

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Rodrigo Zacharias

**Possibilidades de avanços na concretização do direito fundamental à previdência social
das pessoas com deficiência: distributividade, justiça social e liberalismo igualitário**

Doutorado em Direito Constitucional

SÃO PAULO

2022

Rodrigo Zacharias

Possibilidades de avanços na concretização do direito fundamental à previdência social das pessoas com deficiência: distributividade, justiça social e liberalismo igualitário

Doutorado em Direito Constitucional

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Alberto David Araújo.

São Paulo

2022

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

A meus filhos Ivan e Igor.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de mencionar meu orientador, o professor titular de Direito Constitucional da PUC-SP, Luiz Alberto David Araujo, por muitas virtudes que me auxiliaram sobremaneira nesta jornada. Conhecimento, experiência, paciência, incentivo, dentre tantas outras, foram fatores importantes que me ajudaram a chegar até aqui.

Agradeço aos parceiros na escrita dos artigos nesta fase de doutorado, Cristiane Haik, Paulo Bueno de Azevedo e Raul Mariano Junior.

Por fim, obrigado à Mariana, minha esposa, cujo afeto e companheirismo no enfrentamento dos desafios do doutorado – cansaço, demora nas publicações de artigos, isolamento e dificuldade de acesso a bibliotecas nos momentos difíceis da pandemia – foram fundamentais à conclusão dos trabalhos.

Resumo: O objetivo deste trabalho é obter avanços na interpretação do direito fundamental à previdência social da pessoa com deficiência, doravante denominada PCD, partindo da doutrina de direito constitucional, mormente a partir dos entendimentos acerca da *justiça social* (art. 193 da Constituição Federal) e do *princípio da distributividade* (art. 194, parágrafo único, III, da CF), tendo como principal mote sua contextualização sob a ótica do liberalismo igualitário. Há, de início, a pretensão de ir além dos tradicionais enfoques dados às controvérsias extraídas dos litígios judiciais, quando – conforme inferido pela observação realizada em quase três décadas no trabalho forense do candidato – se costuma reduzir o problema da concessão do benefício previdenciário ao princípio da dignidade da pessoa humana, à presunção de hipossuficiência do litigante e ao brocardo “solução *pro misero*”. A palavra *avanço*, ora usada no plural, denota o propósito de obter resultados favoráveis à PCD na interpretação do direito posto, uma vez identificados equívocos da jurisprudência em relação a essas pessoas vulneráveis, sobretudo às que já nascem com impedimentos significativos e necessitam enfrentar barreiras em sua vida profissional, vítimas de uma proteção social hoje insuficiente. Intentou-se agregar, aos tradicionais princípios do direito previdenciário, a doutrina construída no direito constitucional, a isso aduzindo o aporte da filosofia do direito, aqui especificamente a inspirada no liberalismo igualitário de John Rawls, Amartya Sen, Martha Nussbaum e Ronald Dworkin. Pretende-se lastrear as conclusões em pesquisa bibliográfica principalmente, mas também jurisprudencial, sem desprezar as características de pesquisa de campo, obtidas pelo candidato em suas atividades de promotor de justiça e juiz federal, mesclando-se, assim, os métodos indutivo e dedutivo. Parte-se da feição *heterogênea, social e dirigente* da Constituição Federal de 1988, passando pela *interpretação e concretização* da norma constitucional, até a análise dos *princípios constitucionais* e características essenciais dos *direitos fundamentais*. Avança-se na tentativa de compreensão das normas da ordem social, versando sobre o *primado do trabalho* e o *objetivo da bem-estar social*. Os princípios da *distributividade* das prestações de seguridade social e da *justiça social* contam com destaque, o primeiro analisado no espaço reservado à seguridade social, o segundo tratado no capítulo do liberalismo igualitário. Todos os benefícios previdenciários, como direitos fundamentais sociais, devidos à PCD enquanto motivados pela deficiência ou a incapacidade para o trabalho, foram analisados, com ênfase nos *benefícios por incapacidade*. Os principais resultados encontram-se na proposta de significação do direito reservado à proteção da *doença* (art. 201, I, da CF, alterado pela Emenda Constitucional nº 103/2019), comprometido por déficit legislativo histórico; na identificação de *assistencialidade* na proteção social da *subsistência* da PCD, dividida entre assistência e previdência sociais, com proposta de alteração legislativa; e finalmente numa nova compreensão das regras contidas nos artigos 42, § 2º e 59, § 1º, da Lei nº 8.213/91, relativos à PCD que já nasce com deficiência ou a adquire antes de completar dezesseis anos, com suporte na *interpretação conforme a constituição*, sob o influxo da *visão contratualista e distributivista* do liberalismo igualitário.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Direito fundamental social. Previdência Social. Liberalismo igualitário. Distributividade. Justiça social.

Abstract: This work aims to advance the interpretation of the fundamental right to social security of the persons with disabilities (hereinafter referred to as PWD), based on the doctrine of constitutional law, especially from the perspective of *social justice* (art. 193 of the Federal Constitution) and the *principle of distributivity* (art. 194, single paragraph, III, of the FC), having as its main motto a contextualization from the perspective of *egalitarian liberalism*. This thesis initially intends to go beyond the traditional approaches given to controversies analyzed in judicial disputes, where - as observed by the candidate in his almost three decades of legal experience - it is customary to focus on the problem studied in the outlines of the principle of human dignity, the presumption of hyposufficiency of the litigant and the maxim “*pro misero solution*”. The word *advancement*, sometimes used in the plural, denotes the objective of obtaining favorable results for PWD in the interpretation of the law, of which some jurisprudence mistakes have been identified, chiefly concerning persons who are already born with significant impediments and face barriers throughout their professional lives, victims of currently insufficient social protection. An attempt was made to add to the traditional principles of social security law, the doctrine of which was built on constitutional law, with the contribution of the philosophy of law, specifically the one inspired by the egalitarian liberalism proposed by John Rawls, Amartya Sen, Martha Nussbaum and Ronald Dworkin. This thesis principally intends to base its conclusions on bibliographic research, but also on jurisprudential study, without neglecting the characteristics of field research obtained by the candidate in his activities as prosecutor and federal judge, thus merging inductive and deductive methods. Beginning with the *heterogeneous, social and directing* features of the Federal Constitution of 1988, through to the interpretation and implementation of its constitutional norms, the candidate concludes with an analysis of *constitutional principles* and essential characteristics of *fundamental rights*. Progress is made in the attempt to understand the rules of the social order, dealing with the *primacy of work* and the *objective of social well-being*. The principles of the *distributivity of social security benefits* and of *social justice* are highlighted, the former analyzed in the space reserved for social security, the latter dealt with in the chapter on egalitarian liberalism. As fundamental social rights, all the social security benefits, due to the PWD in reason of the disability or inability to work, were analyzed, with emphasis on the disability benefits. The main results are in the interpretation of the social right provided for the coverage of *disease protection* (article 201, I, of the Constitution, changed by Constitutional Amendment n.º 103/2019), impaired by historical legislative deficit; the identification of *unsystematicity* in the social protection of PWD's *subsistence* right, divided between welfare benefits and social security, proposing for legislative change; and finally in a new comprehension of the rules contained in articles 42, § 2 and 59, § 1, of Law nº 8.213/91, related to the PWD who are born with a disability or acquire them before turning sixteen years old, all based on *interpretation conforming to the constitution*, under the influence of the *contractualist and distributive vision* of egalitarian liberalism.

Keywords. Persons with disabilities. Fundamental social right. Social Security. Egalitarian liberalism. Distributivity. Social justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DA FEIÇÃO HETEROGÊNEA, DEMOCRÁTICA SOCIAL E DIRIGENTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	18
1.1 Feição heterogênea.....	18
1.2 Estado democrático e social.....	19
1.3 Sucessão a regimes autoritários.....	21
1.4 Dirigismo constitucional.....	23
2 DA INTERPRETAÇÃO E DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA	28
2.1 Interpretação e sua época.....	28
2.2 Interpretação e aplicação do direito.....	29
2.3 Previsibilidade, calculabilidade e segurança jurídica.....	31
2.4 Interpretação tradicional e interpretação moderna.....	33
2.5 Neoconstitucionalismo.....	35
2.6 Princípios instrumentais de interpretação constitucional.....	37
2.7 Concretização da norma constitucional.....	40
2.8 A problemática narrativa em relação aos direitos sociais.....	43
2.9 Interpretação conforme a constituição.....	44
3 LIBERALISMO IGUALITÁRIO, CAPACIDADES E JUSTIÇA SOCIAL.....	48
3.1 Liberalismo.....	48
3.1.1 Ausência de consenso na definição.....	56
3.1.2 Neoliberalismo e tensões no Estado social.....	56
3.1.3 Uma pincelada no liberalismo do Brasil.....	59
3.2 Marco teórico: liberalismo igualitário.....	60
3.3 John Rawls e a justiça como equidade.....	64
3.4 Capacidades e justiça segundo Amartya Sen.....	71
3.5 Capacidades e justiça segundo Martha Nussbaum.....	75
3.6 Capacidades e proteção social de vulneráveis.....	79
4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	82
4.1 Distinção entre princípios e regras.....	83
4.2 Algumas definições de princípios.....	86
4.3 O papel dos princípios.....	88
4.5 Princípios constitucionais impositivos.....	90
4.5.1 Construir uma sociedade livre, justa e solidária.....	90
4.5.2 Garantir o desenvolvimento nacional.....	92
4.5.3 Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades.....	93
4.5.4 Promover o bem de todos.....	94
4.6 Eficácia das normas de justiça social.....	95
5 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	99
5.1 Terminologia.....	99

5.2	Algumas características.....	101
5.2.1	<i>Restrição a direitos fundamentais.....</i>	<i>104</i>
5.3	O fundamento da dignidade da pessoa humana.....	107
5.4	O mínimo existencial.....	114
5.5	A vedação do retrocesso social.....	118
5.6	A reserva do (economicamente) possível.....	123
5.7	A proibição do déficit.....	127
5.8	A conformidade funcional.....	129
5.9	A normatividade dos direitos fundamentais.....	130
6	DA ORDEM SOCIAL.....	132
6.1	A ordem social na Constituição Federal de 1988.....	135
6.2	O princípio do primado do trabalho.....	136
6.2.1	<i>Trabalho e livre-iniciativa.....</i>	<i>138</i>
6.2.2	<i>Trabalho e direito à vida.....</i>	<i>139</i>
6.2.3	<i>Trabalho, eficiência e meritocracia.....</i>	<i>139</i>
6.3	O objetivo do bem-estar social.....	142
6.4	O objetivo da justiça social.....	143
6.4.1	<i>Justiça social e liberalismo igualitário.....</i>	<i>147</i>
7	PROTEÇÃO SOCIAL: DA SEGURIDADE À PREVIDÊNCIA.....	149
7.1	Proteção social.....	149
7.2	Contingência social.....	149
7.3	Necessidades sociais.....	151
7.4	Individualização da sociedade e inclusão social.....	151
7.5.	Seguridade social.....	154
7.5.1	<i>Princípios de seguridade social.....</i>	<i>156</i>
7.5.1.1	<i>Universalidade.....</i>	<i>157</i>
7.5.1.2	<i>Seletividade.....</i>	<i>158</i>
7.5.1.3	<i>Distributividade.....</i>	<i>162</i>
7.5.1.4	<i>Precedência do custeio.....</i>	<i>170</i>
7.5.1.5	<i>Solidariedade.....</i>	<i>173</i>
7.6.	Previdência social.....	177
7.7	Os suportes fáticos das normas de direitos sociais previdenciários.....	180
8	DO CONCEITO NORMATIVO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	183
8.1	Breve esboço histórico.....	184
8.2	O conceito jurídico de pessoa com deficiência na legislação ordinária.....	188
8.3	A necessária intervenção do Ministério Público.....	191
9	DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PREVISTOS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA CONDIÇÃO DE SEGURADOS.....	194
9.1	Aposentadoria de pessoa com deficiência.....	194
9.2	Benefícios por incapacidade.....	200
9.2.1	<i>Incapacidade permanente.....</i>	<i>200</i>
9.2.2	<i>Incapacidade temporária.....</i>	<i>203</i>
9.2.3	<i>Incapacidade parcial.....</i>	<i>207</i>

9.3	Lei 14.331/2022 e agravamento da situação dos incapazes.....	212
9.4	Conclusões parciais.....	214
10	DOS BENEFÍCIOS DEVIDOS À PCD DEPENDENTE: PENSÃO POR MORTE E AUXÍLIO-RECLUSÃO.....	220
10.1	Avaliação biopsicossocial.....	222
10.2	Dependentes aposentados.....	223
10.3	Ruptura do vínculo de dependência.....	224
10.4	Conclusões parciais.....	226
11	DA COBERTURA PREVIDENCIÁRIA DO EVENTO “DOENÇA”.....	228
11.1	A EC 103/2019 e a vedação do retrocesso social.....	232
11.2	Inconstitucionalidade por omissão parcial.....	235
11.3	Conclusões parciais.....	238
12	DA HABILITAÇÃO E REABILITAÇÃO PROFISSIONAL.....	243
12.1	No contexto do liberalismo igualitário.....	245
12.2	No âmbito da assistência social.....	245
12.3	No âmbito da previdência social.....	246
12.4	Exercício do trabalho.....	249
12.5	Extinção da obrigação previdenciária.....	250
12.6	A questão da elegibilidade.....	251
12.7	Conclusões parciais.....	252
13	DA EXCLUSÃO DA COBERTURA PREVIDENCIÁRIA A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COM INCAPACIDADE PREEXISTENTE À FILIAÇÃO.....	254
13.1	Distributividade, justiça social e dignidade.....	258
13.2	Restrição ao direito fundamental social e a ofensa ao seu núcleo essencial.....	261
13.3	A solução proposta.....	263
13.4	Conclusões parciais.....	264
14	UMA ANÁLISE DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL DA PCD SOB A PERSPECTIVA DA IDEIA DE SISTEMA.....	266
14.1	Um desvio necessário: assistência social e o BPC.....	266
14.2	A ideia de sistema.....	271
14.2.1	Coerência e integridade do ordenamento.....	274
14.3	Deficiência e a tímida cobertura previdenciária.....	277
14.4	Deficiência e a proteção assistencial.....	279
14.5	Conclusões parciais.....	280
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	285
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	292

INTRODUÇÃO

A pesquisa que se pretende desenvolver objetiva alcançar avanços na *concretização* do direito fundamental social à previdência social das pessoas com deficiência, sob a perspectiva constitucional, especialmente à luz do objetivo da *justiça social* contido no art. 193 da Constituição Federal e do princípio da *distributividade* das prestações de seguridade social conformado no inciso III do parágrafo único do art. 194 da CF, sob o referencial teórico do liberalismo igualitário.

A tese é elaborada a partir da percepção da insuficiência da proteção vigente em relação à pessoa com deficiência, podendo aqui ser citadas algumas razões para tanto: a) uma doutrina do direito previdenciário carente de avanços nesse ponto; b) uma jurisprudência nacional que não pode ser considerada estável, muito menos coerente; c) uma atuação acanhada dos poderes públicos responsáveis pela proteção de direitos públicos indisponíveis, sem que haja responsabilização em termos de *accountability*.

Então não há necessidade de muito desembaraço para registrar que buscamos, desde o início desta tarefa, a construção de um arcabouço teórico extraído do direito constitucional, com apoio – registradas as limitações ínsitas ao objeto de estudo e ao próprio sujeito que a elabora – na filosofia do direito, já que teremos de nos socorrer do referencial teórico de autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Amartya Sen e Martha Nussbaum, cujas ideias ultrapassam o campo do direito positivado.

A *concretização* do direito fundamental à previdência social da pessoa com deficiência, ora objeto de estudo, se dá no seio da *seguridade social*, uma técnica de proteção social com conteúdo tricotômico que abrange, além da previdência e assistência sociais, também a *saúde* (artigos 196 e seguintes). Tudo com suporte normativo explícito na Constituição Federal de 1988.

Deste modo, o desenvolvimento do trabalho passa por alguma *interdisciplinaridade* (na dogmática) entre o direito constitucional e o direito previdenciário. Mas é na doutrina de direito constitucional, insistimos uma vez mais, que esta tese foi concebida e construída, uma vez que é nessa seara do Direito que acreditamos encontrar os melhores suportes teóricos aptos a aprimorar a proteção social da pessoa com deficiência – pelas razões já apontadas.

Não que suponhamos encontrar no direito constitucional a salvação destas pessoas vulneráveis. Acreditamos, sim, encontrar na doutrina do direito constitucional um reforço valioso para sua proteção em situações específicas, mas aplicáveis a milhões de pessoas, todos os dias.

A proteção normativa para a pessoa com deficiência, doravante também referida como PCD, não é de fácil compreensão, porque desde logo o estudioso se depara com um problema: a *deficiência*, diferente da *incapacidade*, não é tratada no texto constitucional, especificamente no art. 201, I, da Constituição, como um evento, risco social ou contingência a ser protegida no âmbito da previdência social.

Vale dizer, ao menos no tocante aos benefícios destinados especificamente à tutela da vulnerabilidade *deficiência* em si, o ordenamento jurídico brasileiro reserva benefícios tipicamente protetivos da *incapacidade*, sendo os mais importantes o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, rotulados pela Emenda Constitucional nº 103/2019 de *benefício por incapacidade temporária* e *benefício por incapacidade permanente*, respectivamente. Também há previsão infraconstitucional do *auxílio-acidente*, quando a PCD se torna parcialmente incapaz.

Os eventos, riscos sociais ou contingências de *invalidez*, *deficiência* e *doença* (esta última até o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019) geram *necessidades sociais* tuteladas pela seguridade social, disciplinada no art. 194 e seguintes da Constituição 1988, um texto magno comprometido com a melhoria da condição de vida das pessoas.

O direito fundamental social à previdência social não excluiu o acesso, para as *pessoas com deficiência*, ao *benefício de prestação continuada* (doravante também denominado BPC), inserto no âmbito da técnica de proteção social chamada *assistência social*, uma “Política de Seguridade Social não contributiva” (artigos 1º e 20, *caput*, da Lei nº 8.742/93).

O direito à previdência social, previsto no art. 6º da Constituição Federal, é considerado *direito fundamental social* e revela-se como expressão do princípio da *dignidade da pessoa humana*, cabendo nesse introito a lembrança do art. 11, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, internalizado pelo Decreto nº 591/92, que reconhece o “direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida”.

Não obstante, enquanto *seguradas* da previdência, reiteramos que as pessoas com deficiência fazem jus a certos benefícios previdenciários, mas na condição de *incapazes para o trabalho*. Insolitamente, ademais, podem obter benefícios enquanto *dependentes*, nos casos de pensão por morte e auxílio-reclusão, mas aqui ora na condição de *incapazes para o trabalho*, ora enquanto *pessoas com deficiência* enquanto tal.

De fato, há previsão no art. 201, IV, da Constituição, da concessão de uma *pensão por morte* e de um *auxílio-reclusão*, ora na condição de PCD, ora na de pessoa incapaz para o

trabalho, na conformidade da Lei nº 8.213/91 (Lei do Regime Geral da Previdência Social – LRGPS).

Insistimos que a natureza desses benefícios, mencionados nos dois parágrafos anteriores e que constituem o objeto da presente pesquisa, é previdenciária, não assistencial. Em consequência, configuram *direito subjetivo condicionado a uma contraprestação*, contemplados somente aos filiados ao regime: os *segurados*. Estes são pessoas filiadas à previdência via contribuição mensal, instituídas na Lei 8.212/91, que trata do custeio da Seguridade Social.

De mais a mais, trataremos da *aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência*, nos moldes preconizados pelo art. 201, § 1º, do Texto Supremo, regulamentada pela Lei Complementar nº 142/2013.

O objeto de nossa investigação é a concretização do *direito fundamental à previdência social* relativamente à PCD; essa previdência, todavia, prevê direitos não só para a PCD, mas para os segurados da previdência social em geral.

De qualquer maneira, nosso intuito é bastante claro: todos os benefícios previstos para as pessoas com deficiência, concedidos por conta da sua vulnerabilidade, seja por conta da deficiência em si, seja por conta da incapacidade para o trabalho, serão analisados neste trabalho, sempre na perspectiva constitucional, sob a ótica da justiça social e do princípio da distributividade, e com o olhar do marco teórico do liberalismo igualitário, que tem como representante maior John Rawls.

Consideramos que uma visão *liberal igualitária*, em teoria política, dá-se quando, numa economia de mercado, de um lado são asseguradas a autonomia e a liberdade às pessoas, e de outro a *igualdade* é um de seus valores fundantes. Partimentos do entendimento de que tal visão mostra-se apta a legitimar a *justiça social* e a *distribuição* equitativa de recursos entre os membros da sociedade, com prioridade aos mais vulneráveis, como a PCD.

Por que liberalismo e não marxismo? Por que justiça social e não individualismo? Por que distributividade e não assistencialismo? Tudo isso será explicado a seu devido tempo.

Encontramos no liberalismo igualitário, na distributividade e na justiça social um diálogo fértil, hábil a propor ideias importantes no âmbito da concretização do direito fundamental à previdência social, com uma peculiaridade que nos parece bastante importante: são propostas avessas a toda sorte de ideias que, direta ou indiretamente, tangenciam doutrinas totalitárias, do passado ou do presente.

Trata-se de um estudo sobre pessoas vulneráveis (pessoas com deficiência), que também levará em linha de conta a *teoria social das capacidades*, desenvolvida por Amartya Sen, com

insights preferencialmente na área da economia, e trabalhado por Martha Nussbaum, no campo da filosofia.

Voltando à previdência social, o RGPS representa sua faceta *residual* e abrange, na forma do art. 201 da Constituição, os não filiados a um regime previdenciário próprio. Ficam de fora da presente investigação, portanto, os servidores públicos e os militares.

Não são abrangidos nesta tese, tampouco, certos trabalhadores rurais, que, por força dos artigos 195, § 8º da Constituição Federal, e do 39, I, da Lei 8.213/91, continuam a fazer jus a benefícios previdenciários *não contributivos*. Tal se dá porque, nesses casos, a dimensão do problema demanda uma abordagem peculiar, que nos desviaria dos propósitos deste trabalho.

Importante esclarecer que a presente tese está delimitada ao aspecto do *sustento* (ou *subsistência*) da PCD, exceção feita ao *auxílio-acidente*, que ostenta natureza indenizatória. A presente investigação não abrange a proteção estatal em relação ao aspecto da *saúde* (artigos 6º e 196 da Constituição), entendida essa, pela Organização Mundial da Saúde, como uma “situação de perfeito bem-estar físico, mental e social”.

Não se abordam, aqui, portanto, as prestações de saúde (serviços médicos para tratamento da saúde e utilidades na forma de medicamentos).

A concretização dos *direitos fundamentais sociais de previdência social* passa também pela análise dos serviços de habilitação e reabilitação profissional, previstos na legislação como direitos previdenciários, mas conformados na Constituição como direito assistencial, no art. 203 da CF. A questão apresenta aspectos que pouco são explorados pela doutrina.

A nós nos parece que um dos aspectos mais relevantes deste esforço é a abordagem da exclusão previdenciária das pessoas que nascem incapacitadas no Brasil, bem como das que se incapacitam antes de completar a idade constitucional permitida para o trabalho formal, que é de 16 (dezesesseis) anos. Isso está correto? Esse um dos temas centrais dessa obra, cuja conclusão é tributária de propostas seminais do liberalismo igualitário.

Estabelecido isso, pretendemos averiguar se atendem às normas-princípio constitucionais previstos no art. 3º da CF – especialmente levando-se em linha de conta os princípios da distributividade e o objetivo da justiça social – as regras contidas no art. 42, § 2º, e 59, § 1º, da Lei n. 8.213/91, que excluem da proteção previdenciária da *incapacidade* as pessoas que se filiam à previdência social já incapacitados para o trabalho. O assunto é abordado num dos capítulos finais, quando também será abordada a problemática da *restrição dos direitos fundamentais*.

Ademais, propusemo-nos a uma análise da *sistematicidade* da proteção social conferida à PCD na seguridade social, sob o aspecto da *integridade* e *coerência* desse *sistema* normativo,

consoante lições de Dworkin, cabendo indagar se consequências desarmônicas (isto é, a denegação indevida de benefícios) podem decorrer da diversidade de *suportes fáticos* que tipificam incapacidade e deficiência.

Pretendemos avaliar se há, na proteção social bipartida (porque dividida entre a previdência e a assistência sociais) da *subsistência*, uma assistemática no tratamento do problema, checando se há incoerências nessa política pública e social, as quais podem constituir obstáculos à concretização do direito fundamental social da PCD.

Não se mostra possível ignorar, outrossim, o advento da *reforma da previdência trazida pela Emenda Constitucional nº 103/2019*, objeto de várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade movidas perante o Supremo Tribunal Federal, ainda não decididas. Uma das alterações da referida emenda deu-se no inciso I do art. 201 da Constituição Federal, questão objeto de estudo em capítulo próprio, na medida em que um dos temas deste trabalho é a contingência “doença”, prevista nas constituições brasileiras desde a de 1946, mas simplesmente ignorada pelo legislador ordinário desde então.

Porque já *implementados* os direitos fundamentais sociais previdenciários da PCD (ao menos no Regime Geral de Previdência Social) pelas leis ordinárias referidas (Lei Complementar 142/2013 e Lei 8.213/91) e já regulamentados pelo Executivo (Decretos nº 3.048/99), a eficácia jurídica das normas protetivas vigentes não encontre óbices nas searas da *normatividade* e da *justiciabilidade*.

Apesar disso, discutiremos os contornos na concretização do direito fundamental social da PCD previsto no art. 6º da Constituição Federal, mais adiante elucidado no art. 201, levando-se em conta que essas minorias apresentam as *necessidades sociais mais urgentes*, por isso, *prioritárias*. Explicaremos as razões no capítulo final, quando apresentaremos possíveis avanços na implementação da política pública e social de inclusão da PCD.

Assim, nosso objetivo, nessa jornada, é percorrer um caminho interpretativo que parte da Constituição – de onde se extrai a *fundamentalidade* do *direito à previdência social* das pessoas com deficiência – para alcançar entendimentos que apresentem soluções voltadas a avançar a (e na) *concretização* desse direito fundamental, ante os meandros da legislação infraconstitucional implementadora de benefício previdenciários, visando a um melhor resultado sob a ótica da PCD.

Ainda no capítulo 5, além de versar sobre o princípio do *primado do trabalho* e sobre o objetivo do *bem-estar social*, também apresentaremos um breve *esforço histórico* das constituições brasileiras no tocante aos seus respectivos elementos socioideológicos, atinentes

à proteção social das pessoas vulneráveis, aferindo, ao final, se são compatíveis com a visão liberal igualitária.

A abordagem da igualdade material e das capacidades ressaltam a necessidade de se atentar para as diferenças, sobretudo as apresentadas pelos mais fracos. Essa fragilidade, só por só, justifica um estudo voltado ao avanço no *status quo* da proteção previdenciária da PCD.

Para tanto, a *teoria dos princípios* oferece um bom cabedal teórico e por isso há um capítulo dedicado aos princípios, sobretudo aos chamados *princípios constitucionais impositivos*. É tema de um capítulo próprio.

Outros tópicos devem ser versados, como etapa de desenvolvimento da pesquisa, e estão aglutinados no capítulo pertinente: os *direitos fundamentais*; o *fundamento da dignidade da pessoa humana*; o *mínimo existencial*; a *reserva do (economicamente) possível*, a *cláusula do não retrocesso social* e o *princípio da proibição da insuficiência*.

Justificamos a necessidade de análise de todos esses assuntos porque: a) relacionam-se aos princípios da justiça social e da distributividade; b) fornecem suporte teórico à proteção previdenciária aos vulneráveis; c) suas normas principais encontram-se na Constituição Federal e em documentos internacionais dotados de eficácia interna, também voltada à proteção do homem frágil; d) encontram-se em sintonia com os postulados do liberalismo igualitário.

A presente tese utiliza metodologia *indutiva* e *dedutiva*. Em alguns momentos, como o da PCD com incapacidade preexistente à filiação à previdência social, o primeiro método predomina. Em outros, como nos capítulos primeiros e o atinente ao risco social “doença”, o método dedutivo mostra-se mais relevante. O trabalho se deu por meio de pesquisa bibliográfica sobretudo, mas também jurisprudencial.

A obra jurídica envolve, evidentemente, uma relação entre o sujeito e o objeto. As características desse sujeito, portanto, são determinantes no conhecimento desse último. Essa menção ao sujeito ocorre porque, muito provavelmente, várias percepções e reflexões inseridos nesta investigação, que vieram à tona consciente ou inconscientemente, decorrem de verdadeiro misto de pesquisas de *campo*, *documental* e *experimental*, que são exercidas no dia a dia mesmo da nossa atuação como promotor de Justiça, desde 1994, quando ingressamos no Ministério Público de Minas Gerais, e ainda mais desde 1998 como juiz, quando começamos a carreira na magistratura federal.

Com isso, nosso trabalho – geralmente, utilizaremos o pronome pessoal plural, a fim de dar algum sentido de proximidade com o leitor, com quem pretendemos manter algum diálogo – não foi elaborado por um acadêmico em sentido estrito, tenhamos exercido docência em faculdades de Direito por alguns anos. A escolha do objeto de investigação se deu da percepção

de que *há muito a avançar*, no âmbito da administração, da legislação e no próprio âmbito pessoal dos envolvidos com o tema do direito fundamental social da PCD no Brasil.

É da mente de um profissional da lida forense, com todos os seus valores e suas percepções, seus preconceitos, mas com interesse acadêmico, que os erros e eventuais acertos deste trabalho foram produzidos. E temos um objetivo claro: propor soluções, dentro da doutrina de direito constitucional, para *problemas práticos*, reais, graves problemas sociais que afligem milhões de brasileiros em situação de alta vulnerabilidade social. Reiteramos: a ideia é buscar soluções que representem avanços na proteção social da PCD no âmbito da previdência social.

Alertamos o leitor para alguns aspectos. Algumas citações, para alguns estudiosos, poderão parecer extensas demais: justificamos o fato por entendermos que a originalidade das ideias traz consigo a forma exata como expressa pelo autor, e muito se perderia se “traduzida” na forma de paráfrases.

Também registramos, neste final da introdução, que a grafia produzida em período prévio à última reforma ortográfica restou preservada nas citações. Em derradeiro, algumas notas de rodapé soam repetidas, mas preferimos essa estrutura ao uso de termos como *idem* e *ibidem*, mormente diante da constatação singela de que boa parte das revistas do sistema Qualis tem vedado a utilização desses últimos vocábulos latinos em notas de rodapé.

1 DA FEIÇÃO HETEROGÊNEA, DEMOCRÁTICA, SOCIAL E DIRIGENTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O ponto de partida desta jornada é situar os *elementos socioideológicos* da Constituição Federal de 1988, vinculadas às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades, caracterizadoras da evolução do Estado Liberal (aqui utilizado no sentido de um Estado formal de Direito) para um Estado de Direito (usado no sentido de Estado social e democrático de direito)¹.

1.1 Feição heterogênea

A ausência de predomínio absoluto de uma única tendência política nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte impregnou a Constituição de 1988 de opções divergentes ou contraditórias quanto à ação do Estado na economia, ora optando o Constituinte pela vertente liberal, ora pelo viés intervencionista.

Na feliz composição de Luís Roberto Barroso, a constituição é um documento *dialético*, fruto do debate e da *composição política*². A presença no corpo constitucional de normas produzidas pelas forças políticas de várias tendências faz com que exsurjam conflitos entre normas constitucionais, demandando do intérprete do direito um trabalho por vezes complexo de determinar qual a melhor solução diante da colisão de direitos constitucionalmente protegidos.

Disso decorre o caráter *compósito* do texto constitucional (o adjetivo é da pena de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que tem o mesmo significado de composto e heterogêneo), que decorreu da ausência de uma maioria ideologicamente convicta a respeito de pontos fundamentais, nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte³.

¹ MELO, Milena Peters. *A concretização-efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil*. Revista IIDH [Vol. 34-35], 2001-2002, pp. 213.

² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação constitucional como interpretação específica*. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Coimbra: Almedina (Série IDP), 2013, p. 93.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 01. Em vez de compósito, termo sugestivo da ideia de *composto*, preferimos o adjetivo *heterogêneo*, para expressar uma pluralidade de forças, em realidade convictas, mas sem formar uma maioria forte, nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

Acerca dessa *pluralidade política*, na mesma trilha caminha o pensamento de Anna Candida da Cunha Ferraz:⁴

Elaborada em processo aberto, com a participação de várias correntes políticas e ideológicas que lograram, em caráter compromissório, amalgamar em normas e princípios constitucionais, posições conflitantes e contraditórias, e apesar de considerada intocável por muitos, não foram poucos os que vaticinaram tratar-se de Lei Maior que exigiria, certamente, revisão. Aliás, o próprio texto constitucional previa, nos artigos 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sua revisão constitucional após cinco anos, com a atribuição ao eleitorado de definir em plebiscito, inclusive, a respeito do sistema de governo (república ou monarquia) e o regime de governo (presidencialismo e parlamentarismo). Não por outra razão foi taxada de *Constituição Provisória*.

Forçoso reconhecer que a pluralidade e a heterogeneidade de valores podem trazer sérias dificuldades para o intérprete do texto constitucional, em seu mister de buscar a concretização dos direitos fundamentais.

Tais dificuldades se somariam a uma crise prévia, denominada por Paulo Bonavides de *crise das Constituições*, decorrente da *juventude*⁵ mesma do Direito Constitucional, repercutindo em sua metodologia e jurisprudência, tornando a constituição “um repositório de princípios às vezes antagônicos e controversos, que exprimem o armistício na guerra institucional da sociedade de classes, mas não retiram à Constituição seu teor de heterogeneidade e contradições inerentes”.

1.2 Estado democrático e social

No entanto, a despeito de heterogênea, a despeito dos supostos casuísmos, prolixidades, valores irrealizáveis e escopos programáticos, apontados pela doutrina, o Constituinte fixou, na *ordem social*, uma linha a ser seguida.

⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apresentação da Coordenadora. In. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (coord.; Costa Machado (org.). *Constituição Federal Interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2020, p. XXIV.

⁵ O trecho da lição do autor vale a pena ser transcrito: “O Direito Constitucional clássico, segundo a crítica que se lhe faz, padece graves defeitos: em primeiro lugar, não leva em conta que as Constituições aparecem quando o Direito Privado já está sendo codificado ou, em outros termos, o Direito Público do Ocidente democrático principia (o constitucionalismo e as codificações constitucionais) por onde o Direito Privado acabava, depois de séculos de lenta elaboração, na qual pesaram também, como fator importantíssimo de sistematização e elaboração deste último, os princípios recolhidos da herança romana. Nada disso teve o Direito Constitucional atrás de si. Obra de improvisação revolucionária, foi criação de uma nova filosofia política. Evangelho de um novo direito, ergueu-se sobre alicerces exclusivamente teóricos, sem o aval da experiência e da história. Fundou uma nova modalidade de Estado – o Estado liberal, exposto a um processo de crítica e vivência, de contradições e desafios, com sua almejada estabilidade duramente impugnada por fatores explicados de dimensão mesma da historicidade que aquela forma de Estado e seu Direito Constitucional não poderiam deixar de ostentar.” Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 515.

A Constituição de 1988 destinou o Título VIII à Ordem Social depois de prever, bem longe, no Capítulo II do Título II, nos artigos 6º a 11, os direitos sociais.

O Título específico reservado à Ordem Social servirá não apenas para demonstrar a importância do ponto para o constituinte, mas também para dar continuidade ao programa hospedado no art. 6º da Constituição Federal, em que está, numa primeira mão, assegurado o direito fundamental social de todos à previdência social.

Já no art. 193, quando inaugura o Título VIII, dispõe, solenemente, que a “ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Evidencia-se, nesse artigo, como que um reconhecimento do constituinte de que há muito por fazer no Brasil, onde predomina um cenário social em que persistem situações graves de miséria, marginalização, exclusão social e concentração de renda.

A importância do art. 193 salta aos olhos, tanto que há um capítulo específico para albergar esse artigo, o Capítulo I. E, ao prestigiar o atributo *social* em detrimento do *individual*, o constituinte estabelece dois objetivos: o bem-estar e a justiça social.

Contudo, esses objetivos não se dão num ambiente intervencionista ou totalitário, já que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é, nos termos do art. 1º, incisos IV e V, da Constituição, a *livre-iniciativa* e o *pluralismo político*.

Vale dizer, o bem-estar e a justiça sociais devem ocorrer num *modo de produção capitalista*, em que a riqueza é produzida pelo trabalho das pessoas num regime de liberdade econômica, malgrado resguardados o aspecto social tanto da propriedade (art. 5º, *caput*, e inciso XXIII e 170, III) quanto da própria ordem econômica (art. 170, *caput*).

Não há como negar que o art. 193 é uma das normas de grande importância da Constituição de 1988, uma vez que, assim como o art. 170, consagra um de seus relevantes *elementos socioideológicos*, expressão utilizada por José Afonso da Silva para definir o “conjunto de normas que revela o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado liberal e o Estado social intervencionista”.⁶

Assim sendo, os valores sociais reproduzidos em vários dispositivos (artigos 1º, III e IV, 3º, I e III, e 170, *caput*, VII e VII) servem a um propósito maior do Constituinte: identificar, na Constituição, um *Estado Social e Democrático de Direito*, preocupado com o objetivo da *Justiça Social*.

Para Miguel Reale, o adjetivo “Democrático” pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um *Estado de Direito e de Justiça*

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 801.

Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. “Estado Democrático de Direito”, nessa linha de pensamento, equivaleria a Estado de Direito e de Justiça Social.⁷

E o Estado só pode adquirir o qualificativo de *social* se lograr medidas concretas para repartir a riqueza nacional, seja mediante o trabalho de seus cidadãos e estrangeiros residentes, seja mediante concessão de direitos sociais tendentes à elevação da qualidade de vida das pessoas, com redistribuição da renda nacional, apta a minimizar as imperfeições do mercado de trabalho.

Esse aspecto é especialmente importante na vida da PCD. Trata-se de uma minoria especialmente vulnerabilizada, ainda mais quando as deficiências são adquiridas desde nascença ou antes de completar a idade mínima laborativa, de 16 (dezesesseis) anos (art. 7º, XXXIII, da CF).

No mais, a despeito de sua importância, nunca houve, nas Constituições anteriores, um capítulo destinado exclusivamente à *ordem social*, de maneira que a atual constituição pode ser concebida como uma evolução das estruturas anteriores. Tanto que as soluções impostas pelo Direito positivo para o problema da pobreza são encontradas em vários dispositivos esparsos na Constituição Federal, inclusive no Título I.

1.3 Sucessão a regimes autoritários

Avancemos, com uma referência a Portugal.

Deve ser pontuado que a Constituição Portuguesa, de 1976, lá editada após longo período autoritário, influenciou o constituinte brasileiro. Em seu Preâmbulo, tal constituição quis “*assegurar o primado do Estado de Direito democrático*” e “*abrir o caminho para uma sociedade socialista*”, tendo recebido reformas a partir dos anos 1980.

Essas ideias não passaram despercebidas quando da elaboração da constituição do Brasil pela Assembleia Constituinte, muito embora Portugal não tenha sido o único país a influenciar os trabalhos no país sul-americano.

Ambas as constituições (a brasileira de 1988 e a portuguesa de 1976) sucederam regimes autoritários, tal como se deu na Espanha e na Alemanha. Ambas vivenciaram uma espécie de *reação* aos regimes anteriores, buscando a positivação de paixões políticas e ideológicas

⁷ REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 02.

dominantes no contexto do processo constituinte. Eis as observações, nesse sentido, de Anna Cândida da Cunha Ferraz⁸:

Não se pode negar, em verdade, que as constituições resultantes de processos revolucionários – em sentido jurídico ou sociológico – mostram-se mais suscetíveis a mudanças, já que a novel elaboração constitucional traz muito de reação a sistemas anteriores; representa a busca compreensível da positivação de paixões políticas e ideológicas dominantes no contexto do processo constituinte, metas essas que, não raro, desbordam ou não correspondem a reais necessidades de um Estado Democrático de Direito a ser reorganizado. A Constituição da República Portuguesa de 1976, produto de uma revolução, é disso um exemplo, pois previu, de modo expresse, a realização da sua revisão a cada cinco anos, e já foi objeto de várias revisões”.

A despeito das possibilidades de revisão e da reação a regimes autoritários, diferenças entre ambos os países, todavia, devem ser pontuadas. Portugal tem acesso a fundos e recursos europeus aos quais não temos acesso; nossos problemas de pobreza e desigualdade são mais graves; nossa população é mais de vinte vezes maior.

O constitucionalismo em Portugal pode ser estudado “em rede”, porque num sistema interligado a tratados e convenções. Já no Brasil há quem fale em “constitucionalismo periférico”.⁹

De todo modo, não é de se surpreender, em consequência de tais disparidades, que esse perfil de *constitucionalismo periférico* não tenha obtido grande sucesso no Brasil, ao menos em termos de *estabilidade*, tanto que passou por mais de cem emendas constitucionais¹⁰.

Poucos anos após a promulgação da Constituição de 1988, de certa maneira se forjou uma percepção de que a época em que o texto magno foi elaborado alterou-se profundamente, demandando mudanças nas concepções do papel do Estado e nos limites de sua intervenção na vida em sociedade.

Já no ano seguinte, em 1989, ocorreu a Queda do Muro de Berlim, conduzindo ao fortalecimento da globalização e do neoliberalismo, trazendo consequências estruturais econômicas e políticas de grande magnitude mundo afora (itens 2.1 e 3.1.2), o que gerou críticas ao dirigismo constitucional, assunto a ser tratando no item seguinte.

⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apresentação da Coordenadora. In. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (coord.; Costa Machado (org.). *Constituição Federal Interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2020, p. XXV.

⁹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, pp. 31 e seguintes.

¹⁰ Mas a relativa facilidade, por assim dizer, com que as emendas são aprovadas no Brasil traz um aspecto positivo no tocante a uma das propostas apresentadas nesta tese, que é a da necessidade de alterações a serem levadas e feito por emenda constitucional (v. considerações finais), no propósito de ampliar o nível de proteção da PCD.

1.4 Dirigismo constitucional

Da conjugação das normas constitucionais insertas no Título I com as no Título VIII, sobretudo as relativas à Ordem Social, torna-se manifesto o *caráter dirigente da Constituição Federal*, pois contém um “vasto programa de transformação social”,¹¹ a ser desempenhado pelo Poder Público, sempre com vistas a alcançar a *justiça social*.

Entendemos que o caráter heterogêneo e dirigente da Constituição Federal de 1988 reflete, sobremaneira, uma certa ideologia liberal igualitária, em que há respeito à liberdade e à livre-iniciativa, numa sociedade pluralista, mas com preocupações igualitárias concretas.

Ainda assim, exsurtem dificuldades de interpretação das normas constitucionais, notadamente das “abertas”, como, v.g., aquela hospedada no art. 194, parágrafo único, III, da Constituição, atinente à seletividade e distributividade nas prestações de seguridade social.

A rigor, o tema do dirigismo constitucional ou constituição dirigente foi uma tese elaborada originalmente por Peter Lerche (*dirigierende Verfassung*) e adaptada com propriedade à doutrina constitucional portuguesa por J. J. Gomes Canotilho¹².

Nesse caldeirão de elementos por vezes contraditórios e excludentes, antes referido, transparece uma *constituição dirigente*, elaborada em fins nos anos 1980, cujo ideal, para muitos, não sobreviveu.

Nada mais conveniente que o próprio J.J. Canotilho explicar o porquê de considerar a expressão um termo hoje considerado equívoco:

Em primeiro lugar, porque a Constituição dirigente passou a ser identificada com dirigismo pragmático-constitucional. As críticas movidas contra esse ganharam grande virulência quando a programaticidade constitucional era reconduzida à ideia de *narrativa emancipatória*. O texto constitucional deixava de ser uma lei, para se transformar numa “bíblia de promessas” de “novas sociedades” (“transição para outra sociedade”, “sociedade mais justa”). Em segundo lugar, a Constituição dirigente pressupunha uma indiscutida autossuficiência normativa, parecendo indiciar que bastavam as suas imposições legiferantes e as suas ordens de legislar para que os seus comandos programáticos adquirissem automaticamente *força normativa*. O problema central da Constituição dirigente consistia (e consiste) em saber se, através de “programas”, tarefas e directivas constitucionais, se conseguiria uma imediatez efectiva e concretizável das normas e princípios constitucionais de forma a acabar com os queixumes constitucionais da “constituição não cumprida” ou da “não concretização da constituição”. Em terceiro lugar, a teoria da Constituição dirigente procurava fornecer arrimos jurídico-dogmáticos a uma fundamentação dos limites materiais-constitucionais vinculativos do legislador. Diversamente do que entendia a

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 216.

¹² STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. Comentários ao art. 1º da Constituição. In. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013, p. 116.

doutrina tradicional, arraigada à ideia de liberdade de conformação do legislador, a ideia de Constituição dirigente procurava extrair das normas constitucionais as determinantes positivas da actividade legislativa. No fundo, a doutrina explicava mal o enigma de um legislador desvinculado nos fins, quando, na verdade, alguns preceitos da constituição se revelavam suficientemente densos e determinantes para limitarem, em termos jurídicos, os “excessos” do poder legislativo¹³.

A problematidade pontuada em três dimensões por Canotilho parece de todo pertinente. Ao preconizar uma transição para outra sociedade, uma sociedade mais justa, a constituição dirigente parecia depositar uma esperança utópica num documento normativo, como se bastasse para operar transformações desejadas pelo constituinte originário, sem levar em conta as peculiaridades históricas do país, tampouco os comportamentos das pessoas disso decorrentes. Imposições legiferantes, porém, revelaram-se insuficientes para a aquisição da força normativa, traduzindo-se em ineficácia, mesmo porque, como ponderará Celso Ribeiro Bastos, não seria recomendável retirar do processo político a atribuição de moldar as transformações almejadas.

De efeito, Celso Ribeiro Bastos¹⁴ salienta que as constituições podem variar de um carácter extremamente instrumental, forjadora de normas quase quer exclusivamente **organizacionais**, até, por outro lado, serem bastante **programáticas** com pretensões de oferecer soluções políticas para todos os problemas suscetíveis pela vida do Estado. Contudo, é preciso haver um *meio-termo* entre os caracteres programático e organizacional da constituição, sob pena de se tolher a atividade política e engessar a possibilidade de liberdade das gerações futuras.

Para o autor, mostra-se necessária uma dimensão *prospectiva*, desaconselhando-se repartir os direitos e deveres na sociedade de maneira estática, fazendo-se mister “ir moldando o próprio processo de transformação”, até mesmo para que não ocorra a esmo sem direção, jogado ao livre jogo das forças econômicas, sociais, espirituais etc. “É perfeitamente legítimo”, aduz Bastos, “que o direito constitucional tente chamar para si um papel importante na disciplina do próprio processo evolutivo.”

Mas, reconhecendo que a constituição não pode tudo prever, há um alerta a ser feito: ela não pode substituir-se ao livre jogo da política, nem ser um “saque para o futuro”, descabendo asfixiar o processo decisório das futuras gerações. Segue a preciosa lição do professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brançosos*” e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Edições Almedina SA, 2008, pp. 31/32.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 402.

Senão vejamos, a Constituição não pode tudo prever, ela não pode substituir-se ao livre jogo da política. A Constituição não pode ser um saque contra o futuro, não se admite que as gerações atuais tenham o direito de asfixiar o processo decisório das gerações futuras. É indispensável, portanto, que se reserve espaço para que permanentemente a sociedade esteja a refazer-se nas suas aspirações, nos seus desejos e nas suas realizações mais profundas.

Em síntese, é o próprio processo diuturno da política que não pode deixar de subsistir, e é evidente que este processo político só ocorrerá na medida em que haja espaço para que ele possa atuar e o excesso de normas programáticas de maneira a antecipadamente prever todas as áreas possíveis de atuação do Estado acabe por exaurir por completo a necessidade de novas decisões. Assim, tudo estaria antecipadamente decidido, não teríamos mais decisões a tomar, mas simplesmente medidas a executar, isto é, uma forma insustentável de autoritarismo jurídico-político¹⁵.

Ousamos indagar: Constituição Federal de 1988 alcançou esse meio-termo? A resposta não nos parece positiva, se levarmos em conta a plethora de emendas constitucionais promulgadas nesses quase 35 (trinta e cinco) anos de vigência. O número prolífico de emendas parece externar a ideia de que a constituição aprovada engessaria a sociedade, não fossem as alterações levadas a efeito dentro do processo regular de emendas.

Pensamos que a noção de *constituição dirigente* não é de ser abandonada, porque tem muito a contribuir para a concretização de direitos fundamentais sociais, especialmente quando os olhos são voltados às *normas principiológicas* contidas no art. 3º da CF. Ainda mais especialmente, quando se percebe que o déficit do Estado, no objetivo maior da redução da pobreza e das desigualdades, continua bastante alto no Brasil.

Quanto a esse tópico, nada melhor que as palavras autoexplicativas do próprio Canotilho, em lição posterior no tempo, em que se põe em evidência a relevância do Direito e da constituição enquanto *direção e comando*¹⁶:

O primeiro ponto que merece nova suspensão reflexiva relaciona-se com o problema da capacidade de direcção do direito constitucional. Se a “lógica dirigente” está hoje posta em causa, isso não significa que o direito tenha deixado de se assumir como instrumento de direcção de uma comunidade juridicamente organizada. A constituição pode ter deixado de ser uma norma dirigente, mas não está demonstrado que não tenha capacidade de para ser uma norma diretora. Mesmo tendo em conta as críticas dirigidas ao normativismo constitucional (...), cremos que o direito continua a ser um instrumento fiável e incontornável de comando em uma sociedade. (...) Embora as teorias autorreferenciais tenham obrigado a revisão (por vezes dramática) dos esquemas de direcção do estado e do direito, entendemos que é possível manter tendencialmente a ideia de direcção: comando dirigido à conformação, regulação,

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 403.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, J.J.; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Bacha (coords.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, posição 363, aplicativo Kindle.

alteração intencional e finalística de situações políticas, econômicas, sociais e culturais por meio de instrumentos jurídicos.

Enfim, são os elementos *socioideológicos* que embasarão a interpretação do Direito Constitucional em face dos problemas sociais, cumprindo uma função se não mais *dirigente*, ao menos *diretiva*. Desse modo, ainda há esperança de transformação social pelo implemento das promessas constitucionais.¹⁷

Para o fechamento desta singela abordagem sobre dirigismo constitucional, uma vez mais citar Canotilho é preciso. Apesar dos pesares, o autor entende que o Direito não deixou de se assumir como *instrumento de direcção* de uma comunidade juridicamente organizada, constituindo, sim, um “instrumento fiável e incontornável de comando em uma sociedade”.

Ao concordar com um pessimismo metodológico, indicativo que o resultado da interpretação constitucional não depende, pura e simplesmente, do método utilizado, o constitucionalista português preleciona:¹⁸

O primeiro ponto que merece nova suspensão reflexiva relaciona-se com o problema da capacidade de direcção do direito constitucional. Se a “lógica dirigente” está hoje posta em causa, isso não significa que o direito tenha deixado de se assumir como instrumento de direcção de uma comunidade juridicamente organizada. A constituição pode ter deixado de ser uma norma dirigente, mas não está demonstrado que não tenha capacidade para ser uma norma directora. Mesmo tendo em conta as críticas dirigidas contra o normativismo constitucional (a que atrás fizemos referência), cremos que o direito continua a ser um instrumento fiável e incontornável de comando em uma sociedade. Este ponto de partida justifica, desde logo, a clarificação do conceito de direcção.

É exatamente essa extrinsecação do direito constitucional que pretendemos obter nesta investigação, voltada à concretização dos direitos fundamentais sociais de previdência social das pessoas com deficiência, sob o marco teórico do *liberalismo igualitário*.

Ao evocarmos distributividade e justiça social, focar-nos-emos na constituição, e não na legislação previdenciária ordinária, para sustentarmos nossos pontos de vista em favor da PCD.

Para os fins do presente trabalho, de qualquer forma, o dirigismo constitucional revelou-se na atuação do legislador ordinário por meio da promulgação das Leis nº 8.213/91 (lei que institui o Regime Geral de Previdência Social - RGPS) e nº 142/2013 (que instituiu a

¹⁷ Para uma reflexão a respeito da resiliência, ou não, desse ideal, ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 13 e seguintes.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, posição 356 de 5225, aplicativo Kindle.

aposentadoria das pessoas com deficiência) com o fim de tornar efetivo o direito fundamental à previdência social (art. 6º da CF), cuja atuação opera a prestação de medidas substitutivas da remuneração, aptas a garantir a subsistência dos necessitados.

Não pode ser menosprezado o fato de que o legislador ordinário aprovou tais leis por força do caráter dirigente da Constituição Federal 1988.

A Lei nº 8213/91 – acrescida da Lei Complementar 142/2013 e das leis instituídas pelos entes federados para disciplinar os respectivos planos de previdência de seus servidores públicos – regulamenta as normas plasmadas nos artigos 201, I a V e § 1º, da Constituição de 1988.

A compreensão das balizas e limites dessa atuação do legislador ordinário, bem assim de seu respeito aos comandos constitucionais *diretivos* fruto de uma elaboração *heterogênea*, sobretudo no tocante à *justiça social* e à *distributividade* dos benefícios em favor da PCD, não prescinde da compreensão de algumas peculiaridades da interpretação específica das normas constitucionais. Esse o tema do próprio capítulo.

2 DA INTERPRETAÇÃO E DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA

Pretendemos, no presente capítulo, apresentar elementos que levem o leitor a identificar as bases sobre as quais pretendemos extrair as conclusões desta tese, voltada à análise do direito fundamental social à previdência social da PCD.

Esta tese não lida apenas com normas constitucionais, mas também com as contidas na legislação infraconstitucional (lei complementar, lei ordinária e regulamento). Nesse caldo normativo em que se insere a proteção social previdenciária, é preciso que se deixe claro o caminho interpretativo a ser percorrido, dentro dos limites possíveis da tese.

Não há qualquer pretensão de se estender sobre o tema da interpretação constitucional ou da concretização das normas, mesmo porque implicaria desvio desnecessário. Mas é imperioso desenvolver algumas linhas sobre o tema, não sem antes situar a época em que este trabalho é produzido.

2.1 Interpretação e sua época

A despeito de, no plano normativo, nossa Constituição preconizar um *Estado Social de Direito* ou, numa visão ainda mais avançada, *Estado Constitucional*, aberto a valores de solidariedade, os históricos e graves problemas sociais brasileiros restam não resolvidos.

Expressivo percentual das pessoas com deficiência dependente da caridade, da assistência social ou da previdência social para a própria subsistência.

Para piorar tal situação, o Brasil sofre os efeitos da globalização econômica, que “tem agravado ainda mais as desigualdades sociais aprofundando as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social”¹⁹, alijando do mercado de trabalho pessoas plenamente *capazes* para o trabalho e, ainda mais, gerando exclusão social das pessoas vulneráveis em razão de impedimentos, barreiras ou incapacidades.

Tudo isso se dá, no ver de Yuval Harari²⁰, numa época de desilusão com o liberalismo tradicional, desde a crise de 2008, em que a *disrupção tecnológica* (revoluções na biotecnologia²¹ e na tecnologia da informação) faz aumentar gravemente o nível de

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270.

²⁰ Cf. HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, *passim*, especialmente Parte I, item 2.

²¹ HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução Paulo Geige. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, página 16 de 355, aplicativo Kindle.

desemprego, atingindo naturalmente as pessoas *capacitadas* para o trabalho. O trabalho de muitos será realizado por algoritmos – de médicos a juízes, de operários a cobradores etc.

Os problemas da sociedade tecnológica irão além da desigualdade social, já que agora “as massas temem a irrelevância”. Talvez, aduz Harari, as revoluções populares deste século não sejam contra uma elite econômica que explora pessoas, mas contra a elite econômica que já não mais precisa delas²².

Mais que isso, trata-se de uma época em que se mostra bastante visível, segundo Sandel, o *ressentimento* de pessoas que, afetadas por uma cultura de *tiranía do mérito*²³, são abandonadas na repartição das riquezas do país.

O problema é complexo e temos dúvidas se o Direito é capaz de lidar com tais tensões. O que parece certo é a assertiva de que a gravidade do atual quadro de pobreza e desigualdade social no Brasil, nestes meados de 2022, faz com que *aumente a importância da proteção constitucional ao homem frágil*.

Neste mundo em rápidas mutações tecnológicas, cabe ao intérprete²⁴ do Direito Constitucional encontrar interpretações compatíveis com as grandes necessidades sociais atuais, em que avultam problemas desafiadores de um momento histórico peculiar, que, sobre ter de conviver com a disrupção tecnológica já citada, ainda convive com fascismos, pandemia, *fake news*, guerra e outros males de nosso tempo, aduzidos aos tradicionais brasileiros, como pobreza, exclusão social, violência, corrupção etc.

Passemos, nestes termos, a tecer algumas considerações extraídas da doutrina acerca da interpretação constitucional.

2.2 Interpretação e aplicação do direito

No ver de Tércio Sampaio Ferraz Junior, o complexo processo de interpretação da norma pelo juiz, passando pela convicção à análise da regra, com posterior retorno à convicção,

²² HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução Paulo Geige. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, página 18 de 355, aplicativo Kindle.

²³ Cf. SANDEL, Michael. J. *A tirania do mérito. O que aconteceu com o bem comum?* Tradução: Bhuvli Libanio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, *passim*, especialmente capítulos 1, 2 e 5.

²⁴ Naturalmente, o desafio de “atualizar” o Direito ao momento histórico passa, em primeiro lugar, pela atividade fundamental do legislador, que deve estar à altura do desafio, tarefa que é bastante difícil diante das particularidades do processo legislativo brasileiro. Tal desafio envolve regular as relações jurídicas e seus reflexos sociais para um mundo em mutação, inovação, marco regulatório, enfim, uma legislação para um mundo virtual. Cf. DOMINGUES, Paulo Sérgio. *Legislativo 4.0. O desafio da criação de novas leis num mundo em mutação*. In: Cadernos Adenauer XXI (2020), nº 1. *A quarta revolução industrial: inovações, desafios e oportunidades*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, abril 2020. Tudo isso, assim pensamos, deve vir acompanhado de um contraponto, que é o cuidado esperado do Legislativo com as pessoas que sofrerão as consequências da tecnologia.

pela utilização da técnica, numa “dialética particular-universal-singular”, concluindo que haverá justiça na decisão quando justificada em valores fundamentais materiais, no caso do Brasil os elencados no art. 5º, *caput*, da Constituição: vida, igualdade, propriedade, segurança, liberdade²⁵.

Daí surge a possibilidade de se ir além da literalidade da lei, possibilitando que o juiz leve em conta, ao final, outras considerações sociais, morais ou religiosas.

Neste trabalho, partimos do entendimento de que *todos* os textos normativos carecem de interpretação, não apenas por não serem unívocos e, portanto, destituídos de clareza, mas também porque devem ser aplicados aos casos concretos, reais ou fictícios, nas palavras precisas de Eros Roberto Grau²⁶, cujas lições serão referidas nos parágrafos seguintes.

Praticamos a interpretação do direito para *aplicar* o direito e, ao fazê-lo, aduz o autor, “não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”²⁷.

E o intérprete apreende o significado dos textos e dos fatos no quadro da realidade do momento no qual as normas serão aplicadas, de modo que a realidade do momento em que os fatos que compõem o caso veem à tona pesa de maneira determinante para a produção da norma aplicável ao caso concreto.

Os juízes – os intérpretes autênticos, no sentido atribuído por Kelsen –, embora não criem o direito, produzem-no ao completar o trabalho do legislador.

Isto é, os juízes completam o trabalho desse último (ou do autor do texto, quando se trata de função regulamentar ou regimental), quando operam um trabalho necessário mercê do “próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um *novo texto* (a *norma*) a partir de um *primeiro texto* (a Constituição, uma lei, um regulamento ou um regimento)”²⁸.

Ainda consoante as preleções de Eros Roberto Grau, os juízes produzem direito em e como consequência do processo de interpretação, esta que consiste na transformação de uma expressão (o *texto*) em outra (a *norma*).

²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Ato de julgar e senso de justiça, in *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 289-307.

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 34/35.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 35.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 27.

Nega-se, assim, a concepção tradicional de Savigny, segundo a qual a interpretação nada mais é do que a reconstrução do pensamento do legislador. Ergo, “a *norma* não é apenas o *texto normativo* nela transformado, pois resulta do conúbio entre o *texto* e a *realidade*”²⁹.

Deste modo, a interpretação/aplicação parte da compreensão dos textos normativos, da realidade e dos fatos. Depois passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso. Termina com a escolha de determinada solução para ele, consignada na *norma de decisão*³⁰.

Distinguem-se, portanto, as *normas jurídicas* produzidas pelo intérprete a partir dos textos e da realidade, que surgem de uma primeira operação, num lado, e a *norma de decisão* do caso, contida na sentença, de outro.

Com isso, a interpretação do direito não consiste em atividade de *conhecimento*, mas é *constitutiva*, de sorte a se mostrar como *decisional*, conquanto *não discricionária*³¹.

2.3 Previsibilidade, calculabilidade e segurança jurídica

A interpretação que se pretende das normas constitucionais não se contenta com os métodos clássicos da interpretação constitucional, preconizados por Savigny, a saber, interpretação gramatical, histórica, autêntica, lógica etc.

O olhar do intérprete da constituição voltado à efetivação dos direitos fundamentais sociais não prescinde de eventuais aportes do chamado *neoconstitucionalismo*, que segundo Inocêncio Mártires Coelho quer *mais constituição que leis, mais juiz que legislador, mais ponderação que subsunção, mais princípios que regras, mais concretização que interpretação*³².

Mas cabe um alerta: por mais *abertas* que sejam certas normas constitucionais e por mais elásticas que os princípios de interpretação se apresentem, temos a preocupação de nos ater aos limites dos significados das normas constitucionais, num esforço para nos abster de impor as próprias convicções políticas – mesmo porque não ostentamos apego a quiser delas.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 28.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 34.

³¹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 28.

³² Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrado. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2021, p. 7.

Não achamos que a vinculação a certos referenciais teóricos, ou a certos princípios de interpretação, ou mesmo a certa ou determinada doutrina de direito constitucional, justifique a busca de soluções novas apenas para enquadrá-las numa tese original³³.

Com Dworkin, cremos que as *convicções políticas* cumprem um papel de equilíbrio dentre as funções que desempenham nas decisões a serem tomadas “sobre o que é Direito e quando ele deve ser imposto e obedecido”.

Por um lado, rejeitamos as opiniões de que as convicções não desempenham qualquer papel nessas decisões, sob o argumento de que o Direito e a Política pertencem a mundos diferentes. Por outro, rejeitamos a opinião oposta, de que Direito e Política são exatamente o mesmo e que os juízes que decidem casos constitucionais difíceis “estão simplesmente votando suas convicções políticas pessoais como se fossem legisladores ou delegados de uma nova assembleia constituinte”³⁴.

Esse equilíbrio nem sempre é fácil de alcançar, mas algumas balizas auxiliam nesse trabalho. Para Dworkin, os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, para poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade³⁵. Esse é o espírito que orienta este trabalho.

Prezamos, além disso, a necessidade de *previsibilidade e calculabilidade* das relações jurídicas, numa sociedade capitalista, baseada na livre-iniciativa, na autonomia e na liberdade econômica, mas que, como bem ressalta o liberalismo de princípios, tem preocupação com a dignidade da pessoa humana, com a justiça social, com a distributividade, enfim, com o valor da igualdade.

Assim sendo, queremos analisar em que medida os tribunais podem avançar na concretização do direito à previdência social da PCD; por outro, tentaremos fazê-lo sem incorrer em *ativismos* ou *decisionismos* que impliquem menosprezo à própria Constituição, que prevê

³³ Ao tratar da “autonomia do direito”, Lenio Streck apregoa um novo paradigma, em que o Direito deve ser concebido como uma crescente autonomização alcançada diante dos fracassos da falta de controle sobre e da política, revelando-se na Constituição a manifestação desta autonomia (do Direito) em face da economia, da política e da moral, especialmente desta última, pois ela tem sido utilizada como a “porta de entrada” de discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito. Cf. STRECK, Lenio L. *Hermenêutica e princípios de interpretação constitucional*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013 (Série IDP), p. 79.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, pp. VIII e IX.

³⁵ Aduz o autor: “Naturalmente, os juristas podem, razoavelmente, discordar sobre quando essa condição é satisfeita, e convicções muito diferentes, até mesmo contraditórias, podem passar pelo teste. Mas algumas não. Um juiz que aceite esse limite e cujas convicções sejam marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma tradição religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à comunidade com o título de Direito, por mais nobres ou iluminadas que acredite que sejam, pois elas não se podem prestar à interpretação geral coerente de que ele necessita”. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. IX.

dentre o rol de direitos fundamentais a *segurança jurídica* – norma-princípio que não está contida em qualquer dispositivo expresso³⁶, mas que encontra abrigo na garantida prevista no art. 5º, XXXVI, da CF.

2.4 Interpretação tradicional e interpretação moderna

“Nenhuma norma ou instituto de Direito Constitucional”, explica Bonavides, “pode ser compreendido em si, fora da conexidade que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição”³⁷. Com isso, a constituição ganha incomparável elasticidade, permitindo a “extração dos mais distintos sentidos, conforme os tempos, as épocas, as circunstâncias”³⁸.

Virgílio Afonso da Silva sustenta que uma das certezas mais difundidas no direito constitucional brasileiro estaria ligado à forma de interpretação da constituição, pois haveria uma divisão entre o *arcaico* e o *moderno*. O primeiro consistiria na interpretação segundo os cânones sistematizados por Savigny ainda na metade do século XIX. Moderno seria condenar os métodos tradicionais por terem caráter exclusivamente privatista e, por isso, seriam inadequados para a interpretação da constituição³⁹.

O autor, ademais, condena a importação ao Brasil de métodos de interpretação constitucional propostos por Konrad Hesse, arguindo que tais métodos não contam com prestígio de um modelo teórico enraizado e sedimentado na Alemanha, nem na doutrina, nem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão⁴⁰.

Feito esse registro singelo, e à vista do antes exposto, pensamos que a interpretação do direito e sua aplicação, mediante a compreensão do *texto normativo* e sua passagem para a *norma* aplicável ao caso concreto, não pode prescindir da consideração (a ser dada pelo intérprete, autêntico ou não) dos elementos socioideológicos da Constituição (mormente os previstos no art. 3º).

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 50.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 491.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 491.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116. Não achamos, porém, que os métodos de interpretação tradicionais possam ser denominados de *arcaicos*, inclusive porque a sua utilização na concretização dos direitos fundamentais é, em nosso entender, também muito importante.

⁴⁰ O autor sustenta que os princípios são recebidos no Brasil como se fossem “moeda corrente” na Alemanha, percepção que tacha de equivocada. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116/118.

Tais elementos socioideológicos, compreendidos pelo olhar da doutrina do século XXI, autorizam o intérprete a afastar interpretações puramente *formalistas*, lastreadas no aspecto filológico dos textos, para afinal se prestigiarem os princípios que carregam consigo a responsabilidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nesse ambiente, entendemos que o arcabouço teórico do *liberalismo de princípios* pode prosperar no direito positivo brasileiro, na interpretação dos direitos fundamentais sociais do homem frágil. Afinal, já o dissemos antes, a Constituição Federal de 1988 não pode ser concebida como criadora de um mero Estado de Direito *formal*, como as constituições que serviram o liberalismo clássico, do passado.

Para Paulo Bonavides, “a moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal”⁴¹. Segundo ele, essa moderna interpretação:

Redundou assim na busca do sentido mais profundo da Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados.

Mais adiante, Bonavides acrescenta⁴²:

Sendo o Estado social a expressão política por excelência da sociedade industrial e do mesmo passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o Estado e a antecedente forma de sociedade (a do liberalismo), observa-se que nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com as correntes copiosas de interesses sociais antagônicos, arvorados por grupos e classes, em busca de afirmação e eficácia. Interesses ordinariamente rebeldes, transbordam eles no leito da Constituição, até fazer inevitável o conflito e a tensão entre o Estado social e o Estado de Direito, entre a Constituição dos textos e a Constituição da realidade, entre a forma jurídica e seu conteúdo material. Disso nasce não raro a desintegração da Constituição, com o sacrifício das normas a uma dinâmica de relações políticas instáveis e cambiantes.

Assim, por um lado, temos o *formalismo positivista*. Por outro, deparamo-nos com esse fenômeno de *incertezas*, que pode ser resumido, acrescentamos, na expressão “insegurança jurídica”, que, à evidência, há de ser evitado, na medida de todo o possível – consoante já alertado na introdução desta tese.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 487.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 487.

Ainda segundo Paulo Bonavides, deve prevalecer a vontade do legislador ou da lei, em vez da vontade do intérprete e do juiz⁴³. Tal prevalência, no entanto, não é das tarefas mais fáceis, especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil, em que o intérprete (especialmente o *autêntico*) se depara frequentemente com situações dramáticas, que envolvem manutenção da própria vida ou a subsistência mesma de pessoas fragilizadas, amiúde potencializadas por crises econômicas nacionais que fazem com que aumente a importância dos direitos sociais.

2.5 Neoconstitucionalismo

O *neoconstitucionalismo* (também denominado constitucionalismo de princípios, constitucionalismo de direitos, constitucionalismo avançado), termo que incorpora autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas num mesmo sentido⁴⁴, surgiu no interior de um contexto histórico específico, quando a Europa passava por uma transição, mostrando-se necessário romper com um cenário político marcado por regimes totalitários, fazendo emergir, nas palavras de Lenio Streck, uma nova fundamentação do direito, consagrando a ideia de Estado Constitucional⁴⁵.

