



A SEGURIDADE SOCIAL E AS CONTROVÉRSIAS SOBRE A ASSISTÊNCIA E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

SOCIAL SECURITY AND CONTROVERSIES ON SOCIAL ASSISTANCE AND WELFARE SYSTEMS

Caroline Schneider¹
Ellen Carina Mattias Sartori²

RESUMO

O presente trabalho analisa os três pilares da seguridade social com suas respectivas características a fim de demonstrar o contínuo equívoco em suas evocações. Embora a Constituição Federal já tenha mais de 25 anos de promulgação, observa-se que os Tribunais ainda justificam a concessão ou a denegação de “benefícios” com base em requisitos equivocados. Amparada em vasta bibliografia e fazendo uso do método indutivo, este artigo pretende afastar as interpretações conflituosas e enaltecer o respeito à Constituição Federal.

Palavras-chave: Seguridade Social. Saúde. Assistência Social. Previdência Social. Requisitos constitucionais.

ABSTRACT

This paper analyzes the three pillars of social security and their respective characteristics for demonstrate the persistent miss understanding of them. Although the Federal Constitution is more than 25 years old, the courts still justify the granting or the denial of "benefits" based on wrong requirements. Supported by extensive bibliography and using the inductive method, this article aims to dispel the conflicting interpretation and to promote respect for the Constitution.

Keywords: Social Security. Health. Social Care. Welfare Systems. Constitutional requirements

¹ Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE, São Paulo, (Brasil). Coordenadora do Núcleo ESA da OAB/SP da Subseção de Ourinhos/SP. Advogada e Analista do Seguro Social com formação em Direito, na Agência da Previdência Social de Ourinhos/SP. **E-mail:** krolschneider@hotmail.com

² Mestre em Direito na Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE). São Pualo (Brasil). Advogada do escritório Pontechelle Sociedade de Advogados em Bauru/SP. Professora de Direito Civil da Faculdade Iteana de Botucatu (Instituição Toledo de Ensino). **E-mail:** ecsartori@uol.com.br



INTRODUÇÃO

Quando estudamos as ações relacionadas à seguridade social, dúvida surge quanto às características de cada um de seus pilares de sustentação, embora a Constituição Federal as institua tranquilamente.

Pelo art. 194 da Constituição Federal (CF), a seguridade social será formada por um conjunto integrado de ações de responsabilidade dos Poderes Públicos e da sociedade, por políticas públicas, com a finalidade de assegurar direitos relacionados à saúde, à assistência e à previdência social.

Por conjunto integrado de ações há que se entender que a sociedade e os Poderes Públicos trabalharão em prol da efetividade de políticas públicas inclusivas, políticas públicas de base constitucional.

Para a efetivação de tais políticas, o Poder Constituinte Originário elencou características para cada um desses pilares da seguridade, e é quando da análise dessas características que muita confusão ainda é feita.

De acordo com o art. 196, da CF, a saúde é direito de todos e dever do Estado, com o acesso universal e igualitário a todos, às ações e serviços destinados à sua promoção, proteção e recuperação. Não há qualquer contraprestação exigida ao cidadão para que tenha acesso às políticas públicas de saúde, por exemplo, não há necessidade de comprovação de ser baixa renda ou de ter realizado qualquer tipo de contribuição, para a mãe que busque vacinar seu filho em postos de saúde da rede pública.

O art. 203 da Constituição Federal, ao tratar da assistência social, estabelece que suas políticas públicas tem por objetivo, alcançar as pessoas que delas necessitem, independentemente de qualquer tipo de contraprestação. Observa-se que para ser amparada por políticas públicas relacionadas à assistência social, a pessoa deve comprovar a sua hipossuficiência, muitas vezes sua condição de “baixa renda”, de acordo com os ditames legais reguladores. Para fazer jus ao amparo social ao idoso, nos moldes do art. 203, V da CF, o idoso deverá comprovar não possuir meios próprios para sua manutenção, nem por meio de sua família.



E por fim, as políticas públicas relacionadas à previdência social, serão organizadas na forma de um regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, preservando seu equilíbrio financeiro e atuarial, nos moldes definidos constitucionalmente pelo art. 201. Para ser amparado pela previdência social, o indivíduo terá que contribuir para isso, terá que custear esse seu amparo futuro. As contingências sociais relacionadas à doença, à invalidez, à morte e à idade avançada, são amparadas vias auxílios e aposentadorias, instituídas de acordo com o salário de contribuição do segurado, ou seja, apenas se aposenta quem contribui para a previdência social.

Mesmo com a Constituição Federal, disciplinando cada um dos pilares da seguridade social, muitas decisões são tomadas, principalmente pelo Poder Judiciário, em afronta a tais características, e é sobre isso o presente trabalho.

