqui os direitos sociais, Sarlet ensina que tal preceito deve ser visto com cautela, haja vista que se trata de norma de cunho principiológico, portanto descabe a lógica do tudo ou nada a exemplo das regras jurídicas, motivo pelo qual o seu grau de eficácia fica subordinado a casuística do caso em análise. Por ser uma norma-princípio, impõe aos órgãos públicos a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível a esses direitos. Entendimento este partilhado por Canotilho e Flávia Piovesan.¹⁵¹

Apesar de Moro reconhecer que o posicionamento acima representa um significativo avanço para o desenvolvimento e efetivação das normas de direito fundamental, ressalta que do princípio da efetividade já decorreria mandato de otimização das normas de direito fundamental, sendo desnecessário atribuir tal significado ao §1º do art. 5 da Constituição Federal de 1988.¹⁵²

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 241. No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève. **Boletim** ..., p. 153-154.

¹⁵⁰ CORREIA, **Direito Previdenciário** ..., p. 36.

¹⁵¹ SARLET, *op. cit.*, p. 248-250.

¹⁵² MORO, *op. cit.*, p. 69-70.

É certo, todavia, que, no caso de direitos derivados carentes de regulamentação, em tese, há que se ter um certo cuidado, em razão de que são abstratos, vagos, por isso, exigem especificação em norma regulamentar.

Neste ponto, sustenta Clève, que é perfeitamente possível à propositura de ação judicial exigente de definição de política de prestação por parte do Estado que possa atender, em prazo razoável a imposição constitucional, haja vista a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais.¹⁵³ Neste caso, também é possível o ajuizamento de medidas judiciais coletivas, especialmente as Ações Civis Públicas, voltadas para impelir o poder público a adotar políticas públicas, que paulatinamente atenda as necessidades da comunidade em geral e a principiologia constitucional.¹⁵⁴ Conclui o constitucionalista, que inobstante os prestacionais serem direitos de eficácia progressiva, isso não significa dizer que possam ser considerados como meras normas de eficácia diferida, programática, limitada.¹⁵⁵

Aplicando os argumentos expostos ao âmbito da previdência social e considerando que a previdência social, do ponto de vista normativo, é conceituada como um complexo de normas e posições jurídicas, resta indagar qual a eficácia jurídica e social do direito à previdência social? Qual a vinculação do poder Público e este complexo de norma?

A efetividade dos direitos fundamentais sociais, entre eles o da previdência social, está vinculada a uma atuação negativa e positiva do poder executivo. Negativa, no âmbito previdenciário, no sentido de que o poder público deve se abster de emitir atos normativos que restrinjam direitos previdenciários já regulamentados em sede de legislação infraconstitucional e que violem a ordem constitucional¹⁵⁶. Positiva, no

¹⁵³ CLÈVE, *op. cit.*, p. 159

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 158.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.159.

¹⁵⁶ Cumpre destacar aqui a medida adotada pelo governo a partir de agosto de 2005, com a implantação da Cobertura Previdenciária Estimativa-COPES – conhecida pelos segurados como a alta programada para os benefícios de auxílio-doença e previdenciários. Esta medida obriga o segurado a retornar sistematicamente para as filas do INSS para solicitar reativação do benefício, caso se encontre ainda incapacitado de retornar ao trabalho, quando da data fixada pelo perito do INSS, na alta programada. Este retorno ao INSS vem seguido de profunda insegurança, pois a alta significa obrigatoriedade de retorno ao local de trabalho, muitas vezes sem condições. Nestes casos, as empresas

sentido de elaborar políticas públicas que minimize a atuação deficitária da autarquia na execução dos serviços prestados, e reduza os obstáculos que impedem a efetividade plena do direito fundamental à previdência social.

Qual o *quantum* de eficácias de suas normas? Têm tais normas aplicação imediata no mundo dos fatos?

Neste sentido, ressalta Sarlet que nem todas as normas contidas nos seus preceitos (artigos 201, 202 e 203 da CF) possuem a mesma carga eficaz, pois algumas são diretamente aplicáveis e eficazes, não reclamam ato legislativo regulamentador, vinculando todos os poderes estatais, outras, no entanto, estão subordinadas à regulamentação infraconstitucional, em razão da sua baixa densidade normativa. O autor cita como exemplo o direito subjetivo e individual a aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, por sua alta densidade normativa, isto é, por sua completude em sede constitucional, já que além de definir o objeto do direito (aposentadoria) fixam critérios bem determinados para sua concessão. Entendimento este, ratificado, inclusive, pelo STF (RE nº 166961-RS) como direito imediatamente aplicável.¹⁵⁷

Entretanto, não obstante a sua eficácia jurídica, carece de eficácia social, em vários aspectos. É fato que os procedimentos prestados pelo INSS para materialização desse direito, em geral, são ineficientes e de qualidade questionável.

podem demitir os trabalhadores livremente, mesmo que continuem doentes. Portanto, a soma das condições: adoecimento, insegurança a manutenção em benefício enquanto for necessário, insegurança quanto a continuar recebendo benefício, e mais ainda a insegurança quanto a possibilidade real de ser demitido. A soma desses fatores faz com que o retorno permanente ao INSS esteja cada vez mais carregado de tensão. Tal medida tem a intenção de reduzir gastos e dificultar o acesso dos segurados aos benefícios previdenciários.