A tendência ativou-se diante das limitações do positivismo, que teria levado à denegação de direitos fundamentais, sobretudo os sociais, em razão de simples formalismos jurídicos. Focado no caráter axiológico do direito e no conteúdo material das normas, para o neoconstitucionalismo o sistema normativo e a separação dos poderes seriam um estorvo nesse desiderato de concretizar os direitos fundamentais, o que contrastaria com os objetivos da República Federativa do Brasil contidos no art. 3º da CF.

Ensina Walber de Moura Agra que o *neoconstitucionalismo* é propulsionado pelos seguintes aspectos: a) falência do padrão normativo que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; b) influência da globalização; c) pós-modernidade; d) superação do positivismo clássico; e) centralidade dos direitos fundamentais; f) diferenciação qualitativa entre princípios e regras; revalorização do Direito⁴⁶.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 487.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz, *Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 249.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz, *Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 249.

⁴⁶ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Editora Método, 2008, p. 435.

Ao abordar as diferenças entre *constitucionalismo garantista* e *constitucionalismo principialista*, Luigi Ferrajoli, constatando que o segundo é mais infenso a teorias de sistema que não trabalham com metáforas da pirâmide positivista, pondera que, quando as constituições incorporaram princípios de justiça de caráter ético-político, terá desaparecido o principal traço distintivo das correntes principialista e garantista⁴⁷.

Portanto, as soluções encontradas neste trabalho, assim entendemos, podem ser obtidas tanto num modelo teórico *positivista* quanto no *neoconstitucionalismo*, exatamente porque, no Brasil, sua constituição prevê expressamente elementos socioideológicos indicadores da grande preocupação do constituinte com as questões sociais (art. 1º, 3º, 6º, 7º, 193, 194, 196, 201, 203 etc).

O que não pode ser ignorado, de todo modo, é que, em muitas ocasiões, na colisão entre direitos fundamentais, o intérprete haverá de fazer *ponderações*, com concessões recíprocas e escolhas, no dizer de Barroso⁴⁸, por meio de alguns métodos criados pela doutrina, como a aplicação da *regra da proporcionalidade*, essa última concebida, no ver de Virgílio Afonso da Silva, como uma forma de *controle* e *aplicação* de princípios como mandamentos de otimização⁴⁹.

Eros Roberto Grau, entretanto, tece críticas à *proporcionalidade* e à *razoabilidade*, que ele denomina de *pautas de aplicação* do direito, pois a doutrina e jurisprudência “as tomam como se princípios fossem, deles alguns se servindo para ousar corrigir o legislador”⁵⁰. Para o autor:

Ambas são rotineiramente banalizadas, a ponto de se pretender aplicá-las não exclusivamente na fase de definição de cada norma de decisão, mas no primeiro momento da interpretação/aplicação do direito, o da produção das normas jurídicas gerais – o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de corrigir o legislador, invadindo-lhe a competência⁵¹.

É por isso que avançar na concretização é preciso, mas com cautelas.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. Cf. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. In: *Cadernos de Filosofia del Derecho*, 34 (2011), p. 15-24.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação constitucional como interpretação específica*. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013, p. 94.

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 167-181 e 206.

⁵⁰ ⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 135.

⁵¹ ⁵¹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 135.

Seja qual for o método, a regra ou o princípio hermenêutico a ser utilizado pelo intérprete, urge que seja balizada pelos contornos do direito positivo, liderado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

O uso da *ponderação* (acrescentamos o da *proporcionalidade* e a *razoabilidade*) não pode levar a resultados lastreados em “reservas de juízo” ou “insinuações ideológicas” de seu operador. Nesse diapasão o pensamento de Müller vale a pena ser transcrito:

A tentação a uma valoração e ponderação subjetivamente irracionais de "valores", paralela ao uso do conceito de "valor" - juridicamente dispensável, com ônus negativo herdado da história da filosofia, e de resto carente de nitidez - revela-se claramente quando o tribunal denomina em seguida a "ordem valorativa" direitos fundamentais como "ordem hierárquica de valores", em meio à qual se deveria efetuar uma ponderação. É certo que o legislador não pode mover-se livremente no espaço protegido pelos direitos fundamentais, é certo que não é ele quem pode determinar constitutivamente o conteúdo do direito fundamental e que, muito pelo contrário, limitações conteudísticas da sua margem de apreciação legislativa resultam do teor normativo do direito fundamental. Tão certo é também que essa compreensão não tem relação com o direito ou a necessidade de um procedimento metódico de "ponderação de bens", como isso é proposto em uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal. Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfactíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo [Urteilsvorbehalt] em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas⁵².

Cabe registrar que não pretendemos nos filiar ao referencial teórico do *neoconstitucionalismo*, por considerar que as conclusões a serem propostas independem da adesão a tais doutrinas. Insista-se: o marco teórico desta obra é o liberalismo igualitário, não o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.

2.6 Princípios instrumentais de interpretação constitucional

Avancemos. Uma distinção deve ser feita. Conforme Rubens Limongi França, a *interpretação* serve para fixar determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata

⁵² Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 30/31.

da norma jurídica, ao passo que a *hermenêutica* é a parte da ciência do direito que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira⁵³.

Enxergando a *interpretação constitucional* como uma modalidade *específica*, se comparada à operada nos demais ramos do direito, Luís Roberto Barroso⁵⁴ enumera alguns princípios instrumentais de interpretação, a saber: 1) supremacia da constituição; 2) presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos; 3) interpretação conforme a constituição; 4) unidade da constituição; 5) razoabilidade ou proporcionalidade.

Mais que isso, Barroso salienta que a *nova* interpretação constitucional envolve o desenvolvimento de algumas “fórmulas originais de realização da vontade da constituição”, partindo-se do pressuposto que as normas constitucionais, por envolverem conceitos jurídicos *indeterminados*, nem sempre trazem um sentido único, objetivo e válido para todas as situações às quais incidem. Disso resulta a necessidade de emprestar *normatividade* aos princípios, de modo que “sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo”⁵⁵.

A doutrina parece ter uma certa preferência pelo princípio da *unidade* da constituição. Para Luís Roberto Barroso, enquanto especificação do princípio da interpretação sistemática, o *princípio da unidade* impõe ao intérprete que harmonize as tensões e contradições entre as normas jurídicas. Trata-se de tensões surgidas entre as próprias normas constitucionais, de maneira que não se pode beneficiar dos métodos tradicionais de interpretação (gramatical, histórica, teleológica, lógico-sistemática etc.), já que inexistiria hierarquia entre normas constitucionais⁵⁶.

Virgílio Afonso da Silva salienta que, no Brasil, geralmente os manuais de direito constitucional, ao tratarem dos princípios de interpretação, se referem a sete princípios, ao rol

⁵³ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 21.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013, p. 91/94.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013, p. 95.

⁵⁶ Tal entendimento, por outro lado, pode ser infirmado pela mera leitura da regra contida no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Ademais, embora algumas normas sejam de expressiva significância, porquanto materialmente constitucionais, como as que estabelecem os objetivos da República do Brasil, no art. 3º, outras se inseriram na constituição por mera conveniência política, como a constante do art. 242, § 2º. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 122/123.

de Hesse⁵⁷ (*unidade da constituição, concordância prática, conformidade funcional, efeito integrador e força normativa da constituição*) a doutrina brasileira acrescentando dois: o da *máxima efetividade* e o da *interpretação conforme a constituição*⁵⁸. Ressalta, porém, que esse último princípio sequer pode ser compreendido como um princípio de interpretação constitucional, por razões óbvias⁵⁹.

De toda maneira, as dificuldades de aplicação desses princípios específicos de interpretação constitucional são imensas, dada a ausência de elementos que as diferencie não apenas entre eles próprios, mas também entre os princípios tradicionais da hermenêutica trazidos por Savigny. À guisa de exemplo, Virgílio Afonso da Silva preleciona que o *princípio da unidade da constituição* nada mais significa que a velha *interpretação sistemática*⁶⁰.

Não há espaço neste trabalho para a análise desses princípios de interpretação constitucional, nem está em seu propósito alongar-se sobre o tema, porque fogem dos limites da tese. Dois princípios, contudo, são-nos caros e merecerão atenção especial, no momento próprio: a *conformidade funcional*⁶¹, e a *interpretação conforme a constituição*⁶². Ambos serão abordados nos capítulos específicos em que são pertinentes.

O que importa ressaltar, por ora, é que o caráter dialético, compósito, analítico e descritivo do texto constitucional de 1988 (vistos no capítulo anterior) requer, do intérprete, que busque *consistência* na busca de soluções de certos problemas. Porque sem isso – que pode ser enxergada tanto no princípio da unidade quanto na interpretação sistemática – o risco de o intérprete, especialmente o juiz, desbordar dos limites de sua atuação e agir como verdadeiro legislador, não pode ser desprezado.

O juiz cria direito dentro da lei, mas não pode fazê-lo fora dela (senão por delegação), pois do contrário transmuda-se em legislador⁶³. A rigor, o juiz não cria a norma geral em que fundamentará sua decisão, pois se assim fosse implicaria que o caso fosse julgado conforme

⁵⁷ Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.36.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119/120.

⁵⁹ Também Paulo Bonavides ressaltava que, a rigor, a *interpretação conforme a constituição* não é um princípio de interpretação da constituição, mas de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 530.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 121/127.

⁶¹ Ver capítulo 10, item 3.

⁶² Ver capítulo 12, item 3.

⁶³ O trecho foi idealizado por Cossio, citado por GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 29.

uma norma criada “depois do fato e para o fato”, o que contraria pressupostos outros do ordenamento jurídico⁶⁴.

2.7 Concretização da norma constitucional

Resta produzir algumas linhas acerca da concretização da norma constitucional. O sentido da palavra *concretização*, utilizado aqui, inclusive no título desta tese, enquadra-se ao explicitado por J. J. Gomes Canotilho. Diferentemente do que ele chama de “realização constitucional” e de “interpretação constitucional”, a concretização é entendida da seguinte forma:

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermediário, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta <<concretização normativa>> é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado <<técnico>> do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; e, sim, a construção de uma norma jurídica⁶⁵.

Devemos dar ênfase, particularmente, a esse processo de *densificação* das regras e princípios constitucionais, especialmente os insertos nos artigos 3º, 6º, 193, 194 e 201 da Constituição da República, que corporificam o direito fundamental social à previdência social da PCD.

Ainda segundo Canotilho, o direito constitucional como *ciência de direcção* não pode ficar alheio a esquemas novos de concretização. Assim, isso seria um “teste” à metodologia jurídico-constitucional a caracterização, em sede judicial, do nível essencial de prestações sociais⁶⁶.

Humberto Ávila é outro autor que, em seu estudo sobre a teoria dos princípios, também aborda o processo de *concretização*, partindo de algumas distinções preliminares, a saber: a) normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 29.

⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 1201.

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, posição 502 de 5225, aplicativo Kindle.

interpretação sistemática dos textos normativos; b) os dispositivos constituem-se no objeto da interpretação; c) as normas se constituem no resultado da interpretação⁶⁷.

Ávila ainda sustenta que a função da Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, ou naquela da intenção do seu autor. Para ele, não há significado intrínseco que independa da interpretação. O significado, para o autor, “não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que dependa precisamente de seu uso e interpretação”, observadas as modificações de sentido das palavras no tempo e no espaço, bem assim as controvérsias doutrinárias. Ao final, a concretização da norma apresenta-se como uma atividade complexa, em que o intérprete constrói e reconstrói (“*interpretar é construir a partir de algo*, por isso que significa *reconstruir*”) sentidos, à vista dos significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade de discurso⁶⁸. Mas, o autor ainda faz um alerta:

A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito reconstroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender “provisória” como *permanente*, “trinta dias” como *mais de trinta dias*, “todos os recursos” como *alguns recursos*, “ampla defesa” como *restrita defesa*, “manifestação concreta de capacidade econômica”, como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁹.

O intuito deste trabalho, nesse passo, é prezar os sentidos mínimos dos valores constitucionais contidos nos elementos socioideológicos da Constituição, além dos princípios contidos nos artigos 193 e 194, parágrafo único, III.

Já vimos, antes, em linhas gerais, que o texto normativo é apenas “uma fração da norma”, mas ainda não é a norma, na medida em que não se reduz à linguagem jurídica, abrangendo todos os elementos do “mundo da vida”, da forma como se manifestam no momento de sua aplicação⁷⁰.

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2019, p. 50.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 52.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 54.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 35.

Para Friedrich Müller, o texto normativo não contém imediatamente a norma, pois esta última é construída pelo intérprete, no decorrer do processo de *concretização* do direito, através dos *elementos da concretização da norma*⁷¹.

Com isso, o preceito jurídico consiste em matéria que precisa ser “trabalhada”, consoante Eros Roberto Grau: “Partindo do *texto normativo*, no quadro da realidade contemporânea à interpretação, alcançamos a *norma jurídica*, para então caminharmos até a *norma de decisão*, aquela que confere solução para o caso. Somente então se dá a concretização do direito.”⁷²

Já para Konrad Hesse, a *concretização* do conteúdo de uma norma constitucional só resulta possível quando se incorpora circunstâncias da realidade que a norma é chamada a regular, inclusive podendo levar a uma “mutação constitucional constante”. Eis a preleção do autor:

Así pues, la "concretización" del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resultan posibles incorporando las circunstancias de la "realidad" que esa norma está llamada a regular. Las singularidades de estas circunstancias - con frecuencia conformadas ya jurídicamente- integran el "ámbito normativo", el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el "programa normativo" es elevado a parte integrante del contenido normativo. Puesto que estas singularidades, y con ellas el "ámbito normativo", se hallan sometidas a cambios históricos, los resultados de la "concretización" de la norma pueden cambiar, a pesar de que el texto de la norma (y con ello, en lo esencial, el "programa normativo") continúa siendo idéntico. De todo ello resulta una mutación constitucional constante, más o menos notable, que no resulta fácil de captar y que, por ello, rara vez se manifiesta con nitidez⁷³.

Naturalmente, as teorias dos diversos autores alemães adotadas na doutrina brasileira são incompatíveis entre si em vários aspectos, tendo sido aqui mencionados porque também trabalham com a hipótese de *concretização* da norma constitucional⁷⁴, no sentido de que passam de uma etapa geral (a norma jurídica compreendida em abstrato) para outra especial (aplicação ao caso concreto).

⁷¹ O autor os discrimina em: a) elementos metodológicos *stricto sensu*, que são os aspectos da interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica, além dos princípios da interpretação da constituição e os problemas da lógica formal e da axiomatização no direito constitucional; b) elementos de concretização a partir do âmbito da norma e do âmbito do caso; c) elementos dogmáticos; d) elementos técnicos de solução; e) elementos de teoria; f) elementos de política constitucional. Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 60 e seguintes.

⁷² GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 35.

⁷³ Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 28. Foram extraídas as notas de rodapé na citação.

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122/124.

Reitera-se, nesse ponto, a lição de Canotilho: cuida-se da *construção de uma norma jurídica*⁷⁵.

E a construção de uma norma jurídica, para os fins desta tese, tem tudo a ver com uma concepção *neocontratualista* utilizada pelos autores John Rawls, Ronald Dworkin, Amartya Sen e Martha Nussbaum, sob a concepção de *justiça social e distributividade* sob a luz do *liberalismo de princípios*, de cujos ensinamentos pretendemos nos valer para incrementar a proteção social das pessoas com deficiência, particularmente nas hipóteses abordadas nos capítulos 10 a 13.

Cabe-nos, ainda, investigar se os dispositivos da legislação infraconstitucional (Lei Complementar 142/2013 e Lei n.º 8.213/91) compatibilizam-se, ou não, com as regras e princípios constitucionais, na análise da concretização dos direitos fundamentais sociais de previdência social. Se a resposta for negativa, relativamente a algum dispositivo – e efetivamente será, como no caso dos contidos nos artigos 42, § 2º e 59, § 1º, da lei n.º 8.213/91 – apresentar alternativas viáveis de significado, compatíveis com os citados postulados.

2.8 A problemática narrativa em relação aos direitos sociais

Consideramos pertinente trazer à tona, neste capítulo sobre interpretação e concretização das normas constitucionais, algo que denominado de “problema de narrativa” dos direitos sociais, sobretudo quando avaliados os requerimentos de concessão de direitos sociais endereçados ao poder público.

É que não faltam na doutrina críticas aos direitos sociais, considerados *de nicho*, por não se destinarem a todos.

Alguns veem como excessiva a busca de direitos sociais na Justiça, forjadora de exagerada proteção do Estado⁷⁶, visto que abundam pleitos descabidos⁷⁷, em detrimento da noção de *responsabilidade individual*.

Outros acusam certos beneficiários de usarem a seguridade social “como meio de vida”⁷⁸, denotando o caráter estigmatizador em relação às pessoas dependentes da previdência e da assistência social.

⁷⁵ Ainda sobre a concretização dos direitos fundamentais, ver capítulo 4, item 8.

⁷⁶ Cf., BOTELHO, Catarina dos Santos, *Direito sociais em tempo de crise: revisitando as normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 416 e ss.

⁷⁷ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito dos pobres no activismo judiciário. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha. CANOTILHO, J. J. Gomes. (coords). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷⁸ Cf. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. R. *O custo dos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, pp. 109-123.

Realmente, pode não ser de fácil assimilação o reconhecimento dos direitos prestacionais dessas minorias. Vivemos num mundo em que as pessoas são obrigadas, em princípio, a viver dos frutos de seu trabalho, a despeito de todas as dificuldades enfrentadas pelos mais vulneráveis.

E, assim acreditamos firmemente, o que denominamos *narrativas* (essa espécie de súplica tendente a buscar o sustento por meio do Estado) trazidas aos processos judiciais não são, da mesma forma, de singela aceitação por todos os juízes e demais participantes do processo judicial.

É de Martha Nussbaum⁷⁹ a lúcida observação:

A ideia comum de que alguns cidadãos “pagam a sua parte” e outros não, de que alguns são parasitas e outros “normalmente produtivos” são dos desdobramentos, na imaginação popular, da ideia de uma sociedade em que funciona um esquema de cooperação para vantagem mútua. Poderíamos contestar essas imagens no terreno da política prática sem identificar suas fontes. Mas, na verdade, é bastante útil ir, por assim dizer, à raiz do problema; pois, então, vemos muito mais claramente por que chegamos a uma dificuldade desse tipo e por que devemos mudar se queremos avançar.

Nossa ótica é a oriunda de uma hermenêutica que leve em conta o *conteúdo material* da constituição, ao mesmo tempo em que sinaliza a necessidade de respeito à pluralidade de visões da norma constitucional, em tributo à pluralidade da própria sociedade que deve ser compreendida em harmonia em sua relação com o Estado. É preciso aceitar que, nesta pluralidade, os mais fracos precisam sobreviver com dignidade.

É dentro dessa perspectiva de dificuldades interpretativas, por assim dizer, que tentaremos analisar o nível de proteção constitucional possível, reservado pelo Texto de 1988, às pessoas com deficiência, quando da concretização de seu direito fundamental social à previdência social, sob a perspectiva do *liberalismo de princípios*.

Se alguma dificuldade há em aceitar a tutela do Estado para a subsistência dos vulneráveis, a primeira leitura é de ser do capítulo concernente à dignidade da pessoa humana, localizado no item 5.3. Isso sem falar na estigmatização dos dependentes da proteção previdenciária, questão referida no item reservado à distributividade (item 7.5.1.3).

2.9 Interpretação conforme a constituição

⁷⁹ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 5.

Para encerrar o presente capítulo, consideramos necessário abordar uma modalidade de interpretação que não é propriamente da norma constitucional, mas que de alguma forma envolve a Constituição.

Trata-se da denominada *interpretação conforme a constituição*, que constitui um princípio valioso para a tomada de posições ao final desta tese, no item 13.3.

Cuida-se de princípio geral de interpretação que remonta à jurisprudência americana segundo a qual os juízes devem interpretar as leis em harmonia com a constituição⁸⁰.

Assim, uma norma só pode ser declarada inconstitucional quando não puder ser interpretada *conforme a constituição*, cabendo registrar, assim, que o princípio tem sido interpretado *favor legis*, segundo Canotilho.

Ainda assim, o princípio de interpretação em foco não pode ser compreendido apenas como o *favor legis*, conducente, ainda nas palavras de Canotilho, à sua caracterização como simples meio de controle jurisdicional, pois do contrário seria mero *princípio de conservação de normas*.

Aduz o constitucionalista português:

Ora, o princípio da interpretação conforme a constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento de normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei. Desta forma, o princípio da interpretação conforme a Constituição é mais um *princípio de prevalência normativo-vertical* ou de *integração hierárquico-normativa* de que um simples princípio de conservação de normas⁸¹.

Canotilho anota que a interpretação conforme a constituição deve observar princípios precisos, inclusivamente respeitar o princípio da autolimitação judicial, outra ideia importada da jurisprudência norte-americana e “fundamentalmente reconduzível ao seguinte: *os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade de questões políticas*”⁸².

Já Paulo Bonavides ressalta que, a rigor, a interpretação conforme a constituição não é um princípio de interpretação da Constituição, mas de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição⁸³.

⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 1310. Esse e os parágrafos seguintes foram baseados na obra de Canotilho.

⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 1310.

⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 1308/1309.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 530.

Para Luís Roberto Barroso, a interpretação conforme a Constituição representa categoria desenvolvida amplamente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, compreendendo “sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio”. Frisa que tal modalidade de interpretação se destina “à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais”. Aduz que “o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade”⁸⁴.

Tomamos a liberdade de transcrever trecho de sua obra:

Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. Um exemplo: depois de alguma hesitação, a jurisprudência vem reconhecendo direitos previdenciários a parceiros que vivem em união estável homoafetiva (i.e., entre pessoas do mesmo sexo). Mesmo na ausência de norma expressa nesse sentido, essa é a inteligência que melhor realiza a vontade constitucional, por impedir a desequiparação de pessoas em razão de sua orientação sexual."

Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e afirma outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação “corretiva”, que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Figura próxima, mas não equivalente, é a da interpretação conforme a Constituição para declarar que uma norma válida e em vigor não incide sobre determinada situação de fato. Em qualquer caso, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto.

Em suma, a interpretação conforme a Constituição pode envolver a mera interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, ou a declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis de uma norma ou, ainda, a declaração de não incidência da norma a determinada situação de fato, por importar em violação da Constituição⁸⁵.

Como se vê, tal princípio instrumental de interpretação permite que o intérprete aplique a norma num sentido adequado à constituição, visando a preservar-lhe a validade, num sistema que o Judiciário deve respeitar, em princípio, a presunção de constitucionalidade das leis produzidas pelo Legislativo, agindo, portanto, com autolimitação e restrito às questões jurisdicionais, não políticas.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, posição 358 de 1057, aplicativo Kindle

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, posição 358 de 1057, aplicativo Kindle.

A rigor, Barroso não considera interpretação conforme a constituição, embora a considere uma “figura próxima”, o caso em que se declara que uma norma válida e em vigor não incide sobre determinada situação de fato. O exemplo fornecido pelo autor é a do julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.946-5/DF, DJU 16.5.2003, Rel. Min. Sydney Sanches, quando deu “interpretação conforme à constituição” a dispositivo de Emenda Constitucional nº 20/98, para excluir de sua incidência o salário de licença-gestante, a fim de lhe evitar a drástica redução no valor⁸⁶.

O capítulo seguinte tratará do Liberalismo igualitário. Tentaremos explicar o porquê de situarmos nossas premissas neste conjunto de ideias, oriundas em sua maioria do pensamento norte-americano.

Ao longo do trabalho, desde logo adiante até o final, tentaremos justificar as razões pelas quais elas trazem elementos favoráveis à proteção da pessoa com deficiência.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, posição 358 de 1057, aplicativo Kindle.

3 LIBERALISMO IGUALITÁRIO, CAPACIDADES E JUSTIÇA SOCIAL

No capítulo primeiro delineamos um perfil da constituição, sustentando possuir ela feição heterogênea e dirigente, com preocupações sociais. No segundo, delineamos aspectos da interpretação constitucional.

Pensamos que o texto constitucional brasileiro admite, em termos de interpretação, o aporte de várias doutrinas. Nesta tese, que tem intuito de buscar avanços na proteção da PCD, optamos por nos servir de algumas ideias contidas no *liberalismo igualitário* ou *liberalismo de princípios*. Em nosso entender, um diálogo com a dogmática jurídica pode trazer substratos valiosos ao estudo da proteção previdenciária da pessoa com deficiência.

3.1 Liberalismo

Antes de discorrer sobre o *igualitário*, é preciso falar sobre o *liberalismo*, um termo de definição difícil. Nesse espaço tentaremos fazer um singelo esboço para propiciar ao leitor alguma compreensão, para o contexto específico deste trabalho.

Nos bancos escolares de ensino médio⁸⁷, a palavra vem explicitada da seguinte maneira: “É uma doutrina político-econômica que surge, em sua essência, da vontade de limitação do Estado para a conseqüente ascensão da liberdade individual, dos direitos individuais, da igualdade perante a lei, da proteção à propriedade privada e do livre comércio”.

O Dicionário Etimológico da língua portuguesa de Antônio Geraldo da Cunha, ao definir *liberalismo* e outros termos, simplesmente os remete à palavra *livre*, apresentando em suma dois significados: a) o que pode dispor de sua pessoa, que não está sujeito a algum senhor; b) não ocupado, solto, descomedido, espontâneo⁸⁸.

Da Mirador, extraímos que, como termo de linguagem política, liberalismo teria vindo de empréstimo do francês *libéralisme*, da segunda metade do século XIX, quando então se aplicou a escolas de doutrina econômica⁸⁹. Além disso, somente após a Revolução Francesa a palavra liberalismo teria se incorporado ao vocabulário político⁹⁰.

⁸⁷ Cf. Guia do Estudante. *Liberalismo: entenda essa corrente política. Você é um liberal?* Por redação. <https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/liberalismo-entenda-essa-corrente-politica/>. Acesso em 07.7.2022.

⁸⁸ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 293.

⁸⁹ Enciclopédia Mirador Internacional. Enciclopédia Britannica do Brasil Publicações Ltda. São Paulo – Rio de Janeiro. Volume 13, 1995, verbete *Liberalismo*, p. 6770.

⁹⁰ Enciclopédia Mirador Internacional. Enciclopédia Britannica do Brasil Publicações Ltda. São Paulo – Rio de Janeiro. Volume 13, 1995, verbete *Liberalismo*, pp. 6770/6771.

Em realidade, os dicionários trazem inúmeras definições de liberalismo, liberalismo clássico, liberalismo de mercado, liberalismo *laissez-faire*, liberalismo social, neoliberalismo, libertarismo e outras doutrinas cuja dimensão extravasam, e muito, os limites desta tese. Ora são tratados como filosofia política, ora com doutrina econômica, ora como corrente moral.

O tema envolve ampla gama de pontos de vista atinentes a direitos individuais, livre mercado, democracia, utilitarismo, jusnaturalismo, secularismo, igualdade racial, liberdade religiosa, de imprensa, contrato social, direito de resistência, intervenção estatal, racionalidade social, Estado de Direito, limite do papel do Estado e outros assuntos.

Explica Ribeiro Júnior que, em sentido amplo, o liberalismo pode ser compreendido como toda doutrina ou posição tendente a aumentar o campo de ação da liberdade humana e, por via de consequência, reduzir o autoritarismo nas diversas maneiras. Tal noção, aplicada ao um campo determinado, teremos os sentidos restritos que o termo pode tomar, como liberalismo econômico, ético, político, estético, pedagógico etc.⁹¹.

Amiúde o adjetivo *liberal* é utilizado com algum viés infamante, derogatório de direitos fundamentais sociais, ou mesmo indicando conotação egoística de uma pessoa ou instituição que ostenta preocupação exclusiva com o lucro e indiferença com a pobreza dos mais desfavorecidos.

É preciso, portanto, fazer um corte acerto do significado de liberalismo. O que seria digno de registro nesta tese? Traremos algumas definições, com o intuito singelo de apresentar um ponto de partida para, ao depois, tratar do liberalismo igualitário.

Nicola Abbagnano⁹² de início cerca o *liberalismo* ao aspecto da liberdade, mas após vai um pouco além ao incluir o individualismo e o estatismo, ao conceituar o referido termo como uma “Doutrina que tomou para si a defesa e a realização da liberdade no campo político. Nasceu e afirmou-se na Idade Moderna e pode ser dividida em duas fases: 1ª do séc. XVIII, caracterizada pelo individualismo; 2ª do séc. XIX, caracterizada pelo estatismo”⁹³.

Para João Ribeiro Júnior, o *pensamento liberal* deita suas raízes na reforma protestante, nas construções de Locke, no pensamento de Montaigne, nas teorias dos *fisiocratas*⁹⁴, dos *economistas clássicos*⁹⁵ ou de Montesquieu e seria, em suma, um sistema que se apoia, todo

⁹¹ RIBEIRO JÚNIOR, João. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 86.

⁹² ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 604.

⁹³ Estatismo parece não combinar com liberalismo, mas é exatamente o que transmite essa noção ao menos nos Estados Unidos da América, como se verá logo adiante.

⁹⁴ Como Quesnay, Mirabeau, Mercier de la Rivière, Beaudeau, Le Trosne, Dupont de Nemours, Turgot.

⁹⁵ Como Adam Smith, Thomas Malthus, David Ricardo, John Stuart Mill, J. B. Say e F. Bastiat.

ele, na ideia reguladora da *liberdade*⁹⁶. Aduz que os primados dessa filosofia podem ser encontrados na evolução histórico-constitucional da Inglaterra, desde 1215, quando barões se rebelaram contra o despotismo de João-sem-Terra, obrigado a assinar a Magna Carta, limitando o poder do monarca⁹⁷.

Tomás Várgagy afirmou que John Locke, como pensador político, é prezado como o “pai do liberalismo” por sustentar que todo governo surge de um pacto ou contrato revogável entre indivíduos, com o propósito de proteger a vida, a liberdade e a propriedade das pessoas⁹⁸.

Tanto Locke quanto Hobbes utilizam-se da metáfora do *estado da natureza*. Mas, diferente do primeiro, que concebe esse estado da natureza como uma “guerra de todos contra todos” num “Reino das Trevas”⁹⁹, o segundo o compreende como estado de certa forma

⁹⁶ RIBEIRO JÚNIOR, João. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 86. Ribeiro Júnior citou todos os autores referidos nas duas notas anteriores, que foram identificados em rodapé para tornar a leitura do texto principal mais fluida.

⁹⁷ RIBEIRO JÚNIOR, João. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 87.

⁹⁸ Cf. VÁRNAGY, Tomás. *O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo*. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/04_varnag.pdf. Acesso em 05.7.2022.

⁹⁹ Sobre Hobbes, curioso observar, em seu *Leviatã*, que já na introdução alerta que sua construção se dá num mundo em que o homem vive no “Reino das Trevas” e lá impera a lei do mais forte. Há muitos trechos elucidativos, mas deixa claro que a inteligência ou a astúcia pode sobrepujar a força, dentre eles: “A Natureza criou os homens tão iguais nas faculdades do corpo e do espírito que, se um homem, às vezes, é visivelmente mais forte de corpo ou mais sagaz que outro, quando considerados em conjunto a diferença entre um homem e outro não é tão relevante que possa fazer um deles reclamar para si um benefício qualquer a que o outro não possa aspirar tanto quanto ele. No que diz respeito à força corporal, o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, seja mediante maquinações secretas ou aliando-se a outro que se ache no mesmo perigo em que ele se encontra”. Mais adiante, o filósofo acrescenta: “Dessa igualdade de capacidade entre nós resulta a igualdade de esperança quanto ao nosso fim. Essa é a causa pela qual os homens quando desejam a mesma coisa e não podem desfrutá-la por igual, tornam-se inimigos (...)” Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Formas e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009, pp. 93/94.

harmônico, de “perfeita liberdade” para ordenar as ações e possessões do homem¹⁰⁰. Em ambos os casos, um contrato social seria necessário para regular os direitos adequadamente¹⁰¹.

Já Bertrand Russell chega a afirmar que Locke introduz a *forma moderna* de liberalismo, a qual encontrou um *meio-termo* entre o indivíduo e as esferas do governo. Locke se opunha tanto ao entusiasmo do individualismo quanto ao da autoridade absoluta do Estado. Por isso, Hobbes, Rousseau e Hegel representariam estágios diferentes da teoria do liberalismo¹⁰².

Numa impressão muito pessoal, o que primeiro nos vem à mente quando o assunto é liberalismo é a “mão invisível”¹⁰³ do mercado de Adam Smith, expressão usada em “A Riqueza das Nações”, para se referir a determinada *ordem* segundo a qual a livre-iniciativa individual – em contraste com sua equivalente uma sociedade planificada, em que o indivíduo é

¹⁰⁰ Sobre Locke, aqui citamos trecho do capítulo II, § 4., atinente ao “State of Nature” do Book II of Civil Government, de seu *Two Treatises of Government*, in verbis: “To understand political power right, and derive it from its original, we must consider, what state all men are naturally in, and that is, a state of perfect freedom to order their actions, and dispose of their possessions and persons, as they think fit, within the bounds of the law of nature, without asking leave, or depending upon the will of any other man. A state also of equality, wherein all the power and jurisdiction is reciprocal, no one having more than another; there being nothing more evident, than that creatures of the same species and rank, promiscuously born to all the same advantages of nature, and the use of the same faculties, should also be equal one amongst another without subordination or subjection, unless the lord and master of them all should, by any manifest declaration of his will, set one above another, and confer on him, by an evident and clear appointment, an undoubted right to dominion and sovereignty.” Cf. LOCKE, John. *Complete Works of John Locke* (1632-1704), By Delphi Classics, 2017, p. 1486 de 4020. Tradução livre: “Para entender corretamente o poder político e derivá-lo de sua origem, devemos considerar em que estado todos os homens estão naturalmente, ou seja, um estado de perfeita liberdade para ordenar suas ações e dispor de seus bens e pessoas, como eles pensam caber, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença, ou dependendo da vontade de qualquer outro homem. Um estado também de igualdade, onde todo o poder e jurisdição são recíprocos, nenhum tendo mais do que outro; não havendo nada mais evidente do que que criaturas da mesma espécie e categoria, nascidas promiscuamente para todas as mesmas vantagens da natureza e o uso das mesmas faculdades, também sejam iguais entre si sem subordinação ou sujeição, a menos que o senhor e o mestre de todos eles deve, por qualquer declaração manifesta de sua vontade, colocar um acima do outro, e conferir-lhe, por uma nomeação evidente e clara, um direito indubitável de domínio e soberania.”

¹⁰¹ Observe o leitor que ambos os autores, Locke e Hobbes, em suas principais obras sobre o estado da natureza, partem do pressuposto de que os homens são iguais em capacidades, desconsiderando as vulnerabilidades dos mais fracos. É essa falha na construção teórica que desfavorece das pessoas com deficiência que o liberalismo igualitário procurará solucionar.

¹⁰² RUSSELL, Bertrand. *História da Filosofia Ocidental*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. Posição 29 de 1292, leitor Kindle.

¹⁰³ Eis talvez o mais famoso trecho de A Riqueza das Nações: “Portanto, já que cada indivíduo procura, na medida do possível, empregar seu capital em fomentar a atividade nacional e dirigir de tal maneira essa atividade que seu produto tenha o máximo valor possível, cada indivíduo necessariamente se esforça por aumentar ao máximo possível a renda anual da sociedade. Geralmente, na realidade, ele não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo. Ao preferir fomentar a atividade do país e não de outros países ele tem em vista apenas sua própria segurança; e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo. Nunca ouvi dizer que tenham realizado grandes coisas para o país aqueles que simulam exercer o comércio visando ao bem público. Efetivamente, é um artifício não muito comum entre os comerciantes, e não são necessárias muitas palavras para dissuadi-los disso.” Cf. SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações. Investigação Sobre sua Natureza e Suas Causas. Com introdução de Edwin Cannan*. Volume I. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996, p. 438.

frequentemente incitado, induzido e até ameaçado para atuar de uma forma que não desperta seus interesses próprios¹⁰⁴ – conseguiria, ao final das contas, indiretamente, trazer benefícios a toda a sociedade.

A toda evidência, porém, a história demonstrou que essa “mão invisível” não foi suficiente para trazer benefícios para todos¹⁰⁵.

Para encerrar esse singelo tópico, trazemos à tona a lição de Paulo Sandroni, quando enfatiza o aspecto político, acrescentando democracia, propriedade e livre-iniciativa na definição de liberalismo, tratando-se então de uma¹⁰⁶:

Doutrina que serviu de substrato ideológico às revoluções antiabsolutistas que ocorreram na Europa (Inglaterra e França, basicamente) ao longo dos séculos XVII e XVIII, e à luta pela independência dos Estados Unidos. Correspondendo aos anseios de poder da burguesia, que consolidava sua força econômica ante uma aristocracia em decadência, amparada no absolutismo monárquico, o liberalismo defendia: 1) a mais ampla liberdade individual; 2) a democracia representativa com separação e independência entre três poderes (executivo, legislativo e judiciário); 3) o direito inalienável à propriedade; 4) a livre-iniciativa e a concorrência como princípios básicos capazes de harmonizar os interesses individuais e coletivos e gerar o progresso social.

Por enquanto já temos vários característicos: individualismo, liberdade, propriedade privada, mercado, livre-iniciativa, concorrência, democracia e até estatismo. Que tudo isso teria a ver com a pessoa com deficiência? Tentaremos explicar nos capítulos que se seguem. A seguir, tentaremos partir da ausência de consenso das definições.

3.1.1 Ausência de consenso na definição

As linhas rudimentares apresentadas já conduzem o leitor a uma constatação: a ausência de consenso acerca do significado de liberalismo.

¹⁰⁴ HEILBRONER, Robert. L. *A Formação da Sociedade Econômica*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1980, p. 346.

¹⁰⁵ Muitas sociedades progrediram “para além das necessidades de industrialização forçada”, na dicção de Heilbroner, e ingressaram no estágio do alto consumo, gerando toda a sorte de problemas ambientais. O mercado constitui instrumento ineficaz para suprir as sociedades dos bens aos quais não há “etiqueta de preço”, como educação e saúde. Sua deficiência moral, ademais, revela-se num cálculo exclusivamente econômico à satisfação dos desejos e necessidades humanas. Para Heilbroner, “o mercado é um servidor solícito dos ricos e um servidor indiferente dos pobres”, apresentando anomalias como excedentes de moradias de ricos ao lado de escassez de moradias baratas. Finalmente, as deficiências do mercado são agravadas pela incapacidade do sistema de fazer face a certos custos sociais que o setor privado joga sobre os ombros do setor público, como poluição, congestionamentos de trânsito e vazamentos de petróleo, apenas para citar algumas “externalidades”. Cf. HEILBRONER, Robert. L. *A Formação da Sociedade Econômica*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1980, p. 347/348.

¹⁰⁶ SANDRONI, Paulo. *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo: Editora Best Seller, 1999, p. 347.

A inexistência de um consenso em torno da palavra decorre de quatro ordens de motivos¹⁰⁷. Primeiro, a história do liberalismo liga-se à história da democracia, havendo dificuldade em se identificar o que há de democrático e o que há de liberal nas democracias liberais, já que a democracia seria o elemento que distingue a democracia liberal das não liberais (plebiscitária, populista, totalitária). Segundo, o Liberalismo ocorreu em países em tempos históricos muito diferentes em termos de grau de desenvolvimento, sendo difícil individualizar “um momento liberal capaz de unificar históricas diferentes”.¹⁰⁸ Terceiro, não há um país único que represente uma fonte de “história-difusão” do Liberalismo, embora o modelo inglês tenha influência superior aos países da Europa Continental. Por último, há uma indefinição no tocante aos referenciais históricos do termo Liberalismo, podendo indicar, conforme o caso, um partido ou um movimento político, uma ideologia política ou uma “metapolítica” ou uma ética, uma estrutura institucional específica ou uma reflexão política¹⁰⁹.

Dworkin, ao discorrer sobre o liberalismo, chega a se deparar com um problema imediato: ele propõe que *existe* um liberalismo, embora reconheça que alguns entendam o contrário. É que a política passou a produzir questões que já não dividem liberais e conservadores, o que levaria a linha divisória que os divide a ser considerada como um engodo. Por exemplo, a questão da proteção do meio ambiente da poluição nos EUA, mesmo ao custo do desenvolvimento econômico que poderia reduzir o desemprego, seria uma causa liberal ou não?¹¹⁰

De todo modo, segundo Nicola Matteucci, o Liberalismo consiste num fenômeno histórico que se manifesta na Idade Moderna, centrado na Europa (ou na área atlântica), embora tenha exercido notável influência em países que sentiram mais fortemente sua hegemonia cultural (Austrália, América Latina e, em parte, a Índia e o Japão). Nada obstante, o Liberalismo seria “a menos exportada ou exportável entre as ideologias nascidas na Europa, como a

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 687. O autor explica que, na Inglaterra, o Liberalismo se manifesta abertamente na Revolução Gloriosa de 1688-1689, mas na maior parte dos países da Europa continental é um fenômeno do século XIX, identificando na Revolução Russa de 1905 a última revolução liberal.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 687.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 270.

democracia, o nacionalismo ou o socialismo, que tiveram grande sucesso em países do Terceiro Mundo”.

Para ele, “É a única, entre as várias ideologias européias, que não consegue reativar seu potencial cosmopolita, que é comum também à democracia e ao socialismo. Nisso, talvez, seja possível encontrar, em sentido negativo, um critério para dar definição ao liberalismo.”¹¹¹

Disso tudo decorre que não é propriamente fácil definir o que é um *liberal* em teoria política, e a aceitação acrítica do termo *liberal* pode conduzir a consequências perigosas, conduzindo a grupos políticos que assim se autodenominam ou focalizando ideias que se autoproclamam liberais, denotando um nível de ingenuidade que acaba por relevar uma história bastante confusa em torno do liberalismo europeu. Para Matteucci, “temos inúmeros liberais diferentes entre si, mas não o Liberalismo”¹¹².

À guisa de exemplo, temos que em alguns países a palavra *liberal* assume conotação de centro, como na Alemanha e na Inglaterra, capaz de mediar conservadorismo e progressismo. Nos Estados Unidos da América, liberal expressa certo radicalismo de esquerda defensor agressivo de novas e velhas liberdades civis. Na Itália, por outro lado, indica o movimento que pretende manter a livre-iniciativa econômica e a propriedade privada.¹¹³

A despeito dessas dificuldades para a definição dos termos *liberal* e *liberalismo*, uma classificação em dois tipos pode ostentar alguma valia para o leitor e, por isso, ainda com suporte em Nicola Matteucci, sob a ótica da específica filosofia de ação, pode ser dividido em: Liberalismo ético e Liberalismo utilitarístico. Ambas as concepções se encontram em ruptura potencial com a formulação específica do *individualismo*, oferecida pela filosofia de direito natural e do contrato. E ambas colocam a realização dos direitos do homem como fim absoluto.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 687.

¹¹² O alerta de Matteucci é importante e, a despeito de longo, o inserimos em nota de rodapé para tornar mais fluida a leitura: “Trata-se, também, de uma definição arriscada, inclusive porque nem sempre grupos e partidos que se inspiravam nas ideias liberais tomaram o nome de liberais, e também nem sempre os partidos liberais desenvolveram uma política coerente com os princípios proclamados. O mapa dos agrupamentos de movimentos ou de partidos liberais do século XIX e no século XX apresenta inúmeros espaços vazios; o que não significa que nesses países inexistiam ideias liberais. Além disso, ontem como hoje, os diferentes partidos com o nome e com as ideias liberais ocuparam nos agrupamentos parlamentares posições bastante diversificadas: conservadoras, centristas, moderadas, progressistas”. V. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 688.

¹¹³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 688. Tais disparidades teriam levado F. A. Hayek a propor renunciar ao uso dessa palavra tão equívoca, aduz Matteucci.

Porém, as diferenças entre ambos são notáveis. O *Liberalismo ético* tem sua origem – através de Kant e Constant – em Rousseau e é enfatizado na Inglaterra desde John Stuart Mill. O *Liberalismo utilitarístico* – através de J. Bentham e James Mill – tem sua origem em Hobbes e sua concepção parte da noção de que o desejo da própria satisfação é o único móvel do indivíduo. Com isso, a fé na possibilidade de harmonizar os interesses particulares egoístas ou de fazer coincidir a utilidade particular com a pública tornou-se possível mediante a aplicação, por analogia, à política dos conceitos formulados para a economia pelos liberais Adam Smith e Ricardo. São os conceitos de utilidade e de mercado¹¹⁴.

Ainda de acordo com Matteucci, é apenas possível afirmar que o único denominador comum entre posições tão diferentes consiste na defesa do *Estado liberal* nascido antes de o termo liberal entrar no uso político: “um Estado tem a finalidade de garantir os direitos do indivíduo contra o poder político e, para atingir esta finalidade, exige formais, mais ou menos simples, de representação política.”¹¹⁵

Isso torna possível, ao historicismo liberal, fazer uma nova história sem romper totalmente com o passado, colocando-se a favor das reformas, não da revolução. E, “mesmo chegando a aceitar essa última numa situação de necessidade, o Liberalismo rejeita o mito da revolução-libertação, próprio dos democratas e dos socialistas”¹¹⁶.

Já caminhando para o fim deste singelo esboço acerca das ideias e filosofias liberais dentro da teoria política, valer-nos-emos ainda das lições de Matteucci: o liberalismo não pode ser olhado como uma simples ideologia política de um partido, mas como uma “ideia encarnada em instituições políticas e em estruturas sociais”.

E todas as ideologias do século XIX – como a democrática, a nacionalista, a socialista – quando se afastaram explicitamente do Liberalismo, buscaram a edificação de uma outra

¹¹⁴ Esclarece Martteucci: “Estruturas políticas que maximizassem o mercado político, estendendo o cálculo utilitário ao maior número possível de pessoas, e tornassem os governantes dependentes das leis do mercado, através de eleições freqüentes, iriam possibilitar a máxima felicidade para o maior número de pessoas”. Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 689.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 690.

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 690.

forma de Estado que, conforme a matriz ideológica, “poderia ser um Estado autoritário ou uma democracia populista ou totalitária”¹¹⁷.

Então são muitos os que encontram virtudes na doutrina do liberalismo político, por mais díspares que sejam seus contornos doutrinários. Se visto em termos do pensamento de Locke, como um meio-termo entre indivíduo e Estado, ganhos podem exsurgir em termos de coesão social e resistência a crises. É da autoridade de Bertrand Russell¹¹⁸ o seguinte enxerto de que ora nos valem:

A coesão social é uma necessidade, e a humanidade ainda não conseguiu reforçá-la valendo-se apenas de argumentos racionais. Toda comunidade está exposta a dois perigos opostos: de um lado, à ossificação causada pelo excesso de disciplina e de reverência pela tradição; do outro, à dissolução, ou à submissão a conquistas estrangeiras, suscitada pelo crescimento de um individualismo e uma independência pessoal que tornam a cooperação impossível. Em geral, as civilizações importantes começam com um sistema rígido e supersticioso que é gradativamente abrandado e que, em determinado ponto, culmina num período de brilhante genialidade, enquanto a parte boa da velha tradição se perpetua e o mal inerente à sua dissolução ainda é latente. Quando, porém, o mal se manifesta, ele conduz à anarquia e, daí, a uma tirania nova e inevitável, produzindo uma síntese original que é assegurada por um sistema dogmático novo. A doutrina do liberalismo é uma tentativa de fugir dessa interminável oscilação. Sua essência está na tentativa de consolidar uma ordem social que não se fundamente num dogma irracional e de garantir estabilidade sem impor mais restrições do que aquelas que se fazem necessárias à preservação da comunidade. Se essa tentativa será bem-sucedida, só o futuro dirá.

Sopesando os valores em jogo, somos inclinados a concordar com a afirmação de que os sistemas políticos democrático-liberais demonstram sua *superioridade*, em contraste com sistemas autoritários, assegurando um máximo de – acrescentamos: na medida do possível – eficiência econômica, de justiça social e de liberdade individual¹¹⁹.

3.1.2 Neoliberalismo e tensões no Estado social

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 690.

¹¹⁸ RUSSELL, Bertrand. *História da Filosofia Ocidental*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. Posição 31 de 1292, leitor Kindle.

¹¹⁹ Matteucci questiona tal constatação, indagando as possibilidades mesmas de o Welfare State constituir um Estado liberal. V. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, pp. 703/705. Nesse ponto, não concordamos com suas conclusões, pois o autor sustenta que o Estado liberal descambará para um Estado assistencial, que assume em relação ao cidadão um papel paternalista incompatível com os cânones do Liberalismo.

Antes de prosseguirmos, precisamos explicar ao leitor que não podemos continuar sem discorrer sobre o neoliberalismo, expressão tão em voga que sua omissão, numa tese que mencionasse um liberalismo qualquer, representaria uma falha facilmente diagnosticável.

Sabemos que a tarefa do leitor não está fácil. Identificar o significado do liberalismo não está sendo simples, ainda mais com o alerta da ausência de consenso. O advento de outro termo no debate pode complicar as coisas, mas a necessidade de completude da discussão exige abordar o tema. Vamos a ele.

De antemão, constatamos que o termo *neoliberal* geralmente é conjuntado à globalização ou ao próprio capitalismo¹²⁰. Começemos por situar seu surgimento no tempo e no espaço.

Para David Harvey, os anos 1978-1980 podem ser vistos pelos historiadores como ponto de *ruptura* em termos de história social e econômica do mundo. Em 1978, Deng Xiaoping deu os primeiros passos para a liberação da econômica da China comunista. Em maio de 1979, Margaret Thatcher é eleita primeira-ministra da Grã-Bretanha, com a tarefa de restringir o poder dos sindicatos e acabar com uma estagflação que atingira o país numa década. Em julho de 1979, Paul Volcker assumiu o comando do Federal Reserve (FED) dos Estados Unidos e em poucos meses mudou radicalmente a política monetária, passando a assumir a liderança na luta contra a inflação, independentemente das consequências no tocante ao desemprego. Em 1989, Ronald Reagan é eleito presidente dos EUA, apoia as medidas de Volcker e adiciona suas políticas para restringir o poder do trabalho, desregular a indústria, a agricultura e os setores extrativistas, além de liberar as finanças internamente e no cenário mundial.

“A partir desses epicentros”, salienta Harvey, ao que podemos acrescentar, na América Latina, a privatização da previdência no Chile de Pinochet em 1979, “os impulsos

¹²⁰ Chega-se ao ponto de associar, com exagero, o capitalismo neoliberal ao *totalitarismo*. Cf. WANDELLI, Leonardo Vieira. Comentários ao art. 7º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Coimbra: Almedina (Série IDP), 2018, posição 28699 de 140976, leitor Kindle. Não concordamos com tal entendimento. A despeito dos seus tão estudados problemas (e apesar de experiências autoritárias neoliberais como a privatização da previdência levada a efeito por Pinochet em 1979), o neoliberalismo distancia-se da noção de totalitarismo e para tanto evocamos lições de Hanna Arendt, que ao tratar do tema focalizou a Alemanha de Hitler e a União Soviética de Stalin (ARENDR, Hanna. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo, São Paulo: Companhia de Bolso, 2013). Para além, diferente desses Estados totalitários, o capitalismo neoliberal não impede a manifestação do pensamento nem a comunicação das pessoas, não abusa da propaganda oficial ideológica, não usa do terror como fator essencial para o funcionamento do governo e, muito menos, não usa da violência do Estado para eliminar os dissidentes. Se há algum espaço para se falar em totalitarismo no neoliberalismo, tal se dá na experiência recente chinesa (sobre a presença do neoliberalismo na China a partir de Deng Xiaoping, ver HARVEY, David. *O Neoliberalismo. História e Implicações*. Tradução Adail Sobral e Maria Stella Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008). A propósito, já abordamos, *en passant*, a globalização neoliberal em outra oportunidade. V. ZACHARIAS, Rodrigo; HAIK, Cristiane Fátima Grano. Uma história da seguridade social nos países industrializados, dos primórdios à globalização neoliberal. **Cadernos de Direito Actual**, N° 15. Núm. Ordinário (2021), pp. 439-477.

revolucionários aparentemente se disseminaram e reverberaram para impor ao mundo que nos cerca uma imagem totalmente diferente”¹²¹.

É do mesmo Harvey que extraímos uma definição possível deste fenômeno:

O neoliberalismo é em primeiro lugar uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar uma estrutura institucional apropriada a essas práticas; o Estado tem de garantir, por exemplo, a qualidade e a integridade do dinheiro. Deve também estabelecer as estruturas e funções militares, de defesa, de política e legais requeridas para garantir direitos de propriedade individuais e para assegurar, se necessário pela força, o funcionamento apropriado dos mercados. Além disso, se não existirem mercados (em áreas como a terra, a água, a instrução, o cuidado de saúde, a segurança social ou a poluição ambiental), estes devem ser criados, se necessário pela ação do Estado. Mas o Estado não deve aventurar-se além dessas tarefas¹²².

Assim, as intervenções do Estado nos mercados devem ser mantidas no nível mínimo, porquanto este não possui informações bastantes para entender os sinais, inclusive porque os poderosos grupos de interesse vão inevitavelmente viciar e distorcer tais intervenções, notadamente nas democracias, em seu próprio benefício.

O que parece seguro afirmar, grosso modo, é que, se não a partir de 1979-1980, a partir de 1989, com a Queda do Muro de Berlim e o subsequente colapso da União Soviética, esse neoliberalismo terá triunfado nas sociedades industriais ocidentais.

Consequentemente, o *Estado social*, em vigor em vários países europeus, enfrenta crise, e a ideia em si desse tipo de estado passa a ser combatida por muitos, inclusive no Brasil, diante da imensidão das demandas sociais e dos altos gastos orçamentários necessários para lidar com as questões sociais.

Em linhas simplórias, é de ser registrado que, com o passar das décadas, o neoliberalismo – que passo a tomar como equivalente ao atual *liberalismo econômico* – culminou no desalento de grande parte da população mundial diante do resultado do

¹²¹ Harvey pondera que transformações dessa profundidade não ocorrem por acaso. Essa nova configuração econômica, frequentemente chamada de *globalization*, teria sido “arrancada das entranhas da antiga”. Reagan retornou tradição minoritária que remontava, no início dos anos 1960, no âmbito do Partido Republicano, a Barry Goldwater. Deng Xiaoping inspirou-se na riqueza do Japão, Taiwan, Hong Kong, Cingapura e Coreia do Sul em ascensão, procurando mobilizar um “socialismo de mercado” em vez do planejamento central da economia. Volcker e Thatcher “arrancaram das sombras de uma relativa obscuridade” uma doutrina particular que respondia pelo nome de “neoliberalismo” e transformaram, ainda no dizer de Harvey, na diretriz central do pensamento e da administração econômicos. HARVEY, David. *O Neoliberalismo. História e Implicações*. Tradução Adail Sobral e Maria Stella Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008, introdução, sem página.

¹²² HARVEY, David. *O Neoliberalismo. História e Implicações*. Tradução Adail Sobral e Maria Stella Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008, introdução, sem página.

amesquinamento de direitos sociais, da precarização da classe média e do aumento das desigualdades sociais. Enfim, o livre mercado gera riqueza, mas gera exclusão.

Nas palavras Yuval Harari, hoje esse *liberalismo*¹²³ está “emperrado”, no seguinte sentido:

Então, para onde caminhamos? Essa pergunta é especialmente incômoda, porque o liberalismo está perdendo credibilidade justo quando as revoluções gêmeas da tecnologia da informação e da biotecnologia enfrentam os maiores desafios com que nossa espécie já deparou. A fusão das duas áreas pode em breve expulsar bilhões de seres humanos do mercado de trabalho e solapar a liberdade e a igualdade”.

Esse o problema que enfrentamos nos dias de hoje, a que referimos no item 2.1, tornando ainda mais premente a necessidade de proteção do Estado para as pessoas mais vulneráveis. Logo, o elemento igualdade carece de ser redimensionado no liberalismo, como veremos mais adiante. Antes, contudo, urge fazer breve menção ao caso brasileiro.

3.1.3 Uma pincelada sobre o liberalismo no Brasil

Pouco se pode afirmar acerca do liberalismo brasileiro em termos de desenvolvimento histórico, desde a colônia até meados do século XIX, mesmo porque inexistiam no Brasil condições para formulações doutrinárias¹²⁴.

Antonio Paim trata como “fontes de desorientação” tanto o caráter singular da experiência inglesa quanto a avaliação da Revolução Americana, até a sinalização proveniente da Revolução Francesa.

O que se pode destilar nos limites desta tese é que o liberalismo parece ter ficado ligado a visões com uma linha de pensamento conservadora e à direita na política. Tal se deu *tradicionalmente* porque o liberalismo político-econômico não concorda obrigatoriamente com a moral conversadora¹²⁵.

Para abalizada doutrina, por aqui nunca terá havido um ambiente cultural favorável ao Liberalismo, seja no campo econômico, seja na teoria política, prevalecendo interesses reacionários, imediatistas e provincianos. É o que, há bastante tempo, constatou Pontes de Miranda:

¹²³ Cf. HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução: Paulo Geige. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 7, aplicativo Kindle. Em nosso entender, Harari referiu-se ao liberalismo *econômico*.

¹²⁴ PAIM, Antonio. *História do Liberalismo Brasileiro*. São Paulo: LVM Editora, 2018, Posição 632 de 5264.

¹²⁵ Cf. Guia do Estudante. *Liberalismo: entenda essa corrente política. Você é um liberal?* Por redação. <https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/liberalismo-entenda-essa-corrente-politica/>. Acesso em 07.7.2022.

O liberalismo brasileiro foi sempre nos setores não-econômicos. Só oradores e escritores que pouco mais faziam do que traduzir livros e discursos políticos ou juristas da Inglaterra e dos Estados Unidos da América – amontoado de tiradas retóricas de que nada se salva – é que pretenderam fazer no Brasil, histórica e psicologicamente predestinado a organização *racional*, técnica, da vida econômica, de que por vezes adivinhou os princípios (pôsto que os elementos parasitários comprometessem as soluções), as graves confusões entre os Direitos do Homem à liberdade (ao ir e vir *ultra et citra*, ao pensamento e à manifestação do pensamento, à defesa em juízo, à igualdade – lei igual a juiz igual), direitos que tocam ao Sujeito, ao ente humano, e à chamada liberdade econômica, no que só se refere às Coisas, ao Objeto. Nesse ponto, foi de notar-se a agilidade com que a Assembléia Constituinte de 1934 pôde desvencilhar-se dos tentáculos das orações brilhantes e ôcas, entremeadas de citações inglesas...do século XIX ou de juristas reacionários das grandes nações da América, no Norte e nas Ilhas. A Constituição de 1946 seguiu-lhe as pegadas, muito embora, como a de 1934, estivesse exposta à reacionária mentalidade dos dirigentes, oligocratas inveterados, e dos juízes, educados, êsses, no mais intransigente liberalismo manchesteriano ou indisfarçadamente ditatoriais. Essas duas mentalidades extremas muito prejudicaram a evolução da justiça e o seu próprio prestígio moral¹²⁶.

Somos bastante céticos no tocante a eventuais mudanças de pensamento acerca do liberalismo no Brasil desde os escritos de Pontes de Miranda até os dias atuais.

Mas não seria apropriado nos arrogar um menosprezo pessimista, ou mesmo um ceticismo que menoscabasse o valor de autores destacados da intelectualidade nacional¹²⁷.

As bases teóricas desta tese, entretanto, foram colhidas em pensadores estrangeiros, de resto já consagrados na literatura jurídica nacional, consoante retratados a partir do capítulo seguinte.

3.2 Marco teórico: liberalismo igualitário

Nossa opção de situar nosso trabalho dentro do *liberalismo igualitário* leva em conta a busca de soluções lastreadas em doutrinas que, antes do mais, prezem a *liberdade*¹²⁸ do indivíduo, ao menos no tocante à escolha de suas profissões, de seus governantes e de seus

¹²⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969. Tomo I*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, pp. 11/12.

¹²⁷ Podemos fazer menção ao liberalismo social na obra de José Guilherme Merquior ou ao liberalismo econômico de Roberto Campos, dentre outros tantos autores. Cf. PAIM, Antonio. *História do Liberalismo Brasileiro*. São Paulo: LVM Editora, 2018, Posição 632 de 5264, capítulo 29.

¹²⁸ Temos consciência de que a análise teórica da própria definição de *liberdade* é extremamente complexa e descaberia investigá-la neste trabalho, mesmo que perfunctoriamente. Apenas a título de referência, ponderamos que o problema do livre-arbítrio, aliado ao fato de o homem estar sujeito à lei da causalidade, despertará interesse de disciplinas como biologia, antropologia e psicologia. Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 691.

contratos. Logo, qualquer teorização nesse contexto pressupõe democracia, com efetivo respeito a minorias e maioria.

O liberalismo aqui retratado parte do pressuposto de que os indivíduos fazem jus a um *núcleo irredutível* de liberdades, porque dotados de dignidade e consciência, ainda mais quando se trata de pessoas que se encontram em situação de desvantagem em relação aos demais membros da sociedade, como as pessoas com deficiência.

Já ingressando na filosofia do direito – também aqui, com caráter singelo e apenas instrumental, com intuito puramente de embasamento de aspectos de nossa tese – utilizamo-nos do pensamento de Ronald Dworkin, o qual, em ensaio sobre o assunto, assenta que “certa concepção de liberdade, que chamarei de concepção liberal de igualdade, é o nervo do liberalismo”¹²⁹.

Contudo, aduz o autor norte-americano, a *teoria política liberal* não pode ser concebida como um “meio-termo” entre o conservadorismo e várias formas de socialismo ou marxismo.

Diferente dessas teorias – que têm em comum o fato de sustentarem que o tratamento que o governo deve aos cidadãos é, ao menos em parte, determinado por alguma concepção do que é viver, conquanto difiram na sua concepção do que é viver bem – o *liberal* respeita a liberdade das pessoas na escolha do que é considerada uma boa vida. Com isso, “coloca-se de um dos lados de uma importante fronteira que o distingue de todos os competidores considerados como grupo”¹³⁰.

Por isso mesmo, esta tese tem como referencial teórico *não um liberalismo econômico clássico*, cujos contornos foram rudimentarmente apresentados no item anterior, mas sim o *liberalismo igualitário* ou *liberalismo de princípios*, que têm como representantes mais influentes no Brasil John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen.

As características do liberalismo igualitário são muito bem explicadas por Luís Roberto Barroso¹³¹, cujas lições embasam os parágrafos seguintes. No *plano político*, mantém o “papel central da liberdade”, valorizando a autonomia individual, a autodeterminação das pessoas e sua capacidade de fazer escolhas existenciais e morais. Entre essas liberdades, incluem-se os direitos políticos, as liberdades de expressão, de reunião, de consciência, o direito à propriedade.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 272.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 287.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, Posição 135 de 1057, aplicativo Kindle.

Diferente do liberalismo clássico, o liberalismo igualitário empresta mais valor à ideia de igualdade, ao defender que todos sejam tratados com *igual respeito e consideração*, indicando que as pessoas têm o mesmo valor.

No plano *econômico-social*, alberga a livre-iniciativa e a economia de mercado, mas não considera toda e qualquer liberdade econômica fundamental e protegida, de maneira que a intervenção do Estado só se justifica se necessária “para propiciar uma distribuição igualitária de recursos e de oportunidades”.

Para além, o liberalismo de princípios reconhece o direito básico a um mínimo social ou mínimo existencial, uma vez que a isonomia em sentido material e a própria autonomia das pessoas (pública e privada) demandam que as pessoas sejam “livres de privações”, com a satisfação adequada de suas necessidades vitais essenciais.

Ou seja, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, pois do contrário não se pode falar em autonomia. Logo, o acesso a algumas prestações, como educação básica e serviços de saúde, e a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo, são essenciais para se falar em liberdade.

Ainda segundo Barroso, *no plano institucional* o liberalismo reconhece o que se denomina o *fato do pluralismo*: as sociedades contemporâneas, democráticas e abertas, comportam múltiplas visões de mundo, que podem ser contraditórias entre si, de modo que não se pode falar num “único ideal de vida boa”. Assim, o Estado deve ser neutro em relação às opções de vida das pessoas nos aspectos econômico, religioso, ético etc., restringindo sua atuação em assegurar um ambiente de segurança e de respeito mútuo entre os membros da comunidade, em que o limite é o respeito à igual possibilidade por parte das demais pessoas.

Por fim, quanto ao exercício da jurisdição constitucional, o liberalismo igualitário defende uma ativa atuação do Judiciário e das supremas cortes na defesa dos direitos fundamentais, não apenas como forma de protegê-los contra as minorias, mas também para o avanço do processo social, nas palavras de Luís Roberto Barroso¹³².

Por tais razões, entendemos que o liberalismo igualitário oferece os melhores princípios compatíveis com os valores constitucionais como Democracia, República, Liberdade, Igualdade, para fins de análise da *justiça social* e da *distributividade*. É um liberalismo qualificado por uma ênfase maior na igualdade, comparado com o liberalismo político clássico.

Insistimos que não vivemos, a toda evidência, sob a égide de uma constituição liberal, tampouco sob a vigência de uma constituição socialista. Debalde, assim, seria a transferência

¹³² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, Posição 135 de 1057, aplicativo Kindle.

do ideário de doutrinas radicalmente liberais ou socialistas para a compreensão dos valores constitucionais forjados na Constituição Federal de 1988. Seu caráter heterogêneo, antes referido, não permite que o intérprete se valha dos autores que lhe são preferidos, cabendo investigar os que apresentam as ideias mais próximas dos valores constitucionais conformados em suas regras e princípios.

Em nosso entendimento, entretanto, para os propósitos desta tese, podemos nos valer de um reduzido número de pensadores, aliás, todos eles já consagrados no ambiente acadêmico nacional, que oferecem um aporte doutrinário apto a amparar as minorias, especialmente as mais vulnerabilizadas, numa sociedade republicana, democrática e pluralista.

Ao nos valermos desse reduzido número de autores, não estamos simplesmente aderindo ao liberalismo igualitário. Estamos nos valendo de ideias que reputamos valiosas de alguns autores, sem que haja comprometimentos definitivos com essa ou aquela doutrina.

Começaremos por John Rawls, cujas ideias igualitárias – decorrentes de seu *Liberalismo político* e de sua *Teoria de justiça* – influenciaram a Filosofia Política, a Ciência Política e a Filosofia do Direito, inspirando diversas correntes de pensamento, primeiramente nos EUA e depois em outros países¹³³.

Rawls cunhou ou aprofundou conceitos que se tornaram referência na filosofia política, como o de doutrinas abrangentes ou *consenso sobreposto*¹³⁴. Barroso ressalta a importância dos insights desse autor acerca da *razão pública*, por sua relevância para a temática da jurisdição constitucional, aduzindo:

Trata-se de uma noção essencial na democracia liberal pluralista, na qual as pessoas são livres para aderir a diversas doutrinas abrangentes e razoáveis (em matéria de religião, de ideologia política ou de defesa de gênero, por exemplo). Pois bem: a razão pública é um tipo de argumentação que se vale de elementos racionais que podem ser compartilhados pelo conjunto de cidadãos livres e iguais, independentemente de serem católicos, socialistas ou feministas. Por essa razão, Rawls afirma que uma corte suprema é o caso exemplar de utilização da razão pública: cabe-lhe produzir a melhor interpretação possível da Constituição e justificá-la em termos de uma concepção pública de justiça, que não pode se confundir com a de qualquer grupo particular nem tampouco com a do próprio juiz ou ministro¹³⁵.

¹³³ LIMA, Newton de Oliveira. *10 lições sobre Rawls*. Petrópolis: Editora Vozes, 2019, posição 6 de 89, aplicativo Kindle.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, Posição 135 de 1057, aplicativo Kindle.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, Posição 135 de 1057, aplicativo Kindle.

Nosso maior interesse está na faceta *neocontratualista* das ideias do filósofo político, notadamente quando retomou a ideia de *contrato social*, na linha de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, agregando-lhe seus pensamentos.

Cremos que o perfil do Liberalismo de John Rawls é mais indicativo do carácter *ético* de Kant e Rousseau se comparado ao *utilitarístico* de Hobbes e Bentham.

Conquanto importantes e pertinentes ao foco deste trabalho, a teoria de Rawls não é perfeita. Um dos problemas que podem ser levantados é o de que as teorias contratualistas partem do pressuposto de que todos os homens são iguais, desprezando todas as desigualdades, do gênero às deficiências, e por isso merecem correção.

Após, focar-nos-emos, especialmente, ainda que de modo perfunctório, em duas teorias que relacionam justiça social, isonomia e as *capacidades* das pessoas. São os aportes de Amartya Sen (sobretudo na economia, mas não só) e Martha Nussbaum (aporte filosófico), já que a *capacidade* (para o trabalho, mas não só) é um elemento direta ou indiretamente envolvido com os suportes fáticos que justificam a concessão dos benefícios de subsistência objeto desta investigação.

Com efeito, a abordagem da *teoria social das capacidades* nos é prioritária porque, dentre as concepções contratualista de justiça social, como a de Rawls, também parte da igualdade das pessoas no *estado da natureza*.

O Estado seria necessário para a própria existência de uma sociedade organizada, sob pena de reinar o medo e o caos social.

Nos itens seguintes, trataremos de alguns teóricos do liberalismo igualitário e suas noções de *justiça social*. Trata-se, basicamente, de como devemos distribuir a riqueza numa dada comunidade.

Mais adiante, no capítulo 6, item 4, trataremos da *justiça social* como conformada no art. 193 da Constituição Federal, e fora do marco teórico do liberalismo igualitário.

Os enfoques diversos da justiça social (o do liberalismo igualitário, de um lado, e os demais, em outro) são necessários para efeito de comparação do leitor e, assim, para uma melhor compreensão das conclusões a serem propostas nesta tese ao final.