O método de pesquisa (METRING, 2011) utilizado foi, essencialmente, o bibliográfico, analisando desde as diretrizes constitucionais até os ditames legais de cada uma das “garantias” da seguridade social. O método de orientação de conhecimento foi o dedutivo. Partindo de várias premissas referentes às características da saúde, da assistência e da previdência social, conclui-se pela confusão de aplicação das mesmas.

1. A seguridade social como direito fundamental

Não há qualquer dúvida quanto à afirmação de ser a seguridade social direito fundamental de 2º dimensão, verdadeiro direito prestacional por parte do Estado, de acordo com o caput do art. 6º da Constituição Federal que dispõe que são direitos sociais a saúde, a previdência social e a assistência aos desamparados.

Quando o Estado deixa de ser um Estado Liberal e passa a ser um Estado Social assume algumas responsabilidades para com cidadão, e nesse caso específico, assume a obrigação de implementar políticas públicas voltadas à efetivação do direito à saúde, à assistência e à previdência social. Segundo Brega Filho (2002, p. 22) “foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais”.

[...] os direitos fundamentais de segunda geração, seriam os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades. Caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, sendo



chamados de “direitos positivos”, pois exigem uma postura ativa, de concretização. Foram introduzidos no constitucionalismo pelas distintas formas de Estado social, inspirados na ideologia antiliberal do século passado, e tiveram sua origem impulsionada pela Revolução Industrial ocorrida nos séculos XVIII e XIX. (SARTORI; SCHNEIDER, 2015)

A importância em inserir a seguridade social nas dimensões dos direitos fundamentais está estritamente relacionado à atuação ou não atuação do Estado para sua implementação. Com o Estado Liberal a obrigação do Estado era uma não obrigação, ao Estado era exigido a não intervenção na esfera do indivíduo. Com a segunda geração dos direitos fundamentais, a esses direitos de não intervenção somam-se direitos que decorrem da ação do Estado.

Em sua perspectiva subjetiva, os direitos sociais são direitos exigíveis em juízo, embora de forma ilimitada. Segundo Sarlet há “o reconhecimento de um direito subjetivo ao mínimo existencial, concebido como garantia (fundamental) das condições materiais mínimas à vida com dignidade, isto é, uma vida saudável e, portanto, com certa qualidade”. (SARLET, 2013, p. 1321).

Essa exigibilidade encontra obstáculos para a efetivação dos direitos sociais, quando nos deparamos com o possível controle judicial das políticas públicas, da utilização dos recursos públicos, pois ao Judiciário não é dado se intrometer nas decisões discricionárias e orçamentárias do Executivo.

De início não cabia ao Judiciário decidir qual a melhor política pública a ser implantada pelo Executivo em determinado momento, nem como caberia ao Estado investir seu orçamento, no entanto, tal obstáculo não pode ser usado como fundamento para o não respeito dos direitos sociais do cidadão. As balizas da Separação dos Poderes, pensadas para proteger os indivíduos, não podem ser usadas como meios para impossibilitá-los de suplantarem seus direitos, o que culminou numa reviravolta das decisões judiciais.

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOSSIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. **Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.** 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, **inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos**



orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013)

Neste momento nos deparamos com o custo das políticas públicas relacionadas à seguridade. Como se observa, a efetivação de direitos de 2º dimensão requerer atuação positiva do Estado, que tem um custo a ser suportado pela sociedade (art. 195, CF). Essa solidariedade, que nasce da obrigação de toda a sociedade se sacrificar para financiar a seguridade, constitucionaliza a contribuição dos servidores inativos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2007) e dos aposentados que retornam ao trabalho (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2005).

Com a fixação dos custos inerentes a cada uma das espécies de direitos garantidos pela seguridade, surge a regra da contrapartida, pela qual nenhum benefício ou serviço da seguridade social pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, §5º CF). Embora seja uma regra prementemente direcionado ao legislador, não significa que o Judiciário pode, principalmente, estender benefícios e serviços a par das diretrizes estabelecidas constitucionalmente.

De um lado tem-se o Estado alegando não possuir recursos orçamentários, estrutura, para adimplir determinada obrigação social (reserva do possível) e de outro lado há o cidadão, individual ou coletivamente, exigindo a implantação de políticas voltadas a um mínimo arcabouço de satisfação de direitos (mínimo existencial). Há um verdadeiro cabo de guerra, com o Estado de um lado e o cidadão de outro.

Lazari define a reserva do possível (2016, p. 60) como “limitação argumentativo-fática à implementação dos direitos constitucionalmente previstos em razão de insuficiência orçamentária para tal”, e como mínimo existencial “o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja respeitada” (2016, p. 98).

O que não é aceitável, é o Estado-juíz desrespeitar os pilares constitucionais, seja no intuito de efetivar ou não efetivar os direitos sociais, quando embaralha, ou mesmo confunde as características de cada uma das engrenagens da seguridade social.