Entretanto, o judiciário num ato louvável de sensibilidade, por meio do juiz federal da 1ª Vara de São José dos Campos, SP, Gilberto Rodrigues Jordan, concedeu, em 6 de junho 2006, liminar proibindo o INSS de conceder alta médica e cancelar o benefício do trabalhador sem que a capacidade laboral do segurado esteja recobrada. A decisão proíbi que o INSS estabeleça a volta do lesionado ao trabalho antecipadamente, ou seja, a previdência tem que realizar outra perícia antes de cortar o seguro auxílio-doença ou previdenciário do trabalhador. A validade dessa liminar é para todo o país, derrubando a aplicação da alta programada.

A alta programada foi alvo de inúmeros protestos e ações na justiça em todo o país. Contudo, a liminar da justiça federal de São José é inédita, pois beneficia todos os segurados do INSS, independente da categoria profissional.

¹⁵⁷ SARLET, **A Eficácia**..., p. 294-295.

Segundo o procurador Sergio da Cruz Arenhart, a procuradoria dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, em Curitiba, recebe cerca de 100 reclamações por mês sobre os serviços públicos federais. A maior parte delas questionando a demora, deficiência e insuficiência no atendimento na reposta do serviço demandado. Cerca de 80% dessas reclamações são referentes ao INSS. A solução para o quadro apresentado esbarra na reserva do possível, ou seja, falta recursos orçamentários.¹⁵⁸

Em artigo publicado no Programa de Educação Previdenciária do Ministério da Previdência Social, Celecino Carvalho Filho, economista e professor de pós-graduação em seguridade social da EPPG (UFRJ/IUPERJ) E FGV-DF, assevera que a questão administrativa é um dos obstáculos à eficiência da Autarquia. Aduz que é preciso que o Governo compreenda que a área vital da instituição, por onde a previdência torna-se efetiva perante a sociedade, é a de benefícios. Nesse setor, segundo o professor, faltam recursos humanos em número e qualidade, sendo que a renovação de quadros tem ficado restrita a procuradores e fiscais. Além da não renovação de pessoal, os salários são incompatíveis com as funções, o treinamento é inadequado e não há perspectiva funcional, pela ausência de plano de cargos e carreiras. Acrescenta Carvalho Filho, que o número de agências é insuficiente e, mesmo com a desejável realização de parceria, a instituição precisa estar mais presente junto à população. Por outro lado, o insuficiente investimento em tecnologia faz com que a previdência distancie-se cada vez mais da eficiência e eficácia indispensáveis à sua modernização. Conclui o economista e professor, que esse processo de desestruturação da previdência começa com a alta frequência de mudanças de comando, associada ao fato de a previdência manter-se, permanentemente, como moeda de troca política, e a conseqüente adoção de ações voluntárias, próprias de quem tem prazo curto para implementá-las.¹⁵⁹

Como se vê, o quadro ora apresentado é uma afronta à sociedade e a dignidade dos segurados que dela dependem e para isso contribuem ou contribuíram

¹⁵⁸ ARENHART, Sergio Cruz. Cidadão no Fim da Fila - lentos, serviços públicos são um suplício para o usuário. Disponível em: **Gazeta do Povo**, 23/10/2005.

¹⁵⁹ FILHO, Celecino de Carvalho. A Previdência Social Brasileira é Viável? Disponível em : <http://intraprev/portal/mps/se/pep/artigo13.asp>

mensalmente. O pior de tudo isso é que o governo continua a ignorar essa situação, pois sinaliza com medidas paliativas que não contribuem para resolver, de fato, os problemas aqui evidenciados.

A falta de estrutura material e humana, aliada a grande demanda social, acaba tornando a análise dos processos morosa demais, e muitas vezes quando a prestação material é concedida pela Autarquia é tarde demais, o beneficiário já morreu esperando a concretização do seu direito.