3.3 John Rawls e a justiça como equidade

O liberalismo igualitário teve suas bases teóricas lançadas pelo norte-americano John Rawls (1921-2002)¹³⁶, um dos mais influentes filósofos políticos do século XX, que preconizou a defesa dos princípios da *liberdade* e da *igualdade* como centrais no Direito, além do *princípio da justiça como equidade* (no sentido da busca da igualdade em cada caso particular) como fundamento de qualquer instituição social¹³⁷.

Rawls construiu uma teoria de *justiça social*, não de uma justiça abstrata que remeta à análise do justo ou do injusto em diversos tipos de atividade, como decisões, julgamentos e atribuição de culpa¹³⁸.

É uma teoria aplicável a uma sociedade republicana e próspera, profundamente influenciada pelas concepções do liberalismo, do pluralismo e da meritocracia¹³⁹, sem que se infirme a livre-iniciativa.

Rawls visou à construção de uma teoria alternativa ao *utilitarismo*¹⁴⁰, que representasse um respeito maior ao indivíduo¹⁴¹. Mais que isso, ele construiu uma teoria que se afastou do liberalismo clássico ao introduzir o valor da *igualdade*, o que lhe confere grande valor teórico. Seu *A Theory of Justice* foi lançado nos EUA em 1973.

Sua teoria tem uma abordagem (não puramente) *procedimental*, que, em vez de se dirigir diretamente aos resultados para avaliar sua adequação moral, estabelece um procedimento “que modela certas características-chave de equidade e de imparcialidade, e apoia-se nesse procedimento para gerar um resultado apropriadamente justo”, nas palavras de Martha

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, Posição 135 de 1057, aplicativo Kindle.

¹³⁷ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 3.

¹³⁸ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 8.

¹³⁹ Ver item 5.2.4.

¹⁴⁰ *Utilitarismo* é compreendido como uma doutrina ética voltada à finalidade de uma ação moral, de forma a produzir o máximo de felicidade e a maior quantidade de bem-estar numa coletividade, ainda que desconsidere o valor individual de determinada pessoa, cujo interesse pode ser sacrificado por um suposto bem maior. A doutrina utilitarista substitui a consideração do *fim*, derivado da natureza metafísica do homem, pela consideração dos *móveis* que levam o homem a agir, por isso mesmo ligando-se à tradição *hedonista*. A identificação do bem com o útil remonta a Epicuro, do ponto de vista histórico, mas como pensamento ético, político e econômico, a doutrina vem da Inglaterra dos Séculos XVIII e XIX, especialmente na obra de Jeremy Bentham e Stuart Mill. Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 986. V., ainda, MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. Tradução Fábio Creder. Petrópolis: Editora Vozes, 2012. Essa segunda obra referida versa sobre a doutrina Jeremy Bentham e Stuart Mill, mas não só.

¹⁴¹ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 27.

Nussbaum¹⁴². Ou seja, se a situação original é concebida de maneira adequada, quaisquer princípios que dela surjam serão justos¹⁴³.

Rawls ocupa-se da distribuição de *bens primários*, essenciais à busca de qualquer fim humano¹⁴⁴, devendo o Estado permanecer neutro relativamente à determinação do que pode ser considerado bem para cada membro da sociedade.

Cada indivíduo deve ser livre para escolher os seus próprios hábitos, da mesma forma que deve arcar com a *responsabilidade* por seus próprios gostos e preferências¹⁴⁵.

A teoria política de Rawls é bastante conhecida e influente: na situação original de igualdade, os indivíduos são semelhantes e desprovidos de sua sorte na distribuição de recursos; não conhecem seus talentos e não possuem concepções e assim os princípios são escolhidos por trás de um *véu de ignorância*¹⁴⁶.

Num hipotético contrato social, na análise da *posição original* – correspondente ao estado da natureza – em que se definem as normas básicas de sua associação política, as partes desconheceriam o seu lugar na sociedade, bem como os seus dotes naturais, sua inteligência ou sua força, de modo que, ao definir os *princípios fundamentais de justiça* daquela comunidade, ninguém agiria para favorecer a si próprio.

Nessa situação hipotética, cada pessoa terá seus próprios planos de vida e os princípios de justiça servem para que o indivíduo faça a escolha da melhor maneira, mercê das opções disponíveis e à luz dos objetivos de cada um¹⁴⁷.

Deve ser ressaltado que Rawls, antes mesmos dos princípios da justiça, prioriza em sua teoria, a *liberdade* – o princípio da igual liberdade para todos – quando pontifica, antes do mais, que cada pessoa deve ter o direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas (política, de expressão e reunião, de consciência etc.), compatível com um sistema de liberdade idêntico

¹⁴² NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 98.

¹⁴³ Defensores das teorias focadas nos *resultados* argumentam que as perspectivas procedimentais põem os carros na frente dos bois, pois o que importaria para as pessoas é a qualidade de vida, devendo ser rejeitado qualquer procedimento, por mais elegante que seja, se não fornecer um resultado que se ajuste bem com nossas intuições sobre dignidade e equidade. Cf. NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 100.

¹⁴⁴ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 110.

¹⁴⁵ RAWLS, John. *O Liberalismo político*. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020, p. 218-220, e nota de rodapé nº 15, sobre o caso de pessoas que têm gostos inusitados ou dispendiosos.

¹⁴⁶ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 165.

¹⁴⁷ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 144 e seguintes.

para as outras. “Esses princípios”, afirma o autor, “devem ser dispostos em uma ordem serial, o primeiro sendo prioritário do segundo”¹⁴⁸.

Esse *consenso original*, levado a efeito sob o véu da ignorância, levou à construção de dois princípios de justiça: o princípio da igualdade e o princípio da diferença, da seguinte forma¹⁴⁹:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.

Logo, na *distribuição* dos recursos, só há justificativa para a desigualdade quando ela acarreta vantagens não apenas para o favorecido, mas para todos¹⁵⁰.

Para John Rawls, há dois *princípios* que devem reger uma *sociedade justa*, envolvendo, por um lado, a atribuição de direitos e deveres, e a distribuição de *vantagens sociais e econômicas*, por outro.

É na realização desse *princípio da diferença*¹⁵¹ que, na teoria de Rawls, se realiza a *justiça distributiva*, que ficaria, a propósito, a cargo do legislativo.

A justiça, assim, tem caráter objetivo (uma concepção pública de justiça), como produto de um discurso que depende de condições políticas para se efetivar, consistindo, em última instância, num *critério jurídico de distribuição de bens primários*, definidos por indivíduos livres de uma sociedade conforme critérios para sua planificação de vida¹⁵².

Trata-se, insistimos, de um autor vinculado ao *liberalismo igualitário* ou *liberalismo de princípios*, o qual percebeu que no século XX o Estado se agigantou, sem que isso acarretasse uma melhoria nas condições de vida das pessoas.

Rawls observou que a intervenção estatal gerou um poder muitas vezes centralizador, tornando o cidadão dependente de recompensas, como a distribuição de renda e a prestação de

¹⁴⁸ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça* Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 74.

¹⁴⁹ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 73.

¹⁵⁰ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 376.

¹⁵¹ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 91 e seguintes.

¹⁵² RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 98.

serviços. Com isso, o papel do cidadão na construção de um modelo de justiça foi minimizado, tendo sido um dos grandes pensadores que alertaram para esse problema¹⁵³.

Enfim, não pretende ele formar uma teoria ideal de justiça, nem a considera bastante para a formação de uma sociedade idealmente justa, mas pretende estabelecer um procedimento equitativo que conduza a um resultado, se não justo, ao menos não injusto¹⁵⁴.

Newton de Oliveira Lima constata que, em Rawls, a justiça desloca-se da moral para tornar-se um *conceito político*, a servir como meio para a interpretação dos princípios constitucionais escolhidos livremente por determinada sociedade, necessariamente tolerante com as diferenças entre os grupos sociais¹⁵⁵.

À vista do exposto, releva a preocupação do neocontratualista com a *justiça social*, concentrando-se no seu objetivo primário que é a estrutura básica da sociedade, vale dizer, “a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”¹⁵⁶.

Para Rawls, somente a *justiça social* assegura a igualdade de oportunidades às pessoas, possibilitando-os um patamar de liberdade igual capaz de favorecer a cooperação social, mostrando-se inviável conceber a ideia de justiça de modo abstrato sem que haja critérios de distribuição de bens e garantia de direitos a serviços dos valores e princípios constitucionais¹⁵⁷.

Naturalmente a teoria de Rawls passou pelo escrutínio de muitos estudiosos. Os liberais clássicos consideram que a teria não é liberal o bastante, por não proteger suficientemente a liberdade e a autonomia. Outros, liberais igualitários como Amartya Sen e Ronald Dworkin, propuseram-se a aperfeiçoar a teoria de Rawls.

¹⁵³ LIMA, Newton de Oliveira. *10 lições sobre Rawls*. Petrópolis: Editora Vozes, 2019, posição 6 de 89, aplicativo Kindle.

¹⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R.L. (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 112.

¹⁵⁵ LIMA, Newton de Oliveira. *10 lições sobre Rawls*. Petrópolis: Editora Vozes, 2019, posição 16 de 89, aplicativo Kindle.

¹⁵⁶ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 7.

¹⁵⁷ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 4-8.

Roberto Gargarella faz um consistente apanhado destas críticas, ora de liberais clássicos¹⁵⁸, ora de comunitaristas¹⁵⁹, marxistas¹⁶⁰, feministas¹⁶¹ etc.

O *comunitarismo*, por exemplo, critica a centralidade do indivíduo e dos direitos individuais e busca deslocar suas preocupações para a comunidade e os deveres de lealdade em relação a ela. Em vez do individualismo, para que exista um autogoverno, é preciso fomentar os laços que unem o indivíduo à sociedade. Segundo tal crítica, a autonomia pública, ou seja, a participação na vida da comunidade¹⁶² e no processo político estaria acima da autonomia privada¹⁶³.

Ana Paula de Barcellos¹⁶⁴ explica que a escola comunitarista desponta das décadas de 70 e 80, no contexto da crítica ao modelo liberal-assistencialista norte-americano, com preocupações em termos de custos para a sociedade. A autora observa que uma das linhas de ideias do movimento parte da percepção do individualismo isolacionista da sociedade norte-americana pelo qual o relacionamento mais relevante do homem não seria com os demais membros da comunidade onde vive, mas com o *assistencialismo estatal*. Por isso, diversos autores propuseram uma *redução do papel do Estado*, para que este deixasse de ser o fundamental garantidor dos direitos para assumir um papel mais restrito, de *agente de fomento*.

¹⁵⁸ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 33 e seguintes.

¹⁵⁹ Cf. GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 137 e seguintes.

¹⁶⁰ GARGARELLA, Roberto. Tradução Alonso Reis Freire. *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 103 e seguintes.

¹⁶¹ GARGARELLA, Roberto. Tradução Alonso Reis Freire. *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 85 e seguintes.

¹⁶² Releva anotar as críticas selecionadas por Ana Paula de Barcellos à obra *Spheres of Justice*, do comunitarista norte-americano Michael Walzer, por conta de radicar na valoração comunitária dos bens sociais o fundamento dos direitos que ultrapassem a garantia da vida e da liberdade: “Estas pinceladas sobre o tema, entretanto, não livraram o autor das críticas. Acerta do tema que aqui nos interessa, os críticos apontaram a possibilidade de a teoria de Walzer abrigar, doutrinariamente, regime violadores dos direitos básicos do homem. Isso porque, uma vez que o ideário e as práticas desses movimentos estivessem de acordo com os valores compartilhados pela sociedade local, estariam eles legitimados pela concepção de igualdade complexa. Levando o raciocínio ao extremo, uma variedade de atrocidades (v. g.: violência contra mulheres, minorias étnicas e religiosas, desprezo pelos necessitados etc.) poderia ser cometida se encontrasse fundamento nos valores da comunidade.” Aduz Barcellos que, em face dessas críticas, Walzer vai escrever *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, onde pretendeu amenizar o relativismo apresentado no primeiro livro. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 123.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, Posição 2236, aplicativo Kindle. Conferir, a propósito, as críticas

¹⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 122.

Os problemas dos indivíduos em geral passariam a ser resolvidos no âmbito da própria sociedade¹⁶⁵.

Por mais importantes que sejam as ideias comunitaristas, não é nosso intuito alongarmos nas críticas à teoria de Rawls. Para nossos propósitos, vale apenas consignar sua teoria pode apresentar problemas que podem aparecer em momento posterior à distribuição dos bens primários¹⁶⁶, quando as pessoas começam a empregar os bens na realização dos seus planos, como bem observado por Amartya Sen.

A *justiça como equidade* acabaria por excluir, de maneira expressa, outras posições sociais relevantes, como o problema de grupos mais vulnerabilizados, tal como ocorre com as pessoas com deficiência.

Deste modo, a simplificação da teoria, com foco nos meios que as pessoas utilizam para conseguir liberdades, desconsideraria o fato de as pessoas serem extremamente diferentes em seus talentos e em suas capacidades. A pouca atenção dada à diversidade que caracteriza a raça humana faz com que sua distribuição não se importaria, da maneira adequada, com esses grupos vulnerabilizados¹⁶⁷.

Ao final das contas, John Rawls acaba concordando com Amartya Sen, quando sustenta que as capacidades básicas são de importância primordial e que se deve sempre avaliar a utilização de bens primários à luz de suposições acerca dessas capacidades¹⁶⁸.

Em que pesem as críticas dirigidas à teoria de Rawls, ainda sustentamos que o autor trouxe grande contribuição ao referencial teórico das teorias da justiça social, que se mostra apta à proteção das minorias vulnerabilizadas.

¹⁶⁵ Nossa impressão muito pessoal é que, nos dias de hoje, o ideário comunitarista se mostra de difícil verificação mundo afora, se comparado à época em que surgiu. Numa sociedade de internet, de redes sociais, de filmes e séries vistas por streaming, de smartphones e smart TVs, tudo parece conspirar para que as pessoas permaneçam em suas residências. E soa como um truísmo afirmar que o tempo livre das pessoas será destinado ao lazer puro e simples, e não a alguma atividade política comunitária. Temos dúvidas se a tecnologia, a despeito de facilitar sobremaneira a comunicação, realmente colabora para o engajamento entre as pessoas, em termos de atividade política comunitária.

¹⁶⁶ PAES, Carolina Bastos Lima. A judicialização dos direitos sociais fundamentais a partir do liberalismo de princípios: em busca de condições materiais básicas, em níveis adequados, para todos os indivíduos. In: BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. (coord). *Direitos Sociais e Liberalismo Igualitário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 65.

¹⁶⁷ PAES, Carolina Bastos Lima. A judicialização dos direitos sociais fundamentais a partir do liberalismo de princípios: em busca de condições materiais básicas, em níveis adequados, para todos os indivíduos. In: BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. (coord). *Direitos Sociais e Liberalismo Igualitário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 66.

¹⁶⁸ RAWLS, John. *O Liberalismo político*. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020, p. 216.

Cumpra ressaltar que Rawls sempre admitiu as desigualdades, mas considera que seu aumento só se justifica quando implicar maior possibilidade de gerar benefícios ao sujeito representativo mais pobre¹⁶⁹ ou para aquele que tem menos oportunidades¹⁷⁰.

A percepção da necessidade de se empreender um valor da igualdade na distribuição da justiça constitui, ao menos, um primeiro passo no sentido de se caminhar rumo à igualdade material. Uma concepção instrumental que impeça uma injustiça já é um avanço em si mesmo, em relação ao liberalismo clássico da igualdade formal.

De qualquer forma, trata-se de uma teoria que sustenta, de alguma forma, um tratamento diverso, e mais benéfico, aos grupos vulnerabilizados da sociedade. As teorias abaixo relacionadas, de sua sorte, enfocam mais os resultados da distribuição de bens primários, com referências abrangentes às pessoas com impedimentos. Daí sua importância neste trabalho.

3.4 Capacidades e justiça segundo Amartya Sen

Amartya Kumar Sen, economista e filósofo indiano que recebeu o prêmio Nobel de Economia em 1998, tido como integrante de uma vertente do liberalismo igualitário, construiu uma teoria que contribui para a chamada *economia do bem-estar*, cuja concepção passa pelos debates sobre desigualdades como forma de injustiça.

Sua obra mantém diálogo constante com a do contemporâneo John Rawls, para quem a justiça é de ser analisada como equidade, após uma *concepção contratualista* em que todos os indivíduos (por mais desiguais que sejam) partem de uma igualdade formal.

Sen parte da ideia de que a renda ou a riqueza é uma forma inadequada de julgar a vantagem, consoante ensinamento de Aristóteles,¹⁷¹ pois a riqueza não é o bem que procuramos e é útil em proveito de alguma coisa.

Por isso a riqueza não é, para Sen, “bom indicador do tipo de vida que podemos alcançar”, no seguinte sentido¹⁷²:

¹⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R.L. (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 113.

¹⁷⁰ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 376.

¹⁷¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, livro i, seq. 5, p. 7. O filósofo grego também é referido na análise sobre o princípio da distributividade das prestações de seguridade social, no Capítulo 6, item 6.1.1.3.

¹⁷² SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bollmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, s.a., posição 5191 de 9313, aplicativo Kindle.

Uma pessoa com uma grave deficiência não pode ser considerada em maior vantagem apenas porque tem uma maior renda ou riqueza do que um vizinho forte e são. Na verdade, uma pessoa rica com alguma deficiência pode estar sujeita a muitas restrições às quais a pessoa mais pobre sem a desvantagem física pode não estar. Ao julgar as vantagens que diferentes pessoas têm em relação a outras, temos de olhar para as capacidades totais que conseguem desfrutar. Esse é certamente um argumento importante para usarmos, como base de avaliação, a abordagem das capacidades em vez do foco sobre a renda e a riqueza, que é centrada em recursos.

Sen, assim, propõe a perspectiva da *capacitação do indivíduo* como norte para a superação das necessidades que produzem desigualdades, propondo uma perspectiva da liberdade baseada na análise de privações, tendo como principal delas a pobreza.

A visão de Amartya de Sen pretende superar a visão teórica *formal*, que preconiza no contrato social originário a isonomia entre todos os desiguais. Ele relaciona a pobreza às privações das capacidades, tratando-a não apenas como baixo nível de renda, na medida em que as maiores capacidades para viver sua vida tendem a aumentar o potencial de uma pessoa para ser mais produtiva e auferir renda mais elevada, da mesma forma que um aumento de capacidade conduz a um maior poder de auferir renda.¹⁷³

E propõe análises que envolvem o indivíduo concreto e a realidade que o cerca, acreditando que alguns problemas mais básicos podem ser identificados por observação direta ou em bases informacionais úteis para as políticas de combate às privações.¹⁷⁴

Um dos aspectos que o autor analisa com profundidade é a questão da conversão da renda nos tipos de vida que as pessoas podem levar, sustentando haver vários tipos de contingências que podem gerar variações nessa conversão^{175 176}:

(1) Heterogeneidades pessoais: As pessoas têm características físicas díspares em relação a idade, gênero, deficiência, propensão à doença etc., tornando suas necessidades extremamente diversas. Por exemplo, uma pessoa deficiente ou doente pode precisar de mais renda para fazer as mesmas coisas elementares que uma pessoa menos adoentada pode fazer com determinado nível de renda. Na verdade, algumas desvantagens, como as deficiências graves, podem não ser totalmente corrigíveis, mesmo com enormes despesas em tratamentos ou próteses.

(2) Diversidades no ambiente físico: Quão longe determinada renda pode chegar dependerá também das condições ambientais, incluindo condições climáticas, como faixas de temperatura ou incidência de inundações. As condições ambientais não precisam ser imutáveis: podem ser melhoradas pelos esforços comuns, ou agravadas pela poluição ou esgotamento. Mas um indivíduo isolado pode ter de aceitar muito

¹⁷³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia de Bolso, 2019, p. 123/124.

¹⁷⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia de Bolso, 2019, p. 176.

¹⁷⁵ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bollmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, s.a., posição 5219 de 9313, aplicativo Kindle.

¹⁷⁶ Digno de nota que muitos desses fatores apontados por Amartya Sen não de ser levados em linha de conta na apuração do grau de deficiência, na forma de impedimentos ou barreiras, na análise do direito à aposentadoria da pessoa com deficiência.

das condições ambientais dadas para converter receitas e recursos pessoais em funcionamentos e qualidade de vida.

(3) Variações no clima social: A conversão de recursos pessoais em funcionamentos é influenciada também pelas condições sociais, incluindo a saúde pública e as condições epidemiológicas, a estrutura do ensino público e a prevalência ou ausência de crime e violência nas localidades. Além das instalações públicas, a natureza das relações comunitárias pode ser muito importante, assim como a literatura mais recente sobre o “capital social” tende a enfatizar.

(4) Diferenças de perspectivas relacionais: Os padrões estabelecidos de comportamento em uma comunidade também podem variar substancialmente a necessidade de renda para realizar os mesmos funcionamentos elementares. Por exemplo, ser capaz de “aparecer em público sem sentir vergonha” pode exigir padrões mais elevados de vestuário e de outros consumos visíveis em uma sociedade mais rica do que em uma sociedade mais pobre (como Adam Smith observou há mais de dois séculos em *A riqueza das nações*). O mesmo se aplica aos recursos pessoais necessários para tomar parte na vida da comunidade e, em muitos contextos, até para satisfazer os requisitos mais elementares da autoestima. Essa variação é principalmente intersocial, mas influencia as vantagens relativas de duas pessoas localizadas em países diferentes

Com efeito, o autor salienta que as desvantagens, como deficiência ou doença, não apenas reduzem a aptidão que uma pessoa tem para ganhar uma renda, mas também tornam mais difícil converter a renda em capacidade, pois uma pessoa mais inábil ou mais doente “pode precisar de mais renda (para assistência, tratamento ou prótese) para realizar os mesmos funcionamentos (mesmos que essa realização seja, na verdade, possível)”.¹⁷⁷

Esse fenômeno Sen denomina “desvantagens de conversão”, isto é, dificuldade em converter renda e recursos em viver bem, precisamente por causa das inaptidões. Salienta, no entanto, que muitas dessas trágicas consequências podem ser superadas de forma substancial “com determinada assistência social e intervenção imaginativa”.¹⁷⁸ Aduz que a intervenção social contra as inaptidões tem de incluir prevenção, gestão e mitigação

Daí que o incentivo às capacidades é fundamental para a expressão da liberdade das pessoas, cabendo a análise do *desenvolvimento* através da expansão das liberdades. A desigualdade, geradora de *injustiça social*, pode ser compreendida como *privação da liberdade*.

Citamos aqui outra de suas importantes passagens:

O problema da desigualdade realmente se magnifica quando a atenção é desviada da desigualdade de renda para a desigualdade na *distribuição de liberdade substantivas e capacidades*. Isso ocorre principalmente devido à possibilidade de algum “acoplamento” de desigualdade de renda, de um lado, e vantagens desiguais na conversão de rendas em capacidades, de outro. Este último aspecto tende a intensificar o problema da desigualdade já refletido na desigualdade de renda. Por exemplo, uma pessoa incapacitada, doente, idosa ou que apresenta alguma outra desvantagem pode,

¹⁷⁷ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bollmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, s.a., posição 5238 de 9313, aplicativo Kindle.

¹⁷⁸ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bollmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, s.a., posição 5287 de 9313, aplicativo Kindle

por um lado, ter dificuldade para *auferir* uma renda apropriada e, por outro, também enfrentar dificuldades ainda maiores para *converter* renda em capacidades e em uma vida satisfatória. Os próprios fatores que podem impossibilitar uma pessoa de encontrar um bom emprego e ter uma boa renda (como a incapacidade) podem deixá-la em desvantagem na obtenção de uma boa qualidade de vida até mesmo com um bom emprego ou boa renda (...)¹⁷⁹

Se o foco da obra do autor é o desenvolvimento como liberdade, esta última baseada nas capacidades das pessoas, a situação dos vulneráveis (física ou psicologicamente falando) mostra-se a mais sensível e grave. Se a pobreza dos capacitados já é um problema grave a ser enfrentado pelo Estado, a situação dos que possuem alguma forma significativa de *inaptidão* física e mental demanda ainda maior atividade voltada a operar equidade¹⁸⁰:

Vale a pena considerar *simultaneamente* a eficiência por meio da liberdade do mecanismo de mercado, de um lado, e a gravidade dos problemas de desigualdade de liberdade, de outro. É preciso lidar com problemas de equidade, especialmente ao se tratar de graves privações e pobreza; nesse contexto, a intervenção social, incluindo o custeio governamental, pode ter um papel importante. Em grande medida, isso é exatamente o que os sistemas de seguridade social nos Estados do bem-estar procuram realizar, mediante diversos programas que incluem a provisão social de serviços de saúde, auxílio governamental aos desempregados e indigentes etc.

Contudo, Sen reitera a necessidade de se prestar atenção simultaneamente aos aspectos da eficiência e da equidade, “pois a interferência motivada pela equidade no funcionamento do mecanismo de mercado pode enfraquecer as realizações de eficiência mesmo se promover a equidade”, devendo, assim, ambas (eficiência e equidade), ser consideradas nos diferentes aspectos da avaliação e justiça social¹⁸¹.

Tratamos da eficiência e da meritocracia no item 2.5, a eficiência consistindo inclusive num dos princípios da administração pública (art. 37, *caput*, da Constituição). Todavia, é preciso dosar as exigências de eficiência na análise das políticas públicas de redistribuição de renda, especialmente numa época de hipercapitalismo (item 2.1).

Então, numa perspectiva que engloba eficiência, mérito, capacidades, liberdade e justiça social, engendra-se uma complexa análise do fenômeno social das incapacidades. Estas privam o ser humano em suas possibilidades de liberdade, gerando iniquidades.

¹⁷⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia de Bolso, 2019, p. 160.

¹⁸⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia de Bolso, 2019, p. 160.

¹⁸¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia de Bolso, 2019, p. 161

Cabe ao Estado intervir para lhes possibilitar a equidade, implementando políticas públicas que possibilitem condições efetivas de acesso à cidadania, observado o valor fundamental da dignidade da pessoa humana¹⁸².

Essas políticas públicas abrangem outras medidas sociais, como a educação, mas também, e talvez principalmente, a concessão e a manutenção de benefícios (de subsistência). Porém, para Sen, deve ser feita uma análise conjunta desta última com a eficiência, pois uma das suas preocupações é com a questão dos incentivos e desincentivos, conteúdo já abordado em outra esfera¹⁸³, no tocante à proteção da assistência social à PCD que vive em miserabilidade.

3.5 Capacidades e justiça segundo Martha Nussbaum

Outra teoria que vincula igualdade, justiça social e capacidades é a formulada pela filósofa norte-americana Martha Nussbaum, para quem o enfoque das capacidades não pretende fornecer uma explicação completa de justiça social, não abordando, por exemplo, como a justiça trata a desigualdade acima do chamado nível mínimo.

Diferente de Amartya Sen (que, embora também interessado em questões de justiça, em sua teoria parte de uma mensuração comparativa da qualidade de vida), Martha Nussbaum usa a abordagem a capacidade para fornecer uma *base filosófica* para a explicação das “garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade humana requer”¹⁸⁴.

E, de modo distinto da teoria de Rawls, Nussbaum propõe uma concepção de justiça com abordagem focada nos *resultados*, não no procedimento. Identifica-se, primeiro, um resultado correto e somente após se estipula um procedimento que leve a esse resultado. “Todo o trabalho moralmente controverso”, aduz a autora¹⁸⁵, “fica restrito à determinação do procedimento ele mesmo”¹⁸⁶.

¹⁸² FERNANDES, Paula Vanessa; ZIEGLER, Joici Antonia. Deficiência e políticas públicas: teoria social das capacidades de Amartya Sen, p. 182. In: *Estudos sobre Amartya Sen. Volume 1. Políticas Públicas. Capabilities e Desenvolvimento*. Neuro José Zambam, Henrique Aniceto Kujawa (Orgs.). Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

¹⁸³ Acerca do mote dos incentivos e desincentivos, cf. ZACHARIAS, Rodrigo. *Da seguridade social na proteção do idoso e da pessoa com deficiência e além. Uma crítica do benefício assistencial de prestação continuada*. São Paulo: Dialética, 2021, item 11.7.

¹⁸⁴ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 84.

¹⁸⁵ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, pp. 98-99.

¹⁸⁶ Os defensores das aplicações procedimentais da justiça acreditam que as concepções de justiça voltadas para o resultado não são suficientemente complexas e não possuem partes suficientemente autônomas. Cf. NUSSBAUM,

Focando-se nas capacidades humanas e reconhecendo a diversidade de situações, Nussbaum apresenta uma teoria alternativa às chamadas contratualistas, que buscam justificar a justiça social e a igualdade com base em contextos hipotéticos, a exemplo da formulada por John Rawls, em que a justiça só é alcançada se as pessoas se encontrarem numa situação de original igualdade¹⁸⁷.

As capacidades são apresentadas como a *fonte de princípios políticos* para uma sociedade liberal pluralística. Com isso, as capacidades são inseridas num contexto de um tipo de liberalismo político que as torna *objetivos especificamente políticos*, livres de qualquer fundamentação metafísica específica¹⁸⁸.

Sob tal ótica, as capacidades podem se tornar “objeto de um consenso sobreposto entre pessoas que de resto possuem concepções amplas de bem muito diferentes entre si”¹⁸⁹. Assim, o enfoque das capacidades seria uma espécie de abordagem dos direitos humanos internacionais, que leva em conta a dignidade da pessoa humana, o ser humano visto como um fim em si mesmo, uma teoria aplicada a todos e quaisquer países, para todo e qualquer cidadão, com pretensão de universalidade¹⁹⁰.

Nussbaum parte de uma concepção de Aristóteles de que o ser humano desenvolve naturalmente propósitos *sociais e políticos*, carecendo de uma variada gama de atividades vitais, definindo o homem como um ser social e político por natureza. Ademais disso, encontra suporte teórico em Karl Marx¹⁹¹ (segundo ela, “apenas para propósitos políticos, não como fonte de uma doutrina abrangente da vida humana”), quando começa com uma concepção de capacidade do ser humano e da vida que seja apropriada à sua dignidade.

Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 100.

¹⁸⁷ Ainda a distribuição da justiça em Aristóteles e John Rawls, cf. GONÇALVES, Ionas Deda, HAIK, Cristiane Fátima Grano, ZACHARIAS, Rodrigo. A efetividade da justiça distributiva e o princípio da distributividade na seguridade social: do mínimo existencial à reserva do possível e a pandemia da Covid-19. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, v. 11, n. 65, p. 73-95, out./nov. 2021.

¹⁸⁸ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 85.

¹⁸⁹ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 85.

¹⁹⁰ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 94.

¹⁹¹ Cf. MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Tradução, apresentação e notas de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, pp. 80-84. Nestas páginas, Marx discorre sobre o caráter *genérico* do homem, em comparação com os animais não humanos. Também analisa a relação do trabalhador com a natureza, bem assim sobre o *estranhamento* imposto a ele pelo capitalismo, quando, prestado serviços ao empregador, não colhe os frutos do seu trabalho, na medida em que, “quando mais o trabalhador produz, menos tem para consumir”. Com isso, no capitalismo, o trabalhador só se sentiria livre em suas funções animais, como comer, beber e procriar etc. Nussbaum deixa claro que não encampa a integralidade da concepção marxista, focando-se a autora somente no aporte marxista quanto à natureza social e política do ser humano.

Sendo assim, o enfoque das capacidades de Martha Nussbaum parte da concepção aristotélica/marxista do ser humano, “como um ser social e político que se realiza através de suas relações com os outros”¹⁹².

Se o ser humano necessita de uma pluralidade rica de atividades vitais, de modo que o enfoque das capacidades também se aproveita desta ideia. Com isso, as capacidades para as quais todos os cidadãos estão autorizados são muitas, e são oportunidades para atividades, não apenas quantidade de recursos¹⁹³.

Para Martha Nussbaum, as teorias contratualistas da tradição ocidental seriam falhas porque há três problemas não solucionados de justiça: a) pessoas com impedimentos; b) pessoas de países pobres ou em desenvolvimento; c) e animais não humanos. Todos os três são excluídos do pacto social e não participam da escolha dos princípios de justiça.

Eis algumas considerações da autora acerca da situação das *pessoas com impedimentos*¹⁹⁴:

Nenhuma doutrina de contrato social, entretanto, inclui pessoas com impedimentos mentais¹⁹⁵ e físicos, sérios e incomuns, no grupo daqueles em que os princípios políticos básicos são escolhidos. É claro que até bem pouco tempo, na maioria das sociedades modernas, essas pessoas não eram sequer incluídas na sociedade. Eram excluídas e estigmatizadas; não havia movimento político para incluí-las. Principalmente pessoas com impedimentos mentais graves não tinham nem sequer mesmo acesso à educação. Elas eram escondidas em instituições ou abandonadas à morte, por negligência; jamais foram consideradas parte do universo político.

Assim, a justiça pode surgir em um ambiente em que não se encontre um estado de igualdade, porquanto as pessoas possuem diferentes capacidades. Quando fala em capacidades humanas, Nussbaum refere-se àquilo que as pessoas são de fato capazes de fazer, instruídas, de certa forma, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano¹⁹⁶.

Estabelecida que cada pessoa, em suas diferenças de capacidades, necessita de um *mínimo social básico*, ela formula uma lista de capacidades¹⁹⁷, como exigências para uma vida

¹⁹² NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 103.

¹⁹³ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 90.

¹⁹⁴ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 19.

¹⁹⁵ A autora, na nota de rodapé nº 13 do capítulo, acrescenta que, segundo Michel Foucault, no século XIX, a situação ficou bem pior no caso da loucura. Cf. NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 19.

¹⁹⁶ NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 84.

¹⁹⁷ Rogando escusas ao leitor, reputamos importante a transcrição integral da lista, ainda que extensa:

digna. Cuida-se de uma lista teoricamente aberta, sujeita a revisão e complementação, que levaria em conta o pluralismo das nações.

A lista representaria *princípios políticos*¹⁹⁸ relevantes na generalidade dos países, que abrangeria todos os seres humanos, trazendo elementos essenciais para a obtenção de uma vida com dignidade, apesar das diversidades essenciais entre os seres humanos.

Nesse sentido, capacitar as pessoas – seja por meio de recebimento de valores mensais aptos a lhe assegurarem alguma dignidade, seja por meio de habilitação ou reabilitação

“1. Vida – Ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja tão reduzida que não valha a pena vivê-la.

2. Saúde física – Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver.

3. Integridade física. Ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para escolha em questões de reprodução.

4. Sentidos, imaginação e pensamento. Ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio – e fazer essas coisas de um modo “verdadeiramente humano” um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e científico básico. Ser capaz de usar a imaginação e pensamento e conexão com experimentar e produzir obras ou eventos, religiosos, literários, musicais e assim por diante, da sua própria escolha. Ser capaz de usar a própria mente de modo protegido por garantias de liberdade de expressão, com respeito tanto a expressão política quanto artística, e liberdade de exercício religioso. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas.

5. Emoções. Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos, amar aqueles que nos ama e se preocupam conosco; sofrer na sua ausência; em geral, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, gratidão e raiva justificada. Não ter o desenvolvimento emocional bloqueado por medo e ansiedade (Apoiar essa capacidade significa apoiar formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento).

6. Razão prática. Ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida (isso inclui proteção da liberdade de consciência e de prática religiosa).

7. Afiliação

a. Ser capaz de viver com e voltado para os outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. (Proteger essa capacidade significa proteger as instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e proteger a liberdade de associação e de expressão política.)

b. Ter as bases sociais de autorrespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros. Isso inclui disposições de não discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional.

8. Outras espécies. Ser capaz de viver uma relação próxima respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza.

9. Lazer. Ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas.

10. Controle sobre o próprio ambiente

a. Político. Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito a participação política

b. quanto de bens móveis, e ter direitos de propriedade em base igual a dos outros; ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais; ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com demais trabalhadores.” Cf. NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, pp. 91-93.

¹⁹⁸ A rigor, as pessoas com *deficiências mentais graves* não poderiam ser incluídas diretamente no grupo dos que escolhem os princípios políticos, embora entendamos seu potencial para tal contribuição. Mas a falha da sua não inclusão entre aqueles que escolhem não consistiria numa injustiça, desde que houvesse uma maneira de levar em linha de conta seus interesses. Cf. NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 20.

profissional, esses últimos objetos de análise no capítulo 11 – deve ser considerado *objetivo político* da coletividade.

Com isso, pensamos que a teoria de Martha Nussbaum fornece uma base filosófica bastante apropriada a justificar uma melhor distribuição de recursos à PCD.

Nota-se, ademais, que as capacidades sugeridas, dada a natureza complexa do ser humano, se encontram albergadas em direitos fundamentais não apenas de segunda geração, como já salientamos.

As lições de Martha Nussbaum, para além de constituir uma teoria mais adequada à proteção da PCD quando comparada à teoria da justiça de John Rawls, oferecem elementos importantes para a compreensão de que a *inclusão social* da PCD não se limita ao mero pagamento de uma prestação positiva pelo Estado, cabendo-lhe *capacitar* tais pessoas por meio do asseguramento de outros direitos, como o direito à liberdade pessoal, ao voto, à participação política, à propriedade etc.

Nussbaum, ao ponderar que a justiça pode surgir em um ambiente em que não se encontre um estado de igualdade, porquanto as pessoas possuem diferentes capacidades, fornece-nos um instrumento valioso para uma formulação teórica acerca da concretização do direito fundamental à previdência social da PCD, sobretudo no caso tratado no capítulo 12.

3.6 Capacidades e proteção social de vulneráveis

Ante o exposto, aqui ultimamos os singelos aportes dos autores vinculados ao *liberalismo de princípios*, todos eles tendo fornecido valioso suporte teórico, tanto político quanto filosófico, para as conclusões a serem apresentadas neste trabalho.

Tanto Rawls, com uma concepção procedimental, quanto Sen e Nussbaum, mais preocupados com os resultados das concepções de justiça, fornecem elementos importantes para a compreensão de que a PCD, notadamente aquela que nasce com deficiência ou a recebe antes de completar a idade laborativa, merece um tratamento mais adequado do que vem recebendo dos legisladores, doutrinadores e juízes brasileiros.

Por ora, é o momento de retornarmos ao direito positivo para o encerramento deste capítulo.

A Constituição Federal, no cumprimento dos objetivos sociais contidos no art. 3º e em tributo à busca da justiça e do bem-estar sociais, elementos diretivos da Ordem Social consoante o art. 193, prevê o mecanismo distributivo de *benefícios de subsistência* às pessoas desprovidas de capacidades para se sustentarem por si próprias.

As normas constitucionais, especificamente selecionadas pelo legislador constituinte (art. 194, parágrafo único, III), todas elas dependentes da legislação ordinária para especificação de seus *suportes fáticos* dos benefícios previdenciários, que são apenas delineados na Constituição Federal quanto ao aspecto da *contingência*.

A densificação das normas de proteção social à PCD, no campo da previdência social, depende da *tipicidade* das hipóteses normativas que preveem os benefícios e serviços. Não estamos propondo que, com referencial teórico do liberalismo igualitário, deixemos de observar o suporte fático das normas de proteção previdenciária. Uma tal proposta não poderia ser levada a sério.

Já foi referida algumas vezes neste trabalho que temos a preocupação de nos ater às possibilidades de interpretação restritas aos significados das normas, ainda que não dependentes dos tradicionais métodos de interpretação, já que abertos estamos aos modernos princípios de interpretação constitucional.

A concretização das normas aplicáveis aos casos a serem tratados nos capítulos 8-12 dependerá, num primeiro, da compreensão dos significados do texto constitucional, a partir de quando o intérprete constrói e reconstrói os significados das normas infraconstitucionais, conforme lição de Humberto Ávila já referida (capítulo 3, item g) rumo a alcançar a melhor norma a incidir nos casos concretos.

Esses casos concretos, tratados nos capítulos 8 a 12, envolvem algumas situações reais, aflitivas vivenciadas pela PCD. Com enfoque na perspectiva das capacidades e voltados aos *resultados*, pretendemos propor algumas conclusões que desbordam, de alguma maneira, do entendimento tradicional que tem sido proposto pela doutrina e pela jurisprudência.

As pessoas com deficiência têm direito à previdência social em quais contextos? Precisarão contribuir por longos anos, como as pessoas sem impedimentos, para conseguirem se aposentar? Quando incapazes para o trabalho terão direito a algum benefício? Quando não incapazes, fazem jus à proteção previdenciária pelo fato de terem alguma deficiência não incapacitante?

Se já nascerem incapazes, terão direito a um benefício por incapacidade? Enquanto pessoa com deficiência, terão direito à pensão no caso de falecimento do provedor? Se deficientes, mas não incapazes, fazem jus à pensão por morte? Se possuírem doenças crônicas que levam à incapacidade parcial, têm direito a alguma proteção previdenciária?

Esses e outros motivos serão desenvolvidos nos próprios capítulos. Na passagem da seletividade (constitucional) para a distributividade (do legislador ordinário), outras questões

se colocam em evidência, considerando os fatores políticos e econômicos do Estado social que forjam os limites possíveis proteção social.

4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Depois de tratarmos do caráter heterogêneo, social e programático da Constituição Federal de 1988 e após tratarmos de princípios de interpretação constitucional e explicitarmos o marco teórico deste trabalho, fixando-o no liberalismo igualitário, o próximo passo segue rumo aos princípios constitucionais.

Se pretendemos levar a efeito a investigação da concretização do direito fundamental à previdência social (art. 6º da CF) das pessoas com deficiência, sob a perspectiva do princípio da distributividade das prestações de seguridade social (inciso III do parágrafo único do art. 194 da CF) e da justiça social (art. 193 da CF), essa investigação não tem como ser feita sem antes abordarmos algumas dinâmicas que giram em torno dos princípios, incluindo sua distinção com as regras.

Ademais disso, os valores intrínsecos contidos na justiça social e distributividade também estão presentes em alguns princípios talvez ainda mais importantes, a saber aqueles contidos nos objetivos da República Federativa hospedados no art. 3º da CF, objetivos políticos esses, a propósito, bastante adequados ao marco teórico do liberalismo igualitário.

Como bem observado por Ana Paula de Barcellos, uma das dificuldades existentes para a concretização dos direitos sociais é a imprecisão dos próprios enunciados desses direitos, ora veiculados por regras, ora por princípios, “carregando, em consequência, as limitações do estado atual da dogmática quanto à normatividade de cada uma delas, especialmente no que diz respeito aos princípios”¹⁹⁹.

Para Wladimir Novaes Martinez, o vocábulo princípio viria do latim *principium*²⁰⁰, com significado de origem, início, começo. Para uns dicionaristas, seria regra, preceito, lei, principalmente fundamento de algum ordenamento, ciência ou disciplina. Para outros, normas elementares, requisitos primordiais, correspondendo à ideia de alicerce, supedâneo, mais fundo²⁰¹. Em matéria previdenciária, aduz o Martinez, a pesquisa seria incipiente, mas inovadora, havendo “verdadeira abulia doutrinária em matéria de ordenação”. Os autores que se dedicaram ao assunto tratariam o assunto *en passant*, sem preocupação de aprofundar o assunto²⁰².

¹⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R.L. (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104.

²⁰⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 71.

²⁰¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 71.

²⁰² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 52 e seguintes, em que o autor traz extensa lista de doutrinadores e seus respectivos princípios abordados

Diferente da percepção Martinez, pensamos que atualmente há prestigiosa doutrina nacional e internacional produzida acerca do estudo dos princípios no mundo do Direito, mesmo na disciplina previdenciária. Mas até recentemente, os princípios não gozavam do mesmo prestígio na doutrina de direito constitucional, como bem pontua Paulo Bonavides²⁰³ no seguinte enxerto:

De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

4.1 Distinção entre princípios e regras

A distinção entre regras e princípios é de importância para a presente tese, na medida em que uma de suas principais propostas de avançar na concretização do direito fundamental à previdência social passa pelo teste de constitucionalidade de uma regra previdenciária à luz de princípios constitucionais.

Dito isso, o caminho rumo ao status de fonte primária de normatividade dos princípios prestigia a classificação das normas entre *princípios* e *regras* consoante o pensamento de Canotilho²⁰⁴. Abandonou-se, assim, a metodologia jurídica tradicional que fazia distinção entre normas e princípios, em movimento acompanhado, nesse ponto, por muitos doutrinadores brasileiros de direito constitucional.

Constata Humberto Ávila²⁰⁵ que foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição, notadamente com Dworkin, quando este procedeu a um “ataque geral contra o positivismo”, tecendo críticas a Austin e principalmente a Hart²⁰⁶.

Dworkin salienta que o positivismo “é um modelo de e para um sistema de regras”, com um único modelo de “teste fundamental” para a validade do direito. Tal modelo, para Hart, se dá quando uma norma passe pela “regra de reconhecimento”²⁰⁷. Assim sendo, a noção central

²⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 289.

²⁰⁴ CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 1160.

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 56.

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 35.

²⁰⁷ Conforme a teoria de Kelsen, bastante divulgada no Brasil, a validade de uma norma decorre da compatibilidade com uma superior, no sistema escalonado de normas por ele concebido, equivalente à metáfora da pirâmide normativa. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Lisboa: Armênio Amado, 1976, p. 61.

de um único teste fundamental para o Direito força o intérprete a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.

O constitucionalista norte-americano critica sobretudo o *modo aberto*²⁰⁸ de argumentação na solução dos casos difíceis (*hard cases*), pois o que chamou de *positivismo* recorre a padrões que não funcionam como regras, “mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”²⁰⁹. Por consequência, entende que as proposições centrais do *positivismo* estão equivocadas e, por isso, devem ser abandonadas.

Sendo assim, para Dworkin, as *regras* são aplicadas no modo “tudo ou nada”: se o suporte fático é preenchido, a regra é válida e a consequência normativa deve ser aplicada, ou então a norma é considerada inválida. E, havendo colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida²¹⁰. Ele fornece um exemplo de regra: *um testamento é válido se assinado por três testemunhas*.

Outro exemplo, que mais de perto nos interessa: aquele que se filia à previdência social já incapacitado não faz jus a benefício por incapacidade (artigos 42, § 2º e 59, § 1º, da Lei nº 8.213/91). Tal regra será analisada no capítulo 12, quando avaliaremos se é compatível com os princípios da distributividade e da justiça social.

Já os *princípios* – diferentemente das regras – não determinam uma decisão, mas contêm fundamentos provenientes de outros princípios. “Mesmo aqueles princípios que mais se assemelham às regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”²¹¹. Para Dworkin os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, algo que as regras não têm²¹². Deste modo, numa colisão de princípios, um *princípio* com dimensão de peso relativo maior prevalece sobre outro, sem que com isso se tenha de declarar sua invalidade. Exemplo de princípio, para Dworkin: *nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos*.

²⁰⁸ Para Dworkin, a estrutura *aberta* de certas normas, segundo a concepção do positivismo, levaria ao julgamento conforme a *discrecionabilidade* de alguém, geralmente do juiz, na solução dos *casos difíceis* – o que não parece, para o autor, algo adequado Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 35. Cf., ainda, Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Lisboa: Arménio Amado, 1976, p. 466.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 36.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 39.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 40.

²¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 42.

Dworkin, em certa passagem, resume seu pensamento sobre os princípios numa frase singela: “Tudo que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como (se fosse) uma razão que inclina numa ou noutra direção.”²¹³

Em outra lição, ao tratar da *integridade* do direito, sustenta Dworkin a existência de três *modelos de comunidade* numa sociedade política e novamente recorre à diferença entre *princípios* e *regras*. O primeiro modelo trata a associação como um acidente *de fato* da história e da geografia, tal como uma comunidade associativa que nada tem de verdadeira. A segunda funda-se na obediência a determinadas *regras*, pressupondo que os membros da comunidade política tenham a obrigação de obedecê-las, de um certo modo que é específico desta comunidade. Por fim, há a comunidade de *princípios*, esta sim um modelo mais adequado de convivência, pois as pessoas, mais que concordantes em obedecer a certas regras, assumem um ponto de vista mais abrangente e generoso da natureza de tal compreensão.

Bastante explicativo é o seguinte trecho de Dworkin, que merece ser citado aqui²¹⁴:

O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista. Torna específicas as responsabilidades de cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. Faz com que as responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos como o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total. O interesse que expressa não é superficial, como o falso interesse que encontramos no modelo das regras, mas verdadeiro e constante.

Como se vê, o autor norte-americano considera os princípios de grande importância no ordenamento jurídico, tendo gerado bastante influência não apenas nos EUA, mas em vários países, dentre eles no Brasil.

Por aqui, Virgílio Afonso da Silva também tratou da diferença entre princípios e regras, e observa que alguns doutrinadores estabelecem a distinção entre *regras* e *princípios* com base na diferença de grau e, assim, os princípios teriam grau de importância maior num ordenamento jurídico, ao passo que as regras seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios.

²¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 42.

²¹⁴ DWORKIN, Ronaldo. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 256/257.

Outros partem a distinção do grau de abstração e generalidade, ou mesmo em algum tipo de gradação²¹⁵.

O princípio poderá incidir sobre um campo amplo de aplicação das normas e podem sobrepair sobre vários outros dispositivos que regulam os assuntos pertinentes ao seu campo de abrangência, com uma consequência bastante evidente: as normas infraconstitucionais haverão de se adequar a esses princípios.

Daí a importância desta distinção (entre regras e princípios, e não entre normas e princípios). J. J. Gomes Canotilho sugere alguns critérios para tal identificação, não sem aduzir que a distinção entre regras e princípios é particularmente complexa:

- a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida;
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa;
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema de fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito);
- d) <<Proximidade>> da ideia de direito: os *princípios* são <<standards>> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<ideia de direito>> (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;
- e) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.²¹⁶

Diversamente da doutrina que atribui maior prestígio aos princípios, Eros Grau hodiernamente compreende que, em realidade, os *princípios são regras*, tachando de tolice o entendimento de que é mais grave a violação de um princípio que uma regra²¹⁷.

4.2 Algumas definições de princípios

Importante, nesta etapa da tese, apresentar algumas definições de princípios elaboradas pela doutrina de direito constitucional.

²¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 44.

²¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, pp. 1160/1161. Foram suprimidas as notas de rodapé.

²¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, pp. 24 e 105.

Celso Ribeiro Bastos apresenta a seguinte:

Princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios essa meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras.²¹⁸

Podemos exemplificar, a teor do ensinamento de Celso Ribeiro Bastos, citando o princípio do *bem-estar social*, contido no art. 193 da CF. Por um lado, perde carga normativa a ser regulado por normas mais específicas, tanto constantes da Constituição quanto em lei ordinária. Por outro, sua força valorativa não pode ser menosprezada, não se admitindo restrições que colocam em risco o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Celso Antonio Bandeira de Mello também apresenta um conceito bastante conhecido de princípio:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.²¹⁹

Por sua vez, Humberto Ávila, após discorrer sobre um panorama abalizado sobre a distinção entre regras e princípios, considera que esses últimos são normas imediatamente finalísticas, propondo conceitos para ambos:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.
Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com propensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²²⁰.

²¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 153-154.

²¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 747-748.

²²⁰ Itálico no original. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2019, p. 104.

Já, conforme o escrito de Virgílio Afonso da Silva, a distinção entre regras e princípios pode ser compreendida de modo mais singelo:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou impostos deveres) *prima facie*.²²¹

Para esse autor, há um “longo caminho” ente um (o *prima facie*) e outro (o definitivo):

No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.²²²

Interessa-nos, particularmente, a ideia dos standards juridicamente vinculantes radicados na exigência da *justiça*, mais especificamente, da *justiça social*, objeto, aliás, de princípio próprio radicado no art. 193 da CF.

No campo da previdência social, essa distinção – entre direito *prima facie* e o que é garantido definitivamente – também pode ser extraída. No art. 6º da CF, resta definido o *direito fundamental à previdência social*, assegurado tal qual um princípio. Este, por sua vez, é disciplinado em linhas gerais no art. 201 da mesma Constituição, e é, em derradeiro, regulamentado na lei ordinária, quando se verifica o que é “garantido (ou imposto) definitivamente”.

4.3 O papel dos princípios

Ainda neste capítulo, cabe-nos fazer a seguinte indagação: para que servem os princípios?

Para Wladimir Novaes Martinez, os princípios teriam duplo papel, de inspirar e orientar a construção do ordenamento jurídico e, durante a construção ou depois dela, colaborar na sua aplicação e integração. O autor ainda refere que poucos autores desenvolveram estudos sobre os princípios de Direito e ainda menor é o número de sistematizadores²²³.

²²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 45.

²²² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 45.

²²³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 71.

Paulo Bonavides, lastreado na doutrina italiana, apresenta duas possíveis respostas. Com Trabucchi, aponta que eles servem como “critérios inderrogáveis” ou “diretrizes para a interpretação e a aplicação das normas”, assumindo uma “tríplice dimensão fundamentadora, interpretativa e supletória em relação às demais fontes”.²²⁴

Baseando-se nas lições de Bobbio, Bonavides reconhece uma “tetradimensionalidade funcional”, congregando funções interpretativa, diretiva (“própria dos princípios programáveis da Constituição”), integrativa e a função limitativa, de modo que o grau máximo de intensidade vinculante dos princípios residiria nos dois últimos casos²²⁵.

Posto que de menor intensidade vinculante, é de se ressaltar neste trabalho as funções *interpretativa e diretiva*. É com base nelas que o direito fundamental social à previdência social (art. 6º) e os princípios da justiça social (art. 193) e da distributividade (art. 194, parágrafo único, III) devem coexistir e direcionar a tarefa do legislador infraconstitucional. Mais que isso, a feição neocontratualista do liberalismo igualitário não prescinde da utilização de princípios para o equacionamento de suas regras de distribuição da justiça.

Por sua vez, Ana Paula Barcelos identifica as eficácias *interpretativa e negativa* dos princípios, inserindo, como desdobramento desta última, a chamada *vedaçoão ao retrocesso*, esse último objeto de análise neste trabalho no capítulo 4, item 6.

Quanto à eficácia interpretativa, os princípios e normas programáticas constitucionais “vão orientar a interpretação das normas em geral, inclusive das demais normas constitucionais”, cabendo ao intérprete optar, dentre as exegeses possíveis, “aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente”²²⁶.

Aduz Barcelos:

A eficácia negativa, por sua vez, associa ao princípio ou à norma programática a consequência pela qual serão considerados inválidos – ou revogados – casos anteriores à promulgação da Constituição – todas as normas ou atos que o contravenham. Os dois aspectos complementam-se nos casos extremos, uma vez que, se não é possível interpretar o ato ou a norma de forma a compatibilizá-los com os princípios constitucionais, passa a operar a eficácia negativa para excluí-los do mundo jurídico²²⁷.

²²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 290.

²²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 290.

²²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R.L. (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

²²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R.L. (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

4.4 Princípios constitucionais impositivos

Feitas essas explicações, o próximo passo será tratarmos de alguns princípios constitucionais, denominados *impositivos*, os quais, na esteira das lições já apresentadas, ostentam funções fundamentadora, interpretativa e diretiva.

Como bem observa Luiz Alberto David Araujo, o Título I da Constituição Federal, que compreende quatro artigos, dedica-se aos “Princípios Fundamentais”. Mas o ordenamento jurídico brasileiro não contém apenas estes, mesmo porque ao longo da própria constituição existem outros²²⁸.

O art. 3º conforma os *princípios político-constitucionais*, segundo nomenclatura proposta por José Afonso da Silva.²²⁹

Já Canotilho os insere na categoria dos princípios constitucionais impositivos, da seguinte forma: “Nos *princípios constitucionais impositivos* subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização dos fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados.”²³⁰ (destaques no original).

Esclarece o constitucionalista português que tais princípios são também designados por “*preceitos fundadores dos fins do Estado*”, ou “*princípios directivos fundamentais*”, ou ainda “*normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas*”.²³¹

Os objetivos da República Federativa do Brasil constituem, além de princípios que impõem aos órgãos do Estado a realização de determinados fins e tarefas, critérios de interpretação das demais normas produzidas no ordenamento jurídico.

Cuida-se de objetivos do “Estado Brasileiro”, não do governo, pois cada governo pode ter metas próprias e elas não se harmonizam com os objetivos fundamentais, serão inconstitucionais²³².

4.4.1 Construir uma sociedade livre, justa e solidária

²²⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 98.

²²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direitos Constitucional Positivo*. São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2020, p. 95.

²³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 1160, p. 1166/1167.

²³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003., p. 1167.

²³² SILVA, José Afonso da. *Comentário Textual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 48.

Aponta José Afonso da Silva que a Constituição de 1988 inspirou-se no Preâmbulo da Constituição Portuguesa quando se propõe à “construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno”. A fórmula brasileira seria mais elegante e influenciou a alteração do art. 1º da Constituição Portuguesa, operada pela revisão de 1989. Aduz o professor que a utilização do verbo “construir” tem um sentido contextual preciso por reconhecer que a sociedade existente no momento da elaboração da constituição não era livre, nem justa, nem solidária.²³³

O inciso I do art. 3º finca a ideia da justiça social, ao preconizar, no referente aos objetivos da República Federativa do Brasil, que a *sociedade* haverá de ser, além de solidária e livre, também *justa*. José Afonso da Silva denomina o princípio contido nesse inciso I do art. 3º de “princípios relativos à organização da sociedade”.²³⁴

O objetivo de criar uma *sociedade livre* implica não apenas assegurar a liberdade das pessoas, incluindo a do próprio Estado perante outros Estados ou organizações estrangeiras. Se a soberania importa nesse aspecto, entendemos que as soluções para os problemas brasileiros não devem necessariamente encontrar inspiração em países outros, devendo encontrar soluções locais adequadas a nossa realidade.

O *liberalismo de princípios* assenta seus maiores fundamentos na ideia de liberdade. Antes mesmo de se conceber uma sociedade justa e solidária, pressupõe-se uma sociedade livre e plural.

Sobre a *solidariedade*, Márcia Hoffmann do Amaral e Turri discorre sobre as diversas concepções da palavra, que são próximas da simpatia, empatia, generosidade, magnanimidade, caridade, benevolência, fraternidade²³⁵. Não se pode negar que a solidariedade constitui um dos fundamentos éticos da noção de igualdade, bradada desde a Revolução Francesa.

Segundo Augusto Venturi, *solidariedade* é um termo moderno para expressar a *força ética* em que se baseia a intervenção individual, social e coletiva aos que se encontram em cenário de necessidade. Ao longo do tempo, foram empregados vários nomes que correspondem às respectivas linhas de pensamento: caridade, amor ao próximo, fraternidade, filantropia etc.²³⁶

Essa norma principiológica, contida no art. 3º, I, da Constituição, mantém estreita relação com o art. 193 e com o art. 194, parágrafo único, III. Sem solidariedade, noções como justiça social e distributividade como que se apequenam.

²³³ SILVA, José Afonso da. *Comentário Textual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 48.

²³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direitos Constitucional Positivo*. São Paulo: JusPodivnm/Malheiros, 2020, p. 96.

²³⁵ AMARAL E TURRI, Márcia Hoffmann do. *Um toque de solidariedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, posições 427 e seguintes, aplicativo Kindle.

²³⁶ VENTURI, Augusto. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social*. Tradução Gregorio Tudela Cambronero. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, 1994, p. 23.

4.4.2 Garantir o desenvolvimento nacional

A Assembleia Geral das Nações Unidas, em Resolução de 4 de dezembro de 1986, considerou o desenvolvimento como um “*amplo processo, de natureza econômica, social, cultural e política*” (A/RES/41/128).

Para o atingimento desse objetivo (art. 3º, II, da Constituição), não basta o crescimento econômico, pois desenvolvimento pressupõe crescimento com “*melhor distribuição de renda entre as pessoas*”.²³⁷

Busca-se, assim, o progresso econômico, político, social e cultural da ação, com inarredável consequência de maximização do bem-estar social. Para tanto, concordamos com José Francisco Cunha Ferraz Filho, para quem a geração de riqueza envolve uma *economia de mercado* forte, competitiva e liberta de intervenções injustificadas por parte do Estado.²³⁸

Possivelmente esse seja o maior dos objetivos e o maior dos desafios de todos os governos e do próprio Estado brasileiro, na medida em que o desenvolvimento do país implica, só por só, benefício a todos os seus habitantes.

Naturalmente, redistribuição de renda gera tributo à *justiça social*. O *liberalismo de princípios* é uma concepção política que sobressai numa sociedade desenvolvida e próspera. Mas todo o arcabouço teórico se apresenta adequado à própria busca do desenvolvimento em sociedades menos desenvolvidas, como a brasileira.

Insistimos: a ideia mesma de desenvolvimento pressupõe distribuição de renda, portanto, pressupõe justiça e redução das desigualdades.

Nesse sentido, de Carla Rister a seguinte preleção:

É bem estreita a relação da problemática da pobreza e da fome com o desenvolvimento, podendo ser considerada mesmo como uma questão prévia ou um ponto de partida para a formulação de políticas públicas visando o desenvolvimento, tendo em vista que não se pode conceber que exista desenvolvimento social, manifesto por meio de uma educação de qualidade acessível a todos, saúde e desenvolvimento tecnológico, num país que apresenta níveis de pobreza alarmantes²³⁹.

²³⁷ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. I, p. 44.

²³⁸ FERRAZ FILHO, José Francisco da Cunha. Comentário ao art. 3º. In: *Constituição Federal Interpretada*. Costa Machado (org.), Anna Candida da Cunha Ferraz (coord.). São Paulo: Manole, 2020, p. 8.

²³⁹ RISTER, Carla Abrantkovski. *Direito ao Desenvolvimento. Antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 338.

Resta mencionar que Paulo Bonavides vincula o direito ao desenvolvimento ao direito à paz, na esteira do pensamento de Karel Vasek²⁴⁰.

4.4.3 Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades

O objetivo contido no inciso III é conexo com o do inciso I. Segundo José Afonso da Silva, a norma do art. 3º, inciso III, conforma o *princípio da justiça social*²⁴¹. Pobreza é o estado de quem não tem o necessário para a vida, de quem vive com escassez, consistindo no reverso da riqueza que seria o estado de quem vive na superabundância, com muito mais recursos do que o necessário. A *marginalização* do pobre se dá porque, vivendo na penúria, encontra-se à margem da vida social²⁴².

Aqui também houve inspiração da Constituição da República Portuguesa. Para Canotilho trata-se do “*princípio da correcção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento*” (artigos 9º/d e 81º/b), que traça, “sobretudo para o legislador, linhas rectrizes de sua actividade política e legislativa”.²⁴³

As normas-princípio do art. 3º, III, e 193, da Constituição Federal, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo aos poderes executivo e legislativo, a realização dos fins e a execução de fundamentais objetivos. Esse relacionamento vai a tal ponto que, como o art. 193 da Constituição determina que os objetivos da Ordem Social são o bem-estar e a justiça sociais, segundo Wagner Balera *confundem-se os objetivos da seguridade com os próprios fins do Estado*.²⁴⁴

Seja como for, esse objetivo específico da República Federativa do Brasil tem o foco na igualdade (o segundo valor importante do liberalismo de princípios, após o valor da liberdade), a ser alcançada mediante a *distribuição da riqueza*. Os poderes públicos haverão de seguir esse

²⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 598.

²⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direitos Constitucional Positivo*. São Paulo: JusPodivnm/Malheiros, 2020, p. 96.

²⁴² SILVA, José Afonso da. *Comentário Textual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 48.

²⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 1167. Os artigos da Constituição de Portugal mencionados têm a seguinte redação: “Art. 9º: São tarefas fundamentais do Estado: (...) d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais, mediante a transformação e a modernização das estruturas económicas e sociais”, e “Art. 81º: Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: (...) b) Operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento”.

²⁴⁴ BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 112.

objetivo porquanto se trata de um modelo “imposto”²⁴⁵ pelo texto constitucional, sob pena de nulidade do ato.²⁴⁶

Não se deve, no entanto, deslembrar que a redução das desigualdades haverá de passar pelo desenvolvimento do país, pois não se vê uma alternativa de realização desse objetivo. Medidas estatais, desacompanhadas de lastro econômico, mostraram-se inviáveis na experiência histórica. Com as medidas de seguridade social não é diferente, pois é preciso que o sistema seja sustentável, sob pena de não atingir adequadamente seus objetivos.

Caberá ao Estado o *planejamento das políticas sociais*, com a participação da sociedade em seus processos, consoante prescreve a regra contida no parágrafo único do art. 193 da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional n. 108/2020.²⁴⁷

4.4.4 Promover o bem de todos

Finalmente, o art. 3º, inciso IV, estabelece como objetivo do Estado “*promover o bem de todos*”, tratando-se de norma que Luiz Alberto David Araujo considera o “*objetivo fundamental do Estado brasileiro*”.²⁴⁸

Ao se referir ao *bem de todos*, o inciso IV do art. 3º consagra outro tributo à isonomia, que não se esgota em sua faceta formal, mesmo porque a ênfase do dispositivo é o embargo às discriminações – inclusive quanto aos pobres e indigentes.

Por isso mesmo, o próprio Constituinte determina que seja objetivado um ambiente de *bem-estar social*, para que seja levada a efeito uma elevação na qualidade de vida dos pobres e indigentes.

Oportuna, aqui, a transcrição das lições do professor:

Que se entende por bem de todos, conforme determina o art. 3º da Constituição Federal? Certamente se está a falar de felicidade. E a felicidade, como visto acima, não pode ser uma só, um padrão determinado por um grupo de pessoas. A felicidade é um estado de ventura, que atende à multiplicidade de valores e anseios do ser humano, individualmente considerado. Não se pode falar de felicidade geral, mas da felicidade de cada ser humano. Portanto, a busca do fim social do Estado deve, obrigatoriamente, fundar-se na busca da felicidade. Os anseios individuais, a captação das mudanças sociais pelo Estado, o atendimento das necessidades básicas do ser

²⁴⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*, In: Revista de Direito Público, n. LVII e LVIII. São Paulo: Malheiros, 1982, p. 236-247.

²⁴⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*, In: Revista de Direito Público, n. LVII e LVIII. São Paulo: Malheiros, 1982, p. 236-247.

²⁴⁷ Eis a redação do Parágrafo único do art. 193: “O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas.”

²⁴⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 105.

humano estão, certamente, entre os fins objetivados pelo Estado e reconhecidos pelo constituinte de 1988.²⁴⁹

Com efeito, embora o conceito de *felicidade* seja individual, não se concebe que haja felicidade sem que a pessoa tenha acesso a bens que representem o atendimento às necessidades básicas, aquelas definidas no inciso IV do art. 7º da mesma Constituição (a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social).

4.5 Eficácia dos princípios de justiça social

Após comentarmos os objetivos da República Federativa do Brasil, situados no Título I da Constituição de 1988, este dedicado aos Princípios Fundamentais, registramos o entendimento de que todos os objetivos do Estado brasileiro, compreendidos como princípios, qualificam-se como normas-princípio de *justiça social*, claramente realizáveis sob a perspectiva da distributividade.

Despiciendo dizer acerca da importância destas normas para milhões de brasileiros que ainda aguardam e melhoria de suas condições materiais de vida. Posto que tais normas-princípios dependam das possibilidades econômico-financeiras do Estado para serem implementadas, o intérprete do direito não pode descurar-se do aspecto de sua *eficácia*. Do contrário, tornar-se-ão meros ornamentos constitucionais, aptos a cumprirem o papel exatamente oposto a que propôs o legislador constituinte, que foi a transformação social.

Assim, a despeito do caráter programático de tais objetivos da República Federativa do Brasil, que hospedam os chamados *princípios constitucionais impositivos*, soa até tautológico afirmar que é preciso o esforço de todos os operadores do Direito no sentido de se alcançarem a *efetividade*.

Esse o sentido das palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello:

15. Uma Constituição, desde logo, define-se como um corpo de normas jurídicas. De fora parte quaisquer outras qualificações, o certo é que consiste, antes de mais, em um plexo de regras de Direito.

16. A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.

Como se sabe as normas jurídicas não são conselhos, opinamentos, sugestões. São determinações. O traço característico do Direito é precisamente o de ser disciplina obrigatória de condutas. Daí que, por meio de regras jurídicas, não se pede, não se exorta, não se alvitra. A feição específica de prescrição jurídica é a imposição, a

²⁴⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 105/106.

exigência. Mesmo quando a norma faculta uma conduta, isto é, permite – ao invés de exige-la – há, subjacente a esta permissão, um comando obrigatório e coercitivamente assegurável: o obrigatório impedimento a terceiros de obstar o comportamento facultativo a outrem e a sujeição ao poder que lhes haja sido deferido, na medida e condições de deferimento feito.

17. Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.²⁵⁰

Passadas quase mais de três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, tais objetivos estão longe de se concretizarem, em que pesem os esforços dos poderes públicos, especialmente o Judiciário, nesse sentido.

A despeito dos avanços, até hoje, a pobreza, a fome e a desigualdade persistem como problemas estruturais do Brasil, que em razão de crises recentes tem se afastado dos demais países em termos de crescimento econômico, o que gera efeitos deletérios na renda dos mais vulneráveis, como a PCD. A persistência dos problemas sociais brasileiros talvez seja um alerta ao operador do mundo jurídico sobre os limites do próprio Direito no papel de transformador social.

Mas carece insistir, por outro lado, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello: “normas jurídicas não são conselhos, opinamentos, sugestões”.

Então o operador do Direito se encontra nesta encruzilhada, em que deve evitar a interpretação elástica e arbitrária dos princípios constitucionais ou mesmo das normas inferiores, mas deve esforçar-se para o implemento dos objetivos instituídos na constituição, que não podem ser compreendidos como meras normas programáticas, como se fossem conselhos ou sugestões.

Nesse desiderato, o aporte de Ronald Dworkin acerca de uma *comunidade de princípios*, referidos no item 3.1, é de grande valia. Suas lições nos inspiram a, cada vez mais, valorizar os princípios constitucionais impositivos na compreensão das controvérsias que envolvem a concretização do direito fundamental à previdência social da PCD.