Sarlet (2013, p.1322) trata ainda do aspecto objetivo dos direitos sociais, pelo qual, além de exigir do Estado o adimplemento dos direitos sociais, ainda estabelece que as normas que tratam sobre direito sociais devem servir de pilar pra a interpretação das normas infraconstitucionais, ressaltando a característica do não retrocesso. Marinoni (2015, p.78), ao



tratar sobre a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais dispõe que “as normas de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos”.

O direito de exigir o adimplemento dos direitos sociais via políticas públicas, deve estar fundado nos ditames constitucionais de cada uma das espécies da seguridade social.

2. As confusões para a implantação da saúde

Como já demonstrado anteriormente, o direito à saúde, estabelecido no caput do art. 196, da Constituição Federal dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo [...] acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Observa-se de plano, não exigir a Constituição Federal, qualquer requisito do indivíduo que pleiteia a proteção da saúde. Não se fala em necessidade de contribuição desse indivíduo, para que seja a saúde uma contraprestação oferecida pelo Estado, como não se fala em precisar o indivíduo demonstrar sua condição de hipossuficiência, de baixa renda, de miserabilidade, para se beneficiar das políticas públicas de saúde.

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO EM UTI. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA IGUALDADE E DA IMPESSOALIDADE.

I. A saúde integra a seguridade social e é regida pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, constituindo direito fundamental que não pode ser postergado em face de contingências orçamentárias ou administrativas.

II. **Dada a latitude e gabarito constitucional do direito à saúde, por se apoiar diretamente na Lei Maior, a sua proteção incondicional não traduz qualquer tipo de vulneração à independência dos poderes ou aos primados da isonomia, da igualdade e da impessoalidade.** (grifo nosso)

III. À falta de vaga na rede pública, o Distrito Federal deve arcar com os custos da internação em UTI de hospital particular.

IV. Remessa obrigatória conhecida e desprovida. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2015)

Trata-se do ramo da seguridade social mais estritamente ligada ao princípio da universalidade de atendimento, estabelecido no inciso I do art. 194 da Constituição Federal, diversamente do que já aconteceu em outros tempos, quando a saúde era garantida de maneira primordial aos trabalhadores empregados.

Qualquer brasileiro ou estrangeiro, residente ou não residente no país, poderá fazer uso do Sistema Único de Saúde; qualquer indivíduo pode vacinar seus filhos em postos da rede pública, independente de sua classe social ou situação econômico-financeira; qualquer



estrangeiro que esteja em visita ao país poderá ser atendimento em um hospital da rede pública de saúde, não há, constitucionalmente, qualquer limitação à utilização da rede pública de saúde, por requisitos do indivíduo, embora a jurisprudência, em uma grande quantidade de decisões não julgue assim.

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ALTO CUSTO. RITUXIMABE (MABTHERA). LINFOMA NÃO-HODGKIN (CID 10 C82.1). LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA UNIÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO APLICAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO MEDICAMENTO POR AVALIAÇÃO MÉDICO-PERICIAL. **HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA COMPROVADA.** (grifo nosso)

1. Apelações da União e do Estado do Rio Grande do Norte e remessa oficial, da sentença que julgou procedente o pedido para condenar a União, o Estado do Rio Grande do Norte e o Município de Natal, de forma solidária, ao fornecimento gratuito de medicamento necessário ao tratamento médico dispensado ao autor, no caso, o medicamento denominado RITUXIMABE (MAPHERA), na dosagem prescrita..

2. Reconhecimento da responsabilidade solidária entre os entes da federação, consoante previsão do art. 196 da Constituição Federal. Precedentes desta Corte.

3. A reserva do possível não pode ser invocada com o intuito de fraudar, frustrar ou mesmo inviabilizar a implção de políticas públicas constitucionalmente previstas, por encontrar insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. Precedente do STF: ARE 639337 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125. 4. O relatório médico constante dos autos comprova a existência da doença Linfoma não-Hodgkin (CID 10 C82.1) e a prescrição do medicamento RITUXIMABE (MABTHERA) - também à fl. 24-, na dosagem prescrita por médico hematologista da Liga Contra o Câncer.

Igualmente resta comprovada a hipossuficiência financeira do autor. 5. A eficácia do medicamento foi confirmada através de diversos estudos, bem como, pelo fato de ser receitado por médico profissionalmente habilitado e competente que justificou a necessidade de ser ministrado o medicamento em questão. 6. O não fornecimento do medicamento em questão equivaleria à não efetivamente dos valores preservação à saúde e à vida, constitucionalmente garantidos. 7. Preliminar de ilegitimidade ad causa da União rejeitada e Apelações e remessa oficial improvidas. (BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região, 2014)

O direito de assistência à saúde não esta atrelado a qualquer comprovação de necessidade do cidadão, eis que a rede de saúde pública é para todos, não havendo qualquer obrigatoriedade a que as pessoas com melhores condições financeiras se utilizem da rede privada de saúde, a qual seria suplementar, como estabelecido pelo §1º do art. 199 da Constituição Federal, quando institui que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde”.