Soma-se a isso que, muito dos obstáculos presentes, são impostos pela própria atuação governamental, quando através de Portarias, Decretos, Instruções Normativas, Memorandos, restringe direitos previdenciários e reduzem de forma considerável a eficácia da norma Constitucional.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Tais atos normativos têm como objetivo frear e dificultar o acesso à previdência social e, simultaneamente, reduzir os valores dos benefícios. A consequência disso é nefasta para a sociedade e para o próprio Estado. A sociedade é a maior prejudicada, pois além de ter os seus direitos cerceados pelo Estado e sofrer grandes prejuízos com a demora do processo administrativo, arca com os custos da ineficiência da máquina administrativa. Quanto mais tempo o processo se arrasta pelas instâncias administrativas (Juntas de Recursos da Previdência Social – com jurisdição no Estado; Câmaras de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social – com jurisdição Nacional) mais juros e correção monetária a Autarquia tem que pagar numa possível vitória do demandado. Considerando que o sistema de custeio da Previdência Social é regido pelo princípio da solidariedade no fim quem acaba pagando a conta é a própria sociedade.

Por outro lado, não tendo conseguido a satisfação do seu direito via administrativa, o segurado acaba por bater na porta do judiciário, como última tentativa que lhe resta para garantir o seu direito fundamental à previdência social que fora violado. A vida desses segurados se torna um verdadeiro calvário na busca de seus direitos.

Neste particular, novamente o INSS, nas palavras de Correia, “ludibria” o seu segurado, eis que pratica em juízo uma política de procrastinar feitos. Segundo Lazzari, “o INSS é um mau pagador. A política de discutir em juízo até as últimas instâncias, valendo-se de todos os recursos e medidas procrastinatórias possíveis para postergar o pagamento de direitos assegurados por decisões judiciais, além de lamentável, do ponto de vista social, gera um efeito “bola de neve” sobre os valores a serem quitados. A dívida principal, quanto mais tempo demora para ser paga, é atualizada monetariamente e acrescida dos juros moratórios.” (LAZZARI, *op. cit.*, 643)

É fato que a justiça acumula processos contra o INSS. Segundo o juiz federal Jose Antonio Savaris, da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais (JEFES) do Paraná, são centenas de processos empilhados nas prateleiras, à espera de julgamento. Frisa o juiz federal que “a Administração (INSS) paga muito ao judiciário, porque tolhe os direitos fundamentais do seu povo, porque, na maioria das vezes, não coaduna seus atos administrativos, suas leis com os princípios e diretrizes Constitucionais”. Ressalta que “a Previdência, como a maior seguradora do Brasil, está vinculada aos princípios da moralidade legalidade e eficiência prevista no art. 37 da Carta Republicana.” Afirma o magistrado, que a retórica é uma, mas a prática é outra. Aduz ainda, que “a Administração Pública é a maior freguesa do judiciário, porque viola direitos fundamentais do cidadão, porque o discurso é por uma justiça efetiva e célere, uma justiça que promova os valores existenciais da pessoa e não o patrimônio, fundamento primeiro da república, todavia a prática é outra muito diferente”. Conclui Savaris, que “o INSS paga muito em juízo, porque muito pratica a ilegalidade, usando o judiciário como instrumento de rolagem

Entretanto, conforme todo exposto, o problema maior não está na cobertura, a qual nos parece satisfatória, mas sim na execução desse serviço pelo ente público (que em geral é precária e ineficiente, obstaculizando, muitas vezes, a concretização efetiva desse direito fundamental) e na informalidade em razão de vários fatores, entre eles a precariedade do mercado trabalho formal. As estatísticas comprovam que há uma incidência muito grande de pessoas ocupadas fora da proteção social previdenciária, pois, estão no mercado de trabalho informal.¹⁶¹

A grande dificuldade nos parece, está na abrangência desses benefícios, pois uma parte significável dos cidadãos não está albergada por essa proteção. São pessoas que, não obstante, trabalharem diuturnamente, estão na ilegalidade, pois não contribuem para o regime geral.

Como já dito alhures, constata-se aqui uma mitigação do princípio da universalidade, haja vista que a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições implica restrição no acesso à almejada cobertura do seguro social, pois aqueles que não têm capacidade contributiva ou exercem atividade econômica na informalidade não são amparados pela previdência social.¹⁶²

Celecino de Carvalho Filho destaca que entre as razões para tamanha desproteção previdenciária está a desinformação ou informação equivocada pelos trabalhadores a respeito do que é a previdência e sua importância para a proteção social, além dos seus baixos níveis de rendimento. Outra razão também a ser levada em conta, segundo o autor, está no alardeamento do chamado “déficit da

de suas dívidas.” (SAVARIS, José Antônio. Justiça Acumula Processos contra o INSS. Disponível em: **O Estado do Paraná -Economia**, 19/02/06. ; Savaris, Alteração da Lei dos Juizados Especiais Federais. Disponível em Seção de Comunicação Social/JFPR).