De qualquer maneira, a presente tese parte do pressuposto de que o *direito fundamental social à previdência social*, contido no art. 6º e descortinado no art. 201 da Constituição, já está regulamentado pelo legislador ordinário. Vale dizer que a *aplicabilidade* das normas de justiça social, no campo da previdência social (com a exceção analisada no capítulo 11), não carece de

²⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*. In: Revista de Direito Público, n. LVII e LVIII. São Paulo: Malheiros, 1982, p. 236-137.

défice exatamente porque os direitos previstos na constituição já foram implementados pelo legislador ordinário.

O Brasil já conta com um sistema de previdência social válido, vigente e eficaz, corporificado na Lei nº 8.213/91, quanto ao Regime Geral de Previdência, e outras normas próprias dos Regimes Públicos de Previdência Social, atinentes aos servidores públicos dos entes federados.

Se não pretendemos a “firmeza do modelo clássico”, referido por Bonavides, intentaremos chegar a algumas conclusões lastreadas nos elementos socioideológicos da Constituição. Não custa lembrar o leitor de que a presente investigação versa sobre a concretização das regras previdenciárias para a PCD, com olhos nos princípios de justiça social e da distributividade (artigos 193 e 194, parágrafo único, III, da Constituição).

A despeito do abalo na proteção social previdenciária operada pela Emenda Constitucional nº 103/2019²⁵¹, é certo que a conformação constitucional da previdência social resultou da percepção do constituinte dos graves problemas sociais que afligem grande parte da população brasileira.

Noutro passo, acreditamos que o mero *distributivismo* não resolverá os problemas sociais decorrentes da pobreza. Não obstante, a conquista da cidadania social pelos setores mais vulneráveis da sociedade passa pela ação do Estado, que deverá agir por meio de várias frentes, inclusive por *políticas públicas*²⁵² (*e também econômicas e sociais*) *inclusivas* voltadas à área social, com propósitos redistributivos, não podendo o Estado escusar-se nesse desiderato evocando a *reserva do possível*²⁵³.

Tal percepção é perfeitamente compatível com o *liberalismo de princípios*, que não prescinde dessas políticas, ao menos para a distribuição dos bens primários, como já visto.

Peculiaridades, especificidades e a vulnerabilidade especial da PCD fazem com que algumas normas de previdência social (regras) tenham de conviver harmonicamente com os

²⁵¹ V. Item 11.1.

²⁵² “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

²⁵³ O Supremo Tribunal Federal, no Ag. Reg. no RExt 581352, já entendeu que a cláusula da *reserva do possível* não pode ser invocada pelo Executivo para se escusar do inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. Cf. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2603764>. Acesso em 01.6.2022.

objetivos da justiça social e da distributividade (princípios) de uma forma especial, sob pena de incorrerem em inconstitucionalidade.

Partimos do pressuposto de que o objetivo de reduzir as desigualdades sociais é a fonte de onde se pode justificar a existência do princípio da distributividade das prestações de seguridade social (art. 194, parágrafo único, III, da Constituição), bem como do objetivo da justiça social (art. 193 da Constituição), que serão analisados mais adiante.

No capítulo que se segue, trataremos dos *direitos fundamentais*, não apenas dos direitos sociais, mas das características de todos eles. Também serão abordados o fundamento da dignidade da pessoa humana e cláusulas doutrinárias, a saber: o mínimo existencial, a vedação do retrocesso, a reserva do possível e a proibição do déficit (ou da insuficiência). Todos esses tópicos se envolvem, de uma forma ou de outra, na concretização do direito fundamental das pessoas com deficiência à previdência social.

5 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção constitucional das *pessoas com deficiência*, no âmbito da previdência social, não é manifestada sob a forma de favor ou benesse do Estado, mas a título de exercício de direitos fundamentais.

Vale dizer, a proteção da PCD, contida primeiramente nos artigos 1º, III, 3º, I e IV, e 6º, depois no art. 201 da Constituição Federal, dá-se sob a forma de direitos constitucionais. Sua compreensão, sob o viés do liberalismo igualitário, envolve a assimilação de valores como a proteção à liberdade, mas também pressupõe a proteção contra privações, indicando que o direito deve prover direitos de igualdade ou isonomia.

Desde modo, não se mostra viável elaborar uma tese a respeito do sistema de proteção social brasileiro sem abordar, ainda que perfunctoriamente, dada a grandeza do conteúdo e a riqueza da literatura a respeito do assunto, os *direitos fundamentais*, sujeitos a um regime especial de proteção.

Se não há espaço nesta obra para o aprofundamento da análise dos vários aspectos que emanam da matéria, sobretudo a evolução histórica²⁵⁴, optamos, não obstante, por tecer considerações essenciais sobre características desses direitos fundamentais.

Como se verá, as características intrínsecas não podem ser consideradas absolutas, notadamente diante da diversidade das naturezas dos direitos fundamentais. Antes, contudo, impõe-se abrir parênteses para a questão terminológica.

5.1 Terminologia

Em relação ao aspecto terminológico, há várias expressões para a mesma categoria jurídica, tais como *liberdades públicas*, *direitos do homem*, *direitos públicos subjetivos*, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.

A expressão *liberdades públicas* implica imediata correlação com os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, tornando difícil vislumbrar tal expressão para designar os direitos sociais.

²⁵⁴ Já discorreremos sobre a evolução histórica dos direitos sociais de seguridade social nos países industrializados em outro trabalho. Cf. ZACHARIAS, Rodrigo; HAIK, Cristiane. Uma história da seguridade social nos países industrializados, dos primórdios à globalização neoliberal. *Cadernos de Direito Actual*, N° 15 (2021), pp. 439-477.

A expressão *direitos do homem* ficou impregnada de um sentido histórico, referindo-se ao rol de enunciados de conteúdo declaratório, de grande importância política, mas sem conteúdo de direito positivo, tais como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1989), a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (EUA, 1776) ou a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), editada pela Organização das Nações Unidas.

Já os *direitos naturais* referiam-se aos direitos inerentes à natureza do homem, ou seja, inatos, que cabem ao homem pelo só fato de serem homens. Hoje, não se pode mais aceitar com tanta facilidade a tese de que existam direitos naturais, porquanto os direitos estão positivados numa Constituição da República, que os enumera, posto não exclua a existência de outros não expressamente numerados, no § 2º do art. 5º do Texto Magno.

Por sua sorte, a locução *direitos humanos* é preferida nos documentos internacionais, mas se pode objetar que não há direito que não seja humano, embora atualmente já existam teorias para o reconhecimento de direitos especiais dos animais. Direitos humanos indicam predicados inerentes à natureza humana, independentes de um sistema jurídico específico, “mas de uma dimensão ingênita e universalista”, conforme a lição de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Junior²⁵⁵.

Segundo José Afonso da Silva, “*direitos públicos subjetivos*” são um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, expressão presa, como a “*direitos individuais*”,²⁵⁶ à concepção individualista do homem, e por isso insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais.

A expressão “*direitos fundamentais*” se mostra como a mais adequada²⁵⁷. A Constituição Federal de 1988 empregou, no Título II, tal locução, mais abrangente e precisa, servindo para indicar tanto a situação em que o indivíduo tem proteção perante o Estado, como também os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso. A Lei Fundamental também se refere, no art. 17, aos “*direitos fundamentais da pessoa humana*”.

De qualquer forma, árdua é a tarefa de dizer o que sejam esses direitos fundamentais. Uma doutrina entende que a definição seria impossível *a priori*, dependente da análise do texto constitucional ou das bases axiológico-políticas predominantes.²⁵⁸

²⁵⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2021, p. 136.

²⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 178.

²⁵⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2021, p. 137.

²⁵⁸ Floriano Azevedo Marques Neto refere-se, neste pormenor, a Carl Schmitt, fazendo alusão à obra *Teoria de la Constitución*. Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Conceito e Evolução dos Direitos Fundamentais. In: *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. V, ano II. São Paulo: ADAS, out./dez., 1993, p. 54-61.

Norberto Bobbio aborda a possibilidade e a validade de se buscar um *fundamento absoluto e racional* para justificar a necessidade de respeito a um rol mínimo de direitos inerentes à condição humana, *in verbis*: “Essa ilusão já não é possível hoje; toda a busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada (...)”.

Mais adiante, afirma Bobbio que: “(...) direitos do homem é uma expressão muito vaga. Já tentamos alguma vez defini-los? E, se tentamos, qual foi o resultado? A maioria das definições são tautológicas (...)”. E aduz: “E aqui surge uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso, conforme a ideologia assumida pelo intérprete”.²⁵⁹

Apesar disso, as linhas que se seguem não foram produzidas propriamente com base em uma ou outra ideologia, mas sim extraídas de doutrina amplamente aceita na literatura jurídica nacional.

5.2 Algumas características

Tomamos com naturalidade o fato de que um assunto com tamanha complexidade – os direitos fundamentais – não conta com consenso doutrinário no tocante ao número de suas características, ao menos quando comparamos os manuais disponíveis sobre o assunto. Tentaremos versar sobre alguns deles, pertinentes à tese de alguma maneira.

Em geral, a doutrina divide o tratamento das características dos direitos fundamentais em *extrínsecas* e *intrínsecas*. Em relação às primeiras, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior explicam que o texto constitucional confere aos direitos fundamentais um *regime jurídico peculiar de proteção*, que os distingue dos demais direitos, a saber:

- I – rigidez constitucional, visto que suas normas, clausuladas na Constituição Federal, submetem-se a um processo mais gravoso de modificação, além de inocularem no sistema um dever de compatibilidade vertical de todas as normas infraconstitucionais;
- II – direitos e garantias individuais clausulados em normas pétreas, conforme o disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, o que torna essa espécie de direitos fundamentais impermeável mesmo a eventuais reformas da Constituição;
- III – indicação de aplicabilidade imediata de seus preceitos, consoante o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal²⁶⁰.

²⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Giulio Einaudi. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 15 e seguintes.

²⁶⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2021, p. 152.

Infere-se, portanto, que os direitos fundamentais podem ser considerados de importância superior aos demais direitos.

Doravante, trataremos de algumas características *intrínsecas* dos direitos fundamentais.

A primeira delas é a *historicidade*, na medida em que os direitos fundamentais têm caráter histórico como qualquer direito e nascem, modificam-se, evoluem e desaparecem com o passar dos anos. Com a doutrina cristã, elevou-se o homem à situação de semelhança a Deus, sobrelevando a igualdade como um de seus pressupostos e alçando o ser humano a um novo patamar de dignidade.²⁶¹ Sua historicidade faz com que deva ser afastada toda a fundamentação com base no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas.²⁶² No tocante aos direitos sociais, como se verá mais adiante, seu surgimento deu-se em meados do século XIX, numa segunda etapa, após a deflagração do reconhecimento dos direitos civis e políticos.

A segunda característica é a *inalienabilidade*. Os direitos fundamentais são considerados intransferíveis, inegociáveis, porquanto não dotados de conteúdo econômico-patrimonial.²⁶³ Não se pode deles desfazer, por serem indisponíveis²⁶⁴.

Ademais, seriam *imprescritíveis*, porque nunca deixam de ser exigíveis. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre no fato de existirem, de serem reconhecidos na ordem jurídica. No mais, a prescrição é instituto jurídico que atinge somente a exigibilidade de direitos de caráter patrimonial²⁶⁵, não a exigibilidade de direitos personalíssimos.²⁶⁶

São *irrenunciáveis*, à medida que os indivíduos não podem dispor dos direitos fundamentais. São, portanto, indisponíveis: os titulares podem até não exercê-los temporariamente, mas nunca renunciá-los²⁶⁷. Todos os indivíduos são dotados, ademais, de um patamar mínimo de proteção, congênito à condição humana, nas palavras de Vidal Serrano Junior e Luiz Alberto David Araujo.²⁶⁸

²⁶¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNE JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2021, p. 146.

²⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 183.

²⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 183.

²⁶⁴ Mas, especificamente no tocante aos direitos sociais, considerados de prestação *positiva* por parte do Estado, o titular pode sim, em determinadas situações, antes mesmo de usufruí-los, aliená-los, em situações pontuais. É o caso, por exemplo, da cessação de direitos reconhecidos judicialmente, em fase de precatório, consoante admitido pelo art. 100, § 11, da Constituição, com redação dada pela EC 103/2021.

²⁶⁵ Tratando-se de direitos sociais de previdência social, a prescrição constitui uma regra expressa da legislação, conformada no art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91, que atinge as prestações devidas nos últimos cinco anos. O *fundo de direito*, esse sim, é considerado imprescritível.

²⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 183.

²⁶⁷ Todavia, em situações determinadas, o titular de um direito previdenciário pode renunciar a uma aposentadoria em prol de outra, mais benéfica, desde que mais vantajosa, conforme reconhece o Supremo Tribunal Federal no Tema 334.

²⁶⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2021, p. 151.

Outra característica é a *universalidade*. Essa característica decorre de serem, por natureza, destinados a todos os seres humanos, não se concebendo que possam existir direitos de tal magnitude que partissem de uma ideia segregacionista ou discriminatória, reservados a uma classe, estamento ou categoria de pessoas. Deste modo, consagram um sentido de afirmação histórica de direitos relativos à dignidade humana.²⁶⁹ Sob outra ótica, para muitos os direitos sociais são considerados direitos de nicho, não exatamente um direito exercitável por todos, exatamente porque não são todas as pessoas que se encontrarão em contexto de necessidade social²⁷⁰.

Prosseguindo, vem a característica da *limitabilidade*. Os direitos fundamentais não são absolutos, mas sim limitáveis, e devem conviver com outros direitos, de igual *status*. Vezes ou outras, poderão surgir colisão de direitos fundamentais e, no mais das vezes, a própria Constituição prevê o mecanismo de solução. Mas, em outras situações isso não ocorre, fazendo com que o conflito deva ser solucionado pela visão criteriosa do intérprete. Exemplo deste último caso é o eventual conflito entre o direito de reunião dos membros de um sindicato e o direito de locomoção dos que pretendem circular em vias públicas.^{271 272}

Segundo a característica da *concorrência*, os direitos fundamentais podem ser *acumulados*, uma única situação podendo ser regulamentada por mais de um preceito constitucional. Exemplo dado por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior é o do jornalista, âncora de um jornal televisivo, que, após transmitir a informação, faz uma crítica: ao mesmo tempo, exerceu o direito de informação, de opinião e comunicação.²⁷³ Podemos aplicar a característica nos direitos sociais quando são cumulativos os benefícios previdenciários, por exemplo, de pensão por morte e aposentadoria, exceção feita à regra expressa do art. 124 da Lei 8.213/91.

Por fim, segundo a *autogeneratividade* dos direitos fundamentais, por um lado as constituições instituem os direitos fundamentais, por outro elas só existem porque destinadas a incorporar esses direitos fundamentais, juntamente com os elementos constitutivos do Estado (população, território, governo e finalidade). Esse aspecto, de institucionalização de uma ordem

²⁶⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2021, p. 148.

²⁷⁰ Ver introdução, item 4, sobre a problemática narrativa que envolve os direitos sociais prestacionais.

²⁷¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2021, p. 149

²⁷² No concernente aos direitos sociais, as limitações são bastante claras, como é o caso, por exemplo, da assistência social devida à PCD: somente quando apurada a miserabilidade jurídica será devido o benefício assistencial de prestação continuada previsto no art. 203, V, da Constituição Federal. Para além, o BPC poderá ser limitado no tempo, cabendo sua reavaliação a cada dois anos, conforme previsto no art. 21 da Lei 8.742/93.

²⁷³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Manole: 2021, p. 151-152.

jurídica, não desqualifica o momento anterior de sua “jusnaturalização”, nem os aspectos concernentes com sua natureza de valores construídos a partir de conceitos como a dignidade humana, liberdade, igualdade, fraternidade etc.²⁷⁴ No caso da Constituição Federal de 1988, adicionalmente ao fato de ter sucedido um período autoritário, impõe-se reconhecer que a incorporação dos direitos fundamentais sociais é da essência do texto magno, consoante se pode observar dos elementos socioideológicos de conteúdo social contidos no art. 3º, incisos I a IV, 6º, 7º, 193, 196, 201, 203, dentre outros. Desse ponto de vista, não há dúvida de que os direitos sociais são incorporados aos elementos para constituírem um Estado Social de Direito.

Nem todos os direitos, aqui relacionados, são exercidos em face do Estado, pois plenamente exercíveis em face de *particulares*, no que se costuma falar em *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, a exemplo de quando a constituição protege a privacidade do empregado nas relações de trabalho²⁷⁵. Reversamente, quando se fala em *eficácia vertical*, impõe-se o respeito e a aplicação dos direitos fundamentais pelo Estado.

Walter Claudius Rothenburg fala em *projeção positiva (prestacional)* dos direitos fundamentais, para distinguir os direitos sociais daqueles direitos de liberdade individual (de defesa). Esses servem de abrigo à ingerência principalmente do poder público, aqueles envolvem uma projeção positiva no sentido de reclamarem uma prestação do Estado para a satisfação de necessidades e realização de valores estipulados, como a prestação do serviço público de assistência judiciária ou mesmo a concessão de um benefício previdenciário. Alerta o autor que a projeção positiva dos direitos fundamentais – enquanto deveres do Estado e mesmo de particulares – se levada ao exagero pela previsão descomedida de prestações, poderia fomentar a *acomodação das pessoas (paternalismo estatal de desestímulo)*, contudo, pondera que em nossa realidade isso está longe de ocorrer²⁷⁶.

5.2.1 Restrição a direitos fundamentais

Optamos por destacar num item próprio uma característica específica dos direitos fundamentais porque de especial importância para nossa tese (item 13.2): trata-se do tema da restrição ou *restringibilidade excepcional*²⁷⁷ dos direitos fundamentais.

²⁷⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Manole: 2021, p. 148.

²⁷⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2021, p. 155.

²⁷⁶ ROTHENBURG, Water Claudius. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 23.

²⁷⁷ Expressão usada em ROTHENBURG, Water Claudius. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 29.

Para Robert Alexy²⁷⁸, restrições a direitos fundamentais podem ser operados por meio de lei, desde que compatíveis com a Constituição e, além disso, desde que seja respeitado seu *núcleo essencial*. Explica o autor que, para alguns, como Friedrich Klein, sequer se pode falar em núcleo essencial de um direito fundamental, em termos de “lógica pura”. Não nos interessa avançar na polêmica entre teoria *externa* e *interna*, mas por outro lado nos é valioso o aporte de Alexy sobre o assunto, que traz esclarecimentos essenciais à compreensão das teses sustentadas neste trabalho:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação e restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida desta forma, então, há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de *teoria externa*. Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.

Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da *teoria interna*. Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito como um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em “restrições imanentes”.

A polêmica entre a teoria interna e a teoria externa não é, de forma alguma, uma polêmica exclusivamente acerca de questões conceituais e problemas de construção teórica. Entre teorias sobre restrições e hipóteses normativas gerais existem conexões claras. Nesse sentido, alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá mais à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importe é o papel de membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna. Antes de uma análise mais detalhada da relação entre direito e restrição não é possível, contudo, estabelecer mais que essas meras tendências gerais²⁷⁹.

O trabalho desenvolvido nesta tese pressupõe adesão à *teoria externa*²⁸⁰, o que não implica, em nosso parecer, necessariamente levar à conclusão de que defendemos uma

²⁷⁸ ALEXY, Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 281 e seguintes.

²⁷⁹ ALEXY, Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 277/278.

²⁸⁰ À guisa de mera exemplificação, Peter Häberle (*Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2, Grundgesetz*, 3ª ed, Heidelberg: Müller, 1983, pp. 179-180, citado por ALEXY, Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 277, nota de rodapé 3, ao final) acolhe a teoria interna, diversamente de Virgílio Afonso da Silva, também citado outras vezes neste trabalho, cujos estudos pressupõem aplicação da teoria externa (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essenciais, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 127 e seguintes).

concepção individualista do Estado, conquanto um dos marcos teóricos deste trabalho seja, como já referido, o *liberalismo igualitário*.

Gilmar Ferreira Mendes, ao explicitar o teor de certos direitos fundamentais estabelecidos no art. 5º, XI, XII, XV, XVI, XVII, sustenta que a CF de 1988 consagrou a “técnica de estabelecimento direta ou técnica da restrição legal a diferentes direitos individuais”²⁸¹.

Feitas essas ponderações, conveniente se mostra, por outro lado, fornecer alguns conceitos de *restrições* a direitos fundamentais.

Para Jorge Reis Novais, consiste na:

a ação ou omissão estatal [portanto, do poder político] que afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado²⁸².

Eduardo Correia Baptista define-a como:

A) (...) uma compressão discricionária e constitutiva do âmbito de proteção da norma que atribui um direito fundamental; B) não imposta (expressa ou implicitamente) especificamente pela Constituição; C) com conteúdo normativo; D) introduzia por ato infraconstitucional²⁸³.

Por fim, como bem observa Afonso Brás:

Note-se que a restrição pode afetar tanto a dimensão objetiva (de proteção lato sensu) como a dimensão subjetiva (isto é, do sujeito em causa, titular daquele direito) do direito fundamental, mas, em qualquer dos casos, é o bem protegido, ou a relação que se estabelece entre o titular (real ou potencial) do direito fundamental e esse bem que, direta ou indiretamente, resultam desvantajosamente afetados²⁸⁴.

Entendemos que, à luz das lições acima apresentadas, as restrições ao direito fundamental à previdência social (dimensão objetiva) de *peças com deficiência* (dimensão subjetiva) chegam a tal ponto de aniquilar esse direito, não podendo ser considerados

²⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 39/40.

²⁸² NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 1.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 247.

²⁸³ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Os Direitos de Reunião e de Manifestação no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 167-16.

²⁸⁴ BRÁS, Afonso. O núcleo essencial dos direitos sociais na ordem jurídica internacional. In: *Revista Eletrônica de Direito Público*, Vol. 3 No. 2, Novembro 2016, p. 202.

compatíveis com a Constituição de 1988. Se não se pode falar em aniquilamento do direito, ao menos deve ser considerado seu sério comprometimento em termos de proteção social, dada a exclusão da proteção à incapacidade par ao trabalho.

Cumprе registrar que a Constituição de Portugal, em seu artigo 18º, nº 2º, regulamenta a *restrição* aos direitos fundamentais da seguinte forma: “[a] lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Na Constituição Federal de 1988, não há norma semelhante, mas a ideia contida na referida regra prevista no art. 18º, nº 2º, da Constituição Portuguesa pode muito bem ser tomada como inspiração doutrinária no direito brasileiro.

J. J. Gomes Canotilho, ao abordar a vedação do retrocesso social, preleciona que a violação do núcleo essencial justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada *justiça social*. Assim, para o constitucionalista português, “A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição das discriminações sociais e de políticas antisociais.”²⁸⁵

Daí compreendermos que os artigos 42, § 2º e 59, § 1º, da LBPS, no tocante às pessoas com deficiência desde o nascimento, o que se encontrem nessa condição antes de completar os 16 (dezesseis) anos de idade, ofende o princípio da *isonomia* porquanto opera discriminação social no sentido negativo.

Virgílio Afonso da Silva²⁸⁶, após admitir, em inúmeras hipóteses, restrições a direitos fundamentais, já que nenhum desses direitos pode ser considerado absoluto, observa que o Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, já se referiu ao *núcleo essencial* dos direitos fundamentais, a serem protegidos de restrições que inviabilizem seu exercício, de modo que o não respeito a esse núcleo implica inconstitucionalidade.

5.3 O fundamento da dignidade da pessoa humana

²⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 339.

²⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 21-23.

O próximo passo da nossa investigação é delinear, nos limites deste trabalho, o significado do fundamento da dignidade da pessoa humana, conformada no art. 1º, inciso III, da Constituição da República, como fundamento do Estado.

Qualquer estudo que envolve pessoas com deficiência remete-se, em primeira mão, à dignidade do ser humano.

Além do referido inciso III do art. 1º, na condição de um *princípio político constitucional conformador* (Canotilho), a dignidade também está presente no art. 170, *caput*, que empresta à existência o adjetivo “digna”.

Nos artigos 226, 227 e 230, no Título VIII, o legislador constituinte também se vale do conceito de “dignidade”, ao tratar, respectivamente, o planejamento familiar, os direitos das crianças e adolescentes e idoso.

Com Eros Roberto Grau, compreendemos que a dignidade da pessoa humana, como princípio, constitui o “*núcleo essencial*” dos direitos humanos.²⁸⁷

A dignidade da pessoa humana consta do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos seguintes termos: “Art. 1º: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

Vários países, de Cuba a China, passando por Portugal e Finlândia, estampam em suas constituições a proteção à dignidade da pessoa humana, revelando tendência de todos os sistemas jurídicos modernos com a preocupação de consagrá-la como objeto de valoração perante o Direito²⁸⁸, naturalmente sujeita a toda sorte de interpretações de seu significado. Outras constituições, de países como Estados Unidos da América, Argentina, Uruguai e França, não mencionam a dignidade da pessoa humana.

A Constituição de Weimar, de 1919, dispunha sobre a dignidade humana, no art. 151.²⁸⁹ E a atual Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, reza: “A dignidade da pessoa Humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

A construção do conceito de dignidade é fruto da reação histórica às atrocidades que marcam a experiência humana (escavidão, colonialismo, racismo etc.). A experiência nazista terá sido o fator imediato que gerou a consciência de que se deveria preservar a dignidade a qualquer custo, embora o conteúdo semântico da expressão não seja de fácil constatação. A

²⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 197.

²⁸⁸ MONTEIRO, Pedro Márcio de Góes. *Princípios Previdenciários à Luz da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Brasileiro*. Dissertação de Mestrado – Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2001.

²⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019, posição 3099, aplicativo Kindle.

dignidade é constituída tanto pela integridade física quanto psíquica do indivíduo, mas também por suas ações, imagem, intimidade e consciência.²⁹⁰

Luís Roberto Barroso enfatiza o valor intrínseco como elemento ontológico da dignidade, no plano filosófico, de que decorre um postulado *antiutilitarista*²⁹¹ e outro *antiautoritário*:

O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser. Trata-se da afirmação da posição especial da pessoa humana no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. As coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que não tem preço. A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação (pela palavra, pela arte, por gestos, pelo olhar ou por expressões fisionômicas) são atributos únicos que servem para dar-lhes essa condição singular. Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário."²⁹²

Segundo o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, é no pensamento de Kant – segundo o qual o homem e toda criatura racional são um *fim em si mesmo*, nunca um meio para uso arbitrário desta ou aquela vontade – que a doutrina mais expressiva, nacional e estrangeira, ainda hoje identifica as bases de uma fundamentação e de uma conceituação da dignidade da pessoa humana, a despeito de tal concepção poder ser adotada com reservas ou ajustes no atual momento da evolução, mercê de um excessivo *antropocentrismo*, não propriamente respeitoso aos animais não humanos, nem aos recursos naturais, incluindo todas as formas de vida do planeta²⁹³.

Noutro passo, não há como dissociar a dignidade da pessoa humana dos direitos sociais de subsistência. Com Rizzatto Nunes, compreendemos que os direitos sociais previstos no art. 6º da Lei Superior indicam que “a *própria Constituição está posta na direção da implementação da dignidade no meio social*”.²⁹⁴

Com efeito, direitos sociais envolvem valores de isonomia. Para Günter Dürig, a dignidade contém estreita relação com a igualdade, fornecendo, materialmente, o “critério valorativo do juízo da igualdade jurídica” e, do ponto de vista técnico-jurídico, “a dignidade da

²⁹⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45-48.

²⁹¹ V. nota 320, sobre o utilitarismo.

²⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e construção do novo modelo*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, posição 299 de 1057, aplicativo Kindle.

²⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) humana e Direitos Fundamentais, na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, Posição 683 de 5837.

²⁹⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

pessoa humana é o *tertium comparationis*, com respeito ao qual as pessoas devem ser juridicamente comparadas”²⁹⁵. Os direitos sociais envolvem, em última análise, a possibilidade de igualar as pessoas em (ao menos na possibilidade de fruírem a) liberdade.

Voltando a Rizzatto Nunes, a dignidade da pessoa humana “funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidas às pessoas no Texto Constitucional”²⁹⁶ de maneira que todas as regras e princípios, anteriores e posteriores à Constituição, haverão de considerar o respeito incondicional à dignidade da pessoa humana.

Tudo o que foi dito não significa, no entanto, que a dignidade da pessoa humana seja um valor absoluto que prevaleça sobre todos os demais direitos fundamentais. Há situações que envolvem a *restrição* a direitos fundamentais, de modo que também a dignidade do ser humano está sujeita a *ponderações*. E se se considerar a dignidade como valor absoluto, o problema que exsurge de tal premissa é considerar todos os direitos fundamentais como relativos, restringíveis por completo, o que não se mostra razoável, mesmo porque implicaria uma hipertrofia da dignidade²⁹⁷.

O que não pode ser objeto de chancela é a *vulgarização* do princípio, notadamente quando evocado para o pleito de todos e quaisquer direitos perante o Judiciário. Em um sem-número de situações, a dignidade da pessoa humana não tem relação com restrições a direitos fundamentais, ocasionando um estado de *banalização* do uso da garantia da dignidade da pessoa humana²⁹⁸.

Eis as observações de Virgílio Afonso da Silva²⁹⁹:

Diante disso, pode-se dizer que ou a dignidade da pessoa humana é, no Brasil, constantemente desrespeitada, ou tal garantia tem servido como uma espécie de enorme “guarda-chuva”, embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção. Claro que não é o caso, aqui, de ser ingênuo a ponto de pensar que no Brasil todos têm sua dignidade respeitada a todo tempo. Imaginar isso em um país em que parte considerável da população vive abaixo da linha de pobreza e que tem a quarta pior distribuição de renda em todo o planeta seria muito inocente. Mas também seria uma ingenuidade pensar que é essa situação social indigna que gera o constante recurso à garantia da dignidade humana no discurso acadêmico e forense no Brasil. Não são esses casos de vida indigna que chegam aos juízes; até porque aqueles que vivem nessa situação

²⁹⁵ DÜRIG, Gunter. *Escritos reunidos. 1952-1983*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

²⁹⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

²⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 193.

²⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 193.

²⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 194.

poucas chantes têm de ter acesso ao Judiciário. A inflação no uso da dignidade humana no discurso forense *não tem ligação direta com a realidade social do país*, e é um fenômeno limitado exclusivamente ao discurso jurídico.

Aduz o referido autor que fenômeno não é exclusivamente brasileiro e vem infligindo desprestígio ao fundamento. Por conta disso, o entusiasmo com a garantia da dignidade da pessoa humana vem dando lugar, em alguns círculos acadêmicos, a um movimento por uma certa parcimônia no recurso à proteção à tal dignidade³⁰⁰.

Voltemos especificamente ao objeto de investigação deste trabalho. Seria legítimo o recurso à garantia da dignidade da pessoa humana nos processos judiciais em que pessoas vulneráveis como a PCD pleiteiam a concessão de benefícios de subsistência?

A questão pode ser enxergada sob mais de um ângulo. A Constituição Federal de 1988 não prevê o trabalho como um dever, em que pese fazer constar que a Ordem social “tem como base o primado do trabalho”. O trabalho é tido apenas como um direito, no art. 6º.

Talvez por conta disso, Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos, ao comentarem o art. 193, entendem que o artigo “*vincula a dignidade da pessoa humana à capacidade de exercer atividade útil à sociedade*”.³⁰¹

Sob certa ótica, podemos entender que é pelo trabalho que o homem busca sua dignidade pessoal, conforme a visão de Marisa Ferreira dos Santos³⁰²:

Sem trabalho não há dignidade, porque o homem não pode conviver como um igual entre os demais membros do grupo social. Não há dignidade onde não há alimentação, moradia, educação, cultura, valores que só o trabalho do homem pode oferecer. Só com o trabalho o homem dá sua contribuição ao desenvolvimento e ao progresso social. O Estado Democrático de Direito só existe verdadeiramente se prestigiar o trabalho, através do qual serão alcançados os objetivos fundamentais da República, notadamente a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Esse é um mote que foi utilizado em várias constituições do Brasil, engendradas sob uma perspectiva liberal. Somente com o trabalho o homem poderia interagir na sociedade, buscar sua identidade junto aos demais membros da sociedade e concretizá-la. Nesse diapasão, as Constituições de 1967 (art. 157, II) e de 1969 (art. 160, II) é que colocaram a *valorização do trabalho humano como condição da dignidade humana*.

³⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 195-196.

³⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil. Vol. 8*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 05.

³⁰² SANTOS, Marisa Ferreira. *O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2004, p. 93.

Entendemos, contudo, que, à luz da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da própria República, constitui valor ínsito ao ser humano a ser considerado *independentemente da sua capacidade de exercer algo útil à sociedade*. Entendimento diverso implica considerar os que não podem trabalhar não titulares de dignidade.

Uma concepção mais consentânea com os valores sociais albergados na Constituição, já a partir de seu Preâmbulo, leva à conclusão de que a dignidade nasce com o ser humano. E, à medida que ele reúna condições físicas e mentais adequadas ao trabalho, a dignidade poderá ser melhormente celebrada.

A Constituição da República Portuguesa foi atenta a essa circunstância, quando rezou no art. 58º-2: “*O dever de trabalhar é inseparável do direito ao trabalho, excepto para aqueles que sofram diminuição de capacidade por razões de idade, doença ou invalidez.*”

Enfim, condicionar o reconhecimento da dignidade da pessoa humana ao exercício do trabalho configura, em última análise, um embate com princípios do liberalismo, que prezam a liberdade individual acima de outros valores como a igualdade. Se o ser humano é livre para efetuar suas próprias escolhas, dentro de uma concepção de vida própria, pode optar por não trabalhar, mas enfrentará as consequências de tal escolha.

Sobremais, a imposição de valores ao indivíduo pode ir de encontro à concepção de Kant e seu imperativo categórico. Na sua clássica lição, o ser humano deve ser concebido como um fim em si mesmo e não como instrumento de quem quer que seja. Nesse ponto, é preciso ater-se ao aspecto da liberdade, de modo a garantir ao indivíduo, na esteira da tradição liberal e kantiana, sua autodeterminação, imune a qualquer constrição estatal³⁰³.

À evidência, tal posição nada tem a ver com qualquer tipo de incentivo ao ócio das pessoas. Sem o esforço pelo trabalho, previsto em constituições como a italiana como fundamento do próprio Estado, não se pode falar numa sociedade minimamente organizada. Sem o valor do trabalho, talvez a própria ideia de Estado seja colocada em xeque.

O problema é vincular o trabalho como condição à dignidade das pessoas, o que afronta os valores constitucionais atuais. Insistimos: a atual Constituição não mais vincula a dignidade da pessoa humana ao trabalho, e seu fundamento autônomo, por assim dizer, legitimará a tutela dos vulneráveis, que nem sequer reúnem condições físicas ou mentais para o trabalho.

³⁰³ BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as idéias de Igualdade e Liberdade no final do Século XX, p. 303. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

Encerramos o item com mais uma lição de J.J. Gomes Canotilho, que enfatiza, em vez do apelo à dignidade da pessoa humana, o direito à dignidade *social* e o direito à igualdade *distributiva*, entre outros valores:

As jurisprudências comuns e constitucionais, ao ser confrontadas com o “direito ao mínimo existencial”, orientaram a sua estratégia hermenêutica no seguinte sentido: (i) o direito ao mínimo prestacional para uma existência condigna é um direito prestacional originário fundado em um direito fundamental da dignidade da pessoa; e (ii) os direitos, liberdades e garantias transportam uma dimensão objectiva conducente à ressubjectivização de posições prestacionais, configurando-se, assim, eles próprios em esquemas de garantia dos direitos sociais. Temos dúvidas quanto a este ponto de partida. Em primeiro lugar, com o uso e abuso do recurso à dignidade da pessoa humana (de resto sendo problemática a sua estrutura como direito autónomo) corre-se o risco de “dessubstantivar” todos os outros direitos, quer os de liberdade, quer os sociais. Em segundo lugar mesmo quando não se convoca apenas a dignidade da pessoa humana e se apela para outros direitos e liberdades (ex.: direito à vida, direito ao desenvolvimento de personalidade) insinua-se que há uma função prestacional geral inerente a todos os direitos negativos de liberdade. Em terceiro lugar, uma jurisprudência aparentemente amiga da dignidade humana e das suas refrações sociais pode, afinal, ser uma jurisprudência que encapuçadamente se recusa a olhar de frente para o direito à igual dignidade social (e não apenas dignidade da pessoa humana), o direito à igualdade distributiva, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito a níveis essenciais de prestações sociais inerentes aos direitos sociais. O problema é, afinal, nesse contexto o de saber se os juízes têm instrumentos metódicos e metodológicos para concretizarem a direcção constitucional de direitos sociais³⁰⁴.

Deste modo, retornando à indagação acima apresentada, optamos por apresentar uma resposta negativa para os casos em geral. Ou seja, não se justifica a alegação pura e simples de ofensa à dignidade da pessoa humana a todos e quaisquer litígios envolvendo a concessão de benefícios previdenciários e assistenciais. Tal se dá porque se trata de direitos fundamentais autônomos, previstos expressamente na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais.

Na condição de direitos fundamentais sociais, prescindem do tão evocado reforço lastreado na garantia da dignidade da pessoa humana. A isso, preferimos evocar a *igualdade distributiva*, argumento a ser desenvolvido na análise do art. 193 da Constituição, no âmbito da justiça social, além do próprio princípio da distributividade conformado no inciso III do parágrafo único do art. 194 do Texto Supremo.

Mas há uma exceção em que a garantia da dignidade não soa vulgarizada ou banalizada. É o das pessoas que padecem da deficiência desde o nascimento ou a adquirem antes da idade

³⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, posição 521 de 5225, aplicativo Kindle.

mínima laborativa, que é de 16 (dezesesseis) anos, conforme reza o artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

Nesses casos, justifica-se evocar o fundamento da *dignidade*, enquanto reforçado no art. 227, *caput*, da CF, da seguinte forma:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [\(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010\)](#)

Essa norma constitucional serve de reforço aos fundamentos a serem versados no capítulo 13, quando sustentaremos a necessidade de uma “interpretação conforme a constituição” das regras contidas nos artigos 42, § 2º e 59, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Entendemos que a restrição ao direito fundamental social à previdência social das pessoas com deficiência crianças e adolescentes é incompatível com a Constituição Federal, inclusive por tolher a *dignidade* destas pessoas. O tópico será tratado adiante.

5.4 O mínimo existencial

Outro tema importado da doutrina de direito constitucional estrangeira, dentro da teoria dos direitos fundamentais, consiste no *mínimo existencial*, diretamente relacionado com a problemática dos direitos sociais, com a dignidade da pessoa humana e com o liberalismo igualitário.

A teoria do *mínimo existencial* surgiu na Alemanha, para a reivindicação de direitos não previstos na Lei Fundamental de Bonn ou na legislação ordinária. O Tribunal Constitucional, em 1951, já reconheceu a existência de um direito constitucionalmente garantido à assistência, segundo Robert Alexy de forma “*cautelosa e ambígua*”, pois a Lei Fundamental de Bonn não obriga o Estado à proteção das necessidades materiais. Em 1975, o Tribunal Constitucional deu um passo além e foi mais explícito ao reconhecer um direito às condições mínimas de existência, quando considerou “a assistência aos miseráveis um dos deveres inquestionáveis do Estado Social”. A ajuda foi considerada devida a “cidadãos que, em virtude de fragilidades

físicas ou psíquicas, enfrentam obstáculos para o seu desenvolvimento pessoal e social, e não estão em condições de se sustentar sozinhos”³⁰⁵.

Paulo Gilberto Cogo Leivas sustenta tratar-se de um princípio, diversamente de outra doutrina que considera o mínimo existencial uma regra.³⁰⁶ A teoria foi desenvolvida sob a ótica dos direitos sociais, indicando que o ser humano não pode ser privado de um mínimo de bens e serviços essenciais em sua existência digna, como alimentação, saúde, educação, moradia, segurança etc. Trata-se de direitos imprescindíveis ao exercício da própria *liberdade*.

No dizer de Catarina dos Santos Botelho: “Em boa verdade a dignidade do ser humano não significa apenas que este seja livre, porquanto essa liberdade apenas será real se assentar em condições materiais básicas de subsistência”³⁰⁷.

Consoante a doutrina de Gustavo Binenbojm³⁰⁸, pode-se admitir que na dimensão positiva da liberdade (*status positivus libertatis*³⁰⁹) estejam inseridos os direitos econômicos e sociais básicos, essenciais à dignidade da pessoa humana, consistentes exatamente no mínimo existencial.

Como bem observado por Ana Paula de Barcellos³¹⁰, John Rawls trata do mínimo existencial de duas maneiras. Em sua original teoria de justiça, é considerado um elemento situado fora de seus princípios de justiça. Já em momento posterior, sua obra passa a considerar um *mínimo social* como um elemento constitucional essencial no *contrato social*, garantidor das necessidades básicas do indivíduo, mantida a atuação do legislador na concretização do *princípio da diferença*, mormente no tocante aos bens não primários, ou seja, às prestações que constituam um acréscimo ao mínimo social³¹¹.

³⁰⁵ ALEXY, Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 436.

³⁰⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 129 e 132-134.

³⁰⁷ Cf. BOTELHO, Catarina dos Santos. *Direito sociais em tempo de crise: revisitando as normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 107.

³⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as idéias de Igualdade e Liberdade no final do Século XX, p. 304. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

³⁰⁹ O autor vale-se de ensaio de Isaiah Berlin, para quem o conceito de liberdade negativa (ou *liberdade de*) derivou a liberdade positiva (ou *liberdade para*) ao longo da segunda metade do século XIX e do século XX. A primeira refere-se à não interferência externa, a segunda relaciona-se com a autonomia do indivíduo e das coletividades. Cf. BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as idéias de Igualdade e Liberdade no final do Século XX, p. 300. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

³¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R.L. (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 115/116.

³¹¹ RAWLS, John. *O Liberalismo político*. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, pp. 217/224.

Ricardo Lobo Torres, pioneiro do estudo do *mínimo existencial* no Brasil, propõe teoria análoga à de John Rawls, quando entende que se trata de um conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da *liberdade*, representando concepção diversa da *justiça social* e constituindo parcela dos direitos materiais necessários à sobrevivência do indivíduo. Trata-se, assim, de aspecto externo aos direitos sociais e econômicos, esses que dependem da concessão do legislador.

Pertinente é a contribuição desse autor³¹²:

Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre-iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, “se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável”.

A teoria do mínimo existencial, não uniformemente tratada na doutrina, mas rica em possibilidades de proteção social, já foi evocada pelo Supremo Tribunal Federal, para evitar situações em que a restrição de direitos fundamentais chegue a ponto de inviabilizar por completo seu exercício.³¹³

Flávia Piovesan registra que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem enfatizado o dever de os Estados-partes assegurarem, ao menos, o núcleo essencial mínimo³¹⁴, o *minimum core obligation*, relativamente a cada direito econômico, social e cultural garantido no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

Seja qual for a forma em que materializa o princípio doutrinário, entendemos, talvez de uma forma muito particular, que a teoria do mínimo existencial não é *geralmente* determinante

³¹² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, 177, jul./set. 1989, p. 29.

³¹³ V. ADI 1969, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1753574>. Acesso em 01.6.2022. E ADPF 45, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em 01.6.2022.

³¹⁴ PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 264.

ao reconhecimento dos direitos sociais na realidade brasileira, por mais que seja rica e socialmente útil sua formulação, em que pese sua ligação com a ideia de justiça e de redistribuição da riqueza nacional.

Ocorre que no Brasil os direitos fundamentais sociais estão positivados, na Constituição Federal (artigos 6º, 7º, 201, 203, V, 208) e na legislação infraconstitucional, quando foram consagrados direitos perante o Estado e entre particulares.

A Lei Orgânica de Assistência Social, Lei nº 8.742/93, em seu artigo 2º, parágrafo único, estabelece: “Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais.”

Assim, no direito brasileiro, a expressão “*mínimos sociais*”, que pode ser tomada como mínimo existencial³¹⁵, é dotada de *tipicidade* própria, inserida no âmbito da assistência social.

No mais, não é de fácil solução o enquadramento da teoria do mínimo existencial em certos direitos sociais, como o direito de greve.

Elival da Silva Ramos pondera que a importação irrefletida de categorias conceituais forjadas em solo europeu “pode vir a representar um notável incentivo à exacerbação do ativismo judiciário”.³¹⁶

Tratando-se de benefícios de subsistência, substitutivos do salário-de-contribuição, a própria Constituição Federal já apresenta uma faceta do mínimo existencial, sem prejuízo a outros direitos sociais e econômicos aptos a assegurar a liberdade dos cidadãos. No art. 7º, IV, e no art. 201, § 2º, estão delimitados os pisos do *salário-mínimo nacional* e dos benefícios previdenciários. Da mesma forma, o valor do salário-mínimo foi imposto ao benefício assistencial de prestação continuada, hospedado no art. 203, V, do texto constitucional. A existência digna, objeto do art. 170, *caput*, da Constituição, está composta nestes termos, delimitados aos ditamos expressamente constantes do texto magno.

Esse o entendimento, a propósito, de Elival da Silva Ramos³¹⁷:

³¹⁵ Ana Paula de Barcellos toma a expressão “mínimo social”, utilizada por Rawls, com o mesmo sentido de “mínimo existencial”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R.L. (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 112.

³¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102 pp. 327 - 356 jan./dez. 2007, especialmente p. 351.

³¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102 p. 327 - 356 jan./dez. 2007, especialmente pp. 351-352.

É o que se constata do manejo que vem sendo feito por alguns Autores brasileiros do conceito de mínimo existencial, construído pela Corte Constitucional alemã para superar a ausência de normas referentes aos direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental de Bonn. Pretende-se que o mínimo existencial, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988), autorize o Poder Judiciário a assegurar o direito subjetivo a prestações estatais que, minimamente, assegurem uma existência digna, ficando ao alvedrio dos órgãos jurisdicionais a delimitação do âmbito de abrangência desse estatuto mínimo de direitos prestacionais, olvidando-se que na Constituição do Brasil em vigor foi contemplado um exaustivo elenco de direitos fundamentais sociais, os quais, se fundados em normas de eficácia limitada, ostentam desde logo uma eficácia indireta, compreensiva da cláusula de proibição do retrocesso. É por isso que se pode dizer que o mínimo existencial, no contexto do Sistema Jurídico brasileiro, está devidamente delimitado pela própria Constituição Federal, não ficando da dependência de construções doutrinárias e jurisprudenciais impregnadas de acentuada dose de subjetivismo. Essas condições materiais mínimas a todos asseguradas repousam, em primeiro lugar, no direito ao salário-mínimo, nacionalmente unificado, e que, segundo a norma programática do art. 7º, inciso IV, da Constituição, deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, o que não tem sido plenamente satisfeito pelo legislador infraconstitucional pelo simples e curial motivo de que o atual estágio de desenvolvimento econômico do País não o comporta. Em segundo lugar, pela organização de um sistema de previdência social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, sendo certo que, de acordo com o disposto no § 2º, do art. 201, da Constituição Federal, “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário-mínimo”, norma essa de eficácia plena e aplicabilidade imediata (uma vez organizado o sistema de previdência). Ainda nos domínios da seguridade social, o Constituinte delineou um sistema de assistência social, em cujo âmbito se assegurou a percepção “de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (art. 203, V – norma preceptiva de eficácia limitada). Finalmente, o mínimo existencial é assegurado pelo acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde – SUS (art. 196 da Constituição – direito prestacional derivado) e pelo acesso, universal e gratuito, ao ensino fundamental obrigatório (art. 208, I – direito público subjetivo plenamente exercitável).

Diante do exposto, entrevemos a dificuldade de equacionar a teoria do *mínimo existencial* aos benefícios de subsistência que representam a expressão do direito fundamental social à previdência social da PCD, uma vez que todos esses direitos estão delimitados, ao menos como piso, ao valor do salário-mínimo descrito no art. 7º, IV, da CF.

Isso não impede, entretanto, que o mínimo existencial não possa ser evocado exatamente para assegurar esse mínimo, em situações-limite, em que os casos difíceis admitam mais de uma solução possível dentro do texto constitucional.

A hipótese mencionada no final do item pretérito, concernente ao caso de exclusão da cobertura previdenciária a pessoas com deficiência com incapacidade preexistente à filiação, parece amoldar-se propriamente à teoria do mínimo existencial. À referida problemática será reservado todo o capítulo 13.

5.5 A vedação do retrocesso social

Outro ponto relacionado aos direitos fundamentais sociais é a *cláusula de proibição do retrocesso* ou *princípio da não reversibilidade social*, tida pela doutrina como um princípio de proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural.

Ana Paula de Barcellos insere a vedação ao retrocesso no âmbito da *eficácia negativa* dos princípios constitucionais que cuidam dos direitos fundamentais, quando são concretizados por meio de normas infraconstitucionais, ou seja, quando os efeitos que produzem são retificados pela legislação ordinária. Para além, “pressupõem também, com base no direito constitucional em vigor, que um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos em questão”³¹⁸.

Ainda segundo Barcellos, a *eficácia vedativa do retrocesso* implica legitimar o Judiciário a invalidar a revogação de normas que, regulamentando os princípios constitucionais, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva equivalente³¹⁹.

Consoante preleciona J. J. Gomes Canotilho³²⁰:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de <<contra-revolução social>> ou da <<evolução reaccionária>>. Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex. direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*.

As expressões *vedação do retrocesso* ou *vedação do retrocesso social* envolvem, ainda que indiretamente, a responsabilidade do Estado na prestação de direitos sociais³²¹.

A doutrina reconhece que certos direitos constitucionalmente assegurados integram a consciência dos cidadãos, que confiam no Estado a sua preservação, de modo que tal cláusula traz, consequentemente, a proteção ao “*núcleo essencial* da existência mínima” inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, nas palavras de Canotilho³²². Ergo, violações a esse

³¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R.L. (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 105/106.

³¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R.L. (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

³²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, 2003, pp. 338/339.

³²¹ BOTELHO, Catarina dos Santos. *Direito sociais em tempo de crise: revisitando as normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 36.

³²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, 2003, p. 339.

núcleo essencial incorrem em inconstitucionalidade caso não criados esquemas alternativos ou compensatórios de proteção dos direitos.

Esses esquemas alternativos ou compensatórios podem ser compreendidos, em certa perspectiva, como o outro lado da moeda do *princípio da contrapartida*, prevista no art. 195, § 5º, da Constituição de 1988 (v. item 7.5.1.4).

O nível de proteção aos direitos fundamentais, portanto, está vinculado à capacidade financeira do Estado. Há décadas, a dificuldade de custear a previdência social gera questionamentos, inclusive nos países desenvolvidos, sobre a própria viabilidade desta cláusula de vedação do retrocesso social. O debate sobre os direitos sociais deve levar em conta um fenômeno essencial à economia, denominado escassez. Por isso mesmo, não se limita à dogmática, mas passa pelas *razões conjunturais*, nas palavras de Catarina Santos Botelho³²³:

A opção pelo tema dos direitos sociais assenta em razões conjunturais e dogmáticas. As razões conjunturais são evidentes. Vivemos numa realidade jurídico-constitucional complexa, insatisfeita e asfixiada por questões económicas, financeiras e políticas que periclitam o Estado social e o grau de proteção que, com maior ou menor responsabilidade, havia sido concretizado e que se esperava, algo ingénua e quixotesicamente, que se pudesse perpetuar.

Acrescenta Elival da Silva Ramos que a proibição do retrocesso social, no tocante aos direitos que já receberam a necessária concretização normativo-institucional, deve ressaltar a “ocorrência de relevante alteração nas condições fáticas que cercaram a implementação do direito”³²⁴.

Por mais que se valorize a *progressividade* dos direitos sociais, cuida-se de assunto que está longe de alcançar o consenso doutrinário. Há quem sustente, como José Carlos Vieira de Andrade, que todo o esforço nesse sentido “não implica a aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso, nem uma ‘eficácia irradiante’ dos preceitos relativos aos direitos sociais, encarados como um ‘bloco constitucional dirigente’”, mesmo porque sua aceitação pode “destruir a autonomia da função legislativa”³²⁵.

³²³ BOTELHO, Catarina dos Santos. *Direito sociais em tempo de crise: revisitando as normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 31/32.

³²⁴ RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, jan./dez. 2007, p. 338 e 351-352.

³²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 307/311, citado por BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R.L. (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 108.

Entendemos, no entanto, que ao menos no tocante às pessoas *vulneráveis*, é preciso um esforço redobrado dos operadores do direito e dos poderes públicos para levar em consideração a cláusula da vedação do retrocesso social. É que não se trata de uma cláusula construída puramente pelo trabalho doutrinário, isso porque há base normativa para sua concepção.

Com efeito, o art. 2º, § 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992,³²⁶ também constitui base normativa à aplicação da *cláusula da vedação do retrocesso*, pois estatui que os membros se comprometem “*até o máximo de seus recursos disponíveis*” a assegurar “*progressivamente*” os direitos reconhecidos no Pacto”.

Diferente do Pacto Internacional Dos Direitos Civis e Políticos, cuja compreensão envolve, em sua maioria, quanto a tais direitos, a *autoaplicabilidade*, e prevê direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pressupõe a *implementação progressiva* desses direitos, na medida em que depende de *políticas públicas* que envolvem substanciais aportes financeiros, estabelecendo, por isso, deveres endereçados aos Estados³²⁷. Assim compreende o fenômeno em análise Flávia Piovesan³²⁸:

Da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula da proibição do retrocesso social, como também da proibição da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos, cabendo ao Estado o ônus da prova. Isto é, em face do princípio da inversão da prova, deve o Estado comprovar que todas as medidas necessárias – utilizando o máximo de recursos disponíveis – têm sido adotadas no sentido de progressivamente implementar os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no Pacto.

O mesmo espírito está contido no art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica³²⁹, na medida em que o país se compromete a “*potencializar progressivamente os direitos sociais*”.

É preciso registrar, de todo modo, que a progressividade não supõe, necessariamente, a vedação da regressividade, caso justificada pelas circunstâncias estruturais da economia do país. A bem da verdade, a progressividade é questão relacionada à própria aplicabilidade dos

³²⁶

Íntegra disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em 01.6.2022.

³²⁷ PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 260/261.

³²⁸ PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 263.

³²⁹ Cf. íntegra em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>>. Consulta em 28.4.2022.

direitos sociais, tendo em vista entendimento de muitos, notadamente na concepção liberal clássica, de que os direitos sociais, econômicos e culturais sequer são autoaplicáveis. Ou seja, na visão liberal, os direitos econômicos e sociais não integrariam o elenco dos direitos fundamentais, pois vinculados à problemática da justiça social, portanto ligados ao valor da igualdade. Porém, a tese da não acionabilidade dos direitos sociais é de ser considerada “meramente ideológica e não científica”, como bem observado por Flávia Piovesan³³⁰.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a matéria pela primeira vez, na ADI 3.105 (rel. min. Cezar Peluso, j. 18/08/2004), considerou constitucional a Emenda Constitucional n. 41/2003, ao autorizar a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos. Ainda no STF, sob o regime de repercussão geral, o *princípio da proibição do retrocesso* também teve relevância em vários julgamentos: ARE 704520, rel. min. Gilmar Mendes, publicação em 02.12.2014; RE 646721, rel. min. Marco Aurélio, red. do acórdão Roberto Barroso, p. 11.9.2017; RE 658312, rel. min. Dias Toffoli, p. 10.02.2015; ARE 709212, rel. min. Gilmar Mendes, p. 19.02.2015; RE 878694, rel. min. Roberto Barroso, p. 06.02.2018; RE 633703, rel. min. Gilmar Mendes, p. 18.11.2011; RE 760931, rel. min. Rosa Weber, red. acórdão min. Luiz Fux, p. 12.09.2017.

Na ADI 5.013, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido apresentado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, que pretendia impedir modificação legislativa na base de cálculo do adicional de periculosidade, a qual gerava redução do valor desse adicional (rel. para o acórdão min. Marco Aurélio, j. 24.8.2020). No voto do relator, Min. Edson Fachin, foi considerada correta a interpretação constitucional com propósito de conferir a maior efetividade possível aos direitos sociais fundamentais amparada no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil no ano de 1992, por meio do qual assume o Brasil o compromisso de *potencializar progressivamente* os direitos sociais, econômicos e culturais, de forma a garantir sua plena efetividade, por via legislativa ou por outro meio considerado apropriado³³¹.

De qualquer maneira, a *regressividade* dos direitos sociais é de ser evitada ao máximo e não poderá atingir o *núcleo essencial* dos direitos que representem a expressão da dignidade

³³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 268.

³³¹ Cf. inteiro teor em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1125544668/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5013-df-9990084-2320131000000/inteiro-teor-1125544678>. Consulta em 28.4.2022.

da pessoa humana, além não prescindir de medidas compensatórias, como apontou J. J. Gomes Canotilho³³².

A vedação do retrocesso será novamente contextualizada no capítulo 11, item 1, no concernente a um aspecto da Emenda Constitucional nº 102/2019, que eliminou a cobertura do evento “doença”, questão diretamente relacionada à proteção social da PCD.

5.6 A reserva do (economicamente) possível

A *reserva do possível* faz o papel de contraponto à *cláusula da vedação do retrocesso*, em respeito à capacidade financeira e orçamentária do Estado em custear determinado nível de proteção social.

Trata-se de uma “objeção dogmática ao reconhecimento dos direitos sociais”, expressão utilizada por Jorge Reis Novais, para quem a reserva do possível não envolve apenas direitos fundamentais sociais, porquanto também abrange direitos civis e políticos, posto que genericamente aplicável a toda a atividade do Estado, devendo incluir também uma dimensão da proporcionalidade e da razoabilidade³³³ na análise dos pleitos.

Foi a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que cunhou a expressão “reserva do possível”, afetando os direitos sociais na medida em que o indivíduo podia exigir *razoavelmente* da sociedade, observadas, na razoabilidade, as circunstâncias do caso concreto³³⁴.

O assunto passa pela constatação da *escassez moderada* de recursos de que o Estado pode dispor, cabendo o reconhecimento de que “a obrigação jurídica que recai sobre os poderes públicos por força do reconhecimento de um direito social é um dever jurídico facticamente dependente do respectivo custo”. Logo, a exigibilidade do direito fica condicionada àquilo que o Estado pode fornecer³³⁵.

É nesse contexto que deve ser mensurada a correta dimensão do *custo dos direitos*, devendo ser afastada a visão simplista de que os direitos sociais, econômicos e culturais só

³³² CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, 7ª edição, 2003, p. 339.

³³³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 90.

³³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 90.

³³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 89.

demandariam prestações positivas, ao passo que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas ou a mera abstenção estatal³³⁶.

Stephen Holmes e Cass. R. Sustein³³⁷ desmistificam o pensamento de que os direitos sociais são muito custosos. Sem desprezarem a capital atenção ao fenômeno da escassez, os autores constaram, em suas pesquisas, que também os direitos das outras dimensões demandam altos investimentos do Estado. Observam que toda uma estrutura extremamente cara deve ser aportada para garantir direitos civis e políticos como o direito de voto, de propriedade, de liberdade, segurança etc. No custo da segurança pública, v.g., o Estado aloca recursos na proteção dos mais ricos, proprietários de imóveis, veículos e outros bens, sem que os mais pobres sejam beneficiados com tal estrutura custosa.

Dessarte, a reserva do possível, segundo Novais, passa a ser entendida como constituindo uma limitação imanente aos direitos, pois, mesmo quando a pretensão é razoável, o Estado só será obrigado a acolhê-la se dispuser dos recursos necessários³³⁸. Dessa constatação vem a designação mais expressiva de *reserva do financeiramente possível*.³³⁹

Ademais, o dever de *não regressividade* faz com que eventuais medidas de restrição ao exercício do direito social devam se dar mediante *justificação*, observado o patamar mínimo civilizatório dos direitos sociais, econômicos e culturais, consoante o voto do Min. Edson Fachin, no julgamento da ADI 5013³⁴⁰. Mas não basta a justificativa, é preciso que se verifique se elas realmente se baseiam em fatos, a legitimar a aplicação da cláusula da *reserva do possível*.

Enfim, o assunto é de difícil equação e o intérprete do direito, na análise dos pleitos de concessão de direitos fundamentais, não pode ignorar a realidade orçamentária e econômica do país, mostrando-se inevitável que o Supremo Tribunal Federal amiúde acabe por dimensionar, em última instância, as políticas públicas.

Canotilho, após ponderar que o direito constitucional, em sua função de *direção*, só tem a ganhar se introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização os esquemas reguladores e de direção oriundos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação), aduz, sobre o tema da direção constitucional e metódica de concretização dos direitos sociais,

³³⁶ PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 262/263.

³³⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

³³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 91.

³³⁹ Novais observa que Ricardo Lobo Torres manifestou-se contrariamente a essa *evolução financeira* da ideia originária de *reserva do possível* e insistindo na distinção entre *reserva do possível* e *reserva do financeiramente possível*. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 103 e ss.

³⁴⁰ Cf. inteiro teor em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1125544668/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5013-df-9990084-2320131000000/inteiro-teor-1125544678>. Consulta em 28.4.2022.

que a construção de um *núcleo essencial* dos direitos fundamentais sociais é bem-vinda, mas por outro lado é preciso emprestar um sentido mais realístico (com *razoabilidade* e *racionalidade*) à cláusula da reserva do possível. Enriquecemo-nos, uma vez mais, com a citação de seus ensinamentos:

A metódica de concretização por meio de instrumentos normativos e de instrumentos reguladores de boas práticas não significa que ponhamos de lado a metódica de concretização judicial. O que os anteriores exemplos pretendem demonstrar é que o direito constitucional como ciência de direcção não pode ficar alheio a esquemas novos de concretização. E não deixa de ser um bom “teste” à metodologia jurídico-constitucional a caracterização, em sede judicial, do nível essencial de prestações sociais.

O simples reconhecimento de um núcleo essencial de prestações sociais, equivalente ao núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, impõe uma revisão do carácter prestacionalmente dependente dos direitos sociais. Isso não tanto porque não seja juridicamente correcto, mas porque, de uma forma ou de outra, todos os direitos — desde os direitos, liberdades e garantias pessoais aos direitos — apresentam dimensões caracterizadamente regulativo-prestacionais. Lembramos tão somente o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, o direito de participação na vida política (financeiramente, por exemplo, dos partidos e das campanhas eleitorais), da liberdade de ensino da religião (com professores pagos pelo Estado). Em segundo lugar, se há um núcleo essencial de prestação, então deve colocar-se o problema da aplicabilidade directa das normas constitucionais garantidoras das prestações essenciais constitutivas desse núcleo. Esgrimir aqui com as tradicionais “reservas” — “reserva de lei” constitutiva das prestações e “reserva do “possível” em termos económicos e financeiros” — significaria que bastaria o legislador e todos os órgãos responsáveis pela concretização ficarem silentes, para se negar a existência de um núcleo essencial de prestações sociais. Afinal, a *direcção* da constituição, ou melhor, da *direcção*, dos direitos sociais constitucionalmente garantidor ficaria neutralizada pelas omissões legislativas e executivas. A “reserva de lei” transmuta-se em inimigo dos direitos sociais que, no fundo, são dimensões constitutivas da *igual dignidade social* e da *justiça distributiva*.

É óbvio que os tribunais não podem ficar alheios à concretização judicial das normas directoras da constituição social. Não pode é impor-se à metódica constitucional a criação de pressupostos de facto e de direitos claramente fora da sua competência ou extravazando os seus limites jurídico-funcionais. Os tribunais não podem neutralizar a liberdade de conformação do legislador, mesmo em um sentido regressivo em épocas de escassez e de austeridade financeira. Isso significa que a chamada tese da “irreversibilidade de direitos sociais adquiridos” deve entender-se com razoabilidade e racionalidade, pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social³⁴¹.

A última frase da longa citação é particularmente realista: ao se permitir baixar os níveis de prestação essenciais assegura-se, de alguma forma, o próprio direito social. Para infelicidade dos mais vulneráveis, essa parece ser uma tônica em épocas de crises económicas ou orçamentárias.

³⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, posição 502 de 5225, aplicativo Kindle.

Seja qual for a leitura que se possa propor acerca da *reserva do possível*, há certo consenso no sentido de que ela não constitui fundamento para o Judiciário indeferir o pleito de concessão dos direitos fundamentais sociais já implementados pelo legislador infraconstitucional (como os benefícios de subsistência devidos a pessoas com deficiência, objeto desta tese). Se o juiz não pode exorbitar suas funções e ingressar no campo do legislador para criar direitos sociais ou estendê-los (art. 195, § 5º, da Constituição), também não pode negá-los sob tal fundamento³⁴².

Melhor explicando: os benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, auxílio-acidente, pensão por morte e auxílio-reclusão (assim como os serviços de habilitação e reabilitação profissional), objetos de análise nos capítulos 9, 10 e 12 deste trabalho, não podem ser denegados pelo Judiciário com fundamento numa suposta incidência da cláusula da reserva do possível. Quanto à cobertura do evento “doença” na previdência social, outras soluções se mostrariam, em tese, possíveis, mas o assunto será abordado no capítulo 11.

Para além, criteriosamente o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio da *reserva do possível* não pode ser evocado pelo Executivo para justificar o inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. Nesse diapasão, o fundamentado voto do Min. Celso de Mello no Ag. Reg. no REExt 581352³⁴³.

Tratando-se de direitos fundamentais sociais previstos na seguridade social, a própria Constituição prevê possibilidades de instituir outras fontes para o custeio, conforme reza o art. 195, § 4º: “*A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.*”

Com boa dose de bom senso, o legislador constituinte originário reconheceu a impossibilidade de se preverem os riscos futuros, podendo, por isso, o constituinte reformador criar outras coberturas previdenciárias diante desta imprevisibilidade, conforme se vão identificando novos riscos com o desenvolvimento da sociedade tecnológica, questão estudada por Ulrich Beck³⁴⁴.

Logo, o equacionamento de algumas das nossas questões aqui tratadas – vedação do retrocesso e reserva do economicamente possível – passa pela atuação do Legislativo, que pode criar outras receitas.

³⁴² ZACHARIAS, Rodrigo. *Da proteção constitucional do idoso e da pessoa com deficiência. Uma crítica ao benefício de prestação continuada*. São Paulo: Dialética, 2021, p. 105.

³⁴³ Cf. inteiro teor em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24655794/agreg-no-recurso-extraordinario-re-581352-am-stf/inteiro-teor-112141322?ref=amp>. Consulta em 28.4.2022.

³⁴⁴ Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2019 (3ª Reimp.).

5.7 A proibição do déficit

Outra questão relacionada à concretização do direito fundamental social à previdência social da PCD é a da *proibição do déficit* ou *proibição da insuficiência* (*Untermassverbot*), que parece constituir outro produtor de exportação da doutrina alemã, tendo a criação do termo sido atribuída ao civilista Claus-Wilhelm Canaris, surgido em contraposição ao princípio da *proibição do excesso*.

Se na efetivação dos direitos fundamentais o legislador ordinário tem um amplo espaço de manobra, é de se avaliar se, em cada recusa de protecção jurídica, há ou não uma violação da proibição jurídico-constitucional da insuficiência³⁴⁵.

Como dito, o debate travado girava em torno da *proibição do excesso* e rondava a possibilidade de normas de direito privado poderem violar direitos fundamentais por serem demasiado interventivas no âmbito dos indivíduos ou se, pelo contrário, teriam elas o dever único de vedar omissões estatais. Havia consenso na opinião de que direitos fundamentais impunham deveres de protecção ao Estado. Mas se questionava se eles também poderiam, através da proibição de excesso, vedar intervenções exageradas provenientes de leis de direito privado.³⁴⁶

Partindo da constatação da existência de um dever estatal de protecção dos direitos fundamentais, hospedado na constituição e, por isso, vinculante a todos os poderes do Estado, trata-se então de determinar os critérios e parâmetros que permitam identificar o eventual descumprimento, vale dizer, a existência de *inconstitucionalidade* por violação desse dever.

Se se extrair, numa constituição de um Estado Democrático e Social de Direito, uma imposição da garantia da efetivação dos direitos fundamentais, o problema será determinar em que circunstâncias ou a partir de que patamar se pode considerar estar o Estado a faltar ao cumprimento dos deveres estatais de protecção do acesso individual aos bens protegidos³⁴⁷.

Questão complexa, porque envolve deveres estatais positivos, o problema exsurge não propriamente em identificar a omissão, mas saber quando a omissão é inconstitucional. Primeiramente, é de se levar em linha de conta que, para realizar o objetivo constitucional

³⁴⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Edições Almedinas SA, 2009, pp. 74-75.

³⁴⁶ Cf. MENDES, André Caixeta da Silva. *O STF e a proibição de insuficiência. A proporcionalidade na litigância de direitos sociais*. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/03/AndreCaixetaProibicaoode-Insuficiencia.pdf>. Acesso em 29.4.2022.

³⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. Do dever de protecção à proibição do déficit*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 256.

pretendido, raramente há apenas um meio, uma via ou uma forma de alcançá-lo, havendo em regra várias possibilidades de atingi-lo³⁴⁸.

Em segundo lugar, qualquer dever de protecção, realizável por meio de prestação jurídica ou prestação material, pode sempre obter maior ou menor realização, ou seja, em alguma medida, é sempre possível “proteger mais e melhor”³⁴⁹.

Com isso, onde deve ser colocada a fronteira ou limite da inconstitucionalidade? Nesse ponto, a lúcida observação de Jorge Reis Novais:

Ou seja, é sempre possível garantir mais protecção, torná-la mais efectiva, dissuadir ou reprimir com mais eficácia eventuais agressões. Então, a partir de que nível de protecção traçaremos o limite de inconstitucionalidade? Tudo o que não seja protecção óptima ou optimizada será inconstitucional, como pretendem algumas teorias? É que, nessa altura, viveríamos em inconstitucionalidade permanente porque, mesmo quando se conseguisse, num momento determinado, uma protecção optimizada, logo a seguir, desde logo com a simples passagem do tempo, com novas necessidades e com a mudança das circunstâncias, seria possível ou imaginável fazer mais e melhor. Porém, num estado de *inconstitucionalidade permanente*, a própria ideia de inconstitucionalidade muda de sentido e a sua declaração perde qualquer efeito útil³⁵⁰.