Diante de essencialidade da prestação de políticas públicas relacionadas à efetivação da assistência à saúde, pelas quais os três entes federados são solidariamente responsáveis, pode o Estado obrigar o indivíduo a usar a rede privada de saúde, ou até mesmo, pode o Estado obriga-lo a ter plano de saúde, diante da condição financeira eletiva? Não, não pode.



No entanto, embora não deva a situação econômica financeira do indivíduo ser baliza para a concessão ou não de assistência à saúde, essa deve ser limitada por parâmetros, pois não existe um direito ilimitado às prestações do Estado relacionadas à saúde.

Lazari (2016, p. 129) define que, para definirmos o conteúdo do direito à saúde dentro do que seria o mínimo existencial de obrigação do Estado, deveríamos dividi-la em cinco fatias: a saúde preventiva, a saúde restauradora, a saúde pós-restabelecimento, saúde experimental e demais questões atinentes à saúde.

Para o autor devemos entender por saúde preventiva “aquelas políticas que antecedem a própria doença” (LAZARI, 2016, p. 130), tal como as semanas de vacinação; as políticas de prevenção do câncer de mama, de cólon de útero, de próstata; as campanhas de prevenção das DST, com o “incansável” incentivo do uso da camisinha, dentre outras ações desempenhadas principalmente pelos Postos de Saúde.

Na sequência conceitua o autor a saúde restauradora, a que estão relacionadas às políticas públicas “concomitantes à ocorrência da doença” (LAZARI, 2016, p. 130), tais como a distribuição de medicamentos, números de leitos e de ambulâncias de acordo com a população, dentre outras políticas a serem implantadas no efetivo momento de desamparo do indivíduo. Já a política de saúde pós-restabelecimento está relacionada a políticas posteriores ao momento da doença, as quais mesmo que controladas precisam de constante monitoramento e tratamento, tais como a disponibilização do coquetel de medicamentos da AIDS, o constante controle em pacientes que tiveram câncer, entre outras moléstias que após o controle necessitam de acompanhamento constante.

Ao tratar da saúde experimental, Lazari (2016, p. 131) elenca como os pedidos de medicamentos e tratamentos ainda não autorizados pela ANVISA, os que ainda não foram regulados ou sequer tem sua eficácia comprovada, tal qual a presente discussão quanto às “pílulas do câncer”, e até mesmo os pedidos de tratamento médico no exterior. No caso das demais questões atinentes à saúde (LAZARI, 2016, p. 131) há dificuldades que vão muito além das já mencionadas, como o caso das cirurgias de mudança de sexo, cirurgias estéticas e, até mesmo, os tratamentos antiéticos.

Dessa discussão, como baliza para a fixação do mínimo existencial do direito fundamental a saúde, o autor afirma que esse só há em relação à saúde preventiva, à saúde restauradora e à saúde pós-restabelecimento.



De pronto o autor refuta a saúde experimental, principalmente porque não pode o Estado deixar de atender suas necessidades prioritárias em prol de uma mera probabilidade de sucesso da saúde experimental, e mais, dizer que o indivíduo tem direito a um mínimo existencial relacionado à saúde em hipótese alguma está relacionado à ideia de cura. Justificativa que deve ser estendida ao pedido de medicamentos não regulados pela ANVISA, quando se usaria o Judiciário como meio de atalho ao procedimento técnico científico de aprovação do órgão competente.

A esperança depositada pela sociedade nos medicamentos, especialmente naqueles destinados ao tratamento de doenças como o câncer, não pode se distanciar da ciência. Foi-se o tempo da busca desenfreada pela cura sem o correspondente cuidado com a segurança e eficácia das substâncias. O direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano.

[...]

A aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o artigo 12 da Lei nº 6.360/1976. O registro ou cadastro mostra-se condição para o monitoramento, pela Agência fiscalizadora, da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto. Ante a ausência do registro, a inadequação é presumida. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016)

Não há espaço, num país onde se fala em prioridade de atendimento, quando não há dinheiro para a efetivação de todas as políticas públicas relacionadas à saúde da população, falar de tratamento no exterior para uma única pessoa, muitas vezes não apenas baseado na ineficiência da saúde nacional, mas por mero “capricho” de ser tratado no exterior.

E por fim, quanto às demais questões atinentes à saúde a situação é ainda mais periclitante, eis a necessidade de priorização da atuação do Estado, como observa Lazari (2016, p. 133) “como as necessidades do que vêm acima são maiores, estas ‘demais questões’ não podem compor o ‘mínimo’ por absoluta falta de espaço”.

Ao tratar do direito fundamental à saúde estas são balizas coerentes com os ditames constitucionais do art. 196, que informam que as políticas públicas devem estar relacionadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, levando em conta a prioridade de tratamento a ser dado, sem qualquer relação com a situação econômica financeira do indivíduo que a necessita.