¹⁶¹ Segundo pesquisa Nacional de Amostra por domicílio – PNAD em 2004 a população economicamente ativa ocupada (16 a 59 anos), no setor privado, era de 75, 33 milhões de pessoas. O número de contribuintes do Regime Geral de Previdência social – RGPS, já descontados os vinculados a outros regimes de previdência, como os servidores públicos, civis e militares, era de 32, 96 milhões. O número de pessoas socialmente protegidas foi estimado em 47, 13 milhões ou 62, 6%, (contribuinte regime próprio - 5, 33 milhões; contribuinte regime geral – 32,96 milhões; segurados especiais 7, 63 milhões; beneficiários do RGPS não contribuintes – excluídos os segurados especiais – 1,20 milhões, restaram 28, 19 milhões ou 37,4 de pessoas ocupadas sem qualquer proteção previdenciária. (Panora ma da Proteção Social da População Ocupada. Disponível em: <http://goiania.go.gov.br/temporarios/helmutprevmungoiania18052006.ppt#23>. Acesso em 05/2006).

¹⁶² ROCHA, *op. cit.*, p. 114.

previdência”.¹⁶³ Como se estivesse desconvidando as pessoas para ingressarem na previdência, porque seria uma instituição falida.¹⁶⁴

Acrescentamos aqui um outro fator, a ineficiência da Autarquia na execução dos serviços prestados e as constantes reformas previdenciárias efetuadas pelos governantes, as quais contribuem significativamente para o descrédito da população, em geral, pois trazem a insegurança jurídica e a incerteza quanto ao futuro da Instituição.

Neste aspecto, faz-se mister ressaltar, os ensinamentos de CORREIA, o qual muito bem destacou essa situação, ao afirmar que o próprio sistema não contribui positivamente para aumentar o acesso voluntário das pessoas, senão vejamos:

Em matéria previdenciária, há um pacto de confiança entre o poder público e a população que, se quebrado por contingências meramente circunstanciais (como eventuais desculpas de sistema deficitários, decorrentes em especial de incúria na gestão ou mesmo provenientes de uma suposta insuficiência de recursos), pode gerar verdadeira ruptura na sustentação de um sistema público de previdência. Não há como pretender a agregação voluntária de pessoas a um sistema de previdência que, constantemente, ludibriam os seus segurados, sob a escusa de que, não havendo sido adquirido determinado direito, nada ou pouco lhe é devido. Este raciocínio causa rompimento no pacto de fidúcia que é fundamental para qualquer sistema previdenciário. Mesmo em um regime de filiação obrigatória, a confiança no sistema é importante, sob pena de as pessoas buscarem meios de se colocar, ainda que por vias não legais, fora deste. Logo a previdência, mesmo a pública obrigatória, deve, na sua essência, constituir sistema de atração – e não de traição.¹⁶⁵

¹⁶³ Contestado pela sociedade civil e pelos doutrinadores visto a utilização indevida dos recursos em outras finalidades que não os da previdência social (OLIVEIRA, *op. cit.*, p.159). Stephanes Reinhold, citado por Lazzari, indica a má gestão do sistema e desvio de recursos como fator fomentador da crise no sistema previdenciário e do famigerado déficit da previdência. A gestão não profissional da previdência, vale dizer, com os cargos de direção sendo objeto de barganhas políticas e “cabides de emprego” para pessoal totalmente desqualificado, serviu para agravar o quadro e permitir o desajuste entre aportes e pagamentos (LAZZARI, *op.cit.* , p. 642).

¹⁶⁴ CARVALHO FILHO, **A Previdência Social** ..., p. 3.

¹⁶⁵ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. A Previdência Social como Conquista da Civilização.**Revista da Previdência Social**, São Paulo, ano XXVIII, nº 284, julh 2004, p. 589-590.

Como visto, o Estado não tem exercido eficientemente o seu papel de agente promotor do desenvolvimento social. A práxis social não se coaduna com a propaganda que imprime¹⁶⁶. Permite a constante violação e restrição de direitos e garantias constitucionais sob a alegação de custeio. A desconfiança e o descrédito na previdência social contribuem de certa maneira para aumentar ainda mais o quadro de exclusão social.

Como se constata, o quadro ora apresentado ressalta, que grande parte da população trabalhadora é refém da sua própria ignorância cultural, ou seja, sequer sabem da ampla proteção que a previdência social pública proporciona quando das contingências da vida, outras são vítimas da precariedade nas relações de trabalho e não possuem capacidade contributiva, outras sequer fazem parte do índice dos ocupados, pois foram pegadas pelo desemprego estrutural e não contribuindo estão à margem do regime geral de previdência social pública.

Por fim, seja por desconhecimento desse direito, seja por falta de recursos econômicos para contribuir, seja por descrédito na Instituição, a verdade é que o quadro de exclusão do regime previdenciário é alarmante e preocupante, comprometendo a universalidade do sistema e a sua função social e, conseqüentemente, reduzindo a eficácia desse direito fundamental.