Não obstante, ainda segundo o escólio de Jorge Reis Novais, não é simples, fora dos casos de determinação constitucional determinada e inequívoca, saber *quando, como e quanto* a constituição impõe, tudo a depender das perspectivas políticas de quem avalia, da forma como valora a segurança pública ou a liberdade individual, a maior ou menor intervenção do Estado, a responsabilização dos cidadãos.

Cuida-se de decisão em que o poder judicial nem tem mais responsabilidade, nem mais aptidão que o legislador democraticamente legitimado, de modo que, na protecção dos direitos fundamentais, há um dever do Estado sob *reserva do politicamente adequado ou oportuno*, dependente da oportunidade e adequação politicamente condicionadas³⁵¹.

De qualquer forma, se e quando reconhecida a inconstitucionalidade por omissão (e sustentamos a presença de tal fenómeno na análise levada a efeito no capítulo 11), caberá promover o equacionamento da questão dentro das balizas constitucionais. Aqui cabe o registro derradeiro de Jorge Reis Novais: “não detendo o juiz especiais habilitações e legitimidade nesse

³⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. Do dever de protecção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 257.

³⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. Do dever de protecção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 257.

³⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. Do dever de protecção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 258.

³⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. Do dever de protecção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 259.

domínio, então, à luz da separação dos poderes própria de Estado de Direito, a densidade do controlo judicial das escolhas do legislador e até da administração sofre atenuação correspondente”³⁵².

A despeito do oportuno alerta da doutrina, sobre a necessária atenuação da densidade do controle judicial acerca das escolhas do legislador, não se pode ignorar o fato de que no Brasil há, além do controle *concentrado*, o controle *difuso* de constitucionalidade das leis. E, em processos judiciais em que se pleiteiam direitos fundamentais sociais, o juiz terá de optar, diante da existência de uma clara inconstitucionalidade por omissão, concretizar ou não o direito fundamental.

5.8 A conformidade funcional

Agora é a vez do *princípio da conformidade funcional*, que precisa ser abordado porque, assim entendemos, poderia ser evocado para combater algumas das conclusões desta tese, no item 11.3. Então, no intuito de nos adiantarmos ao debate, oferecemos alguns comentários sobre o tema.

Ensina Virgílio Afonso da Silva que o princípio da conformidade funcional, como estrita obediência à repartição de funções constitucionalmente estabelecida, tem origem clara como um argumento funcional contra o chamado *ativismo judicial*.

Na Alemanha, esse tipo de argumentação sobre os "limites jurídico-funcionais" da interpretação constitucional é quase sempre usado como forma de restringir uma participação mais ativa do Tribunal Constitucional em debates político-jurídicos, sob a alegação de que “o campo da política é reservado ao legislador”³⁵³.

Diante da dificuldade em se separar o que é exclusivamente político do que é exclusivamente jurídico, utiliza-se a metáfora da *constituição-moldura*, que seria aquela que apenas define limites à atividade legislativa. Com isso, ao Tribunal Constitucional caberia uma tarefa meramente *negativa*, isto é, controlar se o legislador respeita os limites da moldura, não podendo controlar a forma como o legislador "preenche" o interior da moldura, pois isso seria reservado ao campo da política³⁵⁴.

³⁵² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. Do dever de proteção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 259.

³⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 128/129.

³⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 128/129.

Aduz Virgílio Afonso da Silva que é com base nesse tipo de argumento que alguns autores pregam uma volta a uma *concepção liberal* de direitos fundamentais, que seriam simplesmente direitos de defesa do indivíduo contra intromissão estatal em sua esfera privada³⁵⁵.

Nada obstante tal crítica, o autor observa que, no Brasil, ainda que não explicitamente, o Supremo Tribunal Federal seguiria à risca a ideia de *conformidade funcional*, a qual, aliada a uma interpretação anacrônica e estanque da separação de poderes, serve perfeitamente para justificar a omissão do tribunal em casos de grande relevância política. Ademais, tal concepção serve para justificar a rejeição de instrumentos que pudessem dar a esse tribunal uma feição mais ativa, como o mandado de injunção, já que, para o STF, o Judiciário pode somente ser legislador *negativo*, nunca *positivo*.

Endossamos, *in totum*, a seguinte crítica de Virgílio Afonso da Silva:

O conceito de conformidade funcional e a idéia de contraposição entre legislação negativa e positiva fariam talvez algum sentido se a constituição brasileira tivesse consagrado apenas os chamados direitos fundamentais clássicos, também chamados de direitos negativos, como faz a constituição alemã.

Como esse não é o caso, fica difícil justificar o papel do STF como mero limite negativo à atividade legislativa. Se a constituição impõe prestações positivas ao legislador e se o STF é o guardião da constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro? Somente com o apego a uma concepção estanque de separação de poderes, que remonta à época da Revolução Francesa, mas que não faz mais sentido há muito tempo. A idéia de conformidade funcional, nesse contexto, parece mais apta a consolidar essa visão anacrônica de separação de poderes - e não somente entre Judiciário e Legislativo, mas entre todos os poderes - do que ser um instrumento "moderno" de interpretação constitucional³⁵⁶.

As observações acerca do assunto se relacionam com soluções nesta tese acerca do déficit legislativo da cobertura do evento “doença”, objeto de previsão constitucional há várias décadas. O assunto é desenvolvido no capítulo 11.

5.9 A normatividade dos direitos fundamentais

Pedimos paciência ao leitor para produzir as últimas linhas deste capítulo, reservadas aos direitos fundamentais.

³⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 129.

³⁵⁶ Cf. jurisprudência selecionada pelo próprio autor: STF. Cf., por exemplo, RTJ 126, 48 (68 s.); 143, 57 (59); 146, 461 (465); 153, 765 (768); 161, 739 (745); 175, 1137 (1139); 177, 657 (663); 178, 22 (23, 29 s.). SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 129.

Os *direitos de subsistência*, prestados na seara da previdência social, objeto desta tese, constituem direitos de prestação, que envolvem uma medida *positiva* a ser concedida pelo Estado na forma de benefício (valor em dinheiro) voltado à subsistência do indivíduo, em respeito a sua dignidade. Lidam com a *solidariedade*, pois caminha rumo à igualdade entre os desiguais.

À guisa de fechamento deste capítulo, trazemos, uma vez mais, à colação as palavras de Paulo Bonavides:

Ontem, a Europa e a América do século XIX testemunharam a abertura da era constitucional, na idade moderna, em termos de universalismo. Mas os dois Continentes inauguravam, em verdade, durante as primeiras décadas daquele século, um constitucionalismo de vocação programática e idealista, inspirado no contrato social, doutrinário e abstrato, filosófico e racionalista, desde as nascentes. Hoje, o Ocidente, ao revés, assiste ao advento irresistível de outro constitucionalismo – o da normatividade –, dinâmico e evolutivo e, ao mesmo tempo, principiológico e fecundo na gestação de novos direitos fundamentais. A concretização e a observância desses direitos humanizam a comunhão social, temperam e amenizam as relações de poder; e fazem o fardo da autoridade pesar menos sobre os foros da cidadania. O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas a suas dimensões³⁵⁷.

Não faria sentido elaborar uma tese de direito constitucional acerca do tema sem que o intuito maior não fosse trazer os direitos fundamentais – aqui, especialmente os sociais – do campo programático e idealista ao mundo da normatividade e da concretização.

Para alcançar tal fim, cabe ao operador do Direito valer-se da *interpretação constitucional*, é dizer, cabe valer-se da redobrada atenção aos direitos fundamentais sob a perspectiva constitucional, com foco na necessária eficácia dos *princípios de justiça social*, para a solução dos problemas enfrentados pela PCD no âmbito da previdência social.

Esse caminho passa pela análise da *ordem social*, tal qual normatizada pela Constituição. É o objeto do próximo capítulo.

³⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 598. Optamos por não versarmos sobre as cinco gerações de direitos fundamentais referidas por Bonavides, por entendermos que o assunto extravasa os limites deste trabalho.

6 DA ORDEM SOCIAL

Nos capítulos anteriores, ao buscarmos fundamentar nossa tese no sentido de avançar na proteção previdenciária das pessoas com deficiência, tratamos de vários assuntos que nos pareceram relacionados ao tema sob a ótica constitucional, desde a feição compósita, social e dirigente da Constituição de 1988, até os direitos fundamentais, passando pela interpretação constitucional e pelos princípios constitucionais.

Versamos sobre esses assuntos por considerá-los, à evidência, intimamente conectados com o motivo investigado.

A partir de agora os assuntos abordados são ainda mais próximos do liberalismo igualitário, da justiça social e da distributividade.

É sempre bom não deslembrar que o intuito final da tese é identificar possibilidades de avanço da interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais de interesse da PCD, nas balizas destes três temas.

Decidimos, portanto, situá-los (distributividade, justiça social e liberalismo de princípios) neste capítulo 6º, acerca do Título VIII da Constituição, dedicado à Ordem Social³⁵⁸.

Segundo lição doutrinária, a *ordem jurídica* é formada por uma *ordem pública*, uma *ordem privada*, uma *ordem econômica* e uma *ordem social*, muito embora tais expressões possam ser consideradas ambíguas e dificultem a operacionalização dos conceitos.³⁵⁹ De todo modo, a Ordem Social pode ser compreendida como uma parcela da Ordem Jurídica.

A palavra *ordem* contrapõe-se à desagregação, ao caos, à desordem. O texto constitucional, assim, demonstra desprezo pela desordem, ao mesmo tempo em que indica defesa da ordem no campo das relações sociais e sua regulação, o que revela, no ver de Eros Roberto Grau, “uma preferência pela manutenção de situações já instaladas, pela preservação de suas estruturas”.³⁶⁰

Para Cretella Jr., quando se falar *ordem social*, prevalece, “além do aspecto ordeiro, o aspecto social em detrimento do individual”,³⁶¹ em que pese a dificuldade de se distinguir, na solução de conflitos judiciais e mesmo na interpretação de textos constitucionais e legais, quais desses interesses devem prevalecer nos casos concretos a serem analisados.

³⁵⁸ Os Ordens ou ordens serão gravadas aqui indistintamente com a inicial maiúscula ou minúscula.

³⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 41.

³⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45-46.

³⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4295.

Desde a Constituição de 1934, as questões trabalhista e previdenciária conquistaram *status* constitucional, mas somente com a atual “constituição cidadã” foi dedicado um título exclusivo à Ordem Social.

Na carta pretérita, por exemplo, de 1969, havia o título III consagrado às ordens econômica e social. Por isso mesmo, no tocante à disciplina da Ordem Social, a Constituição Federal de 1988 pode ser concebida como uma ruptura das estruturas anteriores.

O *Título específico* servirá não apenas para demonstrar a importância para o constituinte originário, mas também para dar continuidade ao programa hospedado no art. 6º da Constituição Federal. A Constituição de 1988 destinou o Título VIII à Ordem Social depois de prever, no começo do texto magno, lá no Capítulo II do Título II, nos artigos 6º a 11, os direitos sociais.

Uma doutrina aponta que a técnica usada pelo constituinte não foi das melhores, visto amalgamar no mesmo título matérias que pouco (ou nada) têm de sociais, como a Ciência e Tecnologia (Capítulo IV) e o Meio Ambiente (Capítulo VI).³⁶²

É preciso registrar que a ciência e a tecnologia, de um ponto de vista, são adversários de uma Ordem Social baseada na justiça social, já que um de seus efeitos inevitáveis é a eliminação de postos de trabalho.

O artigo 193, quando inaugura o Título VIII, dispõe, solenemente, que a “ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

De que maneira tal norma constitucional pomposa, mas rica em significado, influencia a vida das pessoas vulneráveis tratadas nesta investigação? É o que tentaremos delinear nos tópicos seguintes, partindo de uma compreensão doutrinária das expressões “primado do trabalho”, “bem-estar social” e “justiça social”.

O importante é situar o leitor sobre uma constatação singela: no começo, tivemos constituições liberais, *formais*, que foram com o tempo, de modo não contínuo, enveredando-se para constituições sociais, com preocupações *materiais*.

Por mais estranho que possa parecer, entendemos que o *liberalismo igualitário* (que, apesar de igualitário, é liberalismo) tem mais a ver com essas últimas, especialmente no aspecto da necessária desigualdade protetiva em favor da PCD.

Isso não é incompatível com a noção de que o centro de gravidade da organização humana ter-se deslocado do interesse *individual* para o *social*. O indivíduo encontra-se tão

³⁶² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1189.

fortemente ligado aos demais, que o interesse individual e o interesse social são hoje quase que confundidos³⁶³.

Antes de avançarmos, convém elaborar breve registro sobre norma de interesse desta tese encontrada na Emenda Constitucional n. 1/1969, a qual alterou de tal forma a Carta de 1967. A Carta cuidou da ordem econômica e social nos artigos 160 a 174.

O art. 160 estabelecia que: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana”.

Nada obstante, avançou ao estabelecer, em seu art. 175, § 4º, que lei especial deveria dispor sobre a *assistência* à maternidade, à infância, à adolescência e sobre a educação dos excepcionais, surgindo com isso a primeira menção expressa à proteção específica das pessoas com deficiência³⁶⁴.

O maior avanço em relação às *pessoas com deficiência*³⁶⁵ ocorreu com o surgimento da Emenda n.º 12, promulgada em 17/10/1978, que serviu de base a uma série de medidas judiciais:

Artigo único: É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I – educação especial e gratuita; II – assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; III – proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e salários; IV – possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Digno de nota, ademais, que na vigência desta Carta foi promulgada a Lei nº 6.179/74, que criou o *benefício de amparo assistencial*, no valor de 50% do salário-mínimo, devido aos maiores de 70 anos ou inválidos, sem atividade remunerada, e com renda inferior a meio salário-mínimo, que não fossem dependentes de outra pessoa e sem meios de prover o próprio sustento, desde que tivessem pago pelo menos doze contribuições ou exercido atividade remunerada antes não-incluída no âmbito da previdência.

Trata-se do antecedente do benefício assistencial de prestação continuada (BPC), devido a idosos e pessoas com deficiência, objeto de breve análise no item 14.1.

³⁶³ LEITE, Celso Barroso. *A Proteção Social no Brasil*. São Paulo: LTr, 1978, p. 15.

³⁶⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 60.

³⁶⁵ A Lei n.º 6.179/74 criou o *benefício de amparo assistencial*, no valor de 50% do salário-mínimo, aos maiores de 70 anos ou inválidos, sem atividade remunerada, e com renda inferior a meio salário-mínimo, que não fossem dependentes de outra pessoa e sem meios de prover o próprio sustento, desde que tivessem pago pelo menos doze contribuições ou exercido atividade remunerada antes não-incluída no âmbito da previdência.

6.1 A ordem social na Constituição Federal de 1988

A CF de 1988 já em seu preâmbulo preconiza um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Notamos que o preâmbulo menciona os *direitos sociais antes dos direitos individuais*, prestigiando a igualdade se comparada à liberdade.

A Constituição “cidadã” traz os contornos de um *Estado social*³⁶⁶, em que a preocupação do legislador constituinte é enfrentar a pobreza e as desigualdades sociais. Regulou em capítulo próprio os direitos sociais (Capítulo II do Título II).

A *justiça social* constitui um *ditame* da ordem econômica, segundo o art. 170, *caput*, da Constituição Federal, além de constituir a essência dos objetivos (de todas as funções do Estado) de construir uma sociedade *justa* (art. 3º, I), garantir o desenvolvimento nacional (3º, II), reduzir as desigualdades sociais e regionais (3º, inciso III) e alcançar o *bem de todos* (art. 3º, inciso IV).

O problema da pobreza demanda medidas albergadas em vários dispositivos esparsos, inclusive no Título I, mas é no Título VIII, dedicado à Ordem Social, que o Constituinte disciplinou a atuação do Estado na proteção aos necessitados.

Dez anos após a promulgação da Constituição, aparece a primeira reforma importante na previdência social. A *Emenda Constitucional nº 20/98* trouxe importantes inovações, sobretudo sobre aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria de servidores, previdência privada e outros assuntos.

A Emenda nº 103/2019 traz a mais significativa das reformas previdenciárias, tornando mais rígidos os requisitos para a concessão de aposentadorias; estabeleceu as idades mínimas de aposentadoria de 65 anos para homens e 62 anos para mulheres, ampliando o tempo necessário à obtenção de aposentadoria integral, entre outras medidas restritivas. Objeto de várias ações diretas de inconstitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal, a Emenda caminha na contramão do espírito da progressividade dos direitos sociais pelo Pacto

³⁶⁶ Citem-se como exemplos de normas protetivas, incluindo-se regras sobre custeio, os artigos 1º, III, 3, I, III, IV, 5º, *caput* e incisos, 6º, 7º, *caput*, e incisos II, VIII, XII, XVIII, XXIV e XXVII, 22, XXIII, 22, XII, XIII, XIV, XV, 23, II, IX, X, 37, VIII, 170, VII, 208, II, 227, 230, 239, 240, 244, 250 da Constituição, além dos art. 56, 57, 58, 59, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 79, 80 e 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devendo-se lembrar que houve introdução de normas por Emendas Constitucionais.

de San José da Costa Rica e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos internalizados no direito positivo brasileiro em 1992.

Ao final desse breve esboço histórico, inferimos que a passagem do tempo indicou a presença de uma *progressividade* na proteção constitucional e legal dos hipervulneráveis, situação que passou a ser modificada com as Emendas Constitucionais que operaram reformas previdenciárias, a partir da EC 20/98, culminando na expressiva redução dessa proteção, e portanto na *regressividade*, perpetrada pela EC 103/2019.

Como bem lembra Marco Aurélio Serau Junior³⁶⁷, hoje a ideia de **Estado Social** se encontra bastante questionada em termos de legitimidade, eficácia e orçamento, cabendo a menção, à guisa de exemplo desse questionamento, à Emenda Constitucional nº 95/2016, a qual congela os gastos com políticas sociais por vinte anos³⁶⁸.

Enfim, a noção de Estado Social não é mais a mesma hoje, comparando-a com a data da entrada em vigor da constituição em 1988. Avanços houve, muitos, em relação à Carta de 1969, mas desde meados dos anos 1990 as reformas previdenciárias, uma resposta sobretudo aos problemas orçamentários e às investidas liberais clássicas, colocam em xeque a própria ideia de Constituição dirigente, na esteira das várias lições de Canotilho apresentadas neste trabalho, no capítulo 1.

Ainda assim, estamos sustentando que a perspectiva do liberalismo de princípios, sobre os conceitos de justiça social e distributividade, fornecem um préstimo valioso na pretensão de avançar na proteção previdenciária das pessoas com deficiência.

Iniciaremos agora especificamente as linhas acerca do art. 193 da Constituição Federal.

6.2 O princípio do primado do trabalho

Primeiramente, há que se delinear o conceito de trabalho. Para Plácido e Silva, indica a *ação de trabalhar*, que tem o significado equivalente a *obra, ocupação, tarefa, função, ofício, serviço, mister, emprego, missão, cargo, encargo, faina* etc.³⁶⁹ O trabalho depende de um

³⁶⁷ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Comentário ao art. 194. In: MORAES, Alexandre de *et al.* *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 1443.

³⁶⁸ Para certa doutrina, com a qual não concordamos propriamente, a EC 95/2016 constitui “uma tentativa das forças do capital, nacional e supranacional, para manter o Brasil no seu permanente Estado de Exceção econômico, no qual se deseja manter, aliás, toda a América Latina”. Cf. MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais*. V. 4, nº 1, Jan-Apr 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/wJb3fZFMmZh65KfmrcWkDrp/?lang=pt>.

³⁶⁹ PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1421.

esforço físico ou intelectual, que utiliza as energias do homem rumo à produção de uma riqueza ou uma utilidade.

O art. XXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, da qual o Brasil é signatário, dispõe que: “Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis ao trabalho e à proteção contra o desemprego”.

O trabalho foi concebido pelo Constituinte como um instrumento de que se valem as ordens social e econômica para alcançar a *justiça social* e a *existência digna*, segundo a dicção dos artigos 170 e 193 do Texto Superior.

Como apontado por Leonardo Vieira Wandelli, na criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, ficou consagrado que “o trabalho não é uma mercadoria”, conforme consta no Tratado de Versalhes, ideia que veio a ser reafirmada na Declaração de Filadélfia de 1944 e depois incorporada à Constituição da OIT e da *Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Justa*³⁷⁰, de 2008, aprovada por unanimidade por representantes de 182 Estados.

Pela pertinência do conteúdo, optamos por citar trecho da doutrina de Wandelli acerca do significado do trabalho:

Conforma-se a compreensão civilizatória de que o trabalho é o próprio modo humano de transformar o mundo e a si mesmo, de produzir individual e coletivamente e de aceder aos bens socialmente produzidos, de organizar formas básicas de convivência, de aprendizado e de solidariedade, de contribuir para o bem-estar comum, de autorrealizar-se e construir uma identidade pessoal e coletiva em torno do trabalho. Isto também se aplica às formas ordinárias de trabalho, assalariado, autônomo ou cooperado. O trabalho humano, por não se descolar da pessoa que o presta, somente pode ser tratado falsamente como mercadoria, pois o seu comprador não pode usar inteiramente a coisa comprada sem haver-se com os limites biológicos, psíquicos, éticos, sociais e políticos advindos da relação humana que surge dessa transação. Daí que a regulação das relações de trabalho afeta a conformação de toda a sociedade e da cidadania. Portanto, não pode o trabalho ser tratado como uma mercadoria qualquer sujeita a compra e venda ao sabor das leis de mercado, sob pena de tratarem-se as próprias pessoas como objetos ou meros recursos econômicos, degradando-se a dignidade humana (...)³⁷¹.

³⁷⁰ Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_711685.pdf. Acesso em 09.7.2022. Digno de nota que no documento não há menção às *peças com deficiência*, muito embora, dentro da “Agenda do Trabalho Digno”, no item A, haja menção ao desenvolvimento das *capacidades das pessoas*, quando se preconiza seja postulada a promoção do emprego através da criação de um ambiente institucional e econômico sustentável, de modo a que “os indivíduos possam desenvolver e actualizar as capacidades e competências de que necessitam para trabalhar produtivamente, tendo em vista a sua realização pessoal e o bem-estar colectivo”.

³⁷¹ WANDELLI, Leonardo Vieira. Comentários ao art. 7º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Coimbra: Almedina (Série IDP), 2018, posição 28705 de 140976.

De qualquer maneira, ao estabelecer que a ordem social tem como sua *base o primado do trabalho*, a Constituição de 1988 indica que o homem deverá buscar seu sustento (ou seja, suas necessidades vitais) no trabalho em primeiro lugar, porque se trata de um valor social fundamental.

Quem não possui capacidade de trabalho, portanto, merece a tutela do Estado exatamente porque não pode, por sua própria limitação, obter seu sustento. É por essa ótica que é compreendida a proteção constitucional aos incapazes.

6.2.1 Trabalho e livre-iniciativa

Na Constituição brasileira, o princípio do primado do trabalho, objeto do art. 193, não pode ser analisado sem ser contextualizado com a livre-iniciativa, pois em vários artigos a Constituição regula ambos os termos.

O art. 170, *caput*, da Constituição prescreve que a ordem econômica é fundada na “*valorização do trabalho*”, além da “*livre-iniciativa*”.

O inciso VIII do art. 170 hospeda um princípio segundo o qual a ordem econômica deverá buscar o pleno emprego.

Pelos artigos 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição de 1988, é assegurado a todos o exercício de atividade lícita, garantindo-lhe o direito de optar pela profissão que escolher; ambos os artigos estão em conexão com a livre-iniciativa, conformado no *caput* do art. 170 e no art. 1º, inciso IV.

Noutro passo, ao pôr a iniciativa privada como princípio básico da ordem econômica, consagrou a *economia de mercado*, de natureza capitalista. E a liberdade de iniciativa econômica – como princípio básico do liberalismo econômico – envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato.

Para José Afonso da Silva, ao apreciar o art. 170 da Constituição, sustenta que a Ordem Econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano “sobre todos os demais valores da economia de mercado”.³⁷²

Diferente do trabalho, positivado no art. 6º como direito social, a despeito de também configurar um fundamento da República, a *liberdade de iniciativa* não configura um direito fundamental.

³⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 807.

Consoante Eros Roberto Grau, a livre-iniciativa é expressão da liberdade que se refere não só à empresa, mas também ao próprio trabalho, o que é compatível com uma sociedade livre e pluralista. Frisa que, no art. 1º, IV do texto constitucional, enuncia-se a livre-iniciativa como fundamento do Estado Democrático de Direito, mas no seu *valor social* e não como *virtualidades individuais*³⁷³.

6.2.2 Trabalho e direito à vida

Da ótica individual, é pelo trabalho que o homem conquista os alimentos essenciais a sua sobrevivência, inclusive com vistas na obtenção do *bem-estar*, um dos objetivos da Ordem Social. Por isso mesmo, o trabalho igualmente pode ser visto como decorrente do *direito à vida*, de acordo com a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Como direito, deflui diretamente do direito à vida. Para viver tem o homem de trabalhar. A ordem econômica, se lhe rejeita a oportunidade de trabalho, ipso facto lhe recusa o direito à sobrevivência, porque lhe recusa os meios indispensáveis para essa mesma sobrevivência. A obrigação deriva do fato de viver o homem em sociedade, de tal sorte que o bem de todo depende da colaboração e do esforço de cada um.³⁷⁴

Não é difícil de compreender, assim, que os benefícios concedidos pelo Estado na cobertura desse evento, a incapacidade, remetem ao direito à vida, sem falar no aspecto da dignidade, objeto do item seguinte.

6.2.3 Trabalho, eficiência e meritocracia

O texto constitucional, ao tratar da administração pública, alberga um valor que ultrapassa, por assim dizer, a noção instrumental do trabalho. Fala-se em *eficiência* como um dos princípios (art. 37, *caput*), ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. O Estado deve, assim, ser eficiente na administração das receitas públicas e na consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, instituídos no art. 3º, incisos I, II, III e IV, antes analisados.

Uma sociedade capitalista, em que a riqueza é construída pela competição nos mercados, não pode prescindir da eficiência, e não apenas no tocante à administração pública.

³⁷³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 221-229.

³⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. IV, p. 02-03.

Não se concebe a existência de diferenças substanciais no pagamento da remuneração pelo trabalho das pessoas sem se pensar em desempenho. A competição por posições de destaque na sociedade inegavelmente impulsiona o esforço de muitos, cujas realizações podem gerar benefícios a toda a coletividade.

Para além disso, eficiência é como um imperativo de empregabilidade na sociedade tecnológica atual. Na concepção liberal, ela relaciona-se com a chamada *meritocracia*, a concepção segundo a qual na sociedade capitalista vencem os mais preparados, os mais trabalhadores, aqueles que na luta cotidiana conseguiram superar os demais pelo esforço e capacidade.

Todavia os derrotados nessa competição dependerão do Estado, no bojo da qual a sociedade, hoje industrial, está apenas limitadamente preparada a concretizar a “igualdade jusfundamental de oportunidades”³⁷⁵.

Cabe ao Estado Social, dessarte, equacionar o resultado das distorções geradas pela noção de meritocracia, de uma forma humanizada, cabendo “intervir” por meio de suas funções prestacionais, reduzindo deficiências e desigualdades dos direitos fundamentais sociais, contra a sociedade meritocrática em prol de uma ordem decente³⁷⁶.

Michael Sandel bem explorou esse tópico, constatando que, na sociedade americana, há tempos o acesso às melhores universidades é franqueado aos mais abastados, inclusive quando os pais dos candidatos doam expressivas quantias às instituições de ensino da Ivy League³⁷⁷. As distorções no acesso às melhores universidades trazem consequências extremamente danosas à distribuição de riqueza, gerando, ao contrário, mais concentração de renda. Mais que isso, coloca-se a questão do que deve ser feito com os que não conseguiram acesso às melhores escolas, aos melhores empregos.

Sandel constata que os anos de globalização após a Segunda Guerra Mundial trouxeram recompensas valiosas aos que possuem mais titulações, mas nada fez para os trabalhadores comuns, que não dispõem de um diploma universitário. O acúmulo de riqueza ficou para as

³⁷⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 33.

³⁷⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 33.

³⁷⁷ A tradicional Ivy League é um grupo formado por oito das universidades mais prestigiadas dos Estados Unidos, a saber, Brown, Columbia, Cornell, Dartmouth, Harvard, Universidade da Pensilvânia, Princeton e Yale.

mãos dos executivos e acionistas, e a renda média dos americanos restou estagnada, em termos reais, por meio século, desde 1970.³⁷⁸

Para o autor *comunitarista*, a ditadura do mérito gera ressentimentos entre os que não lograram obter os melhores postos, sendo causa de séria inquietude social³⁷⁹. A distribuição da riqueza deve ser mais bem equacionada, para dar acesso, àqueles que ficaram para trás, a medidas redistributivas, para compensar eventuais disparidade de armas, por assim dizer. Um dos questionamentos do autor é: a pessoa que nasce com melhores capacidades intelectuais, “merece” ser privilegiada na distribuição da riqueza? Qual o mérito se o indivíduo é privilegiado pela própria natureza?

Essas problemáticas questões são intimamente ligadas, assim entendemos, ao princípio do primado do trabalho. O acesso aos melhores trabalhos dá-se, em teoria, aos mais bem capacitados. Mas o que significa ser mais bem capacitado no Brasil? A extrema desigualdade vigente no país certamente faz com que os que vivem em melhores condições gozem das melhores vagas nas universidades, notadamente nas públicas e gratuitas, o que contribui para o círculo vicioso de reprodução das desigualdades.

As cotas, instituídas há alguns anos, geradoras de bons resultados redistributivos, amenizam o problema, mas em que medida? São questões que desbordam dos limites desta investigação, mas que não poderiam deixar de ser referidas.

Há um limite, de qualquer forma, à interferência do Estado. Talvez saber *onde* se encontra esse limite seja a pergunta de um milhão de dólares. Oportuno é trazer, uma vez mais, as lúcidas palavras de Peter Häberle: “Existe um limite, a partir do qual um mais no Estado prestacional e benevolente se torna um demais, que corrompe não apenas no sentido ético-social, mas também ameaça a própria democracia que visa a efetivação dos direitos fundamentais.”³⁸⁰

Logo adiante, arremata o autor:

Na sociedade prestacional, não se pode abrir mão do imprescindível princípio do mérito “humanizado” justamente pelo interesse das camadas mais fracas as serem beneficiadas pelo Estado social. Quem acredita que o Estado prestacional teria a

³⁷⁸ SANDEL, Michael. *A Tirania do Mérito. O que aconteceu com o bem comum?* Tradução Bhuvi Libanio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, Posição 333 de 430, aplicativo Kindle.

³⁷⁹ Michael Sandel sustenta que Donald Trump, durante as prévias do Partido Republicano em 2016, foi bem-sucedido em explorar esses ressentimentos, fruto de uma cultura que surgiu, em grande parte, “do projeto de triagem meritocrática e da desigualdade resultante da globalização favorável ao mercado”. Cf. SANDEL, Michael. *A Tirania do Mérito. O que aconteceu com o bem comum?* Tradução Bhuvi Libanio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, posição 339 de 430, aplicativo Kindle.

³⁸⁰ HÄBERLE, Peter. *Direitos Fundamentais no Estado Prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 34.

sociedade meritocrática que merece, subestima as necessárias tarefas de reforma relevantes para os direitos fundamentais do Estado social de direito. À pergunta sobre a importância do princípio do mérito só pode ser respondida a partir da Lei Fundamental de modo diferenciado e individual para cada direito fundamental: entre os extremos do exagero desumano e da sua maldição utópica. Mesmo o Estado prestacional se refere a seres humanos.³⁸¹

As camadas mais fracas, que não obtêm sucesso no mercado de trabalho ou caem no desemprego ou mesmo aqueles ora objeto da presente investigação – os vulneráveis por doença, incapacidade e deficiência – necessitarão de um Estado que lhes conceda prestações positivas, substitutivas do salário, a fim de lhes ao menos garantir a subsistência, já que o bem-estar social parece algo bastante distante da realidade.

Sustentamos que, no caso da proteção constitucional de doentes, incapazes e pessoas com deficiência, quanto aos benefícios de subsistência, esse limite apontado por Häberle não foi atingido. Daí a necessidade de avançarmos.

6.3 O objetivo do bem-estar social

Já vimos que, nos termos do art. 193 da Constituição Federal, a Ordem Social tem como base o primado do trabalho e, como objetivo, além da justiça social, o *bem-estar social*.

Não é fácil identificar o significado da expressão “bem-estar social”, já que as pessoas têm diversas necessidades individuais. Mas urge que se estabeleça um significado objetivo, ainda que se recorra à interpretação sistemática.

O art. 7º, inciso IV, inserto no Capítulo II do Título II da Constituição Federal, dedicado aos direitos sociais, estabelece o critério básico a ser levado em linha de conta para analisar-se um *padrão material mínimo*.

Nesse diapasão, o salário-mínimo deverá ser capaz de atender às necessidades vitais do trabalhador e de sua família, incluindo moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Podemos extrair do art. 7º, IV, do Texto Constitucional, o *quantum* aceitável de padrão material de vida dos cidadãos. Não se pode falar em *bem-estar* quando a pessoa não conseguir dispor, ao menos, de um salário-mínimo para sobreviver.

³⁸¹ HÄBERLE, Peter. *Direitos Fundamentais no Estado Prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 34.

Para Maria Ferreira Santos, o conceito de bem-estar está relacionado não apenas ao inciso IV do art. 7º, mas também aos demais incisos desse artigo, além do art. 6º e demais artigos do Título VIII da Constituição.³⁸²

Segundo Pinto Ferreira, a expressão *bem-estar* deve ser compreendida como um estado de satisfação física das pessoas, concretizada pelo conforto, incluindo cultura e lazer³⁸³.

Assim sendo, haverá *mal-estar* se alguém não tem acesso a tais condições materiais. Considerando a notória insuficiência do valor do salário-mínimo no panorama histórico brasileiro, que jamais teve aptidão real para fornecer acesso aos bens e direitos assegurados no art. 7º, IV, da Constituição Federal, constatação que dispensa maiores elucubrações, lícito é inferir que vigora em caráter permanente um contexto de inconstitucionalidade.

Isso faz com que, com olhos na realidade, percebamos que o valor do salário-mínimo mais se aproxima do *mínimo existencial* do que do *bem-estar social*.

Por aí se vê que a realidade dos vulneráveis é não menos que dramática. Não é difícil compreender que, para as pessoas com deficiência, alcançar o conforto, a cultura e o lazer é um desiderato bastante mais complexo na comparação com os demais indivíduos.

Isso significa que, em relação à PCD, a responsabilidade do Estado é evidentemente maior, cabendo-lhe – também por força dessa norma-princípio hospedada no art. 193 da CF – promover políticas públicas e sociais voltadas a assegurar (ao menos um mínimo de) bem-estar social.

6.4 O objetivo da justiça social

As categorias de **justiça** e da **igualdade** são parte de uma construção teórica que passa pelos saberes do direito, da filosofia, da economia e da política.

Yuval Harari³⁸⁴ alerta que nosso senso de justiça pode estar desatualizado. O autor salienta que, como todos nossos outros sentidos, nosso senso de justiça tem raízes evolutivas, tendo sido moldada no decurso de milhões de anos de evolução, sempre adaptada para lidar com dilemas sociais e éticos que surgiram desde a época dos pequenos bandos de caçadores-coletores. Explica que certas noções não mudam muito com o tempo, como o fato de que condenamos o fato de roubar algo de outrem.

³⁸² SANTOS, Marisa Ferreira. *O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2004, p. 248.

³⁸³ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 7º vol. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 1.

³⁸⁴ HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução Paulo Geige. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, página 229 de 355, aplicativo Kindle.

Contudo, o problema é que os valores da noção de justiça de nossos ancestrais, sejam forjados em valores seculares ou religiosos, não são propriamente preparados para lidar com a sociedade do século XXI, que é formada por bilhões de pessoas e muitos valores. O mundo tornou-se global e complexo e, por isso, surgem dilemas difíceis de serem solucionados com as noções tradicionais de justiça. O autor sustenta que a justiça exige não apenas “um conjunto de valores abstratos”, mas também “uma compreensão das relações concretas de causa e efeito”,

Harari dá um exemplo da dificuldade de se encontrar uma noção de **justiça** no mundo de hoje:

Se você coletou cogumelos para alimentar seus filhos e eu tiro de você à força o cesto de cogumelos, o que quer dizer que todo seu esforço foi em vão e seus filhos irão dormir com fome, isso é injusto. É fácil perceber isso, porque é fácil ver as relações de causa e efeito. Infelizmente, uma característica inerente a nosso mundo global moderno é que suas relações causais são muito ramificadas e complexas. Eu posso estar vivendo pacificamente em minha casa, nunca ter levantado um dedo contra ninguém, e ainda assim, de acordo com ativistas da esquerda, ser um conivente de soldados israelenses e colonos na Cisjordânia. De acordo com os socialistas, minha vida confortável baseia-se no labor de crianças em locais de trabalho sombrios e degradados. Os defensores do bem-estar dos animais lembram-me que minha vida está entrelaçada com um dos mais pavorosos crimes na história — a subjugação de bilhões de animais de criação a um regime brutal de exploração. Posso realmente ser culpado por tudo isso? Não é fácil dizer. Como dependo, para existir, de uma espantosa rede de laços econômicos e políticos, e como as conexões causais globais são tão intrincadas, é difícil responder até às mais simples perguntas, como de onde vem meu almoço, quem fez os sapatos que estou calçando e o que o meu fundo de pensão está fazendo com meu dinheiro³⁸⁵.

A dificuldade de adotar um significado para a palavra justiça transmite-se, de certa forma, à dificuldade de encontrar o conteúdo da expressão *justiça social*.

Partidários do liberalismo se debruçaram sobre o tema e não raramente rejeitam a possibilidade de definir o significado de *justiça social*.

Friedrich Hayek, um dos expoentes do liberalismo econômico e Prêmio Nobel, analisando o tema no segundo livro de sua trilogia *Direito, Legislação e Liberdade*, sustenta que seria impossível definir a expressão *justiça social*, pois o intuito de sua implementação deixaria os políticos à mercê de pressões de grupos de interesse, tornando difícil conciliar interesses com os direitos fundamentais, situação que levaria inevitavelmente ao *totalitarismo socialista*.

³⁸⁵ HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução Paulo Geige. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, página 230 de 355, aplicativo Kindle

A *justiça social* não passaria de uma miragem, viabilizada pelo *positivismo*, para instrumentalizar o direito para determinados fins *socializantes*...³⁸⁶ Se uma pessoa é favorável à justiça social, seria indicador moralizante perigoso até, ou seja, uma ameaça aos valores de uma *sociedade livre*³⁸⁷ ... Porém, sustenta ele, o Direito não deveria ter o poder de conceder privilégios especiais, ou emitir ordens específicas, a indivíduos ou grupos específicos, ainda que menos afortunados³⁸⁸.

Como se vê, ao tratar de *justiça social*, Hayek parte de teorias econômicas, mas se baseia em ideias bastante pessoais. Não concordamos com tais pensamentos³⁸⁹, na medida em que parece refletir uma teoria abstrata sem amparo em experiências históricas concretas, contradizendo medidas bem-sucedidas de desenvolvimento³⁹⁰ e distribuição de renda vividas em vários países³⁹¹.

Ademais, nada impede que os países – desenvolvidos ou não – tentem resolver seus problemas de pobreza e desigualdade dentro da democracia e de acordo com suas respectivas constituições, nas quais resta assegurada a liberdade de iniciativa, de pensamento, de locomoção, além de outros direitos civis e políticos.

³⁸⁶ HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade*, vol. II. *A miragem da justiça social*. São Paulo: Visão, 1985, p. 77.

³⁸⁷ HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade*, vol. II. *A miragem da justiça social*. São Paulo: Visão, 1985, p. 85.

³⁸⁸ O autor chega a afirmar: “A justiça distributiva pretendida pelo socialismo é, pois, incompatível com o estado de direito e com a liberdade individual, a que este se destina a garantir”. V. HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade*, vol. II. *A miragem da justiça social*. São Paulo: Visão, 1985, p. 123.

³⁸⁹ Entretanto, Hayek é favorável à previsão de uma *renda mínima* aos menos afortunados, como tantos outros teóricos do liberalismo, entendimento que de certa forma vai ao encontro da teoria do mínimo existencial. Cf. HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade*, vol. II. *A miragem da justiça social*. São Paulo: Visão, 1985, p. 124.

³⁹⁰ Particularmente interessantes ao assunto são as análises de Ha-Joon Chang acerca dos equivocados mitos sobre a Grã-Bretanha como “economia livre-cambista do *laissez-faire*” e dos Estados Unidos da América como “mãe-pátria e baluarte do protecionismo moderno”. Esse autor sustenta que, em ambos os países, historicamente o Estado atuou firmemente na proteção de sua economia, atuando num ambiente muito distante do que se costuma chamar de “livre mercado”. Cf. CHANG, Ha-Joon, *Chutando a Escada. A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora Unesp, 2003, sobretudo páginas 109 e seguintes.

³⁹¹ Thomas Piketty vem publicando estudos elaborados sobre *desigualdade* e, em sua obra mais famosa, discorre sobre sua evolução (e, também, por tabela, sobre *desenvolvimento*) partindo inicialmente de dados obtidos em obras de literatura (como Jane Austen e Honoré de Balzac) do século XVIII na França, Inglaterra e Estados Unidos, acaba por diagnosticar experiências sociais e econômicas ímpares, em que, no frígido dos ovos, o desenvolvimento do capitalismo durante o passar dos séculos (de fins do XVIII aos trinta anos “gloriosos do XX, que terminam com a crise do petróleo de 1973) causou uma enorme redução da desigualdade de renda na população desses três países. Não obstante, a partir dos anos 1970, com a disparidade de rendimentos dos executivos nos EUA, as desigualdades voltaram a aumentar e o autor propõe medidas – que são, no fundo, medidas de justiça social – para combatê-la. Dentre tais medidas, Piketty propõe o aumento do imposto sobre a herança e um imposto progressivo sobre a renda. De qualquer maneira, as medidas redistributivas desses três países – os direitos de proteção social previstos nestes países como o Plano Beveridge na Inglaterra e o *Social Security Act* nos EUA – jamais poderiam ser considerados, diferentemente da teoria de Hayek, como políticas públicas que conduzem ao socialismo ou ao totalitarismo. Cf. PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca Ltda., 2014, mormente partes primeira, segunda e capítulos 11 e 15.

Enfim, diversamente do que escreve Hayek, não há qualquer indicativo de que a busca do combate à pobreza ou às desigualdades sociais deva levar, inapelavelmente, a totalitarismos de quaisquer espécies.

De qualquer maneira, não é intuito deste trabalho debruçar-se longamente na análise da matéria, mesmo porque não caberia nos limites da tese. Nossa preocupação limita-se ao aspecto jurídico da *justiça social*, nos contornos da constituição, algo consentâneo com as balizas de nosso próprio Direito.

Para uma melhor compreensão do assunto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho recomenda utilizar os modos sistemático e teleológico de interpretação das normas constitucionais.³⁹²

No dizer de José Afonso da Silva, a *justiça social* é a realização do valor-fim do direito, como “a aspiração de nosso tempo, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista”.³⁹³ Mais adiante, pondera que “os direitos sociais e os mecanismos de seguridade social são preordenados no sentido de buscar um sistema que propicie maior igualização das condições sociais”.³⁹⁴

Nos itens anteriores informamos que o constituinte vem utilizando a expressão *justiça social* desde a Constituição de 1946. Também consignamos que o *preâmbulo* da Constituição de 1988 já assenta que deverá ser instituído um Estado Democrático de Direito e considera a justiça como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

A *justiça social* constitui um *ditame* da ordem econômica, segundo o art. 170, *caput*, da Constituição Federal, além de constituir o pano de fundo dos objetivos (de todas as funções do Estado) de construir uma sociedade *justa* (art. 3º, I), garantir o desenvolvimento nacional (3º, II), reduzir as desigualdades sociais e regionais (3º, inciso III) e alcançar o *bem de todos* (art. 3º, inciso IV).

Levando em linha de conta as demais normas que hospedam a agregação de valores em jogo, no Título VIII, ora em análise, e nos Títulos I, II do Texto Magno, a busca do sentido da expressão *justiça social* passa pela constatação da enorme *desigualdade* social que vigora no Brasil.

Também a conceituação do princípio constitucional da *isonomia* passa pela consideração das normas de justiça social. Em que a *igualdade perante a lei*, objeto do art. 5º,

³⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. IV, p. 11.

³⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 764.

³⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 772.

caput, da constituição, não pode ser compreendida como a igualdade meramente *formal*, que lida com todos indistintamente. Prioridade há de ser conferida à *isonomia material*, que busca igualar as condições desiguais entre as pessoas, de acordo com a lição de José Afonso da Silva, *in verbis*:

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais (...) especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social.³⁹⁵

As outras normas constitucionais a que esse autor se referiu são previstas nos artigos 3º, incisos III e IV, 170, *caput*, 193, 196 e 205, todas tendentes a matizar a isonomia no aspecto material. Os direitos sociais de subsistência são o ambiente em que tal isonomia se materializa, porquanto se trata de direitos devidos apenas a alguns cidadãos, na condição de necessitados sociais.

A *justiça social* servirá de arrimo para algumas conclusões da presente investigação, quando se indagará se faz sentido, até mesmo pelo aspecto da *coerência* do ordenamento jurídico, a previsão constitucional de concessão de benefício prestacional não contributivo a quem não está incapacitado para o trabalho, na condição de PCD, ao mesmo tempo em que se condiciona o pagamento de um benefício contributivo, dependente de filiação à previdência social, a quem está incapacitado.

Investigar se se tal distinção faz sentido à luz do objetivo da justiça social é, dentre outros, um dos propósitos da presente investigação (capítulo 14.2).

6.4.1 Justiça social e liberalismo igualitário

Nesse momento, é oportuno lembrar que o presente trabalho não tem o espaço para analisar as variadas teorias de justiça elaboradas pelos filósofos ou economistas no decorrer da história.

Nosso interesse maior, no tocante à busca de uma significação para a *justiça social* e para a *distributividade*, está em autores que são enquadrados no que é conhecido por *liberalismo*

³⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 213-214.

igualitário ou *liberalismo de princípios*, que é algo essencialmente diverso do liberalismo político clássico, como antes explicado nesta tese.

O tema já foi abordado no capítulo 3, no qual foram tratadas as respectivas teorias de justiça, ao qual remetemos nosso leitor.

7 PROTEÇÃO SOCIAL: DA SEGURIDADE À PREVIDÊNCIA

Neste capítulo trataremos da previdência social, não sem antes fornecer elementos para a compreensão de seu perfil na Constituição Federal de 1988. Para tanto, versaremos, antes, sobre a seguridade social e seus princípios.

Avisamos ao leitor – que a esta altura de sua prestigiosa leitura já deve estar, supomos, utilizando de uma boa dose de sua reserva de paciência – que estamos quase na metade de nossa jornada.

Doravante trataremos do ambiente específico – vale dizer, da técnica de proteção social escolhida pela constituição – em que se dá a concessão do benefício de subsistência à pessoa com deficiência.

Uma pesquisa acerca da proteção constitucional a pessoas vulneráveis não prescinde de ao menos algum desenvolvimento sobre o significado de algumas expressões utilizadas na seara previdenciária, todas elas naturalmente com um sentido técnico.

7.1 Proteção social

A expressão “proteção social” tem cunho genérico. Seguridade social e proteção social não são expressões idênticas, pois, além da seguridade social, há outras searas protetivas a cargo do Estado, como a habitação e educação, que não estão abrangidas pela primeira, em que pese estarem previstas como direitos sociais (art. 6º da Constituição).

Para Celso Barroso Leite, proteção social consiste no conjunto de medidas de caráter social destinadas a atender a certas necessidades individuais; mais especificamente, a necessidades individuais que, não atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e em última análise sobre a Sociedade.³⁹⁶

Posto isso, as necessidades sociais, por repercutirem na coletividade, demandam a atenção do Estado. Genericamente falando, portanto, cuida-se de medidas de auxílio social prestadas por ele, o Estado.

7.2 Contingência social

³⁹⁶ LEITE, Celso Barroso. *A Proteção Social no Brasil*. São Paulo: LTr, 1978, p. 16.

De sua sorte, *contingência social* é compreendida como, de acordo com cada tipo de benefício, “o evento determinante de uma prestação”.³⁹⁷ Contingência é concebida com olhos nos fatos, vale dizer, é o fato ocorrido gerador do direito a uma prestação.

Boa parte da doutrina também se refere a tais fatos como *riscos sociais*, mas aqui o enfoque é mais genérico, via de regra abrangente de uma série de eventos. Riscos sociais, para Aguinaldo Simões, são acontecimentos futuros e incertos, não inteiramente sujeitos à vontade do interessado, causadores de um dano ou de uma necessidade vital a satisfazer.³⁹⁸

Para Pedro Vidal Neto, a expressão *risco* não é adequada, não apenas por ter um sentido genérico, mas por estar associada a acontecimentos desventurosos, com característica de sinistro ou desastre, o que não seria apropriado a eventos como casamentos e nascimentos de filhos, que também geram o direito a prestações de seguridade social.³⁹⁹

A Constituição Federal utilizou no art. 201, inciso I, mesmo na atual redação dada pela EC 103/2019, a palavra *eventos*. Ainda assim, Sérgio Pinto Martins pondera que a palavra também não é correta por ter um sentido muito genérico e não técnico, tal uma partida de futebol ou um espetáculo teatral.⁴⁰⁰

Registre-se que o texto constitucional não se refere às *pessoas* doentes ou incapazes, mas sim aos eventos doença e incapacidade. Diferentemente se dá no art. 203, V, no qual não há referência à deficiência como evento, risco social ou contingência. Aqui, o texto magno se refere à própria *pessoa com deficiência*.

Assim, sob a influência do direito previdenciário, a palavra contingência parece ser a mais adequada, embora, para os fins desta tese, estabelecida nas bases do direito constitucional, trabalharemos com o conceito de *suporte fático*.⁴⁰¹

Há muitas classificações de contingências, riscos sociais ou eventos sociais. A Convenção n.º 102 da Organização Internacional do Trabalho, de 1952, traz a seguinte classificação por origem: a) *físicas*: doença, invalidez, maternidade, acidente, morte; b) *econômicas*: desemprego involuntário; c) *sociais*: família numerosa. Aponta Wagner Balera que essa é a norma mínima, apta a ser expandida.⁴⁰²

³⁹⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2014, p. 779.

³⁹⁸ SIMÕES, Aguinaldo. *Princípios de Segurança Social*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 34.

³⁹⁹ VITAL NETO, Pedro. Princípios de Seguridade Social. In: *Revista de Previdência Social*, n. CLXXI. São Paulo: LTR, fevereiro de 1995, p. 11-12.

⁴⁰⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 43.

⁴⁰¹ Ver item 6.7.

⁴⁰² BALERA, Wagner. *O sistema de seguridade social*. São Paulo: LTr, 2016, p. 35.

Os suportes fáticos dos benefícios de subsistência tratados nesta tese, portanto, podem ser concebidos como de origem patológica ou física, não se desprezando as de origem psicológica.

7.3 Necessidades sociais

Outro aspecto relacionado às contingências sociais são as *necessidades sociais*. Estas últimas são decorrência das contingências sociais e podem ser conceituadas, segundo Pedro Vidal Neto, como “a falta ou a insuficiência de bens materiais indispensáveis ao indivíduo”⁴⁰³ e também abrangem bens de natureza espiritual ou moral, pois o escopo de garantir a segurança econômica individual não pode ser restringido à garantia do essencial à sobrevivência do indivíduo.

Necessidades sociais, portanto, levam a uma situação de pobreza, conceituada como miserabilidade jurídica para os fins de concessão do benefício assistencial à PCD, segundo o art. 203, V, da Constituição Federal. Mas é a mesma pobreza, fruto da mesma necessidade social, por que podem passar os segurados da previdência social que sofrem de doença ou incapacidade laboral. Apenas há distinção constitucional pelo fato de estes últimos serem protegidos na seara da previdência social.

Os hipervulneráveis tratados nesta investigação, assim, padecem de contingências físicas ou psicológicas, geradoras de necessidades sociais e justificadoras da proteção social que lhes é oferecida pelo Estado, por meio da previdência social.

7.4 Individualização da sociedade e inclusão social

O derradeiro enfoque deste capítulo é a expressão *inclusão social*, que pode se referir aos necessitados em geral.

Incluir é o contrário de excluir. Inclusão é o “ato ou efeito de incluir”, segundo o primeiro significado contido no Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa⁴⁰⁴. De sua vez, no

⁴⁰³ VIDAL NETO, Pedro. *Natureza Jurídica da Seguridade Social*. Tese de concurso para Professor Titular – Universidade de São Paulo. São Paulo, 1993, p. 14.

⁴⁰⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DE LÍNGUA PORTUGUESA*, São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 921.

Caldas Aulete, incluir é “encerrar, fechar dentro de uma coisa”, ou então “compreender, abranger”, ou ainda “inserir, introduzir”⁴⁰⁵.

A própria função do *Estado social* é a de incluir essas pessoas carentes na vida social, em suas várias dimensões, sem perder de vista a noção de *individualização da sociedade*, que significa, nas palavras de Canotilho, o “indeclinável direito e o dever de cada indivíduo colocar no seu plano de vida e condução da existência as responsabilidades que lhe cabem na luta pela sobrevivência.”⁴⁰⁶

Tal tarefa, de individualização, é muito mais difícil para a PCD, que desde tenra idade enfrenta desvantagens em relação aos demais integrantes da sociedade. Daí que o Estado social, a despeito de viver sua crise, tem o desafio de concretizar os direitos fundamentais sociais, e a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade é um de suas tarefas.

Como garantir esta justiça? A resposta para J. J. Canotilho é a *reinvenção do Estado Social*, mas com expectativas realistas, conforme bem explicado, uma vez mais, em trecho que tomamos a liberdade de citar:

A crise do Estado Social tornou-se, para muitos, um problema do ocaso da socialidade. Nas sociedades funcionalmente diferenciadas não há lugar para políticas de inclusão. A chamada *individualização da sociedade* significa precisamente o indeclinável direito e o dever de cada indivíduo colocar no seu plano de vida e condução da existência as responsabilidades que lhe cabem na luta pela sobrevivência. Dito por outras palavras: o risco da vida é também, e sobretudo, um risco individual. Ainda de outro modo, cada um deve assumir um papel activo para assegurar a sua inclusão nos novos sistemas diferenciados da sociedade. O problema é o de que a diferenciação funcional individualizadora conduz a uma dependência organizativa mais forte. Individualmente responsável dentro dos vários sistemas funcionalmente diferenciados — família, trabalho, formação e qualificação, transporte, saúde, consumo —, a pessoa corre sempre o risco de não ter possibilidade de inclusão nos esquemas prestacionais dos vários sistemas. Isso tanto mais quanto é certo que a necessidade de inclusão nos sistemas funcionais diferenciados começa muito cedo: o direito de nascer não se exerce em casa, mas na maternidade “incluída” no sistema de saúde; o desenvolvimento da criança não é um problema de crescer nos braços da ama, mas de socialização nos jardins de infância “incluídos” no sistema de ensino pré-escolar; o conhecimento e a informação começam na escola e isto é parte integrante do sistema de ensino.

A *liberdade igual* é interpretada neste contexto como a igual possibilidade de inclusão em um sistema social diferenciado. A realização deste princípio de *igualdade de inclusão* continua a colocar o nó górdio da socialidade: a inclusividade pressupõe justiça quanto às possibilidades iguais de acesso. Como garantir esta justiça? A resposta para muitos (nos quais nos incluímos) é a reinvenção do Estado Social. Os direitos sociais e os princípios socialmente conformadores significam, no actual contexto, a legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a inclusão do indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados. Mesmo que este Estado Social não seja mais, hoje, do que um simples

⁴⁰⁵ CALDAS AULETE. *DICCIONARIO CONTEMPORANEO DA LINGUA PORTUGUEZA. FEITO SOBRE O PLANO DE F. J. CALDAS AULETE*. Vol. 2º. Lisboa: Parceria Antonio Maria Pereira, 1925, p. 33.

⁴⁰⁶ Como referido por Canotilho, a temática da *individualização da sociedade* é trabalhada na conhecida obra de BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2019. Ver item 5.6.

“pendant” funcional de relações subjectivas interpessoais, ele continua a ter a indeclinável tarefa da inclusão social politicamente ponderada. Mas como poderá o Estado Social continuar a desempenhar essa função de inclusão em um contexto global de progressiva carência de meios financeiros? Como alicerçar expectativas sabendo-se, à partida, que é muito difícil preencher os pressupostos da sua realização? Na verdade, algumas das críticas mais persistentes contra o Estado Social e a constituição dos direitos sociais reconduzem-se a esta ideia básica: eles alicerçam expectativas normativas que não mais estão em condições de garantir (...).”⁴⁰⁷.

No presente trabalho, utilizaremos a expressão “inclusão social” para nos referir, via de regra, às pessoas com deficiência⁴⁰⁸.

Se o Estado social não tem condições de garantir todas as expectativas, entendemos que a priorização das mais urgentes, passando pela justiça distributiva, deve alcançar as pessoas com deficiência, certamente integrantes do rol das mais fragilizadas sob o ponto de vista social e econômico.

Quando tratamos de *inclusão social*, tratamos da inserção das pessoas com deficiência na sociedade, em seus vários aspectos, voltados a lhes propiciar igualdade de oportunidades, ao mesmo tempo vedando a discriminação, consoante prescreve o art. 5º da Lei nº 13.146/2015. Abrange a vivência como um todo, em seus aspectos alimentar, educacional, familiar, social, profissional, político, de transporte, acessibilidade etc.

A propósito, a teoria social das capacidades, de Martha Nussbaum, parte exatamente dessa necessidade (aristotélica e marxista) de considerar o ser humano como um animal social, que depende de sua integração à sociedade, com múltiplas necessidades, para alcançar um determinado grau de realização e felicidade (item 3.5).

À evidência, não se pode falar em *inclusão social* sem que a pessoa com deficiência ou mesmo as pessoas doentes ou incapazes tenham um mínimo para suas subsistências. Esse mínimo, antes abordado neste trabalho, está delineado no inciso IV do art. 7º da Constituição Federal.

Assim, os benefícios de subsistência, tratados no Texto Constitucional nas searas da previdência social (doentes e incapazes) e na assistência social (pessoas com deficiência) são apenas o primeiro passo para a inclusão social, consoante preconiza Martha Nussbaum,

⁴⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência da direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha. CANOTILHO, J. J. Gomes. (Coords). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, posição 317 de 5225.

⁴⁰⁸ A expressão “inclusão social” é utilizada no art. 1º, *caput*, do Estatuto da Pessoa com Deficiência: “Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.”

observados os desafios apontados por Canotilho no âmbito do Estado social. Uma plethora de outras medidas complementares é essencial à configuração da inclusão social.

Ainda que o *Estado social* preste possíveis medidas de inclusão, facilitadoras do exercício de direitos civis e políticos, não será completa a inclusão se não houver disponibilidade de recursos para satisfação das necessidades de subsistência. Essas prestações, satisfativas de necessidades prementes, dar-se-ão na seara da seguridade social, objeto de estudo no item seguinte.

7.5 Seguridade social

Seguridade social é a técnica de proteção social que surgiu na Europa e nos EUA após a 2ª Guerra Mundial.

É compreendida como uma espécie moderna das técnicas de proteção social, que provém do seguro social, do qual se distingue como esforço moderno de solucionar os problemas sociais, conferindo direitos subjetivos, em vez de prestações baseadas na discricionariedade.

Segundo a lição de Wagner Balera, a seguridade social é uma técnica protetiva que há de significar “*a libertação de todas as necessidades econômicas do indivíduo ou dos grupos mais sofridos*”⁴⁰⁹.

Há dois modelos de seguridade social, o *continental* (surgido com Bismarck na Alemanha, em 1872) e o *atlântico* (consagrado com Beveridge, na Inglaterra, em 1942).⁴¹⁰

Para muitos, a nova concepção derivou das técnicas anteriores, tendo sido precedida pela *Social Security Act* de 1935, mas, segundo Paul Durant, encontra sua genuína formulação nos trabalhos de Beveridge.⁴¹¹

É lugar-comum mencionar a seguridade social como uma técnica de proteção social em que o Estado garante a *libertação das necessidades*, o que soa bastante utópico. Quando da assinatura do *Social Security Act*, Franklin D. Roosevelt – ele mesmo uma pessoa com deficiência – declarou que se tratava, em resumo, de “*a law that will take care of human needs*”⁴¹².

⁴⁰⁹ BALERA, Wagner. Centenárias Situações e Novidade da ‘Rerum Novarum’. In: *Revista da Previdência Social*, n. CXXX. São Paulo: LTr, 1991, p. 547.

⁴¹⁰ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, p. 93.

⁴¹¹ DURANT, Paul. *La Política Contemporanea de Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 53.

⁴¹² Disponível em: <https://socialwelfare.library.vcu.edu/social-security/social-security-an-introduction/>. Acesso em 09.5.2022.

Miguel Horvath Júnior salienta que a adoção pura e simples do *critério finalístico e a libertação social* não são propriamente adequados ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que as necessidades sociais a serem amparadas são “*previamente selecionadas*”. Somente para exemplificarmos a distorção do conceito sem a limitação das necessidades sociais, estariam englobadas dentro da seguridade social a formação profissional, emigração, controle de preços, legislação de inquilinato entre outros. A adoção do *princípio da libertação social* leva a um conceito equivocado de Seguridade Social pois desloca funções sociais típicas do Estado para o conceito de seguridade, extrapolando os limites do princípio da solidariedade.⁴¹³

Seja como for, a seguridade social deve ser considerada um *serviço público*, “porque corresponde ao desenvolvimento de uma função pública, isto é, de uma atividade realizada para a concretização de um interesse público”.⁴¹⁴

No contexto desse Estado de Bem-Estar, traduzível por *Welfare State*, alcançado por alguns países da Europa, da Oceania, Japão e Canadá, a seguridade social viveu seus dias mais ricos, até passar por um período de reavaliação, em razão de seus custos, já em meados dos anos 1960. O surgimento do princípio da reserva do possível, antes analisado, é um sintoma dessa situação.

Como já sugerido, seguridade social é uma espécie do gênero *proteção social*, ou como forma avançada de seguro social, ou ainda como gênero em si mesmo, autônomo, que compreende saúde, assistência social e previdência social.⁴¹⁵ Nesse diapasão, o art. 195 da Constituição Federal de 1988 divide-a em três subsistemas, consistentes na Previdência Social, Assistência Social e Saúde. A CF se refere à seguridade social, no art. 194, como um *conjunto de ações*, com a seguinte forma:

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 e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VII - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde,

⁴¹³ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, p. 97.

⁴¹⁴ VIDAL NETO, Pedro. *Natureza Jurídica da Seguridade Social*. Tese de concurso para Professor Titular – Universidade de São Paulo. São Paulo, 1993, p. 14, p. 214.

⁴¹⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 1992, p. 55.

previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 103, de 2019)
VIII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

Portanto, segundo a Constituição de 1988, o sistema de proteção social é composto, precípua, mas não exclusivamente, pela seguridade social, de onde partem prestações variadas, como as relativas à saúde (Lei n.º 8.080/90) à assistência social (Lei n.º 8.742/93) e previdenciárias (Lei n.º 8.213/91), representando significativo avanço em relação à Carta pretérita, pois as prestações da saúde e da assistência social prescindem do pagamento de contribuição por parte do beneficiado.

Seu fundamento internacional pode ser encontrado no artigo XXII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de que o Brasil é signatário, *in verbis*:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.⁴¹⁶

A seguridade social tem como pressuposto a dignidade da pessoa humana compreendida a partir da aceitação da ideia de que todos os homens são iguais em dignidade e direitos, tendo no conceito de solidariedade seu maior fundamento.

7.5.1 Princípios de seguridade social

Desnecessário, aqui, analisar todos os princípios doutrinários de seguridade social, pois implicaria um desvio do nosso foco. Nossa análise se concentrará, quanto aos princípios positivados, em cinco deles, previstos na Constituição Federal, pois são os pertinentes à presente tese.

Os demais princípios positivados não interessam aqui, na medida em que as questões relativas à concretização do direito fundamental à previdência social da PCD, aqui tratadas, inserem-se no âmbito dos princípios da universalidade, seletividade, distributividade, precedência do custeio e solidariedade.

⁴¹⁶Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n.º 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Outrossim, impende aduzir que existem princípios universais que, embora sejam aplicáveis a todos os ramos do direito, devem ser observados na seguridade social, como o princípio da legalidade, o da isonomia e o do direito adquirido. Igualmente não são objeto de nosso interesse neste trabalho.

Os princípios da seguridade social estão particularmente hospedados no parágrafo único do art. 194 da Constituição da República, que elenca os seus *objetivos*.

Uma vez mais, fica patente o destino da seguridade social de servir de instrumento do Estado para implementar os objetivos plasmados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição da República.

7.5.1.1 Universalidade

A universalidade, prevista como objetivo no inciso I do parágrafo único do art. 194 da Constituição, exterioriza o direito de todos à seguridade social, sem exclusões indevidas ou tratamentos diferenciados para o mesmo tipo de cidadão.⁴¹⁷

Segundo Celso Barroso Leite, essa mesma universalidade significa “a caracterização da seguridade social como direito decorrente da cidadania e não do exercício de atividade remunerada”.⁴¹⁸

Para Wagner Balera⁴¹⁹, tal objetivo relaciona-se com o princípio da isonomia, no sentido de identificar uma igual proteção para todos. O autor distingue a universalidade do atendimento e a da cobertura: esta última concerne aos titulares do direito à proteção social; aquela “às situações de vida que serão protegidas”,⁴²⁰ é dizer, às contingências previstas.

De outra parte, a universalidade *subjetiva* se refere a todas as pessoas que integram a população nacional, ao passo que a universalidade *objetiva* atine às consequências das contingências estabelecidas na lei. Para além, seguridade social não apenas atende à *reparação* como se destina à *prevenção e recuperação* dos necessitados.⁴²¹

⁴¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. 8º Vol. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 19.

⁴¹⁸ LEITE, Celso Barroso; VELLOZO, Luiz Assumpção Paranhos. *Comentários à Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1992, p. 05.

⁴¹⁹ BALERA, Wagner. Introdução à Seguridade Social. In: *Introdução ao Direito Previdenciário*. Meire Lúcia Gomes Monteiro (coord.). São Paulo: LTr, 1998, p. 48.

⁴²⁰ BALERA, Wagner. Introdução à Seguridade Social. In: *Introdução ao Direito Previdenciário*. Meire Lúcia Gomes Monteiro (coord.). São Paulo: LTr, 1998, p. 48.

⁴²¹ CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. CORREIRA, Erica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

No entanto, há uma diferença entre a universalidade na previdência social (limitada diante de seu caráter contributivo) e na seguridade social (praticamente ilimitada). Para Wladimir Novaes Martinez, tanto na seguridade quanto no seguro social está presente a ideia de clientela protegida, em que não pode haver exclusões arbitrárias⁴²²:

Em um dado momento, esse conjunto é perfeitamente definido; a qualquer momento, ele pode ser definível. Não conheço exceções ou fissuras. Nesse particular, o princípio da universalidade é absoluto. Todos os elementos do conjunto estão abrangidos e, para isso, a legislação fixa condições, tais como a da capacidade previdenciária, a da filiação, a da inscrição e a da carência.

Nessa ótica, as pessoas com deficiência, por conta de sua especialidade calcada na vulnerabilidade, não podem ser excluídas do direito fundamental social à previdência social. Essa conclusão trará consequências interpretativas, a serem analisadas no capítulo 12.

7.5.1.2 Seletividade

Tal princípio, também tipificado como *objetivo* pelo texto constitucional, pressupõe que os benefícios sejam concedidos a quem efetivamente necessite. Trata-se, assim, da imposição de limites ao princípio da universalidade de cobertura e atendimento⁴²³.

O inciso III do parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal consagra dois objetivos da seguridade social, intimamente conectados: o da *seletividade* e o da *distributividade na prestação de benefícios e serviços*.

Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, os termos são pouco usados em direito constitucional, porquanto mais vinculados à ordem econômica e à ordem social⁴²⁴.

Já conforme ensina Cretella Junior, pode-se extrair quatro situações: seletividade na prestação de benefícios; seletividade na prestação de serviços; distributividade na prestação de benefícios; distributividade na prestação dos serviços⁴²⁵.

Da mesma forma que a universalidade, a *seletividade* é desdobramento do princípio da isonomia, no sentido de que devem ser tratados desigualmente os desiguais.⁴²⁶

⁴²² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 114.

⁴²³ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38.

⁴²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil. 8º Vol.* São Paulo: Saraiva, 2000. Os autores salientam que a seletividade não é estranha ao direito tributário. Assim, quando mais essencial o produto, menor incidência deve merecer e, quanto mais supérfluo, maior incidência.

⁴²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. VIII*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4301.

⁴²⁶ CARDONE, Marly A. Cardone. *Seletividade e Distributividade na Nova Lei Previdencial*. In: Revista de Previdência Social, n. CXXXII. São Paulo: LTr, novembro de 1991, p. 692.

O texto constitucional não explica propriamente o que significa seletividade e distributividade. A construção do significado fica, assim, a cargo dos intérpretes.