3. A Assistência social e seus Dilemas



Quando iniciado o estudo da atuação do Estado para a efetivação da assistência social observamos que o art. 203 da Constituição Federal dispõe que a “assistência será prestada a quem dela necessitar”, sendo completado pelo art. 1º da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) que prevê que “a assistência social [...], é Política de Seguridade Social [...], que provê os mínimos sociais [...], para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

Segundo Stopa (2016, p. 313), “com a Constituição Federal de 1988 a assistência social passou a ser política pública de dever do Estado e direito do cidadão, antes desse marco a assistência social era fragmentada e consolidada na caridade e no clientelismo”. Houve toda uma mudança de mentalidade quanto o papel da assistência social, principalmente se fundamentada nos direitos de solidariedade, enquadrados na 3ª Geração de Direitos Fundamentais.

Não há dúvida que a Constituição Federal foi promulgada com base nos ditames de solidariedade do Pós Segunda Guerra Mundial, quando os indivíduos abrem mão de parcela de direitos em prol da coletividade. Toda a sociedade trabalha em prol dos benefícios assistenciais, pois muitos dos que contribuem nunca precisaram de seus préstimos, por serem custeados com os recursos da seguridade social, os quais alcançam a totalidade da população.

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa). (SARLET et. al, 2012, p. 262)

Não há que se olvidar que as gerações de direitos fundamentais não se substituem e sim, se completam pensamento pacífico na doutrina e na jurisprudência.

Embora a lei não traga o conceito de “mínimos sociais”, expressão utilizada no art. 1º da LOAS, Torres (1989, p. 33) elucida que a doutrina suíça faz uso de tal expressão ao tratar do mínimo existencial, o que leva a crer serem as expressões sinônimas.

Mesmo que o art. 203 da Constituição Federal trate sobre a proteção da maternidade, da família, do amparo das crianças e adolescentes carentes, da promoção da integração ao mercado de trabalho, entre outras políticas públicas importantes, não tem como não tratar especificamente da política pública assistencial elencada no inciso V, o benefício de um salário mínimo concedido ao idoso e à pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de se manter sozinho ou, sequer, com a ajuda da família.



Diante da limitação do Poder Público em prover suas políticas sociais, para fazer jus ao amparo social, ou ao “salário dignitário” como nomeia Lazzari (2016, 184) alguns requisitos devem ser preenchidos pelo seu requerente.

De início o benefício de prestação continuada (BPC) era concedido ao idoso com 70 anos de idade, sem fazer qualquer diferenciação entre homem ou mulher. Posteriormente, em 2007, com o Decreto 6.214, que alterou o Estatuto do Idoso, esse benefício passou a ser concedido ao idoso a partir de 65 anos de idade, independente de gênero, mesmo com o Estatuto do Idoso definindo como idoso, a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

O segundo grupo beneficiado pelo BPC são as pessoas com deficiência, conforme nomenclatura utilizada pela Convenção de Nova York, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto 6.949/2009, com o status de Emenda Constitucional. Porém, não é qualquer pessoa com deficiência, mas sim a pessoa que tem “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”, que pode ser um obstáculo para a participação plena e efetiva “na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, tudo conforme o art. 20, §2º da LOAS.

Observa-se que não basta o impedimento de longo prazo, ou seja, o impedimento que “produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos” (art. 20, § 10 da LOAS), mas que esse impedimento não permita que a pessoa com deficiência concorra com as demais pessoas em igualdade de condições. A deficiência deve acarretar a desigualdade de oportunidades, a deficiência deve ser uma barreira para a vida em sociedade.

A deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2009)

Após fixar os grupos beneficiados pelo BPC há que fixar os parâmetros da necessidade, pois como já fixado a assistência social é política pública direcionada aos idosos e deficientes necessitados, e não há todo e qualquer idoso ou deficiente.

Segundo Lazari (2016, p. 184), para a caracterização da necessidade, primeiramente deve analisar se há parentes ou obrigados, por força de lei ou disposição de vontade, a proporcionar alimentos. Pontua-se que a Constituição Federal estabelece estágios de responsabilidade, não podendo o requerente prover seu próprio sustento, analisa-se a possibilidade do núcleo familiar fazê-lo, e em não podendo, a responsabilidade passa para o Estado e a sociedade.



Em segundo momento passa-se a analisar a situação de miserabilidade do requerente, o que enseja grandes discussões jurisprudenciais. Como estabelecido pelo inciso V do art. 203, a assistência social será prestada apenas aos necessitados, cujo parâmetro é estabelecido legalmente no §3º do art. 20 da LOAS, que define o estado de necessidade ao âmbito familiar cuja renda per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo, soma-se a renda dos componentes do núcleo familiar – de acordo com lista fixada pela lei - e divide pelo número de membros.

A primeira impugnação ao critério de fixação da necessidade no patamar inferior a ¼ do salário mínimo foi pela Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 1232-DF (BRASIL, STF), julgada em 1998, que defendia que não poderia o legislador limitar o que o constituinte não limitou. O fundamento da inconstitucionalidade do art. 20, §3º era que o requisito financeiro pré fixado “permitia que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente”.