Concluindo, importa reconhecer, que o atendimento e procedimentos prestados pela Instituição (INSS), são insatisfatórios e de qualidade precária, comprometendo a sua função social, o seu escopo de proteção e a segurança social. Dessa forma, a eficácia social da norma é negativamente afetada pelas deficiências da sua execução e pelas constantes reformas previdenciárias. Os efeitos práticos desejados pelo constituinte originário de transformação da realidade fática, e de inclusão social acabam por não se materializarem, ou se materializam de forma reduzida e parcial.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, *op cit.*, p. 159.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa chega ao seu término constatando que o tema ora tratado não fora esgotado, e nem poderia uma pesquisa acadêmica ter tal pretensão, até porque não seria possível, tendo em vista a amplitude do tema. Em razão disso, e do objetivo específico do trabalho, destacamos ao longo do caminho percorrido algumas matérias a serem trabalhadas, as quais julgávamos serem imprescindíveis como suporte a tese arguída na inicial, qual seja, evidenciar a previdência social pública numa perspectiva principiológica, e, simultaneamente, destacá-la como direito fundamental e como um dos principais instrumentos de inclusão social. Dessa forma, de acordo com o trabalho desenvolvido, chegamos a diversos resultados, os quais serão sintetizados a seguir.

A Constituição é norma jurídica suprema e fundamento de validade para todas as demais normas do Ordenamento Jurídico. Seguindo essa lógica, tudo o que nela se contém desfruta dessa natureza, vinculando Estado e sociedade. Com base nesse raciocínio os princípios ganham normatividade e ocupam lugar de destaque não só na Constituição, mas em todo Ordenamento Jurídico, eis que expressam os mais autênticos valores e ideais da sociedade.

Inobstante as diversas classificações das normas constitucionais prevalece atualmente na doutrina, a distinção, quanto a sua estrutura, em duas categorias: princípios e regras. A principal importância dessa classificação das normas jurídicas em regras e princípios está em afirmar a normatividade entre duas espécies de normas e, simultaneamente, propiciar maior efetividade possível a estas quando da sua interpretação no caso concreto. Segundo a teoria de Alexy, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, mas não como imposição definitiva, eis que dependem das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Já as regras, quando em colisão, não possibilitam tal abertura, pois não comportam sopesamento, ou ponderação, ou valem integralmente e são aplicadas diretamente ao caso concreto ou são excluídas por inteiro. Daí Alexy denominar as regras de *comando de definição*, eis que atribuem direitos definitivos aos particulares e os princípios de *comando de*

otimização, pois atribuem direitos *prima facie* aos particulares. A teoria dos princípios de Alexy e Canotilho serviu de fundamento básico para o desenvolvimento de toda a pesquisa e de suporte às conclusões a seguir expostas.

De acordo com a teoria dos princípios delineada, pode-se inferir que o direito fundamental à previdência social pública caracteriza-se como uma norma-princípio. A essência da pesquisa está em afirmar que o fato da previdência social ser contributiva e uma espécie de política pública, não descaracteriza a sua função social e natureza principiológica desse direito fundamental, visto que inobstante diferentes enfoques da norma, o escopo da norma é único, ou seja, a proteção máxima em segurança social aos indivíduos ela vinculados. É política pública porque depende de ações e programas estatais para realizar a sua finalidade e cumprir o seu papel social, isto é, impõe deveres ao Poder Público. Por outro lado, o fundamento principiológico indica realização na maior medida do possível, isto é, esta norma deve ser lida na suas duas vertentes, qual seja, como mandamentos objetivos dirigidos ao Estado e, concomitantemente, como direito subjetivo outorgado aos indivíduos quando preenchidos os pressupostos legais. Como mandamento objetivo impõe ao Poder Público o dever de não só criar um aparato material para que estas normas-princípio possam se concretizar em maior grau possível, mas também, remover as barreiras que impeçam a sua concretização

A grande importância dessa caracterização como norma-princípio está em permitir que a norma não tenha sua eficácia negada de pronto sob alegação de custeio, possibilitando uma maior eficácia possível da norma e cumprindo a sua função social, eis que seu conteúdo deve ser aferido no caso concreto, de acordo com as possibilidades fáticas (realidade) e jurídicas (princípios contraposto) do caso que se apresenta. De outra maneira, quando da interpretação e aplicação da norma deve o juiz se pautar nas particularidades do caso, as quais, muitas vezes, pode, inclusive, se sobrepor aos rigores da lei, legitimando a solução *pro misero* e a justiça casuística. Aqui entra o ativismo judicial para realização concreta do direito (justo) no mundo dos fatos, desempenhando assim a sua função social.