Pinto Ferreira tece breves considerações sobre a *seletividade*, concentrando-se na urgência e necessidade: “Compreende-se por seletividade o atendimento urgente e necessário dos que precisam da seguridade social”⁴²⁷.

Entendimento não muito diverso ostentam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, para quem “a seletividade visa assegurar permanentemente, às pessoas de menos recursos ou que contribuem menos para a Previdência, a certeza de que terão o atendimento necessário, ofertando-lhes mais segurança.”⁴²⁸

Explica Daniel Machado da Rocha que, como ramo contributivo da seguridade social, a previdência social precisa priorizar as situações de necessidades sociais mais graves, em consonância com o objetivo fundamental contido no inciso III do art. 3º da Constituição⁴²⁹.

Nessa perspectiva, a PCD é provavelmente a que mais se enquadra nesses pontos de vista, porque restam claros os elementos de necessidade social e urgência na proteção social.

Seleção envolve escolha de situações, de modo que a seguridade social deve apontar os requisitos para a concessão de benefícios e serviços, já na própria constituição. Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁴³⁰ apresentam alguns exemplos de manifestação do princípio:

Vale dizer, para um trabalhador que não possua dependentes, o benefício salário-família não será concedido; para aquele que se encontre incapaz temporariamente para o trabalho, por motivo de doença, não será concedida a aposentadoria por invalidez, mas o auxílio-doença. Não há um único benefício ou serviço, mas vários, que serão concedidos e mantidos de forma *seletiva*, conforme a necessidade da pessoa.

A *seletividade* pode ser compreendida como o princípio que atribui ao legislador (constituente) uma incumbência específica consistente em estudar as maiores carências em matéria de seguridade social e então priorizá-las em relação às demais necessidades.

Para Marisa Ferreira Santos, na *previdência social*, o critério foi agrupar as *necessidades* que impliquem perda ou redução da renda do segurado; num segundo momento, voltou-se para as *contingências* que geravam a perda ou redução dessa renda. Da pesquisa levada a efeito pelo

⁴²⁷ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 7º vol. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 1.

⁴²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 8. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 28.

⁴²⁹ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. São Paulo: Atlas, 2021, p. 14.

⁴³⁰ CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARI, João Batista. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 72.

legislador, chegou-se aos referidos nos artigos 1º e 18 da Lei nº 8.213/91.⁴³¹ A *assistência social* será devida a quem dela necessitar, ou seja, aos desamparados do art. 6º do texto constitucional⁴³².

A autora pondera que o importante é identificar um critério justo e válido para separar quem tem necessidade de quem não tem, pois “a Constituição Federal e a Lei n.º 8.742/93 não selecionaram as contingências a serem protegidas, porque os mínimos vitais prescindem de causas para serem supridos”.⁴³³

A seletividade tem como destinatário o legislador constitucional, como bem aponta Miguel Horvath Junior. Quanto à previdência social, a Constituição estabeleceu no art. 201 as contingências sociais protegidas.⁴³⁴ A rigor, no concernente à assistência social, a constituição não disciplinou totalmente os *suportes fáticos* do direito fundamental social, mas trouxe previsões que delimitam os potenciais titulares, num exercício pleno da seletividade. Fê-lo ao estabelecer a abrangência da assistência social a certas entidades (família), a certas contingências ainda que parcialmente tipificadas (maternidade, adolescência, infância, velhice) ou pessoas (as com deficiência), consoante os incisos I a V do art. 203⁴³⁵.

Para Daniel Machado da Rocha, o princípio da seletividade também consagra um critério distinto para a escolha das prestações previdenciárias disponibilizadas, ou seja, quais as contingências sociais que serão cobertas pelo sistema de proteção social, em face de suas possibilidades financeiras. A distributividade seria um complemento da seletividade. Aduz o autor que somente depois de eleitas as necessidades mais prementes, partir-se-á para a definição da clientela a ser atendida⁴³⁶.

Importa registrar que a seletividade e a distributividade também são aplicadas na prestação dos serviços, como expressamente determina a Constituição Federal. Entretanto, especificidades no campo da *saúde* são dignas de nota nesse ponto, uma vez que o art. 196 do Texto Supremo prevê esse direito fundamental social a todos. Logo, os serviços de saúde não seriam pautados pela seletividade e distributividade, mas pela *universalidade*, na medida da

⁴³¹ SANTOS, Marisa Ferreira. *O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2004, p. 253.

⁴³² Ver capítulo 17, item 1.

⁴³³ SANTOS, Marisa Ferreira. *O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2004, p. 254.

⁴³⁴ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, p. 97, p. 75.

⁴³⁵ O que não foi expressamente disciplinado – e parece ter agido bem o constituinte originário em não o ter feito – foi o critério específico de miserabilidade, porquanto permite ao legislador ordinário dimensioná-lo às respectivas épocas históricas.

⁴³⁶ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. São Paulo: Atlas, 2021, p. 14.

reserva do economicamente possível⁴³⁷. Na assistência social e na previdência social, entendemos que a concessão dos serviços (inclusive aqueles devidos à PCD, como a reabilitação profissional), deve, sim, pautar-se pelos princípios da seletividade e distributividade.

Seja qual for o sentido de preferência do intérprete, em nível de direito internacional, a Convenção n.º 102 da Organização Internacional do Trabalho configura a *norma mínima* protetiva, elencando os riscos mínimos a serem protegidos, para que se possa configurar a proteção social de determinado país.

Com isso, o legislador infraconstitucional escolherá o nível de proteção possível, adiando para momento posterior o aumento dessa proteção. O sistema de seguridade social não é estático e, forçosamente, haverá de ser debatida sua abrangência, em contrapartida à tensão mantida com as limitações econômicas. A cobertura dessas necessidades futuras demandará reforço das receitas e, para tal desiderato, o texto constitucional dispõe, no inciso I do art. 154, sobre a criação de fontes adicionais de custeio.

Entretanto, o constituinte reformador, desde 1988, em vez de operar expansão, trabalhou por restrições aos direitos fundamentais, a exemplo da Emenda Constitucional nº 103/2019, em rumo inverso ao da universalidade pretendida no inciso I do parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal. Forças econômicas e orçamentárias preponderaram⁴³⁸.

Na oportunidade, calha deixar consignado o alerta de Marcos Orione Gonçalves Correia, quando, na aplicação do princípio da seletividade pelo legislador ordinário, sustenta:

O princípio da seletividade, por sua vez, a partir da eventual noção de finitude dos recursos orçamentários, deve ser analisado com cuidado, mormente num sistema que prima pelo ideal de universalidade, antes mencionada(o). Assim, esta seletividade de serviços e benefícios de seguridade social deve vir expressa de preferência na própria Constituição (como, por exemplo, no próprio art. 203, inciso V, da Constituição Federal). Quando vier em legislação infraconstitucional, deve cuidar para não ferir o princípio exposto anteriormente e muito menos se afastar do postulado da dignidade da pessoa humana, fundante no nosso sistema republicano⁴³⁹.

⁴³⁷ Nesse diapasão, cf. FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social. Prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 34. Cf., ainda, KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Previdência Social*. São Paulo: Jus Podivm, 2015, p. 56, para quem o princípio da distributividade é melhor aplicável à previdência e à assistência social.

⁴³⁸ O problema de tais reformas atingirem, ou não, o *núcleo duro* da Constituição Federal, extravasa os limites deste trabalho e por nós já foi abordado alhures. Cf. ZACHARIAS, Rodrigo; HAIK, Cristiane; MARIANO JUNIOR, Raul. Uma breve história narrativa e cronológica da seguridade social do Brasil, da progressividade legal ao atentado ao “núcleo duro” da Constituição Federal com o advento da EC nº 103/2019. *Revista Científica do UniRios*. Edição 2022 – n. 32, p. 231-258.

⁴³⁹ CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. Comentário ao artigo 194. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Coimbra: Almedina (Sério IDP), 2013, p. 1905.

Realmente, a implementação do princípio – o autor trata dos princípios da seletividade e distributividade numa única abordagem – não é possível menoscar a dignidade da pessoa humana, situação que pode ocorrer quando ofendido o *núcleo essencial* do direito à seguridade social, por meio de restrições incompatíveis com a constituição.

7.5.1.3 Distributividade

Como já referido, a distributividade pode ser compreendida como um complemento da seletividade, mas não necessariamente.

O princípio da distributividade, até mais que o da seletividade, envolve-se com o conjunto de valores que embasam o *princípio da justiça social*, com conexão com a igualdade material. É por assim entendermos que alocamos a justiça social no próprio título desta pesquisa, desde que ligado à concepção do liberalismo igualitário.

Já tivemos a oportunidade de tratar da *justiça distributiva* em Aristóteles, quando abordamos suas bases teóricas, da seguinte maneira:⁴⁴⁰

Se estamos tratando da distributividade, cabe-nos, aprioristicamente, refletir acerca da *justiça distributiva*, que invoca, num primeiro plano, os ensinamentos de Aristóteles, que preconizava a valorização do *meio-termo*, defendendo que “as atividades nas quais se exercem as virtudes concernem a meios”. Tal pensamento envolve a visão platônica de *justiça*, para quem o debate do justo e do injusto transcende os acontecimentos humanos. No entanto, a teoria da justiça aristotélica lança luzes na esfera da relação individualizada do homem na sociedade, por ele chamada de *justiça particular*.

A *justiça particular* se revela na ação de sujeitos determinados no convívio social e tem duas espécies, a saber: (i) a *justiça distributiva* (ou geométrica), ligada à figura do legislador, atuando com a finalidade de repartir encargos e benefícios na sociedade; e a (ii) a *justiça corretiva*, associada à figura do juiz que, atuando quando da análise do caso concreto, deve corrigir eventuais desigualdades surgidas entre as partes *a posteriori*. (...).

A *justiça distributiva* de Aristóteles se dá numa relação que envolve duas partes desiguais. Entretanto, sempre haverá um ponto intermediário: “uma vez que o igual é uma mediana, o justo será uma espécie de mediana também”. Ademais, “o justo nesse sentido é, portanto, o proporcional e o injusto é aquilo que transgride a proporção”.

A desigualdade entre os cidadãos deve então ser equilibrada por meio da distribuição de encargos e benefícios na sociedade, a fim de alcançar o meio-termo (o justo) e escapar dos extremos. É assim que, estabelecidos os critérios diferenciadores entre os cidadãos, os iguais deverão ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente. Afinal, a *justiça* vem à tona quando uma pessoa dá “a cada um o que é proporcionalmente igual”.

⁴⁴⁰ Cf. GONÇALVES, Ionas Deda; HAIK, Cristiane Fátima Grano; ZACHARIAS, Rodrigo. A Efetividade da Justiça Distributiva e o Princípio da Distributividade na Seguridade Social: do Mínimo Existencial à Reserva do Possível e a Pandemia da Covid-19. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*. Ano XI – Nº 65 Out-Nov 2021, p. 76/77, extraídas as notas de rodapé.

A concepção de justiça distributiva de Aristóteles relaciona-se com valores de justiça social, na forma hoje concebida pelo legislador constituinte pátrio.

Alguns autores, como Marco Aurélio Serau Junior *et al*, compreendem ambos os princípios (seletividade e distributividade) como integrantes de uma única faceta, mas dupla, da seguinte forma⁴⁴¹:

O princípio da seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços da Seguridade Social (art. 194, III), possui dupla faceta. A primeira dela diz respeito ao fato de que possivelmente não seja viável economicamente efetuar proteção a todas as formas de contingências sociais, de sorte que será premente *selecionar* quais os eventos sociais a serem protegidos pela atividade estatal. A seletividade, por sua vez, é temporada pela *distributividade*, aspecto do princípio que aponta para a utilização do critério de escolha, pelo legislador, que permite alcançar a maior amplitude de situações no bojo da sociedade.

Wagner Balera preleciona que a distributividade evoca, de ponto, o ideário da *justiça distributiva*, daquela “antecessora da justiça social cuja tarefa consiste em corrigir as distorções presentes na vida social”⁴⁴².

Entendemos que a distributividade – qualidade do que é distributivo – pode ser compreendido como um princípio autônomo e deve ser equacionada à luz da questão da *justiça*, ideia que tem origem na concepção do filósofo de Estagira.

Após enfatizar que no sentido primário e mais geral a Justiça é a “obediência às leis”, Aristóteles afirma:

Em sentido mais restrito, a justiça é de duas espécies: uma se reporta à distribuição das honras, das riquezas e de todas as outras coisas divisíveis entre os cidadãos; a outra, comutativa, regula as aquisições e os contratos. A justiça distributiva está na igualdade das relações. As honras devem ser dadas na razão do mérito; a repartição mal feita gera a injustiça, porque quem tem mais é uma ofensa a quem tem menos.⁴⁴³

Dentre tantos filósofos que versaram sobre o assunto, vamos citar o contratualista Thomas Hobbes, já referido neste trabalho alhures, segundo o qual a *justiça distributiva* é aquela a ser operada por um árbitro, lastreada na equidade, quando se busca dar a cada um o que lhe é devido, algo diferente da *justiça comutativa*, extraída de um contrato:

A justiça das ações é dividida pelos autores em comutativa e distributiva. A primeira consiste numa proporção aritmética e a segunda numa proporção geométrica. Eles atribuem à justiça comutativa a igualdade de proporção nas coisas, objeto do contrato,

⁴⁴¹ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Comentário ao art. 194. In: MORAES, Alexandre de *et al*. *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 1445.

⁴⁴² BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2016, p. 36.

⁴⁴³ ARISTÓTELES. *A Ética*. Tradução: Cássio M. Fonseca, São Paulo: Edipro, 1996, p. 81.

e à justiça distributiva a distribuição de benefícios iguais a pessoas de méritos iguais (...) O mérito não é devido por justiça, mas pela graça (sem contar o que ocorre num pacto, no qual o cumprimento por uma das partes merece o cumprimento da outra parte e cai e cai sob a alçada da justiça comutativa, não da distributiva). A justiça comutativa é a justiça de um contratante (...) Chamamos justiça distributiva a que é exercida por um árbitro, isto é, o ato daquele que define o que é justo. Se o árbitro, recebendo a confiança daqueles que o escolheram, corresponder à confiança nele depositada, dizemos que praticou justiça distributiva, dando a cada um o que lhe era devido. Essa é uma distribuição justa. Equidade seria o nome mais apropriado para essa justiça, que é, também, uma lei natural (...)”⁴⁴⁴.

Assim, a *justiça comutativa* pressupõe um relacionamento entre iguais, que se situam no mesmo patamar.⁴⁴⁵

Aristóteles concebe o justo como algo intermediário entre dois pontos. Como o igual é um ponto intermediário, o justo será um meio-termo. Mas a *distributividade* é mais que isso, pois para a concessão da justiça devem ser levadas em conta as pessoas e as coisas. Eis os argumentos do grande filósofo:

Ora, igualdade implica pelo menos duas coisas. O justo, por conseguinte, deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo (isto é, para certas pessoas). E, como intermediário, deve encontrar-se entre certas coisas (as quais são, respectivamente, maiores e menores); como igual, envolve duas coisas; e, como justo, o é para certas pessoas. O justo, pois, envolve pelo menos quatro termos, porquanto duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e duas são as coisas em que se manifesta — os objetos distribuídos. E a mesma igualdade se observará entre as pessoas e entre as coisas envolvidas; pois a mesma relação que existe entre as segundas (as coisas envolvidas) também existe entre as primeiras. Se não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas: ou quando iguais tem e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais. Isso, aliás, é evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas "de acordo com o mérito"; pois todos admitem que a distribuição justa deve recordar com o mérito num sentido qualquer, se bem que nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito, mas os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou com a nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência. O justo é, pois, uma espécie de termo proporcional (sendo a proporção uma propriedade não só da espécie de número que consiste em unidades abstratas, mas do número em geral).⁴⁴⁶

Insistimos que a própria noção de justiça social passa pela distributividade, a qual passa pela análise do mérito, implicando a proteção social dos mais débeis do ponto de vista

⁴⁴⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Formas e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 111.

⁴⁴⁵ *Comutar* tem o sentido de *trocar*, *permutar*, segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DE LÍNGUA PORTUGUESA*, São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 444. *Comutar*, segundo o mesmo dicionário, também tem o sentido de *substituir uma pena ou castigo por outro menor*, ou mesmo *atenuar*, mas esses últimos não são pertinentes à presente pesquisa.

⁴⁴⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção Filosofia. 1ª Edição. LeBooks, 2019, aplicativo Kindle, p. 86 de 213.

econômico. São esses *economicamente fracos* os merecedores da proteção do Estado, indicando o caráter social desse princípio.⁴⁴⁷

Diversamente da seletividade, que é compreendida como uma função do constituinte, Miguel Horvath Júnior sustenta que o destinatário da distributividade é o *legislador ordinário*, atribuindo-lhe o mister de criar os “critérios/requisitos para acesso aos riscos objeto de proteção, de forma a atingir o maior universo de pessoas, proporcionando assim uma cobertura mais ampla”.⁴⁴⁸

É o legislador ordinário que tem a incumbência de criar leis para regulamentar os suportes fáticos definidos na Constituição Federal, por meio da previsão de atribuição da proteção social a determinadas pessoas.

Distributividade, portanto, não se dá por meio de normas constitucionais, exceto excepcionalmente, caso o legislador constituinte originário ou derivado assim o entender. Nos casos investigados nesta tese, a distributividade se manifesta pela atividade do legislador infraconstitucional. É o caso do auxílio-acidente, por exemplo, previsto no art. 86 da Lei nº 8.213/91.

Mas por vezes o própria Constituição já faz tal escolha, como quando tipifica, ela própria, determinados benefícios, como os previstos no art. 201, IV (salário-família e auxílio-reclusão), V (pensão por morte) e 203, V (benefício assistencial de prestação continuada).

Mas esse aspecto não anula a conclusão de Miguel Horvath Junior, de que *a distributividade é levada a efeito pelo legislador infraconstitucional*. Ao final das contas, é esse último quem estabelecerá os critérios específicos, definindo o *suporte fático* do benefício em toda a sua extensão, para fins da concessão desses direitos fundamentais sociais de seguridade social.

A necessidade de prover cobertura aos mais vulneráveis, por meio da distribuição de renda, indicativa de seu *caráter social*, é percebida por Sérgio Pinto Martins:

A distributividade implica a necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos os recursos. A ideia de distributividade também concerne à distributividade de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz do que distribuir renda. A distribuição deve ser feita aos mais necessitados, em detrimento dos menos necessitados, de acordo com a previsão legal, como no bolsa-família. A distributividade tem, portanto, caráter social. (...) O sistema visa à redução das desigualdades sociais e econômicas, mediante política de redistribuição de renda. É uma forma de tentar alcançar a justiça social⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 76.

⁴⁴⁸ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, p. 76.

⁴⁴⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo, Saraiva, 2020, p. 111.

Daniel Machado da Rocha ressalva que o *princípio da distributividade* também permite que determinadas pessoas não sejam alcançadas pela proteção social, quando não tiver necessidade⁴⁵⁰. Um exemplo dessa situação (já referido acima) pode ser encontrado na EC 20/98, que restringiu o direito ao salário-família e ao auxílio-reclusão aos segurados de baixa renda⁴⁵¹.

Assim, diferente da justiça comutativa, a justiça distributiva demanda redistribuição de renda, numa sociedade de desiguais.

Outra dimensão do *princípio da distributividade*, aplicado à realidade social, também é apresentada por Ivan Kerztman, quando ressalta a efetiva redistribuição de renda operada pela previdência social, representativa da maior fonte de renda de grande parte dos municípios brasileiros:

O Poder Público vale-se da seguridade social para distribuir renda entre a população. Isto porque as contribuições são cobradas de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes. Assim, uma vez nos cofres previdenciários, os recursos captados são distribuídos para quem precise de proteção.

Isso explica, então, o porquê de o segurado que recebe altos valores decorrentes de seu trabalho, receber um benefício bem inferior quando necessita. Já o segurado que recebe pequenas ou médias remunerações mantém sua faixa de ganho ao buscar a proteção previdenciária.

A Previdência Social é a grande distribuidora de renda entre as populações e regiões brasileiras. Basta mencionar que mais de 2/3 dos municípios brasileiros têm como maior fonte de renda da população o pagamento de benefícios previdenciários pelo INSS, superando até a receita do Fundo de Participação dos Municípios⁴⁵².

CASTRO e LAZZARI acrescentam que a distributividade é de ser concebida no regime da *repartição*, típico da previdência brasileira, devendo ser interpretado no sentido de distribuição de renda e bem-estar social:

Ao se conceder, por exemplo, o benefício de prestação continuada ao idoso ou ao deficiente sem meios de subsistência, distribui-se renda; ao se prestar os serviços básicos de saúde pública, distribui-se bem-estar social etc. O segurado, ao contribuir, não tem certeza se perceberá em retorno a totalidade do que contribuiu, porque os recursos vão todos para o caixa único do sistema, ao contrário do sistema de capitalização, em que cada contribuinte teria uma conta individualizada (como ocorre com o FGTS).⁴⁵³

⁴⁵⁰ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. São Paulo: Atlas, 2021, p. 14.

⁴⁵¹ O que foi, a propósito, considerado por Rocha como um grave erro, já que se trata de um benefício substitutivo do salário de contribuição. A constitucionalidade da EC 20/98, nesse ponto, foi chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 587365. Cf. <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87994/false>. Acesso em 01.6.2022.

⁴⁵² KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Previdência Social*. São Paulo: Jus Podivm, 2015, p. 56.

⁴⁵³ CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARI, João Batista. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 72

Em realidade, há dois grandes sistemas de custeio. No de *capitalização* são colocados em reserva as cotizações dos segurados durante um período, mais ou menos longo, para que o capital se acumule, com correção e juros, devendo permitir no futuro o pagamento que seja devido ao segurado ou a seus dependentes. Paul Durant explica que a capitalização pode ser *individual*, quando as cotizações são depositadas numa conta individual para cada segurado, ou *coletiva*, quando se baseia num conjunto de cotizações que paga toda uma geração de segurados.⁴⁵⁴ A capitalização é hoje utilizada na previdência privada (art. 202 da Constituição Federal).

Já, no de *repartição* o volume das cotizações arrecadadas num dado período servirá para o custeio das prestações que são devidas no mesmo período. A quantia global das cotizações que ingressarem nos cofres públicos ao longo do ano será repartida entre os beneficiários do sistema, neste mesmo ano. Paul Durant aponta suas vantagens e desvantagens, mas só um regime de repartição permitiria criar um mecanismo de pagamento e prestações assistenciais. Tão-somente a repartição permitiria implantar com rapidez um *sistema de seguridade social*, porque no mesmo momento de se implementar o regime, a repartição permite utilizar as somas ingressadas, para repartir imediatamente sob a forma de prestações⁴⁵⁵.

Distributividade, assim, é de ser operada no âmbito da repartição, que informa todos os subsistemas de seguridade social no Brasil (previdência social, assistência social e saúde). Relacionada com a justiça social (art. 193 da Constituição), será ela o termômetro a aferir a constitucionalidade ou não das normas infraconstitucionais de previdência social relativamente às pessoas com deficiência.

Para encerrar esse tópico, traremos à colação as considerações de Carlos Luiz Strapasson⁴⁵⁶. O autor enfatiza que, diferentemente dos modelos nórdicos de Estado de bem-estar social, o modelo brasileiro de seguridade social é conhecido por *sistema dual*, por envolver prestações de seguridade social tanto pelo Estado quanto por entidades privadas (tanto na previdência social complementar, como nas áreas da saúde e da assistência social). A atenção do Estado, portanto, seria restrita aos mais vulneráveis; os menos vulneráveis devem ter acesso à seguridade social, mas não necessariamente prestada por órgãos estatais. Tal seletividade pode

⁴⁵⁴ DURANT, Paul. *La Política Contemporanea de Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 387.

⁴⁵⁵ DURANT, Paul. *La Política Contemporanea de Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 387.

⁴⁵⁶ STRAPAZZON, Carlos Luiz. Comentário ao artigo 194. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), posição 99399, aplicativo Kindle.

gerar alguns efeitos indesejados, que precisam ser abordados na formulação de políticas públicas, no seguinte sentido:

Um comentário especial também precisa ser feito aqui para o objetivo da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III). Entender esse princípio é decisivo para compreender o modelo brasileiro de Estado Social e, notadamente, a diferença específica em relação a modelos nórdicos de Estado de bem-estar social. A decisão tomada pela Assembleia Nacional Constituinte foi a de adotar um modelo restrito de universalidade na prestação dos serviços e bens de segurança social. Isso quer dizer que, embora o direito de segurança social deva alcançar todos os brasileiros, a atuação do Estado deve ser compartilhada com a atuação do setor privado. Assim, a universalização do acesso não significa a universalização gratuita, nem a prestação estatal direta para todos esses direitos. O princípio da seletividade estabelecido no Art. 194, III, indica que o Estado brasileiro poderá prestar serviços públicos a grupos sociais (que entenda mais vulneráveis). Noutras palavras, nesse modelo brasileiro a atenção aos mais vulneráveis deve ser garantida diretamente pelo Estado. Todavia, segmentos menos vulneráveis devem ter acesso à segurança social, mas não necessariamente prestada por órgãos estatais. Pode ser prestada por entidades privadas e mediante pagamentos que, na medida do possível, podem ser subsidiados pelo Estado. O princípio da seletividade indica, portanto, que o Estado pode selecionar o tipo de serviços e o tipo de público a quem prestará serviços diretamente. Todavia, os objetivos deste artigo devem se converter numa rede de segurança social apta a alcançar todos os brasileiros, o Estado não pode falhar na atenção aos mais vulneráveis e os custos dos serviços privados devem ser razoáveis⁴⁵⁷.

Concordamos com as ponderações de Strapasson. Logo adiante, o autor aduz sua preocupação com a o aspecto da *estigmatização* social dos usuários e segurados selecionados no *sistema dual*:

"Esse modelo brasileiro, que incorpora o objetivo da seletividade e distributividade, é conhecido como *sistema dual*. Sistemas assim procuram conciliar a prestação estatal e a prestação privada para realizar a segurança social para todos. O princípio da seletividade não deve ser confundido com a focalização de políticas sociais. As duas guardam muitas semelhanças, é verdade. Contudo, enquanto a *seletividade* é um princípio que se justifica pela necessidade ou conveniência de limitar a prestação direta pelo Estado, a *focalização* se justifica por razões de eficiência. Políticas sociais *focalizadas* podem ser praticadas tanto em sistemas duais quanto em sistemas exclusivamente estatais ou exclusivamente privados de prestação social. Sistemas duais de segurança social, no entanto, têm prós e contras bem conhecidos. Se, por um lado, o modelo seletivo e dual pode responder melhor a um cenário de poucos recursos, por outro, essa escolha gera notável estigmatização social dos usuários e segurados *selecionados*. A ideia de que algumas *pessoas dependem do Estado* e que outras não dependem costuma rotular negativamente os grupos mais vulneráveis. O custo social, neste modelo, é o de acirrar a percepção de desigualdade e de que um grupo social sustenta o outro. A estigmatização do pobre e do *dependente de ajuda alheia* é um dos temas mais debatidos no contexto da humanização das políticas de segurança social⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ STRAPAZZON, Carlos Luiz. Comentário ao artigo 194. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), posição 99399, aplicativo Kindle.

⁴⁵⁸ STRAPAZZON, Carlos Luiz. Comentário ao artigo 194. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), posição 99414, aplicativo Kindle.

Com efeito, a ideia de humanização das políticas de segurança social é das mais desafiadores hoje e agora. Em um mundo ideal, as políticas públicas e sociais deveriam caminhar no sentido da superação da própria noção de previdência social, dado o grande percentual de pessoas que simplesmente não possuem condições financeiras de custear, elas próprias, a filiação a uma dada previdência social. Talvez a última fronteira das possibilidades de proteção social esteja na assistência social.

Apesar disso, essa opção redundaria no agravamento de outros aspectos, como já apontado por Martha Nussbaum, referida antes (item 2.8) no que toca à problemática narrativa em relação aos direitos sociais.

Ao final, Strapasson questiona se o modelo ainda é realmente adequado, depois de tantas décadas de vigência da Constituição de 1988.

Contudo, não é um modelo censurado pelas diretrizes de direitos humanos. Afinal, todos os Estados devem garantir segurança social com uso do máximo de seus recursos disponíveis. Seja como for, fica sempre aberta a discussão sobre se a sociedade brasileira tem o modelo de segurança social que realmente precisa, particularmente porque sempre pairam dúvidas razoáveis sobre se o Brasil controla devidamente os desperdícios e desvios e se tem os meios adequados para comprovar que aplica o máximo de seus recursos disponíveis no campo da segurança social. Há 30 anos, quando o texto constitucional foi escrito, era justificável esse modelo dual o cenário é outro. O texto constitucional, no entanto, permanece o mesmo⁴⁵⁹.

Por ora, numa época de aumento do desemprego mundial e no Brasil, além da presença de uma *disrupção tecnológica* que torna redundante a contratação de pessoas, sobretudo as menos qualificadas, quadro gerador de exclusão social e aumento da desigualdade, o auxílio das entidades privadas na implementação dos objetivos de seguridade social parece fazer sentido.

O modelo de *focalização das políticas públicas*, proposto por Strapasson, dependeria de mudança por parte do constituinte emendador. A propósito, uma das alternativas de mudança, via de regra vinculada a concepções neoliberais, está na adoção do *princípio da*

⁴⁵⁹ STRAPAZZON, Carlos Luiz. Comentário ao artigo 194. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), posição 99430, aplicativo Kindle.

subsidiariedade^{460 461}, o que pode em última análise menoscar tanto a seletividade quanto a distributividade, ao menos nos moldes preconizados pela Constituição Federal de 1988.

Em derradeiro, convém registrar que a distributividade, como manifestação da justiça social, não pode ser compreendida como um princípio limitado aos recantos da ordem social. É que a Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica e financeira, no Capítulo I, acerca dos princípios gerais da atividade econômica, no caput do art. 170 estabelece que, também nessa área, a finalidade é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Consequentemente, entendemos que a distributividade pode ser compreendida como um princípio informador de toda a ordem constitucional, mesmo porque representada, também, no art. 3º, I, no qual o constituinte estabeleceu, como objetivo da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

7.5.1.4 Precedência do custeio

A Constituição Federal, em seu artigo 195, § 5º, prescreve: “§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Registra Miguel Horvath Junior que o art. 158 da Lei nº 3.807/1960, a Lei Orgânica da Previdência Social, já dispunha de teor semelhante: “Nenhum outro benefício de caráter assistencial ou previdenciário, se não previsto nesta lei, poderá ser criado pelos poderes competentes sem que, em contrapartida, seja estabelecida a respectiva receita de cobertura.”

A regra da contrapartida obteve *status* constitucional por meio da EC 11, de 31.3.1965, que acrescentou o § 2º ao art. 157 da Constituição de 1946: “Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.”

⁴⁶⁰ Cumpre ressaltar que há em trâmite no Congresso Nacional proposta de emenda constitucional (PEC 32/2020) de reforma administrativa que originalmente trazia, como um de seus princípios, a *subsidiariedade*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/810414-reforma-administrativa-veja-as-diferencas-entre-a-proposta-do-governo-e-o-texto-aprovado-pela-comissao/>. Último acesso em 04.4.2022. O inteiro teor da PEC 32/2020 pode ser encontrada em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2079728. Último acesso em 04.4.2022.

⁴⁶¹ Em Portugal, a Constituição consagra a *subsidiariedade* como princípio do Estado unitário (art. 6º), bem assim como princípio informador das relações internacionais (art. 7º, item 6). A subsidiariedade já é uma realidade na jurisprudência pátria, contando com julgamentos da questão na análise do requisito da miserabilidade exigido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Nesse sentido, a súmula 23 da Turma Regional de Uniformização da 3ª Região, com o seguinte teor: *O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil.*

Na Carta de 1969, a regra veio estabelecida no parágrafo único do art. 165: “Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.”

Entendido na doutrina como “princípio da contrapartida”, em realidade suas características mais a aproximam de uma regra, observadas as considerações já apresentadas no capítulo sobre os princípios.

Tal regra recomenda, ao final das contas, a responsabilidade do legislador e do administrador da seguridade social, em suas três áreas de atuação: previdência, assistência e saúde.

Ibrahim, Bragança e Folmann salientam a importância do equilíbrio financeiro e atuarial da seguridade social (consoante os termos do *caput* do art. 201 da Constituição), devendo ser evitada a irresponsável concessão ou aumento das prestações, muitas vezes com intuito eleitoreiro, condutas, essas, que no passado foram responsáveis pela fragilização do sistema previdenciário⁴⁶².

Noutras palavras, os autores salientam que a atuação estatal frente aos direitos sociais prestacionais é sempre limitada pela carência de recursos, dentro da ideia da *reserva do possível*⁴⁶³.

De nada adianta, por outro lado, o Estado fornecer recursos parciais para o custeio da prestação nova, pois o resto remanecerá como problema a ser resolvido pelo administrador do sistema. O custeio deve ser total⁴⁶⁴.

Wladimir Novaes Martines observa que o dispositivo não aclara o momento em que deve ser criada a nova fonte de custeio necessárias⁴⁶⁵, o que pode constituir um problema sério na interpretação do referido dispositivo constitucional.

Mas, normalmente, nas palavras de Adriana Sawada Mello⁴⁶⁶, a aplicação da regra da contrapartida pressupõe o aumento da alíquota das contribuições sociais previstas nos incisos I a IV do art. 195 da Constituição ou mediante a faculdade prevista no § 4º do mesmo artigo (no

⁴⁶² IBRAHIM, Fábio Zambitte. BRAGANÇA, Kerly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2021, p. 133.

⁴⁶³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. BRAGANÇA, Kerly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2021, p. 133.

⁴⁶⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. BRAGANÇA, Kerly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2021, p. 133.

⁴⁶⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 149.

⁴⁶⁶ MELLO, Adriana Sawada. Comentário ao art. 195. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (coord.; Costa Machado (org.)). *Constituição Federal Interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2020, p. XXIV, p. 1053.

caso, a criação de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, observado o disposto no art. 154, I, do texto constitucional).

A questão dos abusos na criação de benefícios sem contrapartida é antiga e bem conhecida da doutrina pátria, tendo sido tão frequentes que se chegou a tachá-la de impraticável. Eis as palavras de Wladimir Novaes Martinez:

Não é difícil avaliar a impraticabilidade da norma. Sem recorrer ao Poder Executivo, detentor dos dados estatísticos, o Congresso Nacional não dispõe de condições técnicas de, apreciando a disposição, fixar previamente a necessária correspondência atuarial e financeira. Por isso, e atendendo a interesses políticos menores, ela não só foi violada inúmeras vezes, no passado, como vem sendo presentemente (...) Nos últimos tempos, o princípio tem sido olímpicamente ignorado. De um lado foram criadas vantagens e, de outro, contribuições, mas de todo modo, está se tornando anacrônico⁴⁶⁷.

A literatura especializada traz inúmeros exemplos de descumprimento do dispositivo constitucional. Citemos dois casos, um da criação de benefício em favor de pessoas consideradas *inválidas*, outro em prol de *pessoas com deficiência*.

A primeira lei a instituir um benefício em moldes semelhantes ao atual benefício assistencial de prestação continuada (art. 203, V, da Constituição) foi a Lei n.º 6.179/74, que instituiu renda mensal vitalícia, denominada na época de *amparo previdenciário*. Para Miguel Horvath Júnior, o *amparo previdenciário* foi criado com violação da regra da contrapartida, previsto no art. 165, parágrafo único, da EC 1/69, isto é, foi criado sem prévio custeio, na medida em que o artigo 8º da referida lei determinava que o benefício seria criado sem aumento de contribuições.⁴⁶⁸

O mesmo autor pondera que, a despeito do seu “aspecto social altruísta”, a Lei Complementar nº 142/2013, que criou a aposentadoria da pessoa com deficiência, da mesma forma foi instituída sem indicar a fonte de custeio⁴⁶⁹.

A problemática da regra da contrapartida, no mais, possui múltiplas camadas. A sanha tributária governamental histórica recebeu aguda crítica de Ives Gandra da Silva Martins e Celso Ribeiro Bastos, que ao comentarem o parágrafo 5º do art. 195 da Constituição prelecionaram que os governos aumentam a carga tributária e criam uma proteção previdenciária desigual entre servidores e os segurados do Regime Geral, privilegiando os primeiros. E aduzem:

⁴⁶⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 149.

⁴⁶⁸ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, p. 89.

⁴⁶⁹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, p. 90.

Os serviços continuam de péssima qualidade. A sociedade recebe aposentadoria indigna, ao lado de servidores públicos, que a recebem fantásticas se levarmos em consideração que o nosso é um país pobre. O contribuinte paga tributação de país civilizado e recebe benefícios e serviços de país subdesenvolvido.

Como se vê, pouco valeu o dispositivo, pois não paralisou aumentos que vieram apenas cobrir a falência do sistema, por garantir à Administração os benefícios auto-outorgados pelos detentores do poder⁴⁷⁰.

Concordamos com as críticas dos constitucionalistas e lamentamos a atual situação, que perdura. O excessivo custeio do RPPS certamente pode comprometer a capacidade financeira do Estado em prestar a seguridade social aos realmente necessitados, mas se trata de matéria que extravasa os limites do presente trabalho.

O princípio da contrapartida traria uma garantia limitadora do princípio da solidariedade social, pois, da mesma forma que a majoração de benefícios exige o custeio, “eventual incremento da contribuição exige, *a priori*, alguma compensação no plano de benefícios”, no dizer de Ibrahim, Bragança e Folmann⁴⁷¹.

Tal entendimento é, porém, de difícil operacionalização e há sérias dúvidas se pode ser demandada a majoração ou extensão de benefícios no caso de aumento da carga tributária. Para Wladimir Novaes Martines, nesse sentido, “sempre será possível a instituição de uma fonte de custeio sem a correspondente previsão de benefícios ao mesmo tempo, pois é próprio da seguridade social a obtenção antecipada dos recursos para, somente depois, serem estimados os benefícios”⁴⁷².

A compreensão da regra da contrapartida é de essencial importância às conclusões propostas nesta tese, acerca da omissão inconstitucional na criação de um benefício para a cobertura do evento “doença”, questão a ser tratada no capítulo 10.

7.5.1.5 Solidariedade

Deixamos propositadamente por último o princípio da solidariedade social. Ao versar sobre os princípios constitucionais impositivos, pontuamos que a norma contida no inciso I do art. 3º finca a ideia da justiça social, ao preconizar, no referente aos objetivos da República Federativa do Brasil, que a sociedade haverá de ser, além de justa e livre, também *solidária*.

⁴⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil. Vol. 8*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 106.

⁴⁷¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. BRAGANÇA, Kerly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2021, p. 133.

⁴⁷² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 149.

Como ressalta Catarina dos Santos Botelho, é preciso pontificar que a *solidariedade* é algo bastante diverso do *coletivismo*, termo que terá caracterizado experiências totalitárias de aniquilação do indivíduo e o “submergiram num ideal coletivo”⁴⁷³.

Diversamente disso, o objetivo último da coletividade solidária será exatamente o de atingir o maior número de pessoas possível que possa desenvolver plenamente o seu plano *individual* de vida⁴⁷⁴.

Márcia Hoffmann do Amaral e Turri, em sua obra sobre *solidariedade*, registra o pensamento de Adam Smith⁴⁷⁵ que relacionou a solidariedade, tida por ele sinônimo de simpatia, à questão da justiça e à generosidade, além da benevolência e beneficência⁴⁷⁶. Noutro passo, um dos motivos por que a leitura de Adam Smith é tão relevante será por encontrar no egoísmo e no individualismo virtudes sociais⁴⁷⁷, tratando-se de pensamento notoriamente influenciador do liberalismo clássico⁴⁷⁸.

Muitos discordam de Smith, a exemplo de Amartya Sen, para quem a conduta do ser humano vai muito além do autointeresse, pois muitas escolhas se pautam pelo interesse na decência no comportamento, permitindo aos outros que também busquem seus objetivos.⁴⁷⁹

Abstração feita das vantagens e desvantagens sociais do autointeresse, o fato é que, conforme a doutrina de Wladimir Novaes Martinez, o princípio da solidariedade social é tido, no âmbito do direito previdenciário, como o seu *princípio fundamental*, lastreado na fraternidade, forjador da proteção social projetada no tempo, para além das gerações respectivas dos beneficiários. Trata-se da *solidariedade entre gerações*, o aporte do referido autor carecendo de ser aqui transcrito:

A obrigatoriedade contida na solidariedade diz respeito ao custo dos meios de reparação, perpetuados no tempo. A tendência das pessoas é de não se privarem dos seus bens e de quererem ser beneficiadas pela coletividade, no caso de virem a sofrer os riscos obstativos de auferir os meios vitais de subsistência.

⁴⁷³ BOTELHO, Catarina Santos. *Direito sociais em tempo de crise: revisitando as normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 103.

⁴⁷⁴ BOTELHO, Catarina Santos. *Direito sociais em tempo de crise: revisitando as normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 103.

⁴⁷⁵ HOFFMANN, Márcia. *Um toque de solidariedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, posições 427 e seguintes, aplicativo Kindle.

⁴⁷⁶ SMITH, Adam. *Teoria dos Sentimentos Morais*. Tradução Lya Luft. Revisão: Eunice Ostrensky. São Paulo, VMF Martins Fontes, 2019, p. 5-11 e 97-106.

⁴⁷⁷ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações. Investigação Sobre sua Natureza e Suas Causas. Com introdução de Edwin Cannan*. Volume I. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996, capítulo II, p. 73.

⁴⁷⁸ No capítulo 2, já tratamos do Liberalismo utilitarista, com referência a Adam Smith, ao qual remetemos o leitor.

⁴⁷⁹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bollmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, s.a., pp. 338-339.

Opõe-se a obrigatoriedade ao individualismo e ao egoísmo humano, como regra lógica, pois é democraticamente imposta a todos, mesmo se, às vezes, não na proporção ideal.

A solidariedade jacente no seguro social não é conquista da técnica ou avanço da Moral, mas exigência matemática, própria do cálculo atuarial e cimentadora do Seguro Social.

É privação momentânea de todos em favor de alguns necessitados; os hipersuficientes de hoje, contribuintes, podem ser os carentes de amanhã, custeados por novos não necessitados surgidos. Daí falar-se em solidariedade de gerações⁴⁸⁰.

Nair Lemos Gonçalves, sobre a importância do princípio na questão do custeio, sustenta que “Qualquer regime ou sistema de Seguridade Social só pode alcançar o equilíbrio econômico-financeiro indispensável à sua manutenção se observado o princípio da solidariedade entre as gerações”.⁴⁸¹

De todo modo, uma vez ausente a solidariedade, sustenta Wladimir Novaes Martinez que será impossível organizar a previdência social. Por isso, alguns autores o chamariam de “princípio do seguro social”.⁴⁸²

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos traz, em seu artigo 29, nº 1, que: “1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.”

Consequentemente, lícito é inferir que os direitos sociais não são apenas obrigações prestacionais que obrigam o Estado, mas, nas palavras de Paulo Otero, citado por Catarina Santos Botelho, são também “deveres fundamentais que responsabilizam cada um face aos restantes membros da sociedade”⁴⁸³.

O ser humano, segundo Wladimir Novaes Martinez, é ele próprio uma técnica inespecífica de proteção social⁴⁸⁴, concebendo-se tal ideia como proteção a si próprio e aos semelhantes. Forçoso é reconhecer, contudo, que a proteção social do vulnerável – doentes, incapazes, pessoas com deficiência – não deve ficar na dependência da boa vontade dos indivíduos.

Cabe ao Estado congregar todas essas ações, administrando o resultado financeiro da *solidariedade legal*, a fim de prestar as medidas necessárias à garantia de suas respectivas *subsistências*.

⁴⁸⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 85.

⁴⁸¹ GONCALVES, Nair Lemos. *Novo Benefício da Previdência Social*. São Paulo: IBRASA, 1976, p. 141.

⁴⁸² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 107.

⁴⁸³ BOTELHO, Catarina Santos. *Direito sociais em tempo de crise: revisitando as normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 101.

⁴⁸⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 1992, p. 89.

Haverá solidariedade sempre que várias pessoas de um grupo contribuam para um fundo comum, que será usado no pagamento de prestações às pessoas necessitadas, integrantes desse grupo. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, poderá gozar a prestação, e enquanto isso todas os demais membros continuam contribuindo.⁴⁸⁵

Em várias oportunidades, a solidariedade está presente nos planos previdenciários, como no caso da contribuição dos urbanos em favor dos rurais (art. 39 e 143 da Lei nº 8.213/91), sem falar na contribuição de quem não tem direito a todas as prestações, como no caso do aposentado que volta a exercer atividade de filiação obrigatória (art. 18 da Lei nº 8.213/91) ou mesmo do aposentado do serviço público (RPPS) que continua a contribuir mesmo depois de jubulado.

Para mais, a solidariedade pode ser *direta*, quando houver “determinação direta e concreta das partes envolvidas”, ou poderá ser *indireta*, “quando há desconhecimento mútuo e indeterminação das partes”.⁴⁸⁶ No mais das vezes, passará despercebida do rol de beneficiados, constituído de milhões de pessoas.

Outrossim, é com fundamento na solidariedade legal que as empresas e empregadores domésticos são chamadas a contribuir para previdência social, malgrado não sejam suas beneficiárias (art. 15, I e II, da Lei 8.213/91), de acordo com os artigos 149, 195, I, ambos da Constituição Federal.

Outro exemplo típico de solidariedade legal está estampado na regra do art. 93 da Lei nº 8.213/91, que obriga empresas com 100 (cem) ou mais empregados a reservarem percentual de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) a pessoas reabilitadas ou pessoas com deficiência.

Retornando o foco ao objeto desta pesquisa, concluímos que, em se tratando de pessoas com deficiência obtidas desde o nascimento ou antes de completar 16 (dezesesseis) anos de idade – mínima permitida pela Constituição para o exercício de atividade laborativa, conforme art. 7º, XXVII – a solidariedade, exigida para a prestação de uma previdência social apta à cobertura das necessidades reais destas pessoas, deve ser uma solidariedade *qualificada*.

A solidariedade justifica tanto o enfoque instrumental de distribuição de bens primários de John Rawls, quanto o foco nos resultados segundo as lições de Martha Nussbaum e Amartya Sen.

Somente assim, sustentaremos mais adiante, será possível adequar a constitucionalidade de certas regras que restringem o ingresso dessas pessoas, vulneráveis desde idade tenra, no sistema de previdência social, questão a ser analisada no capítulo 13.

⁴⁸⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. Saraiva: 2020, p. 74.

⁴⁸⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. Saraiva: 2020, p. 74.

Somente uma solidariedade legal⁴⁸⁷ deste gênero será capaz de garantir a *inclusão social* de tais pessoas, que sequer tiveram oportunidade de verdadeira individualização na sociedade (item 7.4).

7.6 Previdência social

Costuma-se empregar o seguro social como expressão sinônima de previdência social. Ambas as expressões ostentam como características a presença do Estado, por autarquias federais, estaduais ou municipais, ou mesmo integradas na administração pública (casos dos servidores civis e militares).

Seguro social é a expressão marcante dos métodos de proteção social no século XX. É a técnica prevalecente em todo o mundo moderno e foi implantado, historicamente no mundo, na Alemanha em 1883; no Brasil, em 1923.

No decorrer de sua evolução, a proteção teve clientela restrita ao que exerce atividade remunerada. No Brasil, é submetido às normas de direito público, atribuindo ao titular um direito subjetivo às prestações.

A previdência social na Constituição de 1988 transformou-se num subsistema da seguridade social, como já referido.

Existem características comuns entre a previdência social e a assistência social, pois estas últimas também prestam benefícios e serviços. A saúde fornece serviços e utilidades, como medicamentos.

Segundo Sérgio Pinto Martins, benefícios são “prestações em dinheiro”, ao passo que serviços “são bens imateriais colocados à disposição das pessoas, como habilitação e reabilitação social, serviço social etc.”.⁴⁸⁸

No passado, Celso Barroso Leite advertiu:

Convém ressaltar que as disposições legais sobre os serviços são programáticas: não há direito pleno a eles, ou pelo menos eles não são exigíveis, uma vez que a prestação depende de disponibilidades orçamentárias, condições locais e outros fatores; e nisso os serviços distinguem fundamentalmente dos benefícios, exigidos de pleno direito quando atendidas as condições previstas.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Sobre os designados *direitos de solidariedade* que integram o hodierno *Estado preventivo do risco*, ver capítulo 4, item 4.3.4, acerca dos direitos fundamentais de quarta geração.

⁴⁸⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 76.

⁴⁸⁹ LEITE, Celso Barroso. *A Proteção Social no Brasil*. São Paulo: LTr, 1978, p. 72.

Ante a conformação constitucional dos setores da seguridade social como direitos sociais, conforme reza o art. 6º da Constituição, parece não haver mais razão plausível para tal distinção. Tanto os benefícios (artigos 201 e §§) quanto os serviços (artigos 196 e 203, IV) configuram direitos fundamentais sociais. Ergo, são exigíveis.

Os benefícios previdenciários são concedidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que é o responsável pela sua concessão e manutenção. Cuida-se de uma autarquia fruto da fusão do extinto Instituto Nacional de Previdência Social – INPS com o Instituto de Administração Financeira de Previdência Social – IAPAS, determinada pela Lei nº 8.029/90, regulamentada pelo Decreto 99.350/90.

O nome da autarquia previdenciária não seguiu a opção terminológica do Constituinte, que preferiu utilizar, sem qualquer “coerência semântica”,⁴⁹⁰ a expressão *seguro social* em vez de “previdência social”. Nesse sentido, merece reservas a alteração do nome da autarquia responsável pela concessão e manutenção dos benefícios da Previdência, que passou de Instituto Nacional de Previdência Social para Instituto Nacional do Seguro Social.

A previdência social está regrada nos artigos 201 e 202 do Texto Magno, o primeiro artigo destinado ao regime geral de previdência social, o segundo destinado à previdência privada.

Este trabalho lida, apenas e tão somente, com a previdência social do Regime Geral, nada tendo a ver com a previdência privada, como já pontuado na Introdução.

No regime geral de previdência social – RGPS no Brasil, a organização ocorre em nível federal. Os Estados e Municípios e o Distrito Federal podem instituir regime próprio de previdência social – RPPS.

O Plano de *Benefícios* foi edificado pela Lei nº 8.213/91, muito embora não preveja apenas benefícios, mas sim benefícios e serviços. Os beneficiários desse plano, chamado de regime geral, são os segurados e seus dependentes, fortes na ideia de filiação. A filiação do segurado é obrigatória, *ope legis*, uma vez desenvolvida a atividade econômica prevista na lei.

Os segurados da previdência social, inclusive a PCD, deverão contribuir para se manter vinculados ao regime. A solidariedade é compulsória. Os dependentes (art. 16 da Lei nº 8.213/91) não contribuem. Caso os segurados não consigam manter o pagamento das contribuições, depois de um determinado prazo perdem a vinculação à previdência social e ficam desprotegidos (art. 15 da Lei nº 8.213/91).

⁴⁹⁰ FERNANDES, Anníbal. *Previdência Social Anotada*. Bauru: Edipro, 1996, p. 80.

O sistema é custeado tanto por contribuições dos segurados, como pelas contribuições recolhidas pelas empresas, além de recursos orçamentários da União, consoante os termos do art. 195 da Constituição.

Há uma exceção quanto à obrigatoriedade de contribuição: a aposentadoria por idade rural, hospedada nos art. 39, I, da Lei nº 8.213/91. Esse benefício tem natureza assistencial, na medida em que, conquanto previsto o pagamento de contribuições incidentes sobre a produção, o segurado especial não precisa comprová-la para assegurar seu direito.

De mesmo modo, é considerada previdência social o plano de benefícios dos funcionários públicos, cujo regime de previdência está delineado no art. 40 da Carta Magna, bem como na Lei nº 8.112/91 no nível federal, igualmente de caráter contributivo.

Assim, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também poderão instituir planos de previdência para seus funcionários públicos. Os militares também têm regime próprio de previdência, diverso do dos servidores públicos civis (art. 142, IX, da Constituição). O Estatuto dos Militares, na esfera federal, é a Lei nº 6.880/80.

A existência desses vários regimes de Previdência causa enormes distorções, com reflexos na distribuição de renda e desigualdade social (v. item 6.5.1.3). Segundo dados do Ministério da Previdência e Assistência Social, de 1996, citados por Marly A. Cardone, os segurados do Regime Geral para os trabalhadores da iniciativa privada recebiam em média 2,1 salários mínimos, ao passo que os membros do Poder Legislativo e Poder Judiciário da União recebiam em média 36 e 36,6 salários mínimos.

Isso fez com que essa autora concluísse: “a previdência social, em lugar de ser um instrumento de redistribuição de renda, serve, apenas, para piorar o problema de sua concentração”.⁴⁹¹

O problema continuou nas décadas seguintes ao estudo de Marly A. Cardone, tanto que a previdência social passou por reformas estruturais, a começar pela trazida pela Emenda Constitucional nº 20/98, que dentre outras medidas previu a criação do fator previdenciário.

Tais distorções vêm sendo reduzidas com o advento de nova legislação, tendo sido expressivamente redimensionada a proteção oferecida pela previdência social de todos, pela Emenda Constitucional n. 103/2019, especialmente no caso dos servidores públicos, mas não só no tocante a estes. Benefícios devidos a pessoas vulneráveis, na condição de segurados e dependentes, também foram seriamente afetados pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

⁴⁹¹ CARDONE, Marly A. A Reforma da Previdência Social no Brasil. In: *Revista de Previdência Social*, n. CXCVIII, ano XXI. São Paulo: LTr, maio de 1997, p. 429.

7.3 Os suportes fáticos das normas definidoras de direitos sociais previdenciários

Para finalizar o presente capítulo, resta pontuar que a questão da concretização do direito fundamental social à previdência social da PCD depende da análise de ainda outro tema: o suporte fático das normas de proteção social.

O *suporte fático* das normas não é propriamente objeto de intenso interesse na doutrina de direito constitucional, diversamente do que se dá, por exemplo, no direito penal (no qual em geral é chamado de *tipo*) e no tributário (quando tem o nome de *fato gerador* ou *hipótese de incidência*). Fora isso, tem importância entre civilistas da escola de Pontes de Miranda⁴⁹².

Apesar disso, é no âmbito dos direitos fundamentais que o suporte fático tem sua aplicação por excelência no direito constitucional, segundo frase lapidar de Virgílio Afonso da Silva⁴⁹³.

Com efeito, uma vez delineado o *suporte fático*, abre-se ao intérprete a possibilidade de conceber o direito fundamental em toda a sua amplitude, operando raciocínios que impliquem *regulamentação* ou *restrição* desses direitos quando eventualmente entrarem em rota de colisão com outros direitos⁴⁹⁴.

Ocorre que, em se tratando de direitos sociais, sobretudo os que envolvem prestações positivas estatais, estabelecer seus limites é quase que toda a atividade do intérprete, já que, assim entendemos, as hipóteses de colisão de direitos fundamentais sociais não são tão frequentes.

Importante observar que o *suporte fático* dos direitos fundamentais sociais encontra a regra matriz na Constituição Federal, mas de modo apenas *parcial*.

Por exemplo, a configuração do direito fundamental social à previdência social primeiramente é assegurada *prima facie*, no art. 6º da CF. Somente mais adiante, no mesmo texto constitucional, dá-se a definição da contingência ou evento coberto ou risco social (art. 201 e incisos da CF). Exemplos: incapacidade, maternidade, idade avançada, morte etc.

⁴⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 105.

⁴⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 105.

⁴⁹⁴ O assunto é bastante amplo, inclusive no tocante a ser o suporte fático *amplo* ou *restrito*, indicativo de regulamentação ou restrição dos direitos fundamentais pelo intérprete. Optamos por não avançar no tema por compreender que não interessa aos propósitos da tese. Cf., por todos, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 79 e seguintes, onde refere vários autores, dentre eles John Rawls como adepto da teoria do suporte fático *restrito*, rejeitando um suposto fático amplo “com o expresse objetivo de evitar colisões entre direitos fundamentais e uma consequente necessidade de sopesamento entre eles” (p. 89).

No entanto, a norma constitucional – pela própria lógica da relação entre seletividade e distributividade, já analisada – não traz em sua completude toda a definição do direito fundamental social de previdência social.

Será o *legislador infraconstitucional*⁴⁹⁵ que, partindo das contingências selecionadas pelo constituinte originário ou reformador, vai definir as especificidades do suporte fático, inclusive indicando os potenciais beneficiários que, embora filiados ao sistema, ora serão incluídos, ora serão excluídos da abrangência de determinados benefícios.

Como exemplo de exclusão, temos que o *auxílio-acidente*, devido a pessoas parcialmente incapacitadas – que claramente podem se enquadrar na definição de pessoa com deficiência – segundo a leitura da jurisprudência majoritária nos Juizados Especiais Federais, não pode ser concedido a *contribuintes individuais*⁴⁹⁶.

De qualquer modo, o nível da proteção constitucional dos vulneráveis aqui versados (pessoas com deficiência), que se concretiza posteriormente com a ação do Legislador e do Executivo, começa a ser delineado no art. 201 da Constituição Federal, norma que já fora alterada pela EC 20/98 e, mais recentemente, pela EC 103/2019:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

- a: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019\)](#)
- I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019\)](#)
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Para nossa investigação, no tocante às pessoas com deficiência, interessa especificamente analisar os incisos I, IV e V.

No primeiro inciso, o texto constitucional hoje oferece a cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho. Antes do advento da EC 103/2019, a cobertura se concedia aos eventos *doença e invalidez*. A questão da eliminação da cobertura

⁴⁹⁵ Trata-se de singela manifestação do dirigismo constitucional, argumento já versado no item 1.4.

⁴⁹⁶ Tese firmada no Tema 201 da TNU: “O contribuinte individual não faz jus ao auxílio-acidente, diante de expressa exclusão legal.”.

previdenciária do evento *doença* é objeto de análise no capítulo 10. Ainda no âmbito do inciso I, enquadra-se o benefício de aposentadoria por idade (avançada) da pessoa com deficiência.

No inciso IV do art. 201, o texto constitucional prevê a concessão de auxílio-reclusão a dependentes de segurado de baixa renda.

E no inciso V a previsão é de concessão da pensão por morte. Em ambos os casos, a concessão desses benefícios ocorre quando o dependente é considerado incapaz ou pessoa com deficiência, na forma prevista na legislação infraconstitucional.

Nos capítulos seguintes serão abordados os benefícios previdenciários disponibilizados a essas pessoas vulneráveis, a saber: benefício por incapacidade permanente (aposentadoria por invalidez), benefício por incapacidade temporária (auxílio-doença), aposentadoria da pessoa com deficiência, auxílio-acidente e pensão por morte e auxílio-reclusão. Além desses, também versaremos sobre os serviços de habilitação e reabilitação profissional da PCD.

Importante reiterar, aqui, que a proteção previdenciária ora abordada, com base na norma constitucional, é a do Regime Geral de Previdência Social, como deixa claro a regra contida no *caput* do art. 201 do Texto Magno, acima referido.

Pontualmente, identificaremos eventuais violações, operadas pelo legislador ordinário, ao objetivo da justiça social (art. 193 da CF) e ao princípio da distributividade nas prestações de seguridade social (art. 194, parágrafo único, III, da CF).

Em outras situações, entendemos que a proteção previdenciária se encontra nos moldes da normatividade estabelecida pela Constituição, situações a serem aferidas caso a caso.

Antes de avançarmos no âmbito propriamente dito da concretização do direito fundamental social da PCD, urge que expliquemos o próprio significado de *pessoa com deficiência* perante o direito positivo. Esse o mote do próprio capítulo, o derradeiro dos preparatórios para a apresentação das teses propriamente ditas.

8 DO CONCEITO NORMATIVO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Finalmente chegamos ao capítulo destinado ao conceito normativo de pessoa com deficiência, depois de nos debruçarmos sobre outros assuntos em sete capítulos precedentes. Tal técnica de desenvolvimento pode ter causado estranheza ao leitor e, se assim se deu, desde logo apresentamos nossas escusas.

Mas nosso intuito foi exatamente o de primeiro desenvolver temas que envolvem nossa Constituição, para, somente após, discorrermos sobre a PCD e temas específicos do direito fundamental à previdência social. Primeiro o geral, depois o específico, e nada há de novo nisso.

Confessamos, logo no terceiro parágrafo da introdução, que nosso intuito é elaborar um trabalho com norte na doutrina de direito constitucional, como que para tentarmos de alguma forma inovar em alguns pontos de vista que, em nosso entender, parecem saturados de doutrina previdenciária.

Não que possa haver, em absoluto, alguma concorrência entre disciplinas. Pelo contrário, evoca-se uma parceria, uma soma nesse sentido, algo muitíssimo bem-visto na busca por um avanço qualquer em prol do mais fraco, mais vulnerável, mais dependente de amparo do Estado – e da sociedade também, que fique sempre claro.

Se esse socorro da constituição e da disciplina de direito constitucional foi ou não bem-vindo nesse empreendimento com foco na PCD, caberá ao leitor responder, e para tanto exoramos que continue a leitura desta obra até o final.

Feitas essas explicações, sem mais delongas retornemos à nossa narrativa.

Amartya Sen⁴⁹⁷ salienta que, segundo relatório do Banco Mundial, aproximadamente 10% (dez por cento) dos seres humanos sofre alguma forma significativa de inaptidão física ou mental, e mais de dois terços dessas pessoas vivem em países em desenvolvimento.

Hugo Nigro Mazzilli salienta que estudos da ONU apontam para um cálculo estimativo no sentido de que 10% das pessoas em todo o mundo têm algum tipo de deficiência.⁴⁹⁸

Quanto ao Brasil, Luiz Alberto David Araujo estimou que 10% (dez por cento) da população brasileira seja constituída por pessoas com deficiência.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Tradução Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. Companhia das Letras: São Paulo, 2009, posição 5256 de 9313, aplicativo Kindle.

⁴⁹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Pessoa Portadora de Deficiência e o Ministério Público*. In: *Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência*. Guilherme José Purvin de Figueiredo (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 79.

⁴⁹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 12.

Já segundo o último censo nacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, no Brasil ao menos 45.606.048 (quarenta e cinco milhões, seiscentos e seis mil e quarenta e oito) pessoas possuíam algum tipo de deficiência⁵⁰⁰, quantia que se aproxima do percentual de 20% (vinte por cento) da população.

Uma pessoa pode apresentar *deficiência* pelas mais variadas razões. Inúmeros fatores – como a subnutrição, o subdesenvolvimento, os acidentes ecológicos, acidentes de trânsito, acidentes de trabalho, o uso indevido de substâncias entorpecentes, a falta de uma política pré-natal adequada – têm contribuído para o surgimento de pessoas com deficiências mentais, sensoriais, orgânicas, comportamentais e sociais.⁵⁰¹

Para Nair Lemos Gonçalves, o ser humano pode integrar a categoria de PCD tanto a partir do nascimento, quanto em qualquer outra fase de sua vida.⁵⁰²

Luiz Alberto David Araujo compilou muitos significados da palavra *deficiente*, extraídos dos dicionários de Língua Portuguesa. Observa ele que, geralmente, os dicionários trazem a ideia de que a pessoa *deficiente sofre de falta, de carência ou de falha*. Contudo, frisa que o indivíduo com deficiência, seja por razões físicas ou mentais, deve apresentar dificuldades para seu relacionamento social. “*O grau de dificuldade para a sua integração social é o que definirá quem é ou não portador de deficiência*”.⁵⁰³

O Brasil insere-se dentre os chamados *países em desenvolvimento*, com uma economia relevante, mas, ao mesmo tempo, na área social padece de todos os problemas típicos dos países não desenvolvidos, de modo que sua já conhecida *desigualdade social* piora ainda mais o quadro, levando a imensa maioria da população a depender da implementação de *políticas públicas e sociais*, sobretudo nas áreas da educação, da saúde e da moradia⁵⁰⁴.

No item seguinte apresentaremos um singelo esboço histórico da evolução do conceito de PCD.

8.1 Breve esboço histórico

⁵⁰⁰ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em 19.5.2022.

⁵⁰¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Pessoa Portadora de Deficiência e o Ministério Público. In: *Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência*. Guilherme José Purvin de Figueiredo (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 79.

⁵⁰² GONCALVES, Nair Lemos. Verbete Excepcionais. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, n. XXXIV. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 383.

⁵⁰³ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 18-22.

⁵⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 587-599.

Pessoas com deficiência, hoje consideradas *minorias*, podem ser tomadas como “*aqueles que não podem trabalhar*”, referidos no art. XXI da *Declaração do Homem e do Cidadão*, na Convenção de 1793 na França, embora o atual conceito normativo extravase os contornos da mera incapacidade para o trabalho.

A preocupação com a PCD cresceu a partir da segunda metade do século XX, tendo em vista a necessidade de reabilitar pessoas tornadas deficientes em razão das guerras, militares e civis.

No que concerne ao direito brasileiro, até a Carta de 1969 não houve maiores preocupações do legislador constitucional com a PCD, contexto que passou a mudar a partir da Emenda Constitucional n.º 12/78, que tinha o seguinte conteúdo:

Artigo único - É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:
 I - educação especial e gratuita;
 II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;
 III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;
 IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Em 1955, a Organização Internacional do Trabalho editou a Recomendação n.º 99, cuidando da adaptação e da readaptação profissional dos *inválidos*.

Iniciou-se então um movimento de integração social desse grupo de pessoas, o que resultou na Carta Social Europeia, de 1961, e na Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1975.

Pela Resolução n.º XXX/3.447, que conforma a Declaração, em 09/12/1975, a Organização das Nações Unidas considera “pessoa deficiente” qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou, em 1983, a Convenção n.º 159,⁵⁰⁵ (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 51, de 25.8.89, do Congresso Nacional; ratificação em 18 de maio de 1990; promulgação pelo Decreto n. 129, de 22.5.91⁵⁰⁶), quando

⁵⁰⁵ A Convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do art. 1º, I, do Decreto Legislativo n.º 51, de 1989. Cf. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A Pessoa Portadora de Deficiência e o Princípio da Igualdade de Oportunidades no Direito do Trabalho. In: *Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência*. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 50. A referida convenção foi promulgada pelo Decreto nº 129, de 22.5.1991, com início da vigência nacional em 18.5.1991.

⁵⁰⁶ Informações obtidas no sítio eletrônico da OIT. Cf. https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236165/lang--pt/index.htm. Último acesso em 01.4.2022.

se propugnou pelo direito da PCD à adaptação ou readaptação profissional, tanto em instituições específicas, quanto em postos de trabalho junto a não deficientes.

A Constituição Federal de 1988 demonstra preocupação com as então denominadas *peças portadoras de deficiência*. No art. 23, II, estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública, bem como da proteção e da garantia às pessoas com deficiência. No art. 24, XIV, outorga a competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para legislar sobre sua proteção e integração social. No art. 7º, inciso XXXI, preconiza a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador. O art. 37, VIII, determina a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definirá os critérios de sua admissão. No art. 203, IV, prevê o direito à *habilitação e à reabilitação* das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária. Nos termos do art. 208, III, sobre o dever do Estado com a educação, é garantido o atendimento educacional especializado para as pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. E no art. 244 remete à lei as disposições sobre a adaptação de logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes, a fim de lhes garantir o acesso adequado.

A Convenção nº 168 da OIT, que trata da Promoção do Emprego e Proteção Contra o Desemprego (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 89, de 10.12.92, com ratificação em 24.3.1993 e promulgado pelo Decreto n. 2.682, de 22.7.98⁵⁰⁷), em seu artigo 8 – 1, estabelece que todo membro deverá se esforçar para adotar, com reserva da legislação e da prática nacionais, medidas especiais para fomentar possibilidades suplementares de emprego e a ajuda ao emprego⁵⁰⁸, bem como para facilitar o emprego produtivo e livremente escolhido de determinadas categorias de pessoas desfavorecidas que tenham ou possam ter dificuldades para encontrar emprego duradouro, como os deficientes físicos e outros vulneráveis.

O Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência por meio do Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001. O Decreto n. 3.956, de 08.10.2001, promulgou a referida Convenção.

⁵⁰⁷ Informações obtidas no sítio eletrônico da OIT. Cf. https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236165/lang--pt/index.htm. Último acesso em 01.4.2022.

⁵⁰⁸ Entendemos que o *auxílio-inclusão*, criado pela Lei nº 14.176/2021, permitindo o exercício de atividade laborativa pelo titular do benefício assistencial de prestação continuada, vai ao encontro do estabelecido na referida convenção.

Um passo muito importante foi dado com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30.03.2007, que foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9.7.2008, ao depois promulgado pelo Decreto n. 6.949, de 25.8.2009.⁵⁰⁹

O artigo 28 do Decreto n. 6949/2009 estabelece no artigo 27 o direito ao trabalho e ao emprego e, num segundo momento, no artigo 28, o direito ao “Padrão de vida e proteção social adequados”, da seguinte forma:

- 1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.
- 2.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:
 - a) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico e assegurar o acesso aos serviços, dispositivos e outros atendimentos apropriados para as necessidades relacionadas com a deficiência;
 - b) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza;
 - c) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso;
 - d) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos;
 - e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

A Lei 13.146/2015 instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), consagrando e introduzindo direitos, culminando por introduzir um novo conceito, finalmente adequando-o à Convenção sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9.7.2008, ao depois promulgado pelo Decreto n. 6.949, de 25.8.2009.

A Lei 13.146/2015 utiliza a expressão “pessoas com deficiência”, na esteira daquela já utilizada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência de seu Protocolo Facultativo.

Para Luiz Alberto David Araújo, a Constituição Federal de 1988 já deve ser lida com o novo nome:

⁵⁰⁹ O texto integral pode ser consultado em: <http://www.pcdlegal.com.br/convencaoonu/wp-content/themes/convencaoonu/downloads/ONU_Cartilha.pdf> (acesso em 09.02/2021).