Porém não foi esse o entendimento do STF, que julgou constitucional o §3º, do art. 20 da LOAS, nos moldes defendidos pelo Ministro Nelson Jobim que defendeu competir à lei fixar a forma de comprovação, só podendo a lei fixar outros parâmetros: “se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma”. (BRASIL, 1998)

A ordem jurídica não se deu por satisfeita e vários Recursos Extraordinários (RE) passaram a discutir o critério da necessidade em controle concreto de constitucionalidade, culminando numa mudança de posicionamento por parte do STF. Com o julgamento dos REs 580.963 (BRASIL, STF, 2013b) e 567.985, e da Reclamação 4.374 (BRASIL, STF, 2013c) estabeleceu o STF que houve uma mudança, uma evolução do conteúdo do mínimo existencial. Como pontua Grau, “o direito é um dinamismo, um organismo vivo. Peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem; é contemporâneo à realidade” (GRAU, 2014, p. 42).

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). (BRASIL, STF, 2013b)

Portanto, o STF deu uma guinada interpretativa no critério objetivo da necessidade estatuído pela LOAS, pois declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronuncia de



nulidade flexibilizando a análise da necessidade, porém deixando para o legislador fixar novos critérios, como definido pelo inciso V do art. 203 da CF.

E melhor caminho não há, pois cada caso é um caso, cada realidade fática é uma realidade fática, o critério objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo impossivelmente alcançará todas as hipóteses de miserabilidade.

Embora o STF tenha julgado de maneira a instituir a isonomia, pois os critérios de miserabilidade não podem ser diversos, com uma norma fixando a miserabilidade no patamar de $\frac{1}{2}$ salário mínimo por pessoa e outra norma fixando no patamar de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, e até mesmo ampliando os meios de comprovação a depender do caso concreto, o Tribunal nada mais fez do que pontuar o assistencialismo do momento em que vivemos.

Há, no entanto, uma categoria específica de trabalhadores contemplados pelo benefício assistencial, desde que comprovados requisitos peculiares, é o benefício concedido aos trabalhadores portuários avulsos, após a Lei 12.815/2013. Para fazer jus a tal benefício, além da manutenção da renda per capita do grupo familiar continuar a ser de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, os demais requisitos lhe são especiais.

Deve o trabalhador avulso portuário ter mais de 60 anos e, ainda, comprovar o exercício da atividade portuária por no mínimo 15 anos, e que compareceu em pelo menos 80% das convocações e turnos que tenha sido escalado. Observa-se, que embora seja um benefício assistencial estabelecido para determinada categoria, há ainda a obrigatoriedade de respeito a requisitos que lhe são específicos.

Não há dúvida da avalanche de políticas assistenciais criadas por um Governo que não consegue dar educação, trabalho, dignidade ao seu povo. As decisões dos Tribunais são apenas um reflexo da “incompetência” governamental.

4. A previdência social e as decisões assistenciais

Característica marcante, que diferencia a previdência social dos demais subsistemas da seguridade social está no seu caráter contributivo, fixado pelo art. 201 da Constituição Federal, dispõe que a “previdência social será [...] de caráter contributivo e de filiação obrigatória”.

A previdência social é como um seguro pago pelo segurado contribuinte, para protegê-lo dos infortúnios sociais e naturais, pelo seu próprio esforço. Ao segurado cabe a



obrigação de contribuir para a previdência social, instituída pelo Estado, limitada a um teto, para ter uma proteção básica, e não tenha a sociedade de ampara-lo no futuro.

Ao próprio indivíduo cabe a responsabilidade de prover hoje para receber amanhã.

A previdência social, em seu plano de benefícios é legalizada pela Lei 8.213/1991, definindo quem são seus beneficiários (segurados e dependentes) e quais são os benefícios e serviços a serem concedidos, de acordo com a implementação de requisitos mínimos e complementares.

No entanto, muitas vezes o Poder Judiciário concede benefícios e serviços previdenciários sem se preocupar com os requisitos desse subsistema da seguridade social, e até mesmo afrontando o art. 195, §5º da CF, que trata sobre a necessidade de existência da fonte de custeio para suplantando o benefício criado, majorado ou estendido.

Muitas vezes há muito de “assistencialismo” nas decisões judiciais. Na verdade, há, ainda, vezes em que os Tribunais estendem benefícios, sem, no entanto demonstrar que há como custear os mesmos.

O primeiro assistencialismo acometido pela jurisprudência, ainda não pacificado, diz direito à extensão do adicional de 25% da aposentadoria por invalidez aos demais benefícios previdenciários, mais especificamente as demais espécies de aposentadoria, com base na isonomia e na dignidade da pessoa humana.

De acordo com o art. 45 da Lei 8213/91, “o valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar de assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25%”, não bastando ser aposentado por invalidez, mas a essa incapacidade permanente para o trabalho há de somar-se uma incapacidade para os atos da vida diária.