O desafio da tese que defendemos está em afirmar que o direito fundamental à previdência social deve compor o mínimo existencial, núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana. O fundamento dessa assertiva está amparado na seguinte tese:

Se o mínimo existencial está relacionado mais com aspectos qualitativos que quantitativos, há que se concluir que o direito à vida, não se limita ao mínimo vital, mas sim a um mínimo existencial que possibilite uma vida com qualidade. De outra maneira, uma vida digna não se restringe apenas à mera sobrevivência física, logo deve envolver outros direitos como o direito de acesso à justiça, à educação, à saúde, à moradia, à cultura, à liberdade, ao meio ambiente equilibrado, **à previdência social**, dentre outros.

Dessa forma, se a previdência social pública tem como fundamento a proteção social e à produção da vida digna, concretiza, de fato, a dignidade da pessoa humana ao garantir, por meio dos seus benefícios, as condições materiais de uma vida digna no infortúnio ou quando por motivo de velhice o homem não puder mais se sustentar com a sua própria força de trabalho. Considerando que o mínimo existencial radica no princípio da dignidade da pessoa humana, há de se inferir que, a ausência de previdência pode levar o homem a uma situação de completa indignidade. Daí porque, defendermos que o direito fundamental à previdência social deve compor o mínimo existencial, eis que assegurando uma existência digna preserva-se a fruição dos demais direitos civis e possibilita ao homem viver de acordo com a sua vocação e seus ideais, para que possa continuar sendo sujeito de direito que é.

O direito fundamental à previdência radica no princípio da dignidade da pessoa humana. Há uma relação de conexidade indissociável, de modo que a violação do primeiro implica necessariamente na violação do segundo, pois a dignidade informa os direitos fundamentais. E não pode haver dignidade se estes não forem assegurados, especialmente, o direito fundamental à previdência social.

A seguridade social é concebida como gênero de técnicas de proteção social, do qual são espécies a assistência social, a saúde e a previdência social. Neste diapasão, pode-se afirmar que a relação da seguridade social com a previdência social é de complementaridade, haja vista que ambas realizam a ordem social e atenuam as necessidades sociais. A previdência social é o principal instrumento de realização da

seguridade social, eis que protege efetivamente a vida do cidadão desde antes do seu nascimento, quando ainda está no útero materno, até depois da sua morte, via pensão por morte para a família.

Inobstante a controvérsia que suscita na doutrina, nos juntamos com a corrente que defende a fundamentalidade e vinculação dos direitos sociais. Isto é, temos a convicção de que os direitos sociais, especialmente o direito fundamental à previdência social, são autênticos direitos fundamentais e a todos vinculam Estado e sociedade. A fundamentalidade dos direitos sociais tem as suas raízes nos princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana, ou seja, são direitos que por meio de políticas públicas, focadas em segmentos específicos da sociedade, buscam realizar a igualização de situações sociais desiguais. Daí concluir Faria que são direitos discriminatórios com propósito compensatório¹⁶⁷. Nesta senda, a previdência social pública foi incluída no rol de direitos e garantias fundamentais com a Carta de 1988 (art. 6º CF). Portanto, pode-se inferir que a previdência social, como direito social fundamental, está coberta com o manto da cláusula pétrea disposta no art. 60, §4º da Constituição Federal, com todas as garantias que lhe são inerentes. Como se verifica, a fundamentalidade formal da previdência social está positivada na Carta Constitucional. Por sua vez, a fundamentalidade material é compreendida pelo seu escopo social e protetivo. Com efeito, a previdência social é a realização mais expressiva dos fundamentos e fins constitucionais, eis que promove a solidariedade na sociedade e realiza concretamente a dignidade da pessoa humana e o bem estar-social.

O direito previdenciário é um direito público subjetivo, de natureza patrimonial, de cunho disponível (a disponibilidade das prestações previdenciárias suscita controvérsia na doutrina). Entretanto, o direito subjetivo só se concretiza quando presentes todos os elementos e pressupostos que compõem a situação fática, descrita na lei (hipótese de incidência). Das leis previdenciárias pode-se inferir três tipos de relações jurídicas: A relação jurídica de vinculação ou filiação; a de amparo ou proteção; e a de custeio. As normas previdenciárias não possuem a mesma carga eficaz em razão da sua completude, isto é, algumas normas constituem direitos

¹⁶⁷ SILVA, **Direitos Humanos**., p. 105

imediatamente aplicáveis e eficazes, vinculando todos os poderes estatais, eis que o constituinte originário já definiu todos os parâmetros referentes a sua aplicação, outras, no entanto, dependem de ato legislativo.