Aliás, sob esse enfoque, o novo texto constitucional atentou para o delicado problema, adotando a terminologia que julgamos mais adequada (pessoas portadoras de deficiência), ao contrário do texto anterior, que se utilizava das expressões «deficiente» e «excepcional». Atualmente, a expressão utilizada é – pessoa com deficiência. A ideia de portar, conduzir, deixou de ser a mais adequada. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que ingressou no sistema constitucional brasileiro por força do Decreto-Legislativo n. 186 de 09 de julho de 2008 e do Decreto de Promulgação n. 6949, de 25 de agosto de 2009, utiliza-se da expressão contemporânea, mais adequada. A pessoa (que continua sendo o núcleo central da expressão) tem uma deficiência (e não a porta). Com a aprovação da Convenção, que tem equivalência com a Emenda à Constituição, por força do parágrafo terceiro, do artigo quinto, da Constituição Federal, a terminologia nova revogou a antiga. Assim, apesar de os textos impressos trazerem a expressão – pessoa portadora de deficiência, a aprovação da Convenção, com status equivalente a Emenda Constitucional, tratou de alterar o dispositivo constitucional. Assim, a Constituição deveria já estar retificada para – pessoa com deficiência, nome atual, constante de norma posterior, convencional, de mesmo porte de uma emenda. Sendo assim, a Constituição já foi alterada neste tópico⁵¹⁰.

De qualquer forma, é preciso delimitar a proteção constitucional apenas àquelas pessoas que realmente dela necessitam, porquanto existem *graus de deficiência* que apresentam menores dificuldades de adaptação à pessoa.

Os graus de deficiência relacionam-se com a medida da dificuldade para a integração social da pessoa. E tal verificação somente poderá ser feita diante de um *caso concreto*.⁵¹¹ E quanto mais complexo o meio social, maior rigor se exigirá da pessoa portadora de deficiência para sua adaptação social. De outra parte, na vida em comunidades mais simples, como nos meios agrícolas, a PCD poderá integrar-se com mais facilidade.⁵¹²

8.2 O conceito jurídico de pessoa com deficiência na legislação ordinária

A construção do conceito normativo de pessoa com deficiência no Brasil teve grande importância no campo da assistência social, graças ao benefício de um salário-mínimo previsto no art. 203, V, da Constituição, que passou a ser concedido a milhões de brasileiros.

A legislação infraconstitucional, para fins de concessão do benefício assistencial, inicialmente conceituou a pessoa com deficiência de maneira restritiva, enfeitando grande número de pessoas necessitadas da proteção social determinada pela Constituição. A redação

⁵¹⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 16.

⁵¹¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 42.

⁵¹² ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 43.

original do § 2º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 definiu-a como “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”.

A lei ordinária, ao limitar a concessão do benefício aos casos de incapacidade, consistia num benefício substitutivo do salário, destinado aos que não tinham a possibilidade física ou mental para o trabalho e para a vida independente.

Houve muita discussão a respeito do conceito de “incapacidade para a vida independente”. A regra bastante restritiva deixava de fora da proteção assistencial muitos vulneráveis com dificuldade séria para se integrarem à sociedade, mas que não se enquadravam no conceito legal de pessoa com deficiência.

Em razão disso, a jurisprudência buscou outras interpretações para ampliar o acesso ao benefício assistencial por pessoas realmente necessitadas.

Segundo a *súmula 30 da Advocacia Geral da União*, a incapacidade laboral é tida como *suficiente* para caracterizar a incapacidade para a vida independente.

No mesmo diapasão, a *súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização*: para os efeitos do artigo 20, §2º, da Lei n. 8.742 de 1993, incapacitada para a vida independente não só é aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilidade de prover seu próprio sustento.

Porém, ao equiparar a *impossibilidade de prover o próprio sustento* com a *incapacidade para a vida independente*, as súmulas afastaram-se da interpretação gramatical, que se mostrava, em nosso entender, a mais próxima da intenção do legislador e perfeitamente adequada à noção de sistema (ver capítulo 13).

Restrições a direitos fundamentais podem ser operados por meio de lei, desde que compatíveis com a Constituição⁵¹³ e uma vez respeitado seu *núcleo essencial*. No caso em análise, a redação original do art. 20, § 2º, da LOAS preservava a possibilidade de concessão do benefício a um universo menor de pessoas com deficiência, mas não foi suprimido o acesso à assistência social.

Essas discussões se tornaram superadas diante as alterações levadas a efeito na Lei n. 8.742/93. Em 2011, o texto original do artigo 20, § 2º, da LOAS foi finalmente alterado, sob o influxo da nova concepção de PCD, trazida pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Segundo Luiz Alberto David Araujo e Waldir Macieira da Costa Filho, a Convenção abandona o conceito médico para “adotar um conceito ambiental, muito mais preocupado com

⁵¹³ ALEXY, Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 281 e seguintes.

as barreiras existentes na realidade do indivíduo do que apenas e tão somente no aspecto médico”.⁵¹⁴

A Lei n. 12.435/2011 deu nova redação ao § 2º do artigo 20 da LOAS, definindo o conceito de PCD à luz do enfrentamento de impedimentos e barreiras⁵¹⁵.

Pouco tempo depois, o artigo 20, § 2º, da Lei n. 8.742/93 foi novamente derogado pela Lei n. 12.470/2011⁵¹⁶, quando se retirou o prazo mínimo de dois anos para a configuração dos impedimentos de longo prazo.

Por fim, a Lei n. 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), que teve início de vigência em 02/01/2016, novamente modificou o teor da regra contida no artigo 20, § 2º, da LOAS. Basicamente, a alteração deu-se na substituição da palavra *impedimentos* por *impedimento*. Em teoria, para configurar a PCD, basta a existência de um impedimento com interação com uma barreira, diversamente da redação anterior do art. 20, § 2º, da LOAS.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência define *barreiras* no inciso IV do art. 3º, mas não define o termo *impedimento*.

Segundo o Caldas Aulete⁵¹⁷, a palavra *impedimento* significa “tudo o que impede; estorvo, embaraço, obstáculo” ou, então, quer dizer “Estado de pessoa impedida, por doença ou outra causa, de cumprir os deveres de seu cargo”.

No Aurélio⁵¹⁸, tem o sentido de “Ato ou efeito de impedir; impedição” ou “Obstáculo, embaraço, estorvo, impedição” ou, ainda, de “Estado de quem, por doença, licença ou outra causa, se acha impedido de exercer as suas funções”.

Enfim, impedimentos podem ser de variadas espécies e origens.

É por meio de prova técnica – a perícia realizada na via administrativa e na judicial – que se identifica a presença de eventual *barreira* e *impedimento* na vida de uma pessoa.

⁵¹⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira. A Lei 13.146/2015 (O Estatuto da Pessoa com Deficiência ou a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência) e sua efetividade. In: *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 15.

⁵¹⁵ “Para efeito de concessão deste benefício, considera-se: (Redação dada pela Lei n. 12.435, de 2011)

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.”

⁵¹⁶ “Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

⁵¹⁷ CALDAS AULETE. *Diccionario Contemporaneo da Lingua Portuguesa*, 2º volume. Lisboa: Parceria Antonio Maria Pereira, 1925, p. 16.

⁵¹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DE LÍNGUA PORTUGUESA*, São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 921.

As regras contidas no §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) estabelecem que a avaliação da deficiência se dará por perícia *biopsicossocial*, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

A avaliação biopsicossocial é de suma importância para a apuração da deficiência, devendo ser realizada sob pena de nulidade. Nesse diapasão, a súmula 80 da Turma Nacional de Uniformização:

Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei 12.470/11, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente.

Pelo que foi aqui exposto, infere-se que a evolução do conceito de PCD desenvolveu-se no âmbito do direito internacional, tendo posteriormente sido internalizado no Direito positivo pátrio.

Hoje, o conceito de PCD vale para todos os fins, seja para a assistência social (Lei 8.742/93), seja para a previdência social (Lei 8.213/91 e Lei Complementar 142/2013), seja para finalidades externas à seguridade social, como o direito à educação, transporte, acessibilidade etc.

A avaliação biopsicossocial, prevista nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), deve ser aplicada nos pleitos de concessão de benefícios previdenciários, a exemplo da aposentadoria criada pela Lei Complementar nº 142/2013.

Reiteramos que o conceito atual de deficiência, inaugurado em 2011 pela legislação derogatória do art. 20, § 1º, da LOAS, substitui um conceito médico por um ambiental e social. A importância está na existência de impedimentos e barreiras, que prejudicam a integração social da pessoa.

8.3 A necessária intervenção do Ministério Público

Tratando-se de processo judicial em que se discutem direitos fundamentais sociais de previdência social de PCD, a intervenção do Ministério Público mostra-se obrigatória, em nosso entendimento.

Já tratamos da intervenção do *Parquet* em processos judiciais em que litigam pessoas com deficiência e INSS, em que a PCD busca a concessão do benefício assistencial de prestação continuada – BPC nos Juizados Especiais Federais⁵¹⁹.

Na referida pesquisa, abordamos as normas constitucionais e ordinárias que legitimam a obrigatória participação do Ministério Público, sob pena de nulidade, registrando a necessidade uma maior *accountability* da referida instituição nesses casos.

Eis trecho daquele trabalho:

Para se legitimar o processo justo, não basta a mera intimação do membro do MPF para participar do processo.

A intervenção do *Parquet*, como fiscal da lei, no processo em trâmite nos Juizados Especiais Federais, pode gerar um incremento de justiça no caso concreto, num processo enriquecido com os regramentos do devido processo legal, em que o órgão ministerial atua para equalizar a desigualdade de recursos entre o hipossuficiente e o órgão responsável pela concessão do benefício.

Mais que isso, sua intervenção é importante para prevenir eventuais falhas na defesa dos direitos desses vulneráveis, além de coibir possíveis injustiças praticadas pelo Judiciário.

Para os jurisdicionados que buscam a concessão do BPC, as prestações mensais envolvem garantia de sobrevivência, no aspecto alimentar, representando importante mecanismo de inclusão social.

O ambiente de atuação do Ministério Público dá-se em litígio deflagrado em torno de um direito fundamental social, de titularidade potencial de pessoas vulneráveis do ponto de vista informacional, físico e/ou psicológico e financeiro.

Deste modo, lida-se com área – o subsistema processual dos Juizados Especiais Federais – em que o interesse individual indisponível (art. 127, caput, da Constituição Federal) da pessoa com deficiência ou do idoso tem a mesma dimensão dos interesses público e social (art. 178, I, do CPC)⁵²⁰.

Todos os argumentos ventilados no referido artigo valem aqui, *mutatis mutandis*, muito embora o estudo referido tenha se restringido aos processos judiciais que tramitam nos Juizados Especiais Federais, tanto nos juízos originários quanto nas Turmas Recursais.

As complexidades na apuração da deficiência, segundo perícias biopsicossociais, aplicam-se tanto em ações judiciais assistenciárias quanto nas previdenciárias.

Em ambas as situações, é de fundamental importância a participação efetiva do Ministério Público, não apenas nos casos de deficiência física, mas sobretudo nos de deficiência mental.

⁵¹⁹ MARIANO JUNIOR, Raul; ZACHARIAS, Rodrigo. Da participação do Ministério Público Federal como fiscal da lei em processos individuais relativos ao benefício assistencial de prestação continuada nos Juizados Especiais Federais. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 29, n. 116, p. 255-279, out./dez. 2021.

⁵²⁰ MARIANO JUNIOR, Raul; ZACHARIAS, Rodrigo. Da participação do Ministério Público Federal como fiscal da lei em processos individuais relativos ao benefício assistencial de prestação continuada nos Juizados Especiais Federais. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 29, n. 116, out./dez. 2021, p. 276.

Enquanto pertencente a uma parcela vulnerável da sociedade, as pessoas com deficiência em litígio judicial necessitam de uma proteção adicional.

Do exposto, registrando a firme convicção de que, para a efetiva concretização dos direitos fundamentais sociais de previdência social da PCD, a intervenção do Ministério Público é essencial, fundamental e obrigatória, sob pena de nulidade, em todos os processos judiciais em que se pleiteiam os benefícios a serem abordados nos capítulos 9 a 13.

Ultimados esses primeiros sete capítulos preambulares, é chegado a hora de avançarmos para as análises dos benefícios previdenciários previstos para a PCD, objeto do próximo capítulo.

9 DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PREVISTOS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA CONDIÇÃO DE SEGURADOS

A partir do presente capítulo, trataremos dos benefícios previdenciários previstos para a PCD em razão de sua deficiência ou de sua incapacidade laborativa.

Tais pessoas terão a titularidade de todos os demais benefícios oferecidos pela previdência social, como seguro-desemprego, aposentadoria por idade, salário-maternidade etc. Tais prestações, contudo, não são objeto de nosso interesse neste trabalho.

Primeiramente, trataremos dos benefícios previstos para pessoas com deficiência na condição de *segurados* da previdência social. Também fazem jus a benefícios enquanto *dependentes*, que serão tratados adiante.

Enquanto contribuintes e mantida a qualidade de segurados na forma do art. 15 da Lei nº 8.213/91, os benefícios dependem da ocorrência de fatos geradores (contingências sociais) envolvendo a própria pessoa segurada.

São eles: aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição da pessoa com deficiência, benefício por incapacidade permanente, benefício por incapacidade temporária e auxílio-acidente.

Resta registrar que optamos por apresentar, doravante, ao final de cada capítulo, um item reservado às *conclusões parciais*. Tal técnica de apresentação se justifica pela especificidade dos objetos que serão tratados daqui para a frente.

Explicamos: os capítulos pretéritos – que são, em nosso ver, igualmente importantes – não contam com um item final de conclusões parciais tendo em vista que as matérias são instrumentais, no sentido de servirem de base e fundamento às conclusões vindouras.

Daí que se tornaria difícil, talvez inadequado, elaborar conclusões parciais a respeito de questões-meio. Afinal, não se trata de conclusões, mas como que premissas, bases, alicerces deste trabalho.

9.1 Aposentadoria de pessoa com deficiência

Depois de longos anos de espera, o legislador decidiu regulamentar o disposto no art. 201, § 1º, da Constituição, parágrafo que teve a redação alterada pela EC 47/2005, da seguinte forma:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

A Lei Complementar nº 42/2013 disciplina as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição da pessoa com deficiência no Regime Geral de Previdência Social, consoante a restrição estabelecida em seu artigo 1º.

Nada obstante, a EC 103/2019 introduziu no texto magno o art. 40, § 4º-A, criando a possibilidade de ser estabelecidos pelo ente federativo, por meio de lei complementar, para fins de seu respectivo plano próprio de previdência social, “idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.”

Tal aposentadoria própria foi então criada por lei. O artigo 3º da Lei Complementar nº 42/2013 estabelece os requisitos para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição (incisos I a III) e por idade (inciso IV) da PCD:

Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.

Atualmente, a identificação dos graus de deficiência é levada a efeito, para os segurados da previdência social, nos termos da Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP nº 1 de 27.01.2014, cujo anexo traz o índice de funcionalidade brasileiro aplicado para fins de classificação e concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência (IF-BrA).

Tal regulamentação administrativa se mostra adequada ao conceito multidisciplinar de deficiência, à luz Convenção de Nova Iorque, que é, a propósito, reproduzido no art. 2º da LC 142/2013:

Art. 2º Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de

longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, a despeito de a aposentadoria por tempo de contribuição relacionar-se com o risco decorrente da longa exposição do segurado ao trabalho no passar das décadas, a Lei Complementar nº 142/2013 – que não regulamenta uma aposentadoria por incapacidade ou invalidez – trata a deficiência como um fenômeno sem relação com a habilidade para o trabalho.

A pretendida facilitação do acesso à aposentadoria se dá por conta de dificuldades que o segurado PCD enfrenta em sua vida em sociedade, demandando-lhe maior esforço na realização das tarefas diárias, ainda que fora do trabalho⁵²¹.

É de se registrar que, para os segurados em geral, a aposentadoria por tempo de contribuição foi extinta pelas regras gerais, assegurada sua concessão apenas aos segurados que ingressaram no sistema previdenciário antes da entrada em vigor da EC 103/2019, segundo as regras de transição expostas nos artigos 15, 16, 17 e 18 da mesma emenda.

Entretanto, diante da expressa recepção da LC 142/2013 em sua integralidade, infere-se que ambos os benefícios assegurados à PCD ainda perduram⁵²².

Insta notar que o art. 7º da LC 142/2013 permite o cálculo proporcional de tempo de contribuição para o segurado que desenvolve a deficiência após a filiação ao RGPS ou, se já a possui, tem grau alterado dentro das faixas existentes. Na forma do art. 70-E do Decreto nº 3.048/99, permite-se a conversão entre períodos de diversos graus de deficiência ou mesmo período de trabalho exercido sem deficiência.

Para finalizar esse tópico, uma breve análise sobre os porquês da previsão de uma aposentadoria por tempo de contribuição (ATC).

Objeto de críticas inúmeras da doutrina, a ATC foi extinta como regra geral pela EC 103/2019 após período de reformas constitucionais e infraconstitucionais, que visaram a restringir sua concessão e a valorizar as aposentadorias de quem as obtém com idade mais avançada, impondo, por exemplo, a regra do fator previdenciário pela Lei nº 9.876/99.

Os anos se passaram e o déficit da previdência social – calculado apenas mediante a diferença entre os ingressos de contribuições previdenciárias patronais e dos segurados e os valores despendidos no pagamento dos benefícios previdenciários – só fez aumentar.

⁵²¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. BRAGANÇA, Kerly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2021, p. 614.

⁵²² IBRAHIM, Fábio Zambitte. BRAGANÇA, Kerly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2021, p. 614.

Não há espaço neste trabalho para debater se seria pertinente falar em déficit de seguridade social. Aqui apenas se discorre sobre o número superior de despesas em face dos ingressos disponibilizados à previdência, sem levar em conta os ramos da saúde e da assistência social.

De todo modo, a crítica ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição merece ser registrada porque, assim entendemos, a melhor das razões invocáveis para se prever um benefício desse tipo seria, exatamente, assegurar às pessoas com deficiência uma possibilidade de aposentadoria.

Para os segurados em geral, os que não padecem de deficiência, a aposentadoria por tempo de contribuição traz inúmeros inconvenientes, tanto que é prevista num número limitadíssimo de países (apenas Irã, Iraque, Kwait e Brasil, consoante Sérgio Pinto Martins⁵²³).

Críticas à aposentadoria por tempo de contribuição também são tecidas por Miguel Horvath Júnior:

A aposentadoria por tempo de contribuição, por não estar conformada aos objetivos da previdência social, sempre foi alvo de crítica em face da ausência de risco social. O risco “velhice” é presumido no caso dessa aposentadoria, bem como pelo fato de que a aposentadoria por tempo de contribuição operacionalizava uma inversão no princípio da solidariedade social, um vez que os segurados que tinham melhores condições educacionais – o que lhes permitia melhor estabilidade no mercado de trabalho – tinham acesso mais rápido em relação aos demais segurados, que, por falta de um adequado nível de instrução, só conseguiam ter acesso à aposentadoria por idade em face de uma instabilidade na vinculação ao sistema previdenciário⁵²⁴.

A Constituição Federal nunca previu o tempo de serviço ou tempo de contribuição como contingência a ser coberta pela previdência social, deixando-o de fora do rol trazido no art. 201, embora tenha tratado do benefício nos parágrafos do mesmo artigo.

Um único ponto favorável da referida ATC seria incentivar a renovação dos quadros nos postos de trabalho, já que, para certa doutrina, o tempo de serviço ou contribuição deveria ser considerado uma contingência pelo desgaste do trabalhador com o passar dos anos⁵²⁵. Nesse sentido, o decurso do tempo seria um risco social⁵²⁶. Entretanto, como os valores das rendas mensais são geralmente baixas, as pessoas continuam trabalhando mesmo depois de aposentadas, de modo que essa possibilidade de renovação é escassa. Ademais, a legislação não

⁵²³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. Saraiva: 2020, p. 492.

⁵²⁴ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, p. 314.

⁵²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 494.

⁵²⁶ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, p. 314.

proíbe o trabalho de quem se aposenta por tempo de contribuição, ao contrário do que se dá com o aposentado por invalidez (art. 46 da LBPS), embora pudesse o legislador fazê-lo.

Historicamente se tem verificado a ocorrência de aposentadorias precoces do tipo ATC, em que o beneficiário por muitos anos recebe aposentadoria, de alguma forma sobrecarregando os cofres da seguridade social, sobretudo com a melhoria das condições de saúde dos brasileiros e da maior expectativa de vida⁵²⁷.

A aposentadoria em análise, todavia, traz um suporte fático misto. De um lado, o tempo de contribuição ou a idade. De outro, a *deficiência*, leve, moderada ou grave. Benefício complexo, tem potencial de beneficiar muitas pessoas, que podem não apenas requerer a revisão dos benefícios de aposentadoria já concedidos, mediante conversão do tempo, mas também pleitear a aposentadoria da pessoa com deficiência propriamente dita⁵²⁸.

Dando cumprimento ao Decreto nº 8.145/2013, que introduziu o art. 70-A do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99), a Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1 DE 27/01/2014 aprovou o instrumento destinado à avaliação do segurado da previdência social e à identificação dos graus de deficiência, bem como define impedimento de longo prazo para os efeitos do Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999⁵²⁹.

Assim, estabeleceram-se critérios mais técnicos e objetivos para a mensuração da deficiência, baseando-se na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), da Organização Mundial de Saúde, uma classificação de saúde e domínios relacionados à saúde, envolvendo também inclui uma lista de fatores ambientais.

Estrutura da OMS destinada a medir a saúde e a deficiência em nível individual e populacional, a CIF foi oficialmente endossada por todos os 191 Estados-Membros da OMS na

⁵²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 495.

⁵²⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. BRAGANÇA, Kerly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2021, p. 614.

⁵²⁹ O art. 2º da Portaria tem o seguinte teor:

“Art. 2º Compete à perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por meio de avaliação médica e funcional, para efeito de concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência, avaliar o segurado e fixar a data provável do início da deficiência e o respectivo grau, assim como identificar a ocorrência de variação no grau de deficiência e indicar os respectivos períodos em cada grau.

§ 1º A avaliação funcional indicada no caput será realizada com base no conceito de funcionalidade disposto na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF, da Organização Mundial de Saúde, e mediante a aplicação do Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria - IFBrA, conforme o instrumento anexo a esta Portaria.

§ 2º A avaliação médica e funcional, disposta no caput, será realizada pela perícia própria do INSS, a qual engloba a perícia médica e o serviço social, integrantes do seu quadro de servidores públicos.

§ 3º O instrumento de avaliação médica e funcional, destinado à avaliar o segurado, e constante do anexo a esta Portaria, será objeto de revisão por instância técnica específica instituída no âmbito do Ministério da Previdência Social, no prazo máximo de um ano, a contar da data de publicação deste ato normativo, podendo haver revisões posteriores.”

Quinquagésima quarta Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001 (resolução WHA 54.21) como o padrão internacional para descrever e medir saúde e deficiência⁵³⁰.

Ademais, o anexo da Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1 de 27/01/2014 referida traz o Funcionalidade Brasileiro para fins de classificação e concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência (IF-Bra) para fins de classificação e concessão da aposentadoria da PCD, observando-se os graus de deficiência: leve, moderado ou grave. Essencial, portanto, que a perícia se dê nestes termos.

No IV Encontro de juízes federais de Turmas Recursais e Juizados Especiais Federais da 3ª região, foi aprovado o Enunciado n. 48:

Para determinar o grau de deficiência em relação aos benefícios previstos na Lei Complementar n. 142/2013 são necessárias as perícias social e médica para fins de enquadramento nos parâmetros definidos na Portaria Interministerial AGU/ MPS/ MF/ SEDH/ MP n. 01, de 27/01/2014, sob pena de nulidade.

Insta registrar que o Decreto n. 10.410/2020 deu nova redação ao 70-D do Decreto n. 3048/99, da seguinte forma:

Para efeito de concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência, a avaliação de que trata o art. 70-A deverá, entre outros aspectos: (Redação dada pelo Decreto n. 10.410, de 2020)
 I - avaliar o segurado e fixar a data provável do início da deficiência e o seu grau; e (Incluído pelo Decreto n. 8.145, de 2013)
 II - identificar a ocorrência de variação no grau de deficiência e indicar os respectivos períodos em cada grau. (Incluído pelo Decreto n. 8.145, de 2013)

Não identificamos, no tratamento da aposentadoria da pessoa com deficiência, violação ao princípio da distributividade nem ao objetivo da justiça social, tampouco achamos que há ofensa algum dos marcos teóricos do liberalismo igualitário.

Nada mais justo que dar um tratamento preferencial a quem está em situação de grande desvantagem, na distribuição de bens primários – como deve ser entendido o direito fundamental social à previdência social.

Para além, sustentamos que, no caso da pessoa com deficiência, as críticas doutrinárias ao próprio benefício de ATC não se aplicam.

A aposentadoria da PCD, nos moldes da LC 142/2013, constitui medida de proteção salutar, benéfica ao vulnerável, por implicar uma possibilidade a mais de cobertura

⁵³⁰ Cf. <<https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-functioning-disability-and-health>>. Acesso em 05.4.2022.

previdenciária, sem que se possam verificar os inconvenientes do benefício sob a ótica da solidariedade social.

Logo, merece aplauso o constituinte reformador, ao prever na EC 47/2005 a possibilidade de concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, e também a aposentadoria por idade, à PCD.

Finalmente regulamentada na LC nº 142/2013, o benefício em tela veio ampliar a proteção social dessas pessoas vulneráveis, no que pode ser considerada positivamente, em prol concretização a contento da norma constitucional contida no art. 201, § 1º, do Texto Magno.

9.2 Benefícios por incapacidade

A proteção constitucional à *incapacidade* esteve presente em constituições pretéritas (art. 157, XVI, da CF de 1946; 158, XVI, da CF 1967; art. 165, XVI, da CF 1969).

A norma constitucional instituidora do *suporte fático* do benefício por incapacidade permanente, prevista no art. 201, I, da CF, é regulamentada pelo legislador infraconstitucional por meio dos artigos 42 a 46 da Lei nº 8.213/91.

Há dois tipos de benefício por incapacidade, a serem tratados separadamente.

9.2.1 Incapacidade permanente

Segundo o *caput* do art. 42, o benefício de aposentadoria por invalidez será concedido a quem “for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição”.

Três aspectos podem ser desde logo apontados: a) o benefício só é concedido a quem não pode exercer atividade remunerada; b) é insusceptível de reabilitação profissional; c) a despeito da palavra “permanente”, o benefício só será pago enquanto permanecer essa incapacidade.

Dito isso, muitas questões podem ser levantadas. A primeira delas é: de que tipo de atividade remunerada a lei está se referindo? Se se conceber o trabalho como o emprego de força física para o exercício de qualquer atividade, então haverá exclusão de uma parcela significativa de pessoas que sofrem de doenças (físicas e mentais) e lesões decorrentes de acidentes.

Numa época em que o emprego pode ser considerado algo escasso, no Brasil e no mundo (v. item 2.1) mostra-se imprescindível avaliar, nos casos concretos, não apenas as condições pessoais do segurado, mas também as sociais.

A segunda questão atine à reabilitação profissional, prevista na Lei nº 8.213/91, nos artigos 89 e seguintes, além de haver sua previsão no art. 203, IV, da Constituição Federal, para as pessoas com deficiência. Indaga-se: se a pessoa tiver condições de reabilitação profissional, o benefício não será devido? E se o segurado se recusar a se submeter ao processo de reabilitação? São problemas já enfrentados pela jurisprudência, que se inclina pela denegação do benefício nesses casos.

A terceira questão concerne à duração do benefício. Ao tratar a aposentadoria por invalidez como um benefício temporário, a ser concedido enquanto não houver recuperação da capacidade de trabalho (art. 47 da Lei 8.213/91), o legislador infraconstitucional opera real restrição ao direito fundamental social, de modo a considerar o art. 201, I, do texto constitucional, nesse ponto, como uma *norma constitucional de eficácia contida ou restringível*, na classificação consagrada de José Afonso da Silva⁵³¹.

Todavia, não se pode apontar inconstitucionalidade na regra do art. 47 da LBPS, que prevê a concessão de mensalidades de recuperação conforme a passagem do tempo, para garantir ao que recupera a capacidade de trabalho uma possibilidade paulatina de recolocação no mercado de trabalho. Tal se dá porque, na tradição previdenciária brasileira, o benefício de aposentadoria por invalidez sempre foi concebido com a cláusula *rebus sic stantibus*, tanto que os artigos 43, § 4º, e 101 da LBPS estabelecem a necessidade de avaliações periódicas da permanência da incapacidade.

Em casos excepcionais, legislação recente prevê a dispensa da submissão do segurado incapaz às perícias periódicas, quando completar 60 anos de idade ou 55 anos e decorridos mais de 15 anos da data da concessão do benefício por incapacidade (art. 101, § 1º, da LBPS, com a redação da Lei 13.357/2017).

No plano normativo, entendemos que a proteção constitucional dos permanentemente incapazes parece constitucional e legalmente adequada, muito embora as coisas pudessem ser tratadas de outro modo, em nosso entender. Por exemplo, a vedação do exercício do trabalho, instituída no art. 46 da LBPS aos incapazes, faz sentido nos dias de hoje?

Se se considerar que grande parcela dos beneficiários recebe renda mensal de um salário-mínimo – valor que se aproxima mais do mínimo existencial do que do objetivo do bem-

⁵³¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 105.

estar social, a despeito dos pomposos termos contidos no inciso IV do art. 7º da CF, como já referido no item 5.3 – talvez não seja mais razoável proibir os incapazes de realizarem atividades paralelas de complemento de renda, tal como se dá no caso de pessoas com deficiência que recebem auxílio-inclusão (Lei 8.742/93).

Os inconvenientes da postura contida no art. 46 da LBPS, aduzidos a eventuais *efeitos de incentivo e desincentivos*, são assunto a ser melhormente analisados pelos responsáveis pelas políticas públicas. Afinal, não é difícil encontrar, numa pesquisa singela nos sites de jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, um número significativo de processos judiciais gerados por cessações administrativas de benefício pelo INSS, ocasionadas pela aplicação da regra contida no art. 46 da Lei n. 8.213/91.

Entendemos, entretanto, que não se mostra de todo inconcebível a previsão de um auxílio apto a incentivar, por mais contraditório que possa parecer, uma pessoa considerada incapaz para o trabalho (e titular de benefício previdenciário) a desenvolver atividades compatíveis com sua condição sem perder o amparo previdenciário do Estado⁵³².

Todo trabalho envolve geração de riqueza, não apenas para o trabalhador, já que o ganho será usado, de alguma forma, para fomentar a economia local, questão a ser levada em conta pelo legislador.

Por fim, outra *restrição* ao direito fundamental social ao benefício por incapacidade permanente vem prevista no art. 42, § 2º, da LBPS, que veda a concessão do benefício a quem se filiar ou refiliar ao regime previdenciário já incapacitado ou mesmo doente, mas nesse caso abre a possibilidade de concessão do benefício quando houver progressão ou agravamento da lesão ou da doença.

Tal regra restritiva parte da noção de seguro social e faz sentido num ambiente de previdência social com inspiração *bismarkiana*⁵³³, portanto. Sustentamos, porém, que a questão merece uma melhor reflexão especificamente em relação às pessoas que se incapacitam, pelos mais variados motivos, antes dos 16 (dezesseis) anos de idade (que é a idade prevista no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, como o início da vida laborativa).

Essa restrição faz com que pessoas vulneráveis simplesmente sejam alijadas da proteção previdenciária prevista no art. 201, I, do texto magno. Essa restrição é compatível com as várias

⁵³² A *responsabilidade* com eventual agravamento da sua condição de saúde é questão *pessoal*, aspecto que enfatiza a própria *liberdade e autonomia* que sempre vem em primeiro lugar, quando operamos com o *liberalismo de princípios*.

⁵³³ V. item 14.5, sobre a concepção bismarkiana de previdência social.

normas constitucionais destinadas a oferecer proteção social às pessoas com deficiência? Esse é um argumento a ser estudado de forma melhor adiante.

Conquanto a verificação dos requisitos legais para a concessão de benefícios previdenciários não tenha repercussão geral (Tema 766-STF), outras questões concernentes ao benefício de incapacidade permanente, ainda denominado de aposentadoria por invalidez na Lei nº 8.213/91, alcançaram acesso aos tribunais superiores, cabendo a menção a pelo menos um deles.

No Tema 1095-STF, citando a distributividade na ementa do julgamento, entendimento com o qual concordamos, o Supremo Tribunal Federal assentou: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não sendo possível, por ora, a extensão do auxílio da grande invalidez (art. 45 da Lei n. 8.213/91) a todas as espécies de aposentadoria.” Já houve o trânsito em julgado⁵³⁴. Em razão disso, não mais prevalece o entendimento contrário, manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça na tese firmada no Tema 982.

De outro foco, o Superior Tribunal de Justiça, em nosso sentir acertadamente, assentou a seguinte tese para o Tema 1103: “No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RGPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente.”⁵³⁵ Nesta hipótese, assegura-se ao segurado a percepção da renda mensal previdenciária em período em que, agindo com risco de agravamento de sua condição de saúde, foi obrigado a trabalhar para manter seu sustento.

9.2.2 Incapacidade temporária

O art. 201, I, da Constituição Federal, no tocante à cobertura da incapacidade temporária, é regulamentado nos artigos 59 e seguintes da Lei 8.213/91. O *auxílio-doença* será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, na dicção do art. 59.

⁵³⁴ Cf. <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp#>. Acesso em 01.7.2022.

⁵³⁵ Cf. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1013&cod_tema_final=1013. Acesso em 01.7.2022.

Tal como o benefício por incapacidade permanente (aposentadoria por invalidez), trata-se de benefício que não se incorpora ao patrimônio jurídico do segurado. Isso porque será devido enquanto permanecer a incapacidade, isto é, será mantido nos termos da cláusula *rebus sic stantibus*.

O art. 60 traz regra semelhante à contida no art. 43, § 1º, “a”, tudo da LBPS: o benefício para o empregado é devido a contar do 16º dia de afastamento da atividade. Em relação aos primeiros 15 dias, aplica-se aqui o que foi dito no caso de aposentadoria por invalidez: o legislador trata a norma constitucional como de *eficácia contida ou restringível*, e de modo a afastar o direito social nos primeiros 15 dias de afastamento.

Aqui o legislador ordinário atribui ao empregador o dever de manter a remuneração, representando uma forma de assegurar o acesso a direitos fundamentais sociais também na relação entre particulares, assunto objeto de estudos na doutrina nacional e estrangeira.

Diversamente do benefício por incapacidade permanente, a lei não prevê casos de dispensa de comparecimento do beneficiário às perícias regulares para se aferir a incapacidade, na forma estabelecida no art. 101 da LBPS.

De outro lado, tal como se dá com a incapacidade permanente, o legislador infraconstitucional impõe *restrição* ao direito fundamental social ao benefício por incapacidade permanente, conforme previsão do art. 59, § 1º, da LBPS, que veda a concessão do benefício a quem se filiar ou refiliar ao regime previdenciário já incapacitado ou mesmo doente, mas nesse caso abre a possibilidade de concessão do benefício quando houver progressão ou agravamento da lesão ou da doença.

Mas talvez o maior empecilho à concretização da norma constitucional que assegura o benefício por incapacidade temporária seja o próprio procedimento de acesso ao direito social, tanto na via administrativa quanto na Judicial. O assunto é amplamente conhecido na doutrina e na jurisprudência, cabendo destaque aos apontamentos lançados por José Antonio Savaris⁵³⁶, que propugna, dentre outras coisas, maior seriedade no tratamento da questão tanto pelos agentes do INSS quanto pelos juízes no julgamento das demandas, salientando que, diferente do que possa parecer, as causas desse tipo julgadas na Justiça não podem ser consideradas “simples”.

Realmente, o fenômeno da incapacidade para o trabalho extravasa os limites da dogmática jurídica no sentido de demandar, do juiz, que leve em conta aspectos pessoais e

⁵³⁶ SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 293 e seguintes.

sociais. Nesse diapasão, a súmula 47 da TNU⁵³⁷ conclui pela necessidade de consideração de tais aspectos quando a perícia médica concluiu pela incapacidade *parcial*.

Não obstante, é preciso avançar no sentido de, também nos casos de perícia médica que conclua pela capacidade de trabalho do segurado, exigir do juiz que, na análise da incapacidade como fenômeno multidimensional, também considere os aspectos sociais e pessoais do interessado.

Outro aspecto que parece dificultar a manutenção do benefício em favor do segurado são as normas introduzidas pela Lei nº 13.457/2017, que estipulam a necessidade, “sempre que possível”, de fixar o prazo estimado para a duração do benefício por incapacidade temporária. A referida lei alterou vários dispositivos da Lei nº 8.213/91, introduzindo parágrafos ao artigo 60 dessa última. Estabelece que, na ausência de fixação do prazo de duração do auxílio-doença, o benefício terá duração de 120 (cento e vinte) dias, podendo o segurado requerer a prorrogação perante o INSS, na forma do regulamento.

A nova regulamentação da duração do benefício por incapacidade temporária foi considerada legal pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (juízos em que a maior parte das ações previdenciárias tramita em todo o Brasil), que aprovou a seguinte tese no Tema 246⁵³⁸:

I - Quando a decisão judicial adotar a estimativa de prazo de recuperação da capacidade prevista na perícia, o termo inicial é a data da realização do exame, sem prejuízo do disposto no art. 479 do CPC, devendo ser garantido prazo mínimo de 30 dias, desde a implantação, para viabilizar o pedido administrativo de prorrogação. II - Quando o ato de concessão (administrativa ou judicial) não indicar o tempo de recuperação da capacidade, o prazo de 120 dias, previsto no § 9º, do art. 60 da Lei 8.213/91, deve ser contado a partir da data da efetiva implantação ou restabelecimento do benefício no sistema de gestão de benefícios da autarquia.”

Parece-nos, entretanto, que a disciplina da duração do benefício – problemática em termos operacionais, sem dúvida, diante da necessidade de realização de várias perícias numa estrutura operacional não ideal do INSS, fato que é notório – não é propriamente favorável ao segurado.

A fixação de um prazo arbitrário para o fim da incapacidade, de forma antecipada numa perícia, já é por si só um elemento estressante para o que necessita de proteção social. O ideal seria só fazer cessar o benefício por incapacidade temporária quando apurado, por *nova perícia*,

⁵³⁷ Súmula 47 da TNU: “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez.”

⁵³⁸ Cf. <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-246>. Acesso em 01.7.2022.

a cessação desta incapacidade. Esse é um ponto sensível da proteção legal do incapaz, que no mais das vezes pode também se enquadrar como PCD para os fins legais.

Nesse ponto, a concretização do direito fundamental social à previdência social da PCD merece aprimoramento legislativo. Não vemos como, na seara interpretativa e judicial, avançar nesse ponto, ao menos nos Juizados Especiais Federais, já que qualquer decisão que ofenda entendimento da TNU é facilmente reformada em grau recursal.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18.02.2022, afetou a questão no Tema 1196, com o seguinte título: “Constitucionalidade da Medida Provisória 739/2016, substituída pela Medida Provisória 767/2017 e convertida na Lei 13.457/2017, as quais alteraram a Lei 8.213/1991, inserindo preceito sobre prazo estimado para a duração do benefício.” Mais essa questão, afinal, será decidida pela instância superior.

Resta registrar outros casos que foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral e do Superior Tribunal de Justiça em recursos repetitivos, envolvendo a questão da incapacidade para o trabalho.

No Tema 1107, o STF firmou o entendimento seguinte: “É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à consideração, como tempo especial, dos períodos de gozo de auxílio-doença não acidentário.”

Ao elaborar a súmula 626, o Superior Tribunal de Justiça, consolidou o seguinte entendimento: “A citação válida informa o litígio, constitui em mora a autarquia previdenciária federal e deve ser considerada como termo inicial para a implantação da aposentadoria por invalidez concedida na via judicial quando ausente a prévia postulação administrativa.”⁵³⁹

Entretanto, apesar de tratar apenas do termo inicial do benefício, a súmula referida há de ser interpretada à luz do entendimento consolidado posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, em tema de maior amplitude e importância, acerca da necessidade ou não de requerimento administrativo prévio ao ingresso da ação judicial. O STF, ao final, entendeu necessário o prévio requerimento administrativo, na maior parte dos casos, sob pena de não se deflagrar o interesse de agir, consoante a tese firmada no Tema 350-STF, quando foi firmada a tese seguinte⁵⁴⁰:

539

Cf. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=626&cod_tema_final=626. Acesso em 01.7.2022.

540

Cf. <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classeProcesso=RE&numeroTema=350>. Acesso em 01.7.2022.

I - A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas; II – A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado; III – Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão; IV – Nas ações ajuizadas antes da conclusão do julgamento do RE 631.240/MG (03/09/2014) que não tenham sido instruídas por prova do prévio requerimento administrativo, nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (a) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (b) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; e (c) as demais ações que não se enquadrem nos itens (a) e (b) serão sobrestadas e baixadas ao juiz de primeiro grau, que deverá intimar o autor a dar entrada no pedido administrativo em até 30 dias, sob pena de extinção do processo por falta de interesse em agir. Comprovada a postulação administrativa, o juiz intimará o INSS para se manifestar acerca do pedido em até 90 dias. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir; V – Em todos os casos acima – itens (a), (b) e (c) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Também reputamos importante registrar o entendimento do Supremo Tribunal Federal plasmado na tese firmada no Tema 1125: “É constitucional o cômputo, para fins de carência, do período no qual o segurado esteve em gozo do benefício de auxílio-doença, desde que intercalado com atividade laborativa.”⁵⁴¹ Muito embora possa ser considerada questionável, uma vez que acaba por igualar, numa extensão jurisprudencial sem amparo no art. 195, § 5º, da CF, os requisitos da carência e da contingência, a posição do STF representa claro avanço na proteção da PCD que padece de incapacidade para o trabalho.

9.2.3 Incapacidade parcial

O art. 86 da Lei nº 8.213/91 prevê um benefício cujo suporte fático é a incapacidade *parcial* para o trabalho. Vale dizer, cuida-se de prestação fornecida pelo Estado no caso de

541

Cf. <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6049574&numeroProcesso=1298832&classeProcesso=RE&numeroTema=1125>. Acesso em 01.7.2022.

redução da capacidade de trabalho, diversamente da chamada incapacidade *omniprofissional* que seria hipótese equivalente à invalidez propriamente dita, para qualquer atividade laborativa.

Na legislação pretérita (Lei nº 6.367/76), havia o benefício denominado *auxílio-suplementar*. Atualmente, o *auxílio-acidente* é concebido na doutrina como uma espécie de *indenização* de natureza previdenciária, que não substitui propriamente o salário-de-contribuição, mas dependerá, sua concessão, da consolidação das lesões decorrentes do sinistro. Consiste numa prestação paga como forma de compensar, de indenizar o segurado pelo fato de não possuir plena capacidade de trabalho.

Assim, tem natureza compensatória para melhorar a situação social do segurado mercê da redução de sua capacidade laboral, vitimado por três tipos de ocorrências: a) acidente de trabalho (previsto no art. 21 da Lei n. 8.213/91); b) acidente de qualquer natureza, considerado aquele que se dá fora do âmbito do trabalho do segurado; c) doença profissional ou do trabalho (art. 20, I e II, da LBPS).

Naturalmente, porque não aplicável a regra do art. 46 da LBPS, a renda mensal do benefício em foco é inferior à dos benefícios por incapacidade total. O titular do benefício pode continuar trabalhando. De recebimento mensal, a lei prevê a renda no patamar de 50% (cinquenta por cento) do salário de benefício.

Além disso, com o falecimento do titular, não há direito à pensão por morte dos dependentes, daí ser denominado de “personalíssimo”, tal qual se dá, a propósito, com o benefício assistencial de prestação continuada.

Desde o advento da Lei nº 13.846/2019, que alterou a redação do inciso I do art. 15 da LBPS, quem recebe auxílio-acidente não tem mais mantida a qualidade de segurado. Se quiser mantê-la, precisará contribuir à previdência por outro título.

O benefício não pode ser considerado nem vitalício, nem temporário, tudo a depender da seguinte situação: se o titular passar a receber qualquer aposentadoria, cessa o auxílio-acidente. Fora isso, receberá até a data de seu óbito (art. 86, § 1º, da LBPS).

Há dois casos que hão de ser abordados neste trabalho, que provavelmente impliquem *restrição* indevida ao direito fundamental à previdência social.

O primeiro deles consiste na impossibilidade de concessão do auxílio-acidente ao **contribuinte individual** (art. 18, § 1º, da LBPS). O caso foi levado a julgamento em inúmeras ações judiciais país afora, tendo concluído a Turma Nacional de Uniformização, em julgamento de casos repetitivos, pela legalidade da restrição. Ao firmar a tese do Tema 201, pontifica a TNU: “O contribuinte individual não faz jus ao auxílio-acidente, diante de expressa exclusão legal.”

O problema é que parece haver uma discriminação injustificada prevista na legislação infraconstitucional. A partir do momento em que se exige do contribuinte individual uma contribuição de valor superior ao recolhido pelo segurado empregado (porque a Lei 8.212/91 divide o encargo tributário do empregado com o empregador, também obrigado a recolher sua parte de contribuição à previdência social), não se mostra razoável negar a mesma proteção previdenciária ao contribuinte individual.

O contexto é agravado diante de recente reforma trabalhista, trazida pela Lei nº 13.467/2017, que viabiliza a juridicidade da chamada terceirização dos serviços⁵⁴², permitindo às empresas, em vez de contratar empregados, contratar trabalhadores autônomos que lhes prestam serviço sem as garantias previstas na CLT aos empregados, como décimo-terceiro salário, férias etc.

Enfim, com o avanço das dificuldades de colocação no mercado de trabalho na condição de empregados na atual fase do capitalismo, o problema se mostra relevante, grave e provavelmente progressivo.

O segundo caso que envolve restrição da proteção constitucional é a hipótese em que os segurados se tornam parcialmente incapazes não por causa de acidente ou de doença profissional ou do trabalho (art. 20, I e II, da LBPS), mas por conta de **doença não relacionada com o trabalho**. Dentre estas podem ser inseridos róis cada vez maiores de doenças mentais reconhecidas pela Organização Mundial de Saúde, cabendo ser lembrado o aumento desse número com a entrada em vigor do CID-11 no início de 2022⁵⁴³.

Não há dúvidas de que doenças não relacionadas ao trabalho podem ser consideradas a grande maioria delas, se se levar em conta principalmente as decorrentes de *vícios* graves que reduzem a expectativa de vida da população como um todo, a exemplo das doenças direta ou indiretamente ligadas a hábitos, como o consumo de cigarros, bebidas alcoólicas, drogas ilícitas, ingestão excessiva de gordura, açúcar, carboidratos etc.

Ou seja, grande parte das doenças que podem causar redução da capacidade de trabalho de segurados está relacionada a hábitos, não ao trabalho. Mas a Lei n. 8.213/91, perpetrando *restrição* injustificável à proteção constitucional, não prevê a concessão de auxílio-acidente nestas situações, deixando como que um “limbo” na necessária proteção previdenciária dos

⁵⁴² O Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324, firmou a seguinte tese: “*É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante*”.

⁵⁴³ Cf. reportagem disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/11-2-2022-versao-final-da-nova-classificacao-internacional-doencas-da-oms-cid-11-e>. Acesso em 09.5.2022.

segurados. Há um importante *défice* na proteção constitucional previdenciária das pessoas com deficiência, um grande número delas incapazes parcialmente para o trabalho.

A jurisprudência tem seguido o que está disposto na Lei nº 8.213/91 (Superior Tribunal de Justiça: EDcl no AgInt no AREsp 903258 /RS; AgRg no AREsp 668323/SP; AgRg no AREsp 661496/SE), prestigiando tal *restrição* e excluindo a proteção previdenciária aos parcialmente incapazes que assim se tornam por conta de doenças não relacionadas ao trabalho. O argumento utilizado é, precipuamente, a ausência de nexo causal laboral da doença.

Talvez o maior obstáculo ao reconhecimento do direito ao auxílio-acidente, nestes casos de PCD que exerça atividade laborativa como contribuinte individual, seja a norma constitucional (o *princípio da contrapartida*) conformada no art. 195, § 5º, da CF, que veda a extensão de benefícios a casos não previstos em lei, quando não há prévia fonte de custeio).

Mas deve ser indagado até que ponto essa salutar norma constitucional não permite à legislação operar maltrato o *princípio da isonomia*. Compreendendo o contexto ora analisado por esta ótica, a ofensa à isonomia mostra-se patente, razão por que a melhor solução, que atende aos princípios constitucionais impositivos constantes do art. 3º da Carta Magna, é possibilitar a concessão do auxílio-acidente em ambos os casos acima analisados (contribuintes individuais e doenças não relacionadas ao trabalho).

Isto é, as pessoas com deficiência que exerçam atividade laborativa filiadas à previdência social, tornando-se *parcialmente* incapazes por conta de doença não relacionada ao trabalho, devem fazer jus ao auxílio-acidente, ainda que sejam filiadas como contribuintes individuais.

Interpretados ambos os tópicos sob o enfoque constitucional, à luz da introdução ao *suporte fático* contida no art. 201, I, do Texto Magno, posteriormente delineado no art. 86 da LBPS, é possível identificar nos casos, sim, ofensas aos *princípios da distributividade* e da *justiça social*, sem falar na dissociação manifesta com os pilares do liberalismo igualitário, na perspectiva de John Rawls, Amartya Sen e Martha Nussbaum.

A partir do momento em que é tolhida a liberdade do indivíduo por força de incapacidade *parcial* decorrente de doença não relacionada com o trabalho, e mesmo na condição de contribuinte individual, há limitação concreta em suas capacidades.

A lei não favorece a PCD numa comunidade de princípios, nos moldes revelados por Ronald Dworkin. Num contrato social hipotético, não há razão para excluir tais pessoas do quinhão reservado aos vulneráveis.

É preciso avançar, portanto, na concretização do direito fundamental social à previdência social da PCD que padeça de *incapacidade parcial* para o trabalho. Visualizamos

a possibilidade aqui, de, por via interpretativa e judicial, amparar nos processos previdenciários causas que envolvam as questões acima versadas.

O ideal, contudo, seria proceder-se a uma alteração legislativa, apta a abrigar ambas as situações (contribuinte individual e incapacidade parcial decorrente de doença não relacionada com o trabalho).

Voltando ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é de se notar que há um número significativo de temas submetidos ao regime de recursos repetitivos, não calhando analisar todos os casos nesta tese. À guisa de exemplo, podemos referir os temas abaixo relacionados:

Tema 22-STJ: “Comprovados o nexo de causalidade e a redução da capacidade laborativa, mesmo em face da disacusia em grau inferior ao estabelecido pela Tabela Fowler, subsiste o direito do obreiro ao benefício de auxílio-acidente.”⁵⁴⁴

Tema 18-STJ: “A majoração do auxílio-acidente, estabelecida pela Lei 9.032/95 (lei nova mais benéfica), que alterou o § 1º, do art. 86, da Lei nº 8.213/91, deve ser aplicada imediatamente, atingindo todos os segurados que estiverem na mesma situação, seja referente aos casos pendentes de concessão ou aos benefícios já concedidos.”⁵⁴⁵

Tema 156-STJ: “Será devido o auxílio-acidente quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução de natureza permanente da capacidade laborativa e a atividade profissional desenvolvida, sendo irrelevante a possibilidade de reversibilidade da doença.”⁵⁴⁶

Tema 213-STJ: “Para a concessão de auxílio-acidente fundamentado na perda de audição (...), é necessário que a sequela seja ocasionada por acidente de trabalho e que acarrete uma diminuição efetiva e permanente da capacidade para a atividade que o segurado habitualmente exercia.”⁵⁴⁷

Tema 416-STJ: “Exige-se, para concessão do auxílio-acidente, a existência de lesão, decorrente de acidente do trabalho, que implique redução da capacidade para o labor

544

Cf. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=22&cod_tema_final=22. Acesso em 01.7.2022.

545

Cf. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=18&cod_tema_final=18. Acesso em 01.7.2022.

546

Cf. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=156&cod_tema_final=156. Acesso em 01.7.2022.

547

Cf. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=213&cod_tema_final=213. Acesso em 01.7.2022.

habitualmente exercido. O nível do dano e, em consequência, o grau do maior esforço, não interferem na concessão do benefício, o qual será devido ainda que mínima a lesão.”⁵⁴⁸

Tema 862-STJ: “O termo inicial do auxílio-acidente deve recair no dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença que lhe deu origem, conforme determina o art. 86, § 2º, da Lei 8.213/91, observando-se a prescrição quinquenal da Súmula 85/STJ.”⁵⁴⁹

Urge consignar que esses posicionamentos desse tribunal superior – com exceção do Tema 213-STJ, de resto coerente com o estabelecido no direito positivo – apresentaram importante avanço na proteção previdenciária da PCD.

9.3 Lei 14.331/2022 e agravamento da situação dos incapazes

A recente legislação⁵⁵⁰, publicada no Diário Oficial da União em 5 de maio de 2022, que altera o procedimento das ações previdenciárias e assistenciais dos incapazes e pessoas com deficiência, torna o processo menos informal e mais burocrático, mas tem o mérito de tornar mais claros e previsíveis os atos processuais, tanto os praticados pelas partes, quanto pelos peritos e juízes.

A lei regula o problema dos honorários periciais e traz algumas inovações processuais referentes aos requisitos da petição inicial e ao julgamento liminar de improcedência do pedido, em demandas relativas aos benefícios por incapacidade, inclusive acidentes de trabalho, e assistenciais.

Por primeiro, estabelece a Lei nº 14.331/2022, em seu artigo 2º, dando nova redação ao art. 1º da Lei nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, que, nas ações em que o Instituto Nacional do Seguro Social figure como parte e se discuta a concessão de benefícios assistenciais à pessoa com deficiência ou benefícios previdenciários decorrentes de incapacidade laboral, o pagamento dos honorários periciais limita-se a 1 (uma) perícia médica por processo judicial, e, excepcionalmente, caso determinado por instâncias superiores do Poder Judiciário, outra perícia poderá ser realizada.

548

Cf. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=416&cod_tema_final=416. Acesso em 01.7.2022.

549

Cf. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=862&cod_tema_final=862. Acesso em 01.7.2022.

⁵⁵⁰ A referida lei entrou em vigor em 05.5.2022, com a seguinte *ementa*: “Altera a Lei nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para dispor sobre o pagamento de honorários periciais e sobre os requisitos da petição inicial em litígios e em medidas cautelares relativos a benefícios assistenciais e previdenciários por incapacidade; e revoga dispositivo da Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993.”

Ademais, o art. 3º da nova lei exige *novos elementos* a serem inseridos nas petições iniciais⁵⁵¹ relativas aos “litígios e às medidas cautelares relativos aos benefícios por incapacidade de que trata esta Lei, inclusive os relativos a acidentes do trabalho”⁵⁵².

A par disso, impõe a necessidade de juntada de *documentos* indispensáveis à propositura da ação⁵⁵³. Nos termos do art. 129-A, I, “c”, da Lei 8.213/91, forçoso concluir que a perícia administrativa passa a figurar como documento indispensável à propositura da ação⁵⁵⁴.

Por fim, a nova lei traz novo procedimento ao determinar que: a) a perícia judicial será realizada antes da citação, e não mais após a apresentação da defesa, como se dava antes; b) quando o perito designado pelo juízo mantiver a conclusão da perícia administrativa, poderá o juízo, após a oitiva da parte autora, julgar *improcedente o pedido*, na forma do art. 129-A, § 2º, da Lei nº 8.213/91, introduzido pela novel legislação.

⁵⁵¹ Art. 3º A [Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991](#), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 129-A e 135-A: “Art. 129-A. Os litígios e as medidas cautelares relativos aos benefícios por incapacidade de que trata esta Lei, inclusive os relativos a acidentes do trabalho, observarão o seguinte:

I – quando o fundamento da ação for a discussão de ato praticado pela perícia médica federal, a petição inicial deverá conter, em complemento aos requisitos previstos no art. 319 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):

a) descrição clara da doença e das limitações que ela impõe;
b) indicação da atividade para a qual o autor alega estar incapacitado;
c) possíveis inconsistências da avaliação médico-pericial discutida; e
d) declaração quanto à existência de ação judicial anterior com o objeto de que trata este artigo, esclarecendo os motivos pelos quais se entende não haver litispendência ou coisa julgada, quando for o caso;

(...).

⁵⁵² Entretanto, demonstrando atecnia, diferentemente do subtítulo da lei, que menciona “benefícios assistenciais e previdenciários por incapacidade”, o artigo em comento não se refere aos benefícios assistenciais. Ora, o BPC, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulado no art. 20 da Lei 8.742/93, como se verá adiante, não pode ser considerado um “benefício por incapacidade”, já que a *deficiência* é algo bastante diverso da *incapacidade* (ver capítulo 13). Para além, o BPC também prevê a concessão no caso de pessoa com idade acima de 65 (sessenta e cinco) anos. Não vemos como aplicar a lei nova aos processos de benefício assistencial, mesmo porque as perícias assistenciais (denominadas *biopsicossociais*) não são realizadas apenas por médicos, mas também por assistentes sociais.

⁵⁵³ Art. 3º A [Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991](#), passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos 129-A e 135-A: “Art. 129-A. Os litígios e as medidas cautelares relativos aos benefícios por incapacidade de que trata esta Lei, inclusive os relativos a acidentes do trabalho, observarão o seguinte

(...)

II – para atendimento do disposto no art. 320 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a petição inicial, qualquer que seja o rito ou procedimento adotado, deverá ser instruída pelo autor com os seguintes documentos:

a) comprovante de indeferimento do benefício ou de sua não prorrogação, quando for o caso, pela administração pública;
b) comprovante da ocorrência do acidente de qualquer natureza ou do acidente do trabalho, sempre que houver um acidente apontado como causa da incapacidade;
c) documentação médica de que dispuser relativa à doença alegada como a causa da incapacidade discutida na via administrativa.

⁵⁵⁴ Nesse sentido, KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Lei nº 14.331/2022 e a nova “improcedência quase-liminar do pedido”. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-14/koehlere-flumignan-improcedencia-liminar-pedido?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em 16.5.2022.

Como bem observam Koehler e Flumignan, a lei nova prevê outra hipótese de improcedência do pedido, que, numa primeira leitura, se parece com as previstas no artigo 332 do CPC, mas com características bastante peculiares.

As hipóteses do artigo 332 do CPC tratam todas de causas que *dispensem a fase instrutória* e cujo pedido *contrarie precedentes vinculantes ou enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local*. Porém, a situação do §2º do artigo 129-A é diversa porque não dispensa a fase instrutória (apenas a antecipa para momento prévio à citação) e não exige que o pedido contrarie qualquer espécie de precedente⁵⁵⁵.

Os mesmos autores⁵⁵⁶ enxergam aspectos positivos gerais na lei, pelas razões ora apresentadas:

É notável, entretanto, o ganho de celeridade e racionalidade que o fluxograma estabelecido pela nova lei trará aos casos relativos a benefícios por incapacidade e a acidentes do trabalho. É absolutamente justificado que as demandas que tenham perícia judicial contrária sejam julgadas improcedentes de plano, poupando o dispêndio de recursos financeiros aos cofres públicos e permitindo que o Poder Judiciário concentre as suas forças em causas que tenham alguma possibilidade de êxito.

A razoável duração das demandas previdenciárias interessa especialmente aos segurados do INSS, que pleiteiam verbas de caráter alimentar essenciais ao seu sustento.

Entretanto, parece-nos que a celeridade vai de encontro a uma necessidade premente dos litigantes incapazes junto ao INSS, que é a realização de perícias mais fundamentadas, mais técnicas e mais humanizadas, que levem em consideração aspectos pessoais e sociais, não apenas conceitos médicos.

A celeridade coloca em risco essa necessidade de respeito à dignidade humana, à solidariedade social e à justiça social. A toda evidência, de nada adiante ao segurado a duração razoável do processo se o direito à prova não resta respeitado.

As alterações podem interessar à Administração da Justiça, mas não favorecem, praticamente em nada, o respeito aos direitos da PCD.

9.4 Conclusões parciais

⁵⁵⁵ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Lei nº 14.331/2022 e a nova "improcedência quase-liminar do pedido". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-14/koehlere-flumignan-improcedencia-liminar-pedido?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em 16.5.2022.

⁵⁵⁶ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Lei nº 14.331/2022 e a nova "improcedência quase-liminar do pedido". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-14/koehlere-flumignan-improcedencia-liminar-pedido?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em 16.5.2022.

No final do capítulo 8, explicamos que o conceito de PCD vale para todos os fins, seja para a assistência social (Lei 8.742/93), seja para a previdência social (Lei 8.213/91 e Lei Complementar 142/2013), seja para finalidades externas à seguridade social, como o direito à educação, transporte, acessibilidade etc.

Também salientamos que a avaliação biopsicossocial (prevista nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, a Lei n. 13.146/2015) deve ser aplicada nos pleitos de concessão de benefícios previdenciários, a exemplo da aposentadoria criada pela Lei Complementar nº 142/2013.

Aduzimos, por fim, que o conceito atual de deficiência, inaugurado em 2011 pela legislação derogatória do art. 20, § 1º, da LOAS, substitui um conceito médico por um ambiental e social, cuja importância está na existência de impedimentos e barreiras, que prejudicam a integração social da pessoa.

Nada obstante, não temos, até o momento, uma legislação adequada a essa metodologia na previdência social. Isso porque os benefícios mais importantes para as pessoas com deficiência são focados no suporte fático *incapacidade*, não num adequado ao conceito normativo vigente de *deficiência*.

Como exposto nos itens anteriores, a Lei nº 8.213/91 prevê os benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença (hoje denominados pela Emenda Constitucional nº 103/2019 como benefício por incapacidade permanente e benefício por incapacidade temporária, respectivamente) nos casos de incapacidade para o trabalho, não de deficiência.

A inadequação, aqui sustentada, se dá por conta de um singelo, mas muito sério aspecto da normatização (constitucional e legal): muitas pessoas com deficiência, conquanto portadoras de impedimentos e barreiras prejudiciais à integração social, não farão jus aos benefícios por incapacidade para o trabalho, exatamente por não serem incapazes para o labor.

Não se está sustentando, nesta tese, que a mera presença de uma deficiência ou mesmo de uma doença (vide estudo específico do evento “*doença*”, no capítulo 11) justifique a concessão do benefício por incapacidade permanente ou temporária, nos moldes hoje previstos pela legislação.

O que se registra, com lamento, é que não há, ao menos por ora, uma normatização previdenciária que leve em linha de conta as peculiaridades da PCD.

Vale dizer que, até os dias atuais, os benefícios previdenciários somente são concedidos nos casos de *suporte fático* voltado a um *conceito médico* (incapacidade para o trabalho, aferida por perícia singela realizada por um profissional médico) em vez de um *conceito ambiental e social* (aferível por perícia biopsicossocial levada a efeito por avaliação multidisciplinar).

Além do quanto exposto, devem ser registrados neste trabalho que estudiosas vozes têm identificado graves e corriqueiras imperfeições das perícias médicas realizadas tanto no Instituto Nacional do Seguro Social quanto nas ações judiciais.

Os problemas das perícias são, em grande medida, responsáveis pela *judicialização intensa* em torno dos benefícios por incapacidade, impelindo o segurado ao *limbo previdenciário*, situação bem descrita por Paulo Afonso Brum Vaz, cuja longa citação é justificável aqui:

Percebe-se uma cada vez maior tendência de improcedência no primeiro grau de ações sobre benefícios por incapacidade. Essa orientação vetorial está intimamente relacionada com a dificuldade que os juízes encontram para lidar com a prova pericial, esta que é a única e derradeira prova a ser produzida nesse tipo de processo. O deslinde desse tipo de conflito passa necessariamente pela perícia médico-judicial. Portanto, se a perícia não é bem feita, se ela não é informativa e conclusiva ou mesmo se ela é preconceituosa, superficial ou tendenciosa, o resultado é a improcedência da ação. Resta o segurado jogado em limbo previdenciário/trabalhista: não se encontra incapaz para o INSS nem para Judiciário, embora não tenha condições de competir no seletivo mercado de trabalho ou prosseguir trabalhando a despeito do esgotamento dos seus limites físicos e mentais.

As perícias administrativas – e muitas vezes as judiciais – nutrem um certo preconceito velado com relação ao reconhecimento da incapacidade para o trabalho. Apenas em casos muito graves o benefício é concedido na via administrativa. A judicialização é inerente a esta injustificada retração.

Um laudo pericial administrativo somente será válido, convincente e aceitável se atender a todos os requisitos formais e materiais da boa perícia. Os laudos, se é que se pode chamar de laudo alguns exames que tenho visto em processos previdenciários, precisam: 1. demonstrar que o médico perito realmente examinou o periciando, estudou o caso e emvidou científicos esforços para chegar a um diagnóstico preciso de (in)capacidade; 2. estar subsidiados com os exames complementares necessários hoje disponíveis no mercado (laboratoriais, de imagem, etc.); 3. atentar para o histórico médico do periciando e sua vida pregressa espelhada em laudos particulares, atestados de afastamentos do trabalho e prescrições de tratamentos medicamentosos e fisioterapias; 4. apresentar fundamentação adequada e convincente, não se compadecendo com evasivas e respostas demasiadamente objetivas, do tipo “sim” ou “não”; 5. lançar um olhar mais holístico e compreensivo sobre as circunstâncias pessoais do periciando. Sobretudo, na projeção da incapacidade, levar em conta o trabalho habitual, a idade, a escolaridade e outros fatores que possam influenciar no normal desempenho do ofício do periciando. (...)

Em razoável medida, é essa notória discrepância que provoca a judicialização, hoje a mais intensa e onerosa. As ações sobre benefícios por incapacidade, porque demandam a realização de perícia médica judicial, contemplam um custo adicional milionário para a Justiça. Como os autores, na sua esmagadora maioria, litigam sob o pálio da assistência judiciária gratuita, os honorários periciais são antecipados às expensas do orçamento da Justiça Federal.

Portanto, as perícias tendenciosas realizadas na via administrativa, quase sempre não reconhecendo a incapacidade, considerando que em um número elevado de casos a perícia judicial chega a um resultado diverso e a sentença é de procedência do pedido (46%), constituem um fator indutor de judicialização, que não pode ser resolvido pela via processual destinada às demandas repetitivas, porque se trata de questões de fato (...)⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. *A judicialização dos benefícios previdenciários por incapacidade: da negativa administrativa à retração judicial*. Disponível em:

Uma possibilidade de melhoria nessa situação é tornar claros os critérios de apuração da incapacidade nas perícias médicas, por meio de ato administrativo normativo do juiz, como uma portaria interna, a valer nos processos sob sua responsabilidade.

Para além, levando-se em conta a doutrina da interpretação “aberta” da constituição, de Peter Häberle, poder-se-ia dizer que é o **perito**, em número significativo de casos, quem interpretará a aquisição ou não do direito a uma prestação previdenciária decorrente da incapacidade, na etapa de concretização de um direito fundamental social previsto expressamente na Constituição Federal.

Obviamente, os peritos médicos não podem ser equiparados aos juízes, à luz do art. 5º, XXXI, da Constituição Federal. A *opinio* do perito pode ou não ser acatada pelo Judiciário, como é de conhecimento assente.

Para além das notórias imperfeições do sistema de proteção social no âmbito dos benefícios por incapacidade, motivadas por desconhecimento, preconceito⁵⁵⁸ e outros fatores metajurídicos dos atores envolvidos nos procedimentos administrativo e judicial, insistimos que a PCD enfrenta outro problema: embora possam ser reconhecidas suas *deficiências*, as pessoas com deficiência não farão jus a benefícios por incapacidade porque a tipicidade das hipóteses de proteção previdenciária não está adequada aos termos da Convenção de Nova Iorque e à Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Não há, enfim, um benefício previdenciário previsto para a contingência, evento ou risco social denominado “deficiência”, o que, em nossa avaliação, implica prejuízo à PCD.

Sendo assim, concluímos que somente se pode considerar adequada a concretização do direito fundamental social à previdência social da PCD no que concerne às aposentadorias por tempo de contribuição e por idade da PCD, objetos da Lei Complementar nº 142/2013.

Avanços são necessários na disciplina dos benefícios por incapacidade, oxalá por superação de seus suportes fáticos por novos, construídos com base na noção de *deficiência*.

Outrossim, propomos uma reflexão acerca da vedação do exercício de atividade remunerada pelo titular de benefício por incapacidade permanente (art. 46 da LBPS). De fato, a formulação de benefícios com suporte fático na deficiência, não mais focado na incapacidade, nas em impedimentos e barreiras que configuram empecilhos à integração social, permitirá a

superação de normas vetustas, como aquela conformada no art. 46 referido, que impede o incapaz para o trabalho de exercer atividade laborativa.

Se estamos trabalhando com o marco teórico do *liberalismo igualitário*, temos em mente que a *liberdade* é o bem maior e primeiro. E se a liberdade é o bem maior e primeiro, cabe ao beneficiário decidir se, incapaz embora, trabalhará.

Tal decisão (trabalhar ou não, mesmo incapacitado o segurado) não terá, forçoso reconhecer, reflexos puramente individuais. As implicações para saúde do segurado, em termos de agravamento por conta do exercício do trabalho, poderão reverberar no sistema público de saúde. Este é um aspecto capital que pode, sim, ser argumentado contrariamente à liberação do trabalho.

Fora isso, porém, impedir o trabalho de quem está aposentado com um benefício de um salário-mínimo – a grande maioria dos titulares de benefício por incapacidade permanente recebe esse piso no Brasil – pode soar como um empecilho típico de um *Estado policial* – expressão usada aqui num sentido lato que expressa uma vigilância exacerbada das condutas do cidadão, com propósitos mais preocupados com o governo que com o indivíduo), incompatível com um *Estado Democrático*.