Há que se pontuar que a situação do aposentado por invalidez é situação diversa dos demais aposentados, principalmente por ser acometido da aposentadoria sem poder se preparar para o futuro, a ele é tirada a possibilidade de se preparar para o futuro.

O STJ, em decisão que coaduna com a Constituição Federal pontua que

Como se vê, a norma supracitada deixa clara a sua incidência às aposentadorias por invalidez, sendo temerária a extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a outros tipos de aposentadoria (especial, por idade, tempo de contribuição), sem qualquer previsão legal, sobretudo quando consideramos que o Legislador foi expresso ao determinar os destinatários da norma. Nesse contexto, a extensão perseguida encontra óbice, por violação do princípio da legalidade, bem como na vedação constitucional à extensão de benefício sem a prévia fonte de custeio (art. 195, § 5º, da Constituição Federal de 1988). (BRASIL, STJ, 2016)



No entanto, a Turma Nacional de Uniformização (TNU) em sentido totalmente oposto julga pela possibilidade de extensão, estabelecendo que

PREVIDENCIÁRIO. EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI N.º 8.213/91 PARA OUTRAS APOSENTADORIAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA TNU. PEDILEF CONHECIDO E PROVIDO. 3. Confirmam-se os excertos da ementa do PEDILEF n.º n.º 50033920720124047205: “INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO DE 25% PREVISTO NA LEI 8.213/91 A OUTRAS APOSENTADORIAS (IDADE E CONTRIBUIÇÃO). POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA QUESTÃO DE ORDEM Nº 20. RETORNO DOS AUTOS À TURMA DE ORIGEM PARA REEXAME DE PROVAS. PARCIAL PROVIMENTO. (...) “(...) preenchidos os requisitos ‘invalidez’ e ‘necessidade de assistência permanente de outra pessoa’, ainda que tais eventos ocorram em momento posterior à aposentadoria e, por óbvio, não justifiquem sua concessão na modalidade invalidez, vale dizer, na hipótese, ainda que tenha sido concedida a aposentadoria por idade, entendo ser devido o acréscimo”. (...) Desta forma, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO INCIDENTE para determinar a devolução dos autos à Turma Recursal de origem para firmar que a tese de concessão do adicional de 25% por auxílio permanente de terceira pessoa é extensível à aposentadoria da parte autora, uma vez comprovado os requisitos constantes no art. 45 da Lei nº 8.213/91, devendo, por este motivo, a Turma de origem proceder a reapreciação das provas referentes à incapacidade da requerente, bem como a necessidade de assistência permanente de terceiros”. (BRASIL, TNU, 2016)

Não se trata de uma evolução sociocultural, que tornou impossível ao legislador prever a benesse previdenciária a outras hipóteses de aposentadorias, é sim, verdadeira política legislativa que restringiu a concessão do adicional de 25% à aposentadoria por invalidez.

Outro assunto que mostra a patente tendência assistencialista dos Tribunais se encontra nas constantes decisões sobre o cômputo do período em que o segurado ficou em auxílio-doença e em aposentadoria por invalidez para fins de carência.

De acordo com o art. 60 do Decreto 3.048/99, que aprova o Regulamento da Previdência Social, será computado como tempo de contribuição “o período em que o segurado esteve recebendo auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, entre períodos de atividade” e o “o período em que o segurado esteve recebendo benefício por incapacidade por acidente do trabalho, intercalado ou não”, não fazendo qualquer menção à carência.

No entanto, o Poder Judiciário, possui várias decisões entendendo que se o período é considerado como tempo de contribuição há que ser considerado como carência, mesmo com a Lei diferenciado expressamente os dois institutos. O assistencialismo em tal decisão é patente quando analisamos o seguinte exemplo: a segurada com 36 anos, contribuinte individual costureira, contribui pelo período de 01 ano e é acometida por alguma doença, e conseqüentemente aposentada por invalidez. Após 23 anos, quando com 59 anos de idade é



convocada para realização de perícia médica pelo INSS, e com a constatação de cura, seu benefício é cessado. A segurada, sabendo das decisões dos tribunais, recolhe um único mês do seu carne, espera completar 60 anos e agenda um requerimento de aposentadoria por idade.

Conforme as decisões dos Tribunais a segurada possui a idade e a carência necessária para a concessão do benefício, porém fica a pergunta, quem custeou esse benefício, se a segurada sequer fez as 180 contribuições mínimas necessárias para efeito de carência? E mais, já ficou 23 anos recebendo benefício previdenciário.