No tocante a relação do direito fundamental à previdência social com a reserva do possível, há de se questionar o “falacioso déficit” da previdência social, contestado pela sociedade civil e pelos doutrinadores, haja vista a utilização indevida das receitas em finalidades alheias à da previdência social. Apontado pelo Poder Público como o grande obstáculo à efetivação desse direito fundamental, e, simultaneamente, o responsável pelas pesadas reformas que a previdência vem enfrentando nas últimas décadas. Sob alegação de insuficiência de custeio o governo vem reduzindo ao máximo o poder aquisitivo dos benefícios e dificultando o acesso às prestações previdenciárias. Contrariando o verdadeiro sentido de previdência social delineado na Carta Constitucional, qual seja, de proteção e de amparo aos integrantes da sociedade contra eventos protegidos pelo sistema. Um Estado Democrático Social, que se proclama agente da promoção dos valores existenciais da pessoa e dos direitos fundamentais, não pode sob manto da insuficiência orçamentária violar os direitos fundamentais do seu povo, suprimindo direitos conquistados e restringindo o direito de acesso às prestações previdenciárias. É um verdadeiro contra-senso. Aquele que tem o dever legal de proteger e amparar seus cidadãos, criando condições materiais que propicie a compensação das desigualdades sociais, de modo a possibilitar uma existência digna, é o ente que cerceia os direitos fundamentais de seu povo e as garantias constitucionais imposta pelo constituinte originário.

Com efeito, a reserva do possível não pode ser utilizada de forma generalizada e abstrata para restringir direitos prestacionais, sob o argumento simplista de escassez orçamentária. Neste particular, a previdência social pública tem sofrido diuturnamente os mais pesados ataques estatais, configurando-se um verdadeiro retrocesso social. Há que se observar, como já dito alhures, que todo direito tem um custo, logo o argumento de que os prestacionais demandam despesas é falacioso e não deve prosperar. Na priorização das políticas públicas, cremos crer, que os limites norteadores das ações governamentais foram, sabiamente, traçados pelo constituinte originário, quais sejam,

os direitos fundamentais, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana e as prestações que compõem o mínimo existencial. Aqui reside, a nosso ver, a legitimidade do juiz para assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, bem como controlar as ações estatais em matéria de políticas públicas. Reforça esta tese, o disposto no §1º do art. 5º da CF., conjugado com o princípio da efetividade. Dada a natureza principiológica dos prestacionais, a prudência e a ponderação devem ser aferidas concretamente, seguindo uma política de afirmação e concessão de direitos, não de negação e limitação.

Tudo o que está na Constituição obriga. Em razão disso, pode se afirmar que todas as normas constitucionais contêm um certo grau mínimo de eficácia, isto é, são imposições constitucionais ao Poder Público, o qual tem o dever de conferir-lhes a máxima efetividade possível. No tocante ao presente tema, a efetividade do direito fundamental à previdência social está condicionada a uma atuação negativa e positiva do poder executivo. Negativa, no sentido de que o executivo e legislativo devem se abster de emitirem atos normativos que restrinjam direitos previdenciários já regulamentados em sede de legislação infraconstitucional e que violem a ordem Constitucional. Positiva, no sentido de elaborar políticas públicas que minimize a atuação precária do ente estatal e reduza os obstáculos que impeçam a efetividade plena do direito fundamental à previdência social.

A atuação, por vezes, deficitária da autarquia na execução de seus serviços, as constantes reformas previdenciárias, o falacioso “déficit da previdência”, aliados ao descrédito na Instituição, a falta de recursos econômicos para contribuir e o desconhecimento desse direito por grande parte da população, arranham a universalidade do sistema e comprometem a sua função social.

Soma-se a isso, que muitos dos obstáculos levantados são impostos pela própria atuação governamental, quando pratica uma interpretação legalista e restritiva da lei, desconectada com as diretrizes Constitucionais. Não se pode mais aceitar que o INSS continue a usar o judiciário para rolar suas dívidas e protelar ainda mais os direitos do segurando, tornando a sua vida um verdadeiro calvário na busca do seu direito que lhe

foi usurpado pelo Estado. O Instituto Nacional da Seguridade Social-INSS pratica um discurso de proteção e segurança social que não condiz com a sua prática.

Destarte, a eficácia social é negativamente afetada pelas deficiências do sistema e os efeitos práticos idealizados pela Carta Constitucional de inclusão social e paz social acabam por não se concretizarem ou se concretizam de forma precária.