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. CÔMPUTO DE AUXÍLIO-ACIDENTE PARA FINS DE CARÊNCIA. PARADIGMA QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. QUESTÃO DE ORDEM 05/TNU. INCIDENTE NÃO CONHECIDO. 1. O auxílio-acidente e não apenas o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez pode ser considerado como espécie de "benefício por incapacidade", apto a compor a carência necessária à concessão da aposentadoria por idade. 2. In casu, é de ser observada a vetusta regra de hermenêutica, segundo a qual "onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir" e, portanto, não havendo, nas normas que regem a matéria, a restrição imposta pelo Tribunal a quo, não subsiste o óbice imposto ao direito à pensão por morte. página 5. Incidente não conhecido. Questão de Ordem 05/TNU. (BRASIL. TNU, 2016b)

Diante do art. 195, § 5º, e a necessidade de respeito à precedência do custeio, essa segurada, para fazer jus à aposentadoria por idade, deveria voltar a recolher os 14 anos de contribuição faltante, e com isso adquirir os requisitos mínimos para o pleito da aposentadoria por idade.

Essas decisões assistencialistas do Judiciário, sem qualquer contribuição do segurado, onera o sistema, pois são benefícios capazes de preceder pensões por morte, além da benesse do 13º salário. Em não possuindo as contribuições mínimas, resta á segurada, em não querendo verter as contribuições necessárias, pleitear o amparo assistencial ao idoso em completando 65 anos de idade.

Há muitas outras decisões dos Tribunais confundido os requisitos do sistema da seguridade social, mas para o presente trabalho dois exemplos já demonstram suficientemente a “miscelânea” realizada.

CONCLUSÃO

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema da seguridade social, o presente trabalho apenas buscou pontuar que após 28 anos de Constituição Federal os requisitos para o



requerimento dos direitos relacionados à saúde, à assistência e à previdência social, ainda são interpretados conflituosamente.

Embora a Constituição defenda que a saúde é direito de todos, com acesso universal e igualitário, os Tribunais exigem a comprovação da necessidade, da condição econômica financeira hipossuficiente para que possa o indivíduo desfrutar de suas políticas públicas.

Quanto aos benefícios assistenciais, afirmamos que a desordem na fruição de suas benesses, se deve, principalmente, ao legislador, que não pacifica o conceito de necessidade, de miserabilidade, de baixa-renda, cabendo aos Tribunais decidir o caso concreto, mas apontando que ao legislador cabe colocar uma pá de cal no assunto.

E por fim, quanto à previdência social, observamos que os Tribunais, em frequentes decisões assistencialistas, concedem benefícios sem se preocupar com a fonte de custeio dos mesmos, a até mesmo sem se preocupar com seus requisitos mínimos ou fazendo interpretações equivocadas dos mesmos.

O presente artigo em momento algum pugna pelo desamparo das pessoas, muito pelo contrário, pugna para que a ordem constitucional seja respeitada e não haja um futuro em que todos quedemos desamparados.

Sendo a Constituição Federal a vontade suprema do “povo” representada pelo Poder Constituinte Originário, não pode o Poder Judiciário julgar contra tal vontade, principalmente se decorrente da máxima de que “todo o Poder emana do Povo”. A atuação do Poder Judiciário deve sim respeitar os ditames constitucionais e nesses ser fundamentada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1232, Rel. p/o ac. Min. Nelson Jobim, Pleno, julgamento 27/08/1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.105, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, Pleno, Dj de 18/02/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 437.640, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, Dj de 02/03/2007.

BRASIL. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>> Acesso em 17/08/2016.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1107511 RS 2008/0265338-9, Rel. Min. Herman Benjamin, 2º Turma. Dje 06/12/2013a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgamento 18/04/2013b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação (Rcl) 4374, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, Dj de 04/09/2013c.

BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. Apelação/Reexame Necessário 71375720124058400, Rel. Des. Federal Emiliano Zapata Leitão, 4º Turma. Publicação 13/02/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. Remessa de ofício RMO 20140111704297, Rel. James Eduardo Oliveira. 4ª Turma Cível. Dje 10/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.243.183 - RS (2011/0053937-1) , Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5º Turma. Dje 28/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 DF, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 19/05/2016.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização (TNU). PEDILEF 50121687420134047200. Rel. Juiz Federal Marcos Antônio Garapa de Carvalho. DOU 11/03/2016b.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização (TNU). PEDILEF 05030633520144058107. Rel. Juiz Federal Marcos Antônio Garapa de Carvalho. DOU 27/05/2016.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2014.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme et. al. Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

METRING, Roberto Araújo. Pesquisas Científicas: Planejamento para Iniciantes. 1º ed, 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang et. al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao artigo 6º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes.et al. (Coord.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1307 - 1343. E-book

STOPA, Roberta. Reflexões sobre o benefício de prestação continuada (BPC) e o serviço social no INSS. Congresso Nacional de Serviço Social em Saúde, Anais do evento, 2016, p. 131-136.

SARTORI, Ellen Carina Mattias; SCHNEIDER, Caroline. Para além do rol constitucional: critérios fundamentais e o reconhecimento de novos direitos fundamentais. In: V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, 2015, Paraná, Jacarezinho: UENP.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, p. 29-49, jul./set. 1989.