Conclui-se assim, que um judiciário ativo e criativo aliado a uma sociedade, participativa, ativa e consciente de seus direitos é condição inafastável para superação dos obstáculos aqui evidenciados e para otimização e efetivação do desse direito fundamental. Possibilitando, de fato, a proteção e a inclusão social almejada pela norma previdenciária. Soma-se a isso uma interpretação da legislação previdenciária calcada numa dogmática emancipatória e transformadora da realidade social, fundada nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, acreditamos que a previdência social pública, não obstante aos vícios acima declinados, ainda é, sem dúvida, no mundo contemporâneo, um dos instrumentos mais eficientes para a redução da pobreza e a busca da inclusão social¹⁶⁸. É política pública indispensável para assegurar uma vida digna no infortúnio e promover a paz social entre os povos, portanto, deve ser preservada e remodelada pelo Estado e sociedade, de modo que inclua no rol de protegidos um contingente cada vez maior de pessoas, atuando assim no combate preventivo à pobreza e atenuando as desigualdades sociais.

¹⁶⁸ Segundo a ONU, a cada dez trabalhadores latino-americanos, hoje, seis não contribuem para a previdência, um verdadeiro exército de excluídos e marginalizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, Sergio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 221, 2000.

_____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. A Efetividade das Normas Constitucionais Revisitadas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 197, p.30-60, jul-set. 1994.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Limites e Possibilidade da Constituição Brasileira. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4.ed.2.tir., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.241-242.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, Celécino de. **A Previdência Social Brasileira é Viável?** Disponível em: <http://intraprev/portal/mps/se/pep/artigo13.asp/> . Acesso em 05/2006.

CEZARI, Marcos. Mais Aposentados Recebem o Piso do INSS. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p.B3, 04 jan 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2.ed., rev. E atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, n.8, ano II, jul/set, 2003.

_____. **Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 3. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br> . Acesso em 05/2006.

COIMBRA, J. R. Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de Políticas Públicas. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro: ano 86, v. 737, p.17-18, março de 1997.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In*: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha.(orgs.). **Direito Previdenciário e Constituição**. São Paulo: LTr, 2004.

_____. A Previdência Social como Conquista da Civilização. **Revista de Previdência Social**. São Paulo: LTr, ano XXVIII, n. 284, p. 589-590, julho 2004.

COSTA, Elliane Romeiro. O Estatuto do Idoso no Sistema de Proteção Social. **Revista de Previdência Social**. São Paulo: LTr, ano XXVIII, n. 284, p. 591-593, julho 2004.

D'AMORIM, Sheila. Governo já cogita dar abono a aposentados. **Folha de São Paulo**, B3, 13 jul 2006.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. *In*: José Eduardo Faria (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FACHIN, Luis Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FRANÇA, Álvaro Sólon de. **O Resgate da Dignidade na Previdência Social**. Artigo publicado no Programa de Educação Previdenciária do Ministério da Previdência Social. Disponível em: www.mps.pep.gov.br . Acesso em 05/2006.

HELMUT. **Panorama da População Ocupada**. (Fonte Macrodados PENAD 2004). Disponível em: <http://www.goiania.goiania.go.gov.br/download/temporarios/hlmetpremungoiania180522006ppt#14> . Acesso em 05/2006.

HORVATH, Júnior Miguel. **Direito previdenciário**. 4.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto alegre: Fabris, 2002.

_____. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, n.144, p. 239-260, out/dez. 1999.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 4.ed.rev. e atual. São Paulo: LTr, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MACCALÒZ, Salete Maria Polita. **O Século da (Im)previdência**. Disponível em: <http://www.redemulher.org.br/salete.html> . Acesso em 06/2006.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. Tomo II. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Comentários à Lei Básica da Previdência Social**. 4. ed., São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Manual de Direito Previdenciário**. Tomo II. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Princípios de Direito Constitucional**. 4.ed.São São Paulo: LTr, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos,1998.

MORARES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (org.), 2. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria dos Advogado, 2006.

MORO, S. F. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Eliane Domingues da Silva. Previdência social como direito fundamental do trabalhador. *In: Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais*. Roland Hasson (org.). Curitiba: Juruá Editora, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. brasileira de Maria Cristina de Circo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **A Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Interno e Internacional**.

_____. Direitos Humanos, O Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 833, mar 2005.

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**: na perspectiva dos princípios constitucionais do sistema previdenciário brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Breves comentários sobre as normas gerais de direito previdenciário que tratam da contagem recíproca do tempo de contribuição e a sua concretização judicial. In: **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Daniel Machado rocha (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SALOMMON, Marta. Previdência reduz mais a pobreza que Bolsa-Família. **Folha de São Paulo**, São Paulo, A4, 02 jul. 2006.

SANFELLCE, Patrícia de Mello. O Direito Previdenciário como Disciplina Fundamental para a Formação Jurídica ou a Importância do Estudo do Direito Previdenciário nos cursos de Graduação de Direito. **Revista de Previdência Social**. São Paulo: LTr, ano XXXIX, n. 290, p. 28-31, jan 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n.30, p. 96-124, abr-jun. 1999.

_____. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvavara, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 4, julho, 2001, p.. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 07/2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TORRES, R. L. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. N.177, ju/set. 1989.