Enfim, todas essas mudanças reputamos imprescindíveis numa concepção democrática, pluralista e democrática da sociedade, em que sejam respeitadas as pessoas mais vulneráveis em suas liberdades (item 3.2 e 3.3) e capacidades (itens 3.4 e 3.5).

Notamos que, desafortunadamente, diante das dificuldades enfrentadas nos processos judiciais, muitos causídicos acabam apelando para o adágio *in dubio pro misero* ou solução *pro misero*⁵⁵⁹, que entendemos inadequada para uma melhor compreensão do fenômeno, mesmo porque acaba por prescindir dos elementos trazidos pela doutrina de direito constitucional, ricos em conteúdo favoráveis à PCD.

Num sistema de proteção social com feição solidária (item 4.5.1) e distributivista (item 7.5.1.3.), as pessoas com deficiência, na concretização do direito fundamental à previdência social, carecem de melhores quinhões, compatíveis com suas vulnerabilidades e possibilidades de obtenção de subsistência, que sejam expressivas de um mínimo existencial (item 5.4) para vivenciarem alguma justiça social (item 6.4), numa era de liberalismo altamente competitivo e excludente (item 2.1), porquanto, ainda que eventualmente capazes para o trabalho, não têm

⁵⁵⁹ Tivemos oportunidade de explorar o tema alhures. Cf. ZACHARIAS, Rodrigo; HAIK, Cristiane Fátima Grano; MARIANO JUNIOR, Raul. Sobre a solução *pro misero* nos processos judiciais de seguridade social. *Cadernos de Direito Actual*, Nº 18. Núm. Ordinário (2022), pp. 157-179.

condições de competir em igualdade de condições com as demais pessoas, nesta época que preza a eficiência meritocrática (item 6.2.3).

10 DOS BENEFÍCIOS DEVIDOS À PCD NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE: PENSÃO POR MORTE E AUXÍLIO-RECLUSÃO

Passemos à análise dos casos em que a PCD será titular de um benefício previdenciário não na condição de segurado, mas de um *dependente*.

Transcreveremos algumas normas contidas no art. 16 da Lei nº 8.213/91, excluindo as que não são pertinentes à tese:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; [\(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)

(...)

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; [\(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)

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

(...)

(...)

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

(...)

No rol dos dependentes constantes dos incisos I e III, como se vê, há pessoas unidas pelo casamento ou união estável, menores de 21 (vinte e um) anos, incapacitadas, inválidas ou com deficiência intelectual ou mental ou ainda com deficiência grave.

Em quaisquer casos, a proteção previdenciária decorre das contribuições do *segurado*, que pode ser pai, filho ou irmão da PCD, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

A manutenção da *qualidade de segurado*, portanto, é sempre importante para a cobertura das contingências, como determina o art. 15 da mesma lei referida.

Os benefícios que envolvem as pessoas com deficiência são o auxílio-reclusão e a pensão por morte, consoante a *seletividade* delineada no artigo 201, da Constituição Federal, que prevê a concessão de:

(...)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.” O parágrafo 2º citado veda a concessão de benefício, substitutivo do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho,

em valor inferior ao salário-mínimo. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998](#))

Vale dizer, nos limites desta investigação, o presente tópico trata da possibilidade de concessão dos benefícios de *pensão por morte* e *auxílio-reclusão* quando o dependente é filho inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (art. 16, I, da LBPS) ou irmão inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (art. 16, III, da LBPS).

Em todos esses casos tipificados no art. 16, o beneficiário deve ser, em princípio, considerado PCD para os fins previdenciários. Afinal, mesmo o considerado *inválido* será uma PCD para os fins da Lei de Inclusão.

Trata-se de pessoas adultas. Do contrário, o benefício será concedido ao menor de 21 (vinte e um) anos de idade.

A redação dos artigos da Lei nº 8.213/91 foi dada pela Lei nº 13.146/2015, que alargou as possibilidades de concessão. Antes da lei de 2015, que alterou a tipificação da figura do dependente para fins previdenciários no Regime Geral de Previdência Social, só havia possibilidade de concessão da pensão ao filho ou ao irmão considerados *inválidos*.

A extensão da proteção previdenciária ao filho ou irmão que tenha *deficiência intelectual* ou *mental* ou *deficiência grave* é muito bem-vinda, uma vez que a legislação pretérita deixava descoberta uma vasta gama de filhos ou irmãos não propriamente inválidos, mas que sofriam severas restrições físicas ou mentais para obtenção de sustento no mercado de trabalho.

Não é o caso de se abordarem, com detalhes, as diferenças entre deficiência mental ou intelectual, mesmo porque a própria legislação não faz tal distinção.

Deficiência intelectual parece consistir na presença de algum déficit cognitivo, sempre importante, conquanto não indicador de incapacidade omni-profissional.

Deficiência mental pode ser compreendida como a oligofrenia em seus diferentes graus ou doenças mentais como as psicoses, esquizofrenia etc.

Já a *deficiência grave* parece indicar um mal físico, porquanto os mentais já estariam cobertos nas previsões anteriores.

Aqui valem parcialmente algumas anotações já referidas aos benefícios por incapacidade definitiva e temporária. As dificuldades de aplicabilidade da proteção constitucional contida no art. 201, I, da Constituição, revelam-se no acesso à justiça em sentido amplo, ou seja, dificuldades de conhecimento da legislação previdenciária, de acesso ao INSS,

de acesso à justiça, por parte do postulante e, finalmente, no próprio processamento da ação previdenciária.

Não apenas quanto aos benefícios por incapacidade típicos, mas também no que toca aos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão, a experiência dos anos de magistratura nos revela que o judiciário tende a acolher as conclusões da perícia médica judicial, em que os peritos raramente possuem uma formação humanística capaz de ultrapassar, por assim dizer, um conceito puramente médico da incapacidade.

Tratando-se de pensão por morte e auxílio-reclusão, são hipóteses em que se costuma constatar grande vulnerabilidade social, notadamente nos casos de filhos ou irmãos com doença mental ou intelectual grave.

O dependente se vê desprovido não apenas do provedor, mas também daquele que geralmente é o responsável pelas decisões de caráter pessoal mais elementares, sem falar em cuidados mínimos como higiene pessoal, alimentação, locomoção etc.

Como já dito, um dos casos de proteção previdenciária introduzidos pela Lei nº 13.146/2015 é o da hipótese de *deficiência grave*. Esse e os casos de deficiência intelectual e mental representam a introdução da *contingência* “deficiência” na seara previdenciária; até então, prevalecia exclusivamente a proteção previdenciária lastreada no conceito de incapacidade para o trabalho.

10.1 Avaliação biopsicossocial

Ocorre que, em se tratando de análise da deficiência de uma pessoa, a avaliação não deve se lastrear puramente no conceito médico de incapacidade. A própria constituição, no art. 201, § 1º, I, em norma introduzida pela EC 103/2019, estabelece que a avaliação da deficiência deve se dar em “avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar”.

Segundo o art. 22, § 9º, do Decreto nº 3.048/99:

§ 9º No caso de dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, para fins de inscrição e concessão de benefício, a invalidez será comprovada por meio de exame médico-pericial a cargo da Perícia Médica Federal e a deficiência, por meio de avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar. [\(Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020\).](#)

Indubitavelmente, a avaliação biopsicossocial representa um avanço, ao menos no tocante à esfera administrativa.

Já não mais podem ser admitidas, dessarte, nas lides forenses, singelas perícias médicas que se limitam a apontar a presença ou não de *incapacidade* para o trabalho do dependente filho ou irmão.

Se assim se der, não é arriscado afirmar que se terá feito *tabula rasa* da norma regulamentar, com reflexos ofensivos à norma prevista no art. 6º da CF, que assegura o direito fundamental social à previdência social.

Trata-se de caso de nulidade, pois uma perícia com avaliação limitada ao aspecto da capacidade para o trabalho representa prejuízo manifesto para o postulante.

De fundamental importância, nesses casos, a atuação do Ministério Público, inclusive para fiscalizar se as avaliações estão sendo realizadas corretamente⁵⁶⁰.

Cabe ao órgão do *Parquet* verificar inclusive se as perícias são feitas regularmente, podendo requerer a realização de outra, ou mesmo postular a declaração de nulidade, a teor dos artigos 178 e 179 do Código de Processo Civil.

10.2 Dependentes aposentados

Outrossim, nas lides forenses uma das situações de grande repercussão é a das pessoas já aposentadas por invalidez que também requerem a concessão da pensão, na condição de filhos dependentes dos pais falecidos.

Nestes casos, tratando-se de filho maior inválido ou com doença mental ou intelectual ou deficiência grave, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça indicando que a presunção de dependência é apenas *relativa*, a despeito do que sugere interpretação gramatical do art. 16, § 4º, da Lei n. 8.213/91⁵⁶¹.

Isto é, o tribunal admite prova em contrário, como se pode observar de alguns julgamentos proferidos fora da sistemática de recursos repetitivos: REsp 1567171/SC, AgInt no AREsp 1327916/SP, REsp 1772926 / SP, AgInt no AgInt nos EREsp 1449938/RS.

Digno de nota que a Lei nº 8.213/91 não veda a concessão de benefícios previdenciários de aposentadoria e pensão por morte *cumulativamente*, na regra específica dedicada à questão do cúmulo de benefícios, contida no art. 124⁵⁶².

⁵⁶⁰ V. item 8.3.

⁵⁶¹ A redação do art. 16, § 4º, da LBPS é bastante eloquente: “§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”.

⁵⁶² “Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

I - aposentadoria e auxílio-doença;

II - duas ou mais aposentadorias;

Pela análise puramente lógica do problema, deveria haver mesmo uma vedação à cumulação, afinal, quem já está coberto por aposentadoria não necessitaria de pensão. Porém, a realidade experimentada pela população brasileira mais vulnerável parece muito diversa da lógica.

Num sistema previdenciário em que aproximadamente 70% (setenta por cento) dos benefícios têm renda mensal de um salário-mínimo, a cumulação da pensão com a aposentadoria faz toda a diferença em prol da melhoria de vida do vulnerável.

Nesse ponto, a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, ao considerar *relativa* a presunção de dependência nesses casos, caminha em sentido contrário à concretização do direito fundamental à previdência social da PCD.

10.3 Ruptura do vínculo de dependência

Questão tormentosa que até hoje divide a jurisprudência é se o filho incapaz ou com deficiência só fará jus ao benefício de pensão por morte se a incapacidade ou a dependência foi estabelecida antes de completar 21 (vinte e um) anos, sem que houvesse a ruptura do vínculo de dependência.

O INSS tem alegado insistentemente que, nos termos do art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, se o filho atingiu a idade de 21 (vinte e um) anos na condição de pessoa capaz e não deficiente, vindo a tornar-se incapaz ou pessoa com deficiência posteriormente, não fará jus ao benefício de pensão por morte, com base na interpretação gramatical do dispositivo.

Para infelicidade do estudioso do direito e, mais ainda, das pessoas com deficiência e incapazes para o trabalho dependentes de pais segurados da previdência social, após muitos anos de dissenso, ainda se encontram julgados em sentidos opostos no Superior Tribunal de Justiça.

À guisa de exemplos, dois julgados em sentidos diversos (com destaque nosso):

II - mais de uma aposentadoria; [\(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#)

III - aposentadoria e abono de permanência em serviço;

IV - salário-maternidade e auxílio-doença; [\(Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#)

V - mais de um auxílio-acidente; [\(Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#)

VI - mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa. [\(Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#)

Parágrafo único. É vedado o recebimento conjunto do seguro-desemprego com qualquer benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto pensão por morte ou auxílio-acidente. [\(Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995\)](#)”

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. PENSÃO POR MORTE. INVALIDEZ ANTES DA MAIORIDADE. MANUTENÇÃO DA DEPENDÊNCIA. POSSIBILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal.

III - Esta Corte possui entendimento no sentido de que faz jus à pensão por morte o beneficiário que, após a maioridade, manteve o direito à pensão devido à invalidez, haja vista que a incapacidade foi estabelecida antes de completar 21 anos, sem que houvesse a ruptura do vínculo de dependência.

IV - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VI - Agravo Interno improvido (AgInt no REsp 1838289 / PR AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2019/0276555-1, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJ 21.6.21, DJe 23.6.21).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA RELATIVA SUPRIDA POR PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. NEM MESMO A INVALIDEZ DO DEPENDENTE EM MOMENTO ANTERIOR AO ÓBITO DA GENITORA FOI RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NÃO PREENCHIDOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para que seja concedida a pensão por morte é necessária a comprovação da condição de dependente, bem como a qualidade de Segurado do instituidor da pensão, ao tempo do óbito.

2. A jurisprudência do STJ afirma ser irrelevante o fato de a invalidez ter ocorrido após a maioridade do postulante, desde que haja a comprovação de que a invalidez é anterior ao óbito do Segurado.

3. No caso dos autos, as instâncias de origem asseveram que o autor não apresentou qualquer prova de seu quadro de invalidez, limitando-se a afirmar que é titular de benefício de aposentadoria por invalidez. Contudo, o benefício lhe foi deferido 10 meses após o óbito da genitora, não havendo assim qualquer prova de que a invalidez fosse preexistente ao óbito da Segurada.

4. Vale ainda registrar que as instâncias de origem consignam que igualmente não restou comprovada a situação de dependência econômica. Dos testemunhos colhidos em juízo, o que se extrai é que o autor tinha 51 anos no momento do óbito da Segurada e residia com sua esposa e filhos em endereço diverso da genitora, constando apenas o relato de uma testemunha que afirma que a Segurada morou com a família pelo período de um ano.

5. Assim, não comprovada a condição de dependente previdenciário da parte autora, não merece reparos o acórdão recorrido, que, confirmando a sentença, julgou improcedente o pedido de pensão por morte.

6. Agravo Interno do Particular a que se nega provimento (AgInt no AREsp 1514730 / MS

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

2019/0155729-7, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJ 28.9.200, DJe 01.10.200).

Não há muito a ser dito a respeito desse problema de insegurança jurídica que não seja de conhecimento de todos que militam na área do Direito. Resta torcer para que a questão seja resolvida no âmbito do julgamento de casos repetitivos, na forma do art. 928, I e II, do CPC.

10.4 Conclusões parciais

A PCD terá seus direitos respeitados somente se as avaliações das pessoas com deficiência realmente atenderem à atual regra regulamentar contida no art. 22, § 9º, do Decreto nº 3.048/99, devendo as perícias judiciais e administrativas ser levadas a efeitos na modalidade *biopsicossocial*, em que sejam considerados aspectos outros que a mera incapacidade para o trabalho.

Valem aqui as observações já apresentadas sobre as limitações na *liberdade* da PCD, a justificarem a aplicação do princípio da diferença de John Rawls. A consideração das limitações em suas *capacidades*, para além, inviabiliza conferir ao caso da PCD aposentada por invalidez a interpretação mais restritiva, não autorizada nem no art. 16, § 4º, nem no art. 124, ambas da Lei nº 8.213/91.

Sendo assim, não se justifica afastar a presunção absoluta de dependência do filho ou do irmão inválido ou com deficiência mental ou intelectual ou ainda deficiência grave, em relação ao segurado que vem a falecer.

Possivelmente, apenas casos pontuais, em que claramente diagnosticada a ausência total de dependência econômica – quando, por exemplo, dá-se exatamente o inverso, os pais sobrevivendo na dependência do filho inválido ou pessoa com deficiência, situação cabalmente comprovada nos autos – é que se poderia cogitar da aplicação da presunção *relativa*, mercê do reconhecimento de uma situação fática incompatível com a proteção previdenciária pretendida.

Fora isso, somente haverá compatibilidade vertical com a Constituição Federal de 1988 se partirmos do pressuposto de que a regra contida no art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91, conforma uma presunção *absoluta*, constituindo-se um caso excepcional em que a *interpretação gramatical*, aquele vetusto método defendido por Savigny, antes referido, mostra-se a mais adequada por ser a mais favorável à concretização do direito fundamental à previdência social das pessoas com deficiência.

Quanto à questão da existência ou não da ruptura do vínculo de dependência, à evidência, a concretização do direito fundamental social à previdência social da PCD é muito

mais bem protegido se prevalecer o entendimento firmado na segunda ementa transcrita no item anterior, com o qual concordamos.

Logo, afigura-se irrelevante o fato de a invalidez ter ocorrido após a maioridade do postulante, desde que haja a comprovação de que a invalidez é anterior ao óbito do segurado.

Ora, a entidade familiar, segundo o art. 226, § 4º, da Constituição Federal, pode ser formado por um dos pais e um descendente. Os laços familiares não são rompidos com o atingimento da maioridade, mesmo porque o art. 229 da Constituição Federal determina que os filhos cuidem dos pais após a maioridade. Se devem cuidar dos pais, nada mais justo que esse relacionamento seja bilateral, fundado na solidariedade familiar, com reflexos na previdência social.

11 A COBERTURA PREVIDENCIÁRIA DO EVENTO “DOENÇA”

Neste capítulo, propusemo-nos a analisar a cobertura da previdência social em relação à contingência “doença”, objeto de previsão constitucional há muitas décadas.

A Constituição de 1946 reservou o Título V, nos artigos 145 a 162, no trato da ordem econômica e social. Nos termos do seu art. 157, “a legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores”. No inciso XVI, previa a previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e “contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”. Importante observar que o texto constitucional autorizava proteção previdenciária não apenas à “invalidez”, mas também à “doença”.

Contudo, não houve implantação de benefícios de subsistência de natureza previdenciária por conta do evento “doença”. A proteção previdenciária exigia mais: a incapacidade.

Em 1960, foi editada a Lei nº 3.807, denominada Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), estabelecendo um só e único plano de benefícios, num sistema de capitalização, ampliando o âmbito da Previdência Social, deixando, porém, excluídos os trabalhadores rurais e empregados domésticos. Eram beneficiários os segurados e dependentes. Os benefícios eram auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, por velhice, especial, por tempo de serviço, auxílio-natalidade, pensão por morte, pecúlio, auxílio-reclusão, auxílio-funeral⁵⁶³.

Por mais graves que possam ser certas doenças, especialmente as crônicas, algumas parcialmente incapacitantes, a previsão constitucional da cobertura do evento “doença” não se concretizou, porque a omissão do legislador infraconstitucional condenou-a ao caráter puramente programático.

Esse *status quo* de não efetivação de uma norma constitucional instituidora de direito social, tratada como regra meramente programática e sem eficácia social, perdurou durante muitos anos. Tratando-se de norma constitucional dependente da regulamentação pelo

⁵⁶³ O artigo 1º da Lei nº 3.807/1960 tinha a seguinte redação: “Art. 1º A previdência social organizada na forma desta lei, tem por fim assegurar aos seus beneficiários os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de idade avançada, incapacidade, tempo de serviço, prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, bem como a prestação de serviços que visem à proteção de sua saúde e concorram para o seu bem-estar.” Como se vê, o evento “doença” não foi objeto de proteção previdenciária. Mesmo para os que não mais exerciam atividade remunerada, havia a previsão de manutenção da qualidade de segurado da previdência social mediante o recolhimento de contribuições em dobro, mas nesse caso a previsão legal da lei era apenas a concessão de aposentadoria por base em tempo de tempo de serviço, nos termos do art. 9º e §§ da LOPS. Mesmo a proteção previdenciária dos dependentes pressupunha a invalidez, não bastando a doença.

legislador infraconstitucional, a regra do art. 157 da Constituição de 1946, no tocante à cobertura do evento “doença”, permaneceu letra morta.

Na Carta de 1967, a situação de déficit persistiu. Nos termos do inciso XVI do art. 158, eram assegurados aos trabalhadores alguns direitos, dentre eles: “previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte;”. Não houve mudança em relação ao texto constitucional de 1946, permanecendo a regra, uma vez mais, na condição de norma constitucional desprovida de aplicabilidade e de efetividade.

Também a Emenda nº 1/1969, em seu artigo 165, inciso XVI, previa o direito à “previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado;”.

O déficit na proteção previdenciária do evento “doença” permaneceu, na medida em que o legislador infraconstitucional não implementou um benefício a ser concedido no caso exclusivo de doença, dependente a concessão dos benefícios previdenciários da ocorrência da incapacidade mesma.

Insista-se: os benefícios então existentes (aposentadoria por invalidez e auxílio-doença) traziam, como suporte fático, a incapacidade para o trabalho e eram indevidos no caso de o segurado sofrer de *doença não incapacitante*.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o art. 201, I, previu a “cobertura de eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes de trabalho, velhice e reclusão.” A norma foi alterada pela Emenda Constitucional nº 20/98 e passou a ter a seguinte redação: “I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;”.

Ao comentar o referido dispositivo, Celso Ribeiro Bastos salienta que o evento *doença* é coberto pela previdência social mediante o pagamento de auxílio-doença ao segurado⁵⁶⁴. Entretanto, a despeito do curioso nome, parece-nos que o benefício de “auxílio-doença” não era destinado à cobertura da doença, mas apenas e somente quando esta gerasse *incapacidade para o trabalho*, consoante a regulamentação infraconstitucional. O suporte fático dos benefícios previstos nas Leis nº 3.807/1960 e 8.213/1991 exigia incapacidade laborativa, não se contentando com a simples doença.

A Lei nº 8.213/91, que implementou o plano de benefícios do regime geral de previdência social na vigência da Constituição Federal de 1988, tal qual a antiga LOPS, não

⁵⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 8º Vol. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 247.

incluiu um benefício devido no caso do evento “doença”, muito embora, ao prever a figura do segurado facultativo⁵⁶⁵, passou-se a conceber a concessão de auxílio-doença a quem sofresse de “doença”.

Ou seja, o auxílio-doença só era concebível nesse caso, a saber, o do **segurado facultativo** (que não exerce atividade laborativa sujeita a filiação obrigatória à previdência social, consoante as várias hipóteses tipificadas no art. 11 do Decreto nº 3.048/99) que padece de doença impeditiva de realização das atividades do dia a dia.

Cumprе ressaltar que uma das possibilidades de filiação como segurado facultativo se dá no caso de o trabalhador perder o emprego e recolher contribuições como tal, para a manutenção da qualidade de segurado, na forma do art. 11, V, do Decreto nº 3.048/99. Vale dizer, diante do fenômeno do desemprego, o segurado esforça-se para manter a qualidade de segurado recolhendo facultativamente.

Nesses parâmetros, a PCD, filiada na condição de segurado facultativo, teria o direito ao auxílio-doença na medida em que a doença impedisse o exercício de suas atividades rotineiras, conquanto se trate de uma doença não incapacitante em seu sentido estrito.

Noutro passo, quem exerce atividade laborativa, sujeito a filiação obrigatória à previdência social, pessoa com deficiência ou não, continua a não fazer jus a benefício por incapacidade quando do evento “doença” não incapacitante.

Trata-se de uma manifesta situação de *inconstitucionalidade por omissão parcial*: as leis previdenciárias de 1960 e 1991 ignoraram toda a dimensão da *seletividade* constitucional, que previa a cobertura do evento “doença”, limitando-se a instituir benefícios na cobertura da “incapacidade”.

Vale dizer, os legisladores infraconstitucionais falharam em concretizar a *distributividade*. Fizeram-no parcialmente, de modo falho, por ignorarem um *suporte fático* previsto em quatro constituições (1946, 1967, 1969 e 1988) para a proteção dos segurados em situação adversa, incorrendo em inconstitucionalidade.

Como bem prelecionam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Junior, a verificação de uma *inconstitucionalidade por omissão* traz um requisito adicional, que é o decurso de um prazo razoável, pois as normas constitucionais, no tocante à sua eficácia, podem demandar a integração de outras normas inconstitucionais. Logo, a iniciativa de elaborar uma

⁵⁶⁵ Segurado facultativo é aquele não enquadrado nas hipóteses legais de filiação obrigatória à previdência social, consoante os termos do art. 13 da Lei nº 8.213/91: “Art. 13. É segurado facultativo o maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, desde que não incluído nas disposições do art. 11.”

lei federal pode demandar estudos, debates e um “tempo de maturação” do tema⁵⁶⁶. No caso em análise, esse tempo de maturação expirou há muito tempo.

Por outro lado, a mera possibilidade de concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença a *segurados facultativos* não afasta a inconstitucionalidade parcial.

À evidência, o legislador infraconstitucional tem *discrecionarietà* para a criação de leis que considera relevantes para regular a vida em sociedade, incluindo dispor sobre as relações jurídicas entre indivíduo e Estado. Os motivos podem ser inúmeros para tanto. Segundo o ver do legislador infraconstitucional, a criação de um benefício com suporte fático “doença não incapacitante” implicaria, possivelmente, incentivo à *ociosidade*, sem falar no aspecto orçamentário.

A questão dos *incentivos* ou *desincentivos* e o aspecto orçamentário são, a toda evidência, bastante importantes e caros aos executores das políticas públicas e sociais. Todavia, não se pode olvidar que algumas doenças não incapacitantes consideradas *crônicas* limitam sobremaneira a capacidade de trabalho das pessoas, colocando-as em clara desvantagem em relação aos demais membros da sociedade. Essa razão não justificaria, só por só, a criação de um benefício que amparasse essas pessoas? Nossa opinião é a de que sim, justificaria, sob o aspecto moral e social a criação de um tal benefício, ainda que a própria constituição não o previsse – mas ela o previu, desde 1946.

Há outro aspecto a ser levado em linha de conta, o do **direito internacional**. Como explica Flávia Piovesan, o intuito do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já referido antes neste trabalho, foi permitir a adoção de uma linguagem de direitos que implicasse obrigações no plano internacional, mediante a sistemática do *International Accountability*, na medida em que esse Pacto criou obrigações legais aos Estados-partes, ensejando a responsabilização internacional em caso de violação dos direitos enunciados⁵⁶⁷.

O Pacto referido apresenta uma peculiar sistemática de monitoramento dos direitos enunciados, restringindo-se a relatórios a serem encaminhados aos Estados-partes⁵⁶⁸. Tal responsabilização do Estado brasileiro, pela omissão referida, porém, não veio à tona, nem

⁵⁶⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; SERRANO JUNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2021, p. 80.

⁵⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 260.

⁵⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 264.

mesmo com o advento do Protocolo Facultativo ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado no país em 10.9.2008⁵⁶⁹.

Vigorou no Brasil, pelo exposto, um *status quo* de inconstitucionalidade por omissão quanto à não cobertura do evento “doença”.

11.1 A EC 103/2019 e a vedação do retrocesso social

A Emenda nº 103/2019, que, como referido antes, trouxe a mais significativa e restritiva das reformas previdenciárias, houve por bem eliminar a “doença” dos eventos cobertos pela previdência social, ao alterar a redação do inciso I do art. 201 da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019\)](#)
I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019\)](#)
(...)

Sobre o fato de a EC 103/2019 ter atingido o “núcleo duro” da Constituição Federal de 1988, após mais de trinta anos de “resiliência”, escrevemos alhures:

As reformas iniciadas com a EC 20/1998 tiveram direção certa: a regressividade, a partir do entendimento político de que a crise orçamentária coloca em risco a proteção das futuras gerações. Esse mesmo mote levou à aprovação da EC 103/2019 e a perspectiva é a de que outras reformas regressivas sejam aprovadas num futuro não tão distante.

Aprovada para combater os déficits no orçamento da previdência social, portanto com olhos do Congresso Nacional no fenômeno da escassez, a reforma previdenciária operada pela EC n. 103/2019 implicou o recuo na dimensão do Estado na prestação de direitos previdenciários e, portanto, na redução da proteção social oferecida pela previdência social, um dos três pilares da seguridade social.

Talvez o mais grave de tudo é que, a despeito de mais de uma centena de Emendas Constitucionais, que bem ou mal mantiveram o caráter social e protetivo do Texto de 1988, expressivo de valiosa “resiliência constitucional” (VIEIRA; BARBOSA, 2018), atingiu-se com a EC 103/2019 o *núcleo duro* da Constituição Federal, porquanto perpetrado redução relevante à dimensão dos direitos sociais, sobretudo na seara da previdência social.

Dá-se, enfim, o atingimento desse *núcleo duro* porque a reforma perpetrada atinge uma dimensão inusitada, a despeito da mais de uma centena de emendas constitucionais pretéritas, que a rigor não haviam alterado a feição protetiva,

⁵⁶⁹ Sobre os mecanismos de controle das omissões dos Estados na implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais, v. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 265-274.

garantista e dirigente da Constituição de 1988, observável sobretudo das normas principiológicas conformadas nos seus artigos 3º e 4º, a despeito de muitas promessas do legislador constituinte não haverem sido cumpridas (VIEIRA; BARBOSA, 2018), sobretudo a de reduzir a insistente desigualdade social brasileira⁵⁷⁰.

Estabelecido isso, a partir da vigência da EC 103, promulgada em 12.11.2019, nem mesmo nos casos de segurado facultativo, a rigor, há autorização constitucional para a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Também aqui, a referida emenda constitucional traz *regressividade* na proteção constitucional e legal dos vulneráveis.

Nesse ponto, as pessoas com deficiência que se encontram em situação de necessidade social por força de *doença*, filiadas à previdência social como segurado facultativo, veem-se diante da ausência de proteção constitucional.

Certamente seria melhor para a PCD contar com a proteção constitucional *ao menos* enquanto segurados facultativos, o que lhes permitiria obter proteção previdenciária quando eventuais eventos álgicos ou de crises esporádicas, intermitentes, lhes impedisse a realização de suas atividades do dia a dia.

Pode-se argumentar que a revogação, pela EC 103/2019, da possibilidade de recebimento de benefícios por conta do evento “doença”, implica ofensa ao *núcleo essencial* do direito à previdência social das pessoas com deficiência. Lembramos que o direito à previdência social vem previsto expressamente no art. 6º da Constituição.

Reitera-se que o *suporte fático* dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, ora renomeados de benefício por incapacidade permanente e benefício por incapacidade temporária pela EC 103/2019, envolve a incapacidade para o trabalho. A concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez a segurados facultativos se dá *obliquamente*, por assim dizer. A doença, no caso, era considerada uma incapacidade não para o trabalho, mas para as ocupações habituais, para os **segurados facultativos**, apenas e tão somente.

Ainda assim, diante do fundamento constitucional para a concessão de tais benefícios (incapacidade, não doença), não se pode tachar a EC 103/2019, ao menos por essa ótica e nesse ponto, de inconstitucional. Tal se dá porque, o auxílio-doença, regulado na Lei nº 8.213/91, mesmo no caso de segurado facultativo, é previsto apenas para as hipóteses de incapacidade

⁵⁷⁰ ZACHARIAS, Rodrigo; HAIK, Cristiane; MARIANO JUNIOR, Raul. Uma breve história narrativa e cronológica da seguridade social do Brasil, da progressividade legal ao atentado ao “núcleo duro” da Constituição Federal com o advento da EC nº 103/2019. In: *Revista Científica do UniRios* 2021.2 |230-257.

temporária para o trabalho. O próprio suporte fático previsto na lei ordinária, insistimos, é a incapacidade, não a doença.

A *cláusula da vedação do retrocesso social* também poderia, em tese, ser evocada nesta questão. Sob esse ponto de vista, a eliminação da proteção previdenciária do evento “doença” causou retrocesso na proteção social de pessoas vulnerabilizadas. Mas o problema é a aplicação de uma cláusula que não está exatamente positivada na Constituição, muito embora o Brasil seja signatário do Pacto Internacional de Proteção dos direitos civis, que prevê a necessidade de *progressividade* na prestação dos direitos sociais.

Com efeito, num mundo em constantes transformações, complicadíssima se mostra uma interpretação que resulte na *petrificação* de direitos sociais. Mesmo a cláusula de vedação do retrocesso, outrora defendida com afincos por doutrinadores nacionais e estrangeiros, deve pautar-se por uma leitura regada a responsabilidade e bom-senso, ligada à realidade histórica vigente.

Em acréscimo às ponderações já realizadas sobre a cláusula da vedação ao retrocesso social, calha trazer à colação o aporte de Wladimir Novaes Martinez:

O pressuposto da vedação é a ofensa histórica às conquistas sociais necessárias, condizentes com a dignidade do ser humano vivendo em sociedade pacífica e justa. Regressos são admitidos quando fundados, necessários e imprescindíveis ao equilíbrio das contas da seguridade social e que contem com a observância do direito adquirido.

É absolutamente necessário que a exposição dos motivos das leis modificadoras deixe bastante solares os fundamentos das reformulações, no mínimo partindo de ausência pública e com amplíssima discussão nos centros de estudos e no seio da sociedade. Isso logrará a base material da segurança jurídica, que comporta as inovações reclamadas pelas alterações constatadas na sociedade. O princípio não a ofende quando praticado baseado em elevado espírito de justiça social⁵⁷¹.

De fato, as justificativas orçamentárias⁵⁷² evocadas para a promulgação da EC 103/2019 não podem ser desconsideradas.

Questões como envelhecimento populacional e a alta taxa de desemprego na população economicamente ativa, fruto das revoluções tecnológicas, acabam por limitar o ingresso de receitas previdenciárias e levaram o legislador constituinte emendador a redimensionar o nível de proteção social disponível à população, à luz dos critérios técnicos e políticos disponíveis,

⁵⁷¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p.106.

⁵⁷² Cabe, nesta discussão, uma pergunta: teria o Judiciário legitimidade e competência para perscrutar a correção ou a conveniência das fundamentações evocadas para a edição da EC 103/2019, por parte do Legislador e do Executivo? Inclino-nos a responder negativamente a tal indagação, exatamente por entender que o planejamento das políticas públicas e sociais é atribuição de outras funções do Estado diversas do Judiciário. Mas, essa e outras questões serão decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADI's movidas por vários legitimados.

em respeito mesmo ao *princípio do equilíbrio econômico* conformato expressamente no art. 201, *caput*, da Constituição Federal, desde o advento da EC 20/98.

Para Wladimir Novaes Martinez, o princípio positivado (o art. 201, *caput*, da CF) refere-se ao “equilíbrio financeiro e atuarial” e é direcionado ao legislador infraconstitucional e ao organizador da previdência social⁵⁷³, e merece ser considerado neste debate, a despeito de constituir um princípio “execrado” por muitos:

À evidência, para não desmoralizar-se, perder eficácia ou prestígio, o princípio carece ser equacionado apropriadamente, conceituado e bem definido, resultando circunscrito pela norma legal, a experiência da jurisprudência e o bom-senso da doutrina especializada.

O princípio tem sido execrado porque enfatiza, em demasia, as políticas públicas em matéria de previdência e assistência. Julgam tais pensadores que ele representa o domínio dos economistas sobre a visão social que assinala a técnica protetiva. Se bem considerado, o princípio não padece desses males; ele apoia a ideia de que um regime de previdência social tem que ter estrutura técnica, eficácia organizacional, sistematização científica, ordem atuarial e financeira para que, aí sim, seja esse instrumento de paz social tão desejado por todos. Um sistema quebrado de nada servirá a ninguém⁵⁷⁴.

Em suma, lamenta-se a existência de um estado de déficit de proteção social decorrente de omissão do legislador infraconstitucional, presente por mais de sete décadas. Lamenta-se, da mesma forma, a regressividade causada pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

Nada obstante, a implementação do benefício específico para a cobertura do evento “doença” mostrar-se-ia questão de grande complexidade, dadas as implicações no campo dos incentivos e desincentivos, sem se falar na dimensão orçamentária de um tal benefício.

Daí não concordarmos com eventual alegação de violação da cláusula da vedação do retrocesso, nesse ponto, pela EC nº 103/2019, mesmo porque não havia proteção pretérita ao evento “doença”, exceção feita à cobertura oblíqua do caso do segurado facultativo.

Será o Supremo Tribunal Federal que decidirá, oportunamente, sobre a constitucionalidade da referida emenda, num sem-número de aspectos que ultrapassam os contornos da questão ora debatida.

11.2 Inconstitucionalidade por omissão parcial

Não obstante a conclusão pela ausência de ofensa à cláusula da vedação o retrocesso social pela EC 103/2019, quando da eliminação da cobertura do evento “doença”, entendemos

⁵⁷³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 95.

⁵⁷⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2015, p. 94.

constitucionalmente legítima a concessão de um benefício previdenciário em situação bastante específica, qual seja, no caso de a PCD ver-se impossibilitada de realizar suas atividades diárias por conta dos efeitos de uma doença importante.

A despeito de jamais ter sido criado, pelo legislador ordinário, um benefício específico para o evento “doença”, não se pode olvidar a presença de um *défice* no implemento de uma proteção social expressiva, que vigorou por décadas, desde 1946 até 2019, num país onde milhões de pessoas que sofrem de inúmeras doenças sérias, conquanto não totalmente incapacitantes.

Alhures, tratamos do princípio da *proibição do défice* ou da *proibição da insuficiência*. Ponderamos que não é simples, fora dos casos de determinação constitucional inequívoca, saber *quando, como e quanto* a constituição impõe, tudo a depender das perspectivas políticas de quem avalia, cabendo ao poder judicial levar em conta que há um dever do Estado sob *reserva do politicamente adequado ou oportuno*, dependente da oportunidade e adequação politicamente condicionadas⁵⁷⁵.

Todavia, reiteramos que no presente caso a inconstitucionalidade se apresenta patente, tendo perdurado pela vigência de quatro constituições. Mais que isso, o descompasso entre a proteção social prometida pelas constituições e o que foi concretizado por via da legislação ordinária faz com que um número incalculável de pessoas doentes esteja em situação de penúria, sem bem-estar social.

Não se pode admitir que seja politicamente adequado ou oportuno menosprezar uma norma constitucional protetiva de pessoas vulneráveis, existente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1946, até que fosse eliminada do texto magno pela EC 103/2019. Desde o advento do conceito hodierno de PCD, há milhões de brasileiros nessa condição por conta de doenças não incapacitantes.

A conclusão pela existência de um benefício devido no caso da contingência social “doença” nada mais é do que uma adequação do plano previdenciário a uma determinação constitucional, que ao menos desde 1988 prevê um princípio que dialoga com a noção de *justiça social*: o princípio da *distributividade* previsto no inciso III do parágrafo único do art. 194. Noutras palavras, a distributividade hoje envolve uma justiça social como que *qualificada*.

Assim sendo, a criação, pelo constituinte originário, da cobertura de uma contingência social de alta relevância como o evento “doença” implica a obrigação de o legislador

⁵⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. Do dever de proteção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 259.

infraconstitucional avaliar com seriedade a criação de um benefício previdenciário apto a atender os segurados que padecem de necessidade social.

Outrossim, sustentamos que o direito à proteção previdenciária no caso do evento “doença” não precisa ficar restrito à figura do segurado facultativo, em absoluto. Pessoas com deficiência que eventualmente trabalham e contribuem à previdência social como empregados ou contribuintes individuais fazem jus a uma proteção previdenciária no caso do evento “doença”, caso verificado que tal mal, não incapacitante embora, lhe prejudica a possibilidade de sustento de tal maneira que, afrontando francamente a dignidade humana, não se mostra razoável deixar a pessoa ao desamparo previdenciário.

Ora, nada impediria uma cobertura previdenciária não como substitutiva do salário-de-contribuição, a exemplo do que se dá com o auxílio-acidente, mas como um benefício indenizatório cuja renda mensal seja de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício.

A PCD, a despeito de eventualmente não perder totalmente a capacidade laborativa, tem comprometida sua qualidade de vida de tal forma que o evento “doença” pode ser compreendido, em muitas situações, como “parcial incapacidade”.

Por isso mesmo, entendemos que atenta contra os princípios da universalidade e da distributividade (art. 194, parágrafo único, I e III, da Constituição Federal) a restrição (operada pelo legislador ordinário) do benefício, na cobertura do evento “doença”, apenas aos segurados facultativos.

Nota-se que, na situação em análise, a seletividade já foi estabelecida pelo legislador constituinte e pelo constituinte reformador, porquanto o evento doença esteve presente nas constituições desde a de 1946 até a de 1988, até esta última que foi reformada pela EC 103/2019.

Ao menos na vigência da Constituição de 1988, tratamos de uma situação excepcional em que a **seletividade veio desprovida da distributividade**, o que constitui uma anomalia do sistema previdenciário nacional, em clara violação do princípio constitucional da *distributividade*.

Nestes termos, entendemos que a efetivação de um direito fundamental social – do qual o legislador infraconstitucional é deficitário há décadas – pode plenamente dar-se na via judicial, por meio do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da Constituição e Lei nº 13.300/2016), que pode ser utilizado para a tutela de direitos sociais, como o direito de greve⁵⁷⁶; ou por meio da propositura, pelos legitimados constitucionais, da ação direta de

⁵⁷⁶ Ver acórdão do Supremo Tribunal Federal no MI 718, relator Ministro Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, DJE 30.10.2008.

inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal, e regulada pela Lei nº 9.868/1999, com a redação da Lei nº 12.063/2009.

Indo mais além, e essa é uma das conclusões essenciais desta tese, entendemos que a questão da inconstitucionalidade por omissão parcial pode, no caso bastante específico ora abordado, ser solucionado por meio do *controle incidental de inconstitucionalidade*. Sim, o juiz pode no caso concreto suprir a omissão do legislador federal, utilizando-se da *interpretação extensiva*, delineando a norma infraconstitucional *conforme a constituição*.

Esse benefício devido no caso da contingência social “doença” nada mais é do que uma adequação do plano previdenciário a uma determinação constitucional, cabendo a leitura da regra dos artigos 59 e 86 da Lei nº 8.213/91 – que preveem os suportes fáticos, respectivamente, do auxílio-doença e do auxílio-acidente – à luz do princípio da *interpretação conforme a constituição*, assunto já referido nesta tese. Ademais, trata-se de levar a efeito a boa e velha *interpretação sistemática*, que, em realidade, nada terá de arcaica.

De outra parte, não se pode invocar aqui a *regra da contrapartida*, instituído no art. 195, § 5º, da Constituição. A referida norma veda a criação ou extensão de benefícios de seguridade social sem prévio custeio, consoante já analisado no item 7.5.1.4, no qual registramos violações constantes da norma por parte do legislador infraconstitucional.

De fato, aqui não se trata de se criar um benefício com base em suporte fático novo, não previsto no texto constitucional. Insistimos que o suporte fático – a doença não incapacitante – esteve previsto na própria constituição, de modo que se mostra logicamente inconcebível a aplicação do princípio da contrapartida. Então podemos falar de *extensão* de um benefício ao caso de um suporte fático não previsto na lei ordinária, mas previsto expressamente na constituição!

Ademais, foi antes referido que a universalidade prevista no inciso I do parágrafo único do art. 194 da Constituição possibilita a expansão dos planos de previdência social, mediante a criação de outros benefícios ou serviços. É para esse tipo de contexto que se aplica o princípio da contrapartida.

Não é logicamente admissível a aplicação da regra da contrapartida, assim, aos casos de contingências sociais constantes expressamente na Constituição, mas dependentes da implementação pelo legislador ordinário, que permanece na inércia há décadas.

A solução proposta, ao reverso, busca a *concretização* de um direito fundamental social cujo suporte fático está presente, desde 1946, nas Constituições do país.

11.3 Conclusões parciais

Antes de ingressarmos nas conclusões atinentes ao presente capítulo, solicitamos ao leitor que leve em consideração nossas linhas escritas sobre a *conformidade funcional*.

Efetivamente, sustentamos que as soluções propostas no tópico anterior não implicam considerar que o Judiciário, por controle incidental de constitucionalidade, atue como “legislador positivo”.

O que temos a propor, nos julgamentos dos casos concretos, conforme explicado nos parágrafos seguintes, é a mera *extensão* de um benefício a uma situação não coberta intencionalmente pelo legislador ordinário, mas objeto de cobertura expressa pelo constituinte originário, levando-se em conta, inclusive, o princípio da *proibição do défice*⁵⁷⁷.

Longe de levar a ativismos, as interpretações propostas trazem para dentro dos suportes fáticos dos benefícios de incapacidade (permanente, temporária e auxílio-acidente) eventos, riscos sociais e contingências albergadas pela própria Constituição Federal, com arrimo nos valores da *justiça distributiva*, com lastro em princípios do liberalismo igualitário.

Nenhum maltrato se dá, portanto, ao princípio interpretativo da *conformidade funcional*.

Nesse ponto, precisaremos evocar novamente a lição de Paulo Bonavides, que censura a prática de uma interpretação formalista, que só serviu na época do Estado liberal positivista, com aquela conotação negativa, que inviabiliza a realização da justiça distributiva e que não desejamos ver prevalecer nos dias de hoje.

À luz dos elementos socioideológicos da Constituição Federal de 1988, referidos no capítulo 1, não enxergamos impedimento técnico algum para a concessão do benefício adequado pelo Judiciário, no julgamento de ações individuais.

Uma solução possível, para a cobertura do evento “doença”, pode ser encontrada na seguinte formulação:

- a) para os casos de PCD que sofra de “doença” parcialmente incapacitante, que exerce atividade laborativa sujeita a filiação obrigatória à previdência social, deve ser considerado devido o **auxílio-acidente**, mesmo não se tratando de doença profissional ou do trabalho⁵⁷⁸, com renda mensal de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício;

⁵⁷⁷ Ver capítulo 5, item 8.

⁵⁷⁸ Via de regra, os casos de doença profissional e do trabalho, que causem incapacidade parcial, darão direito a auxílio-acidente, consoante interpretação das regras dos artigos 20 e 86 da Lei nº 8.213/91.

- b) para os casos de PCD que sofra de “doença” parcialmente incapacitante, filiada como segurado facultativo, deve ser considerado devido o **auxílio-doença**, mesmo não se tratando de doença profissional ou do trabalho, com renda mensal de 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício;
- c) para os casos de PCD que sofra de “doença” não incapacitante, nem mesmo parcialmente, que exerce atividade laborativa sujeita a filiação obrigatória à previdência social, deve ser considerado devido o **auxílio-acidente**, mesmo não se tratando de doença profissional ou do trabalho, com renda mensal de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício, quando verificado, por avaliação biopsicossocial, que a PCD sofre de impedimentos e barreiras que lhe não permitem exercer atividade laborativa em igualdade de condições com as demais pessoas;
- d) para os casos de PCD que sofra de “doença” não incapacitante, nem mesmo parcialmente, filiada como segurado facultativo, deve ser considerado devido o **auxílio-acidente**, mesmo não se tratando de doença profissional ou do trabalho, com renda mensal de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício, quando verificado, por avaliação biopsicossocial, que a pessoa com deficiência sofre de impedimentos e barreiras que lhe não permitem exercer atividade laborativa em igualdade de condições com as demais pessoas.

Do exposto, sustentamos a possibilidade de concessão de benefício previdenciário para a cobertura do evento “doença”, uma vez reconhecida a presença de inconstitucionalidade por omissão parcial, quando comprovado que o segurado não tinha condições de realizar suas atividades habituais em razão de sofrer de doença importante, em período anterior à vigência da EC 103/2019.

A solução será estender os *suportes fáticos* dos benefícios de auxílio-acidente e auxílio-doença, ambos previstos na Lei nº 8.213/91, na forma descrita acima, sem que isso importe em ofensa à regra da contrapartida prevista no art. 195, § 5º, da Constituição Federal.

Identificamos no caso uma hipótese, que pode ser considerada excepcional, de controle difuso de inconstitucionalidade por omissão parcial do legislador ordinário.

Vale dizer, um controle difuso levado a efeito pelo Judiciário em todas as suas instâncias ordinárias, pela aplicação de métodos de interpretação tradicionais, como *interpretação extensiva* e *sistemática*, em conjunto com a *interpretação conforme a constituição*.

Tais abordagens, de resto, encontram-se em plena sintonia com as concepções contratualistas de justiça, desenvolvidas no seio do *liberalismo de princípios*, apresentadas no capítulo 3.

Ignorar a proteção à contingência *doença* causa espécie não apenas a uma concepção instrumental, mas também à voltada aos resultados. Não se concebe um mecanismo de distribuição de recursos primários sem que seja dado prioridade aos mais vulneráveis.

Mesmo porque uma doutrina contratualista que ignore o aspecto da *capacidade das pessoas* implica exigir que a PCD, ainda que não totalmente incapacitada para o trabalho, concorra com os demais membros da sociedade em uma posição de desigualdade substancial.

E não há justificativa ética para uma concepção desse tipo, ainda mais quando encontra em choque com a própria constituição do país, que previu, ela própria, a necessidade de proteção previdenciária ao evento *doença*, uma proteção concebida no regime dos *direitos fundamentais sociais*.

Restringir a proteção dos doentes ao campo sanitário (art. 196 da Constituição Federal), com indiferença do poder público quanto ao aspecto da *subsistência*, leva ao maltrato puro e simples do *mínimo social básico* apregoado por Martha Nussbaum, contida em sua lista de capacidades como exigências para uma vida digna (item 3.5).

Daí a necessidade de, no esquema do contrato social ideal, priorizar a PCD, mercê de seus impedimentos, como bem pontuado por Martha Nussbaum, já que a distribuição de recursos não pode dar tratamento igual a todos.

A Constituição atual – até tenha sido reformada pela EC 103/2019 – trouxera o suporte normativo apto a, após constatada a omissão parcial do legislador, propiciar a proteção social mediante propositura de ação judicial individual.

Cuida-se, de modo simples, de aplicação do *princípio da diferença* de John Rawls às hipóteses em que se justifica, por uma questão de justiça, dar um tratamento mais favorável a quem se encontra, na alocação de recursos primários, em situação desfavorável por conta das mais graves contingências, ou seja, as relacionadas à saúde.

Ao mesmo tempo, reverenciamos as lições de Ronald Dworkin, quando sustenta a solução de controvérsias – notadamente nos casos de difícil solução – com base nos princípios do ordenamento jurídico, a saber, a *distributividade* e a *justiça social*.

Com isso, fecha-se o círculo com as ideias de Amartya Sen, pois a PCD que sofre de doença séria poderá, com o apoio da política pública de previdência social, recuperar algumas capacidades que lhe habilitem a ter alguma liberdade e, com isso, terá melhores chances de se desenvolver como pessoa e ter uma vida mais digna.

Considerando-se que não há prescrição do fundo de direito em se tratando de benefícios previdenciários, parece-nos possível juridicamente a pretensão de obter um benefício previdenciário no caso dessa contingência relevante, a *doença*, eventualmente quando restrinja de tal modo a vida da pessoa atingida que se lhe possa reconhecer a ausência de uma existência digna, malgrado não implique incapacidade omni-profissional.

Para tanto, basta que a data do início da doença, ou mesmo a data do início de seus efeitos relevantes, se dê a partir da vigência da atual Constituição Federal, em 05.10.1998, até 12.11.2019, quando se deu a derrogação do inciso I do art. 201 pela Emenda Constitucional nº 103.

Uma vez reconhecido o direito ao benefício na cobertura do evento “doença”, o segurado adquire seu direito e, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição, não verá seu benefício cessado com o advento da EC 103/2019.

Deste modo, pelo princípio *tempus regit actum*, nada impede a propositura de uma ação judicial nos dias de hoje. A prescrição previdenciária atingirá, somente, as prestações devidas nos últimos 5 (cinco) anos, na forma da regra contida no parágrafo único do art. 103 da Lei nº 8.213/91.

12 DA HABILITAÇÃO E REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

Trataremos, neste capítulo, de serviços disponibilizados à PCD com o objetivo de inseri-la no mercado de trabalho, no intuito de gerar inclusão social.

Trata-se de direitos sociais fundamentais de natureza prestacional, mas não de feição monetária.

Avaliamos os institutos da habilitação e da reabilitação profissional como instrumentos valiosos de auxílio à PCD, voltados ao aumento de suas capacidades e liberdades.

Já foi antes referido neste trabalho que a Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho⁵⁷⁹, de 1983, dispõe sobre a “Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes”.

⁵⁷⁹ Eis alguns dispositivos da convenção:

“PARTE I DEFINIÇÕES E CAMPO DE APLICAÇÃO

Art. 1 — 1. Para efeitos desta Convenção, entende-se por ‘pessoa deficiente’ todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

2. Para efeitos desta Convenção, todo o País-Membro deverá considerar que a finalidade da reabilitação profissional é a de permitir que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova, assim a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade.

3. Todo País-Membro aplicará os dispositivos desta Convenção através de medidas adequadas às condições nacionais e de acordo com a experiência (costumes, uso e hábitos) nacional.

4. As proposições desta Convenção serão aplicáveis a todas as categorias de pessoas deficientes.

PARTE II PRINCÍPIOS DA POLÍTICA DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E EMPREGO PARA PESSOAS DEFICIENTES

Art. 2 — De acordo com as condições nacionais, experiências e possibilidades nacionais, cada País-Membro formulará, aplicará e periodicamente revisará a política nacional sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes.

Art. 3 — Essa política deverá ter por finalidade assegurar que existam medidas adequadas de reabilitação profissional ao alcance de todas as categorias de pessoas deficientes e promover oportunidades de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho.

Art. 4 — Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.

(...)

Art. 7 — As autoridades competentes deverão adotar medidas para proporcionar e avaliar os serviços de orientação e formação profissional, colocação, emprego e outros semelhantes, a fim de que as pessoas deficientes possam obter e conservar um emprego e progredir no mesmo; sempre que for possível e adequado, serão utilizados os serviços existentes para os trabalhadores em geral, com as adaptações necessárias.

Art. 8 — Adotar-se-ão medidas para promover o estabelecimento e desenvolvimento de serviços de reabilitação profissional e de emprego para pessoas deficientes na zona rural e nas comunidades distantes.

Art. 9 — Todo o País-Membro deverá esforçar-se para assegurar a formação e a disponibilidade de assessores em matéria de reabilitação e outro tipo de pessoal qualificado que se ocupe da orientação profissional, da formação profissional, da colocação e do emprego de pessoas deficientes.

(...)”

Também aduzimos que o ato foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 51, de 25.8.89, do Congresso Nacional; com ratificação em 18 de maio de 1990 e promulgação pelo Decreto n. 129, de 22.5.91.⁵⁸⁰

A atual Constituição de 1988 não ficou insensível à questão. Primeiramente, determina, no artigo 5º, § 2º, que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

O direito à reabilitação profissional da PCD, portanto, integra o rol de direitos fundamentais sociais no direito positivo brasileiro.

Forçoso é reconhecer que raramente se vê nas lides judiciais um pleito de concessão de habilitação ou reabilitação profissional. No mais das vezes, integram uma pretensão cujo pedido principal é a concessão de benefício previdenciário.

Naturalmente, têm natureza de direito público subjetivo⁵⁸¹.

Ressalta Cretella Jr. que de nada adiante a habilitação e a reabilitação profissional se a PCD não for integrada à vida comunitária, inclusive por meio de educação inclusiva⁵⁸².

Explica Wladimir Novaes Martinez que a *habilitação profissional* é a preparação do inapto para exercer atividades, em razão de incapacidade adquirida ou deficiência hereditária. Já a *reabilitação* pressupõe a pessoa ter tido aptidão e tê-la perdida por motivo de enfermidade ou acidente. Assim, a PCD seria tecnicamente habilitada, não reabilitada⁵⁸³.

Entretanto, o conceito normativo atual de PCD, tanto quanto os pretéritos, não faz distinção entre deficiência adquirida do nascimento ou posteriormente, em razão de doença ou enfermidade. Logo, a PCD pode ser habilitada ou reabilitada.

Para além do que já exposto, Miguel Horvath Junior informa que, por força da Ação Civil Pública nº 5002364.93.2010.404.7107, da 2ª Vara Federal de Rio Grande, com decisão final transitada em julgado em 21.7.2017, ficou determinado que é atribuição do INSS fornecer órteses, próteses ou quaisquer outros equipamentos necessários à locomoção dos segurados com deficiência física, inclusive aposentados, bem como substituir e realizar regular manutenção dos artefatos⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ Informações obtidas no sítio eletrônico da OIT. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236165/lang--pt/index.htm. Acesso em 01.4.2022.

⁵⁸¹ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, p. 551.

⁵⁸² CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 4398.

⁵⁸³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica de Previdência Social*. São Paulo: LTr, 1996, tomo 2, p.381.

⁵⁸⁴ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, pp. 551/552.

12.1 No contexto do liberalismo igualitário

Do ponto de vista neocontratualista do liberalismo igualitário, a reabilitação profissional bem-sucedida acarretaria a exclusão da possibilidade de aplicação do *princípio da diferença* de John Rawls em favor da PCD?

A resposta é negativa, tendo em vista que o conceito atual de PCD, nos termos da Convenção de Nova Iorque, é o ambiental, não o conceito médico vinculado à incapacidade para o trabalho.

Isto é, a pessoa, ainda que tenha capacidade para o trabalho, pode ser considerada uma PCD à luz da legislação brasileira.

Logo, não se deve partir do pressuposto que a PCD deve perder sua esfera de proteção constitucional por se tornar reabilitada ou reabilitada.

Se há incremento à capacitação da PCD, isso não lhe retira as dificuldades que enfrenta em sua vida como um todo, levando-se em conta as limitadas liberdades que continuará tendo em termos de transporte, locomoção, higiene, lazer etc.

Mas o direito fundamental social à previdência social pode ser afetado, como se verá nas linhas seguintes.

12.2 No âmbito da assistência social

A Constituição Federal, em seu artigo 203, IV, prevê no âmbito da *assistência social* (que é devida a quem dela necessitar), a “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”.

Ao versar sobre os *objetivos* da assistência social, José Afonso da Silva preleciona:

As ações de assistência social têm, pois, como fundamento a realização do princípio da igualdade; não da igualdade puramente formal, mas da igualdade material – porque tendem a promover a igualização dos socialmente desiguais. São ações *afirmativas* do Estado destinadas a superar as carências sociais a que estão submetidos enormes bolsões de pobreza, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Nesse particular, as normas de assistência social inserem-se no contexto dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da CF⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 798.

Todavia, embora inserida a *assistência social* no contexto dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a legislação infraconstitucional não implementou, em seu âmbito, ao menos de forma metódica e organizada, a prestação dos serviços de habilitação e reabilitação profissional.

A Lei 8.742/93, que regula a Assistência Social no Brasil, não disciplina a forma de prestação desse serviço, apenas estabelecendo, no art. 21, § 3º, que a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício assistencial de prestação continuada da pessoa com deficiência.

É na *previdência social*, insolitamente, que a PCD poderá ter direito ao serviço de reabilitação profissional, a despeito de constar, na Constituição Federal, tal serviço como objetivo da *assistência social*. Logo, a legislação ordinária trata dos serviços apenas para os que contribuem para o sistema.

Para Ibrahim, Bragança e Folmann, a habilitação e a reabilitação profissional poderão, excepcionalmente, ser concedidas até a não beneficiários da previdência, como a PCD, e isto somente seria possível devido ao conteúdo primordialmente assistencial desta prestação securitária⁵⁸⁶.

12.3 No âmbito da previdência social

A Subseção II da Seção V da Lei nº 8.213/91 tem o nome “Da Habilitação e da Reabilitação Profissional, trazendo os seguintes artigos:

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

Parágrafo único. A reabilitação profissional compreende:

- a) o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional;
- b) a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados no inciso anterior, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário;
- c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.

Art. 90. A prestação de que trata o artigo anterior é devida em caráter obrigatório aos segurados, inclusive aposentados e, na medida das possibilidades do órgão da Previdência Social, aos seus dependentes.

⁵⁸⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. BRAGANÇA, Kerly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2021, p. 688.

Art. 91. Será concedido, no caso de habilitação e reabilitação profissional, auxílio para tratamento ou exame fora do domicílio do beneficiário, conforme dispuser o Regulamento.

Art. 92. Concluído o processo de habilitação ou reabilitação social e profissional, a Previdência Social emitirá certificado individual, indicando as atividades que poderão ser exercidas pelo beneficiário, nada impedindo que este exerça outra atividade para a qual se capacitar.

(...) ⁵⁸⁷

Por fim, o art. 101 da LBPS, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, reza que:

Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

Estabelecido isso, analisemos como o regulamento da previdência social disciplina os serviços de habilitação e reabilitação profissional, inclusive em relação às pessoas com deficiência. Rezam os artigos 136 e 137 do Decreto nº 3.048/99:

Art. 136. A assistência (re)educativa e de (re)adaptação profissional, instituída sob a denominação genérica de habilitação e reabilitação profissional, visa proporcionar aos beneficiários, incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, em caráter obrigatório, independentemente de carência, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios indicados para proporcionar o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem.

§ 1º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social promover a prestação de que trata este artigo aos segurados, inclusive aposentados, e, de acordo com as possibilidades administrativas, técnicas, financeiras e as condições locais do órgão, aos seus dependentes, preferencialmente mediante a contratação de serviços especializados.

§ 2º As pessoas portadoras de deficiência serão atendidas mediante celebração de convênio de cooperação técnico-financeira.

Art. 137. O processo de habilitação e de reabilitação profissional do beneficiário será desenvolvido por meio das funções básicas de:

I - avaliação do potencial laborativo; ([Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 2000](#))

II - orientação e acompanhamento da programação profissional;

III - articulação com a comunidade, inclusive mediante a celebração de convênio para reabilitação física restrita a segurados que cumpriram os pressupostos de elegibilidade ao programa de reabilitação profissional, com vistas ao reingresso no mercado de trabalho; e ([Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003](#))

IV - acompanhamento e pesquisa da fixação no mercado de trabalho.

Como se vê, as pessoas com deficiência serão atendidas mediante celebração de convênio de cooperação técnico-financeira com empresas.

No art. 18, III, “c”, a Lei nº 8.213/91 determina que a habilitação e a reabilitação profissional constituem uma prestação devida tanto a *segurados* quanto a *dependentes*. Embora

⁵⁸⁷ Declinamos de abordar o teor do disposto no art. 93 da Lei nº 8.213/91, que trata da reserva de vagas a beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência, por entender se tratar de uma norma de conteúdo trabalhista, que foge dos limites da presente investigação.

a lei não estabeleça em quais situações eles terão direito a tais serviços, infere-se que o farão na condição de titulares de benefícios de auxílio-acidente, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez (para os segurados) e pensão por morte e auxílio-reclusão (dependentes na condição de inválidos ou portadores de deficiência intelectual ou deficiência grave).

A teor do § 2º do mesmo artigo 18, o aposentado que permanecer em atividade sujeita a Regime Geral, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Habilitação e reabilitação profissional independem do cumprimento de carência, consoante o art. 26, V, da LBPS.

O art. 42 da lei referenciada estabelece que a aposentadoria por invalidez só será concedida a quem não for susceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

Já o art. 62 prescreve que o segurado em gozo de auxílio-doença, insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade.

No mais, o descompasso entre o regramento constitucional e o ordinário não passou despercebido por Daniel Machado da Rocha:

Há certa contradição entre o *caput* do art. 89, que arrola como beneficiários da habilitação e da reabilitação *peçoas portadoras de deficiência*, ao lado dos *beneficiários*, e este art. 90, que estabelece a obrigatoriedade da prestação aos segurados e sua extensão aos dependentes, nas medidas das possibilidades do órgão. Conquanto possamos reconhecer as nobres intenções dos autores da Lei – e apesar de a Previdência Social ser um dos ramos da seguridade social – os princípios específicos que edificam essa técnica de proteção restringem o alcance de suas prestações para os trabalhadores que exercem atividade e para os seus dependentes. As demais pessoas com deficiência deveriam ser atendidas por órgãos da assistência social. Aliás, a própria CF, no inciso IV do art. 203, coloca como um dos objetivos da assistência social: “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”. Em verdade, o contingente dos reabilitandos que é atendido por equipes multidisciplinares da previdência social acaba sendo composto apenas por trabalhadores em gozo de auxílio-doença encaminhados pela perícia médica do INSS⁵⁸⁸.

Há que se indagar em que casos seria cabível a reabilitação profissional PCD, pois, se incapaz, fará jus aos serviços nessa condição. Para os filiados ao regime, a toda evidência, deverá ter preservada a qualidade de segurado, na forma do art. 15 da LBPS.

⁵⁸⁸ ROCHA, Daniel Machado. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. São Paulo: Atlas, 2021, p. 549.

O que se compreende desse complexo de normas é que o processo de habilitação e reabilitação profissional é obrigatório para os segurados, mas paradoxalmente depende das possibilidades do INSS quando se trata dos dependentes. No último caso, o intuito é para que não se tornem pensionistas⁵⁸⁹.

12.4 Exercício do trabalho

A habilitação e a reabilitação profissional encontram-se de acordo com o princípio do *primado do trabalho*, previsto no art. 193 da Constituição Federal.

Já salientamos que o exercício do trabalho, ao menos para as pessoas com deficiência com capacidade para tanto, não deixa de cumprir um papel de *inclusão social*.

Mesmo a PCD que receba o benefício assistencial de prestação continuada pode ter o interesse de qualificar-se para o mercado de trabalho, podendo pleitear o serviço perante o INSS. Enquanto não sair da condição de hipossuficiência, pode continuar recebendo o BPC, incentivando a regra do art. 26-A da LOAS (introduzido pela Lei nº 14.176/2021) o exercício do trabalho mediante a concessão do *auxílio-inclusão*.

Consideramos bastante salutar a criação do auxílio-inclusão, por identificar na medida uma autêntica oportunidade de inclusão social mediante o exercício do trabalho.

A inclusão social da PCD pelo exercício do trabalho é bem-vinda sob a perspectiva do liberalismo igualitário de Amartya Sen, para quem as pessoas, tendo oportunidade para tanto, poderão obter melhorias em sua condição social e econômica:

As disposições sociais, envolvendo muitas instituições (o Estado, o mercado, o sistema legal, os partidos políticos, a mídia, os grupos de interesse público e os foros de discussão pública, entre outros), são investigadas segundo sua contribuição para a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, vistos como agentes ativos de mudança, e não como recebedores passivos de benefícios⁵⁹⁰.

No mesmo diapasão, o entendimento de Stephen Holmes e Cass R. Sustein:

Em vez de eliminar a assistência do governo, devemos canalizar os recursos públicos para estimular e endossar o esforço particular – proporcionando crédito para pequenas empresas, incentivos financeiros para aquelas que contratam e treinam funcionários de baixa renda e cursos de formação profissional, por exemplo. Sempre que possível, os que recebem os benefícios devem ser tratados como produtores em potencial, não como pessoas que simplesmente vivem de caridade⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2014, p. 964.

⁵⁹⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia de Bolso, 2019, p. 11.

⁵⁹¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 180.

É de se ressaltar que, nos termos da Convenção nº 159 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 129, de 22.5.91, deve-se levar em conta, para a PCD, as “possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo.”

Há, contudo, outras questões a serem consideradas, a serem tratadas no item seguinte.

12.5 Extinção da obrigação previdenciária

Preleciona Miguel Horvath Junior que a *obrigação da previdência se extingue* com a conclusão do processo de habilitação ou reabilitação profissional desenvolvida mediante cursos e/ou tratamento na comunidade, o que culmina na expedição de *certificado individual de habilitação ou reabilitação*, indicando a função para a qual o reabilitando foi capacitado profissionalmente, sem prejuízo do exercício de outra função para a qual se julgue capacitado⁵⁹².

Ibrahim, Bragança e Folmann tecem as seguintes considerações sobre a questão:

Embora a reabilitação possa parecer algo cruel, como que impondo ao deficiente ou sequelado o (re)ingresso no mercado de trabalho, excluindo a responsabilidade da previdência social, esta não é a da interpretação correta do serviço. Como prevê a própria Constituição, no art. 193, que abre o Título da Ordem Social, com evidente carga axiológica, o trabalho é a base para alcançar a vida digna. A existência virtuosa demanda a possibilidade da pessoa manter-se por meio de seu próprio trabalho, implementando seus projetos de vida e conquistando satisfação pessoal, colhendo os frutos de seu labor. Somente excepcionalmente deve alguém dever sua existência ao auxílio externo⁵⁹³.

Concordamos com as ponderações sobre as potenciais vantagens do exercício do trabalho para a PCD. Porém, visualizamos na extinção da obrigação da previdência social uma possibilidade de gerar problemas de implicações sérias.

É que o INSS, amiúde, com a extinção do serviço de reabilitação profissional, faz cessar o benefício por incapacidade, concluindo, não raro arbitrariamente, que a pessoa reabilitanda não está mais incapacitada (omniprofissionalmente falando) para o trabalho, ainda que, em realidade, sofra de incapacidade parcial.

⁵⁹² HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, p. 552.

⁵⁹³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. BRAGANÇA, Kerly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2021, p. 690.

Isso faz com que o segurado seja obrigado a mover nova ação judicial, alegando que, mesmo com o diploma de reabilitação profissional, encontra-se em realidade incapacitado para o trabalho, mesmo que apenas parcialmente.

Importa registrar que, se o segurado da previdência social, seja PCD, seja incapacitado para o trabalho parcialmente, se recusar a se submeter ao processo de reabilitação profissional, perderá o direito ao benefício previdenciário. Afinal, a lei previdenciária é expressa em estipular o serviço como obrigatório.

12.6 A questão da elegibilidade

Questão polêmica nos tribunais do país é se o Judiciário pode obrigar o INSS a manter o benefício (por incapacidade) na via administrativa até que o segurado seja efetivamente reabilitado.

Em suma, pode o Judiciário obrigar o INSS a prestar os serviços de habilitação e reabilitação profissional?

A Turma Nacional de Uniformização, numa decisão com a qual não concordamos, concluiu que somente ao INSS cabe avaliar se há elegibilidade, ou não, do segurado para o serviço de reabilitação profissional.

Nesse diapasão, a tese firmada no Tema 177-TNU:

1. Constatada a existência de incapacidade parcial e permanente, não sendo o caso de aplicação da Súmula 47 da TNU, a decisão judicial poderá determinar o encaminhamento do segurado para análise administrativa de elegibilidade à reabilitação profissional, sendo inviável a condenação prévia à concessão de aposentadoria por invalidez condicionada ao insucesso da reabilitação; 2. A análise administrativa da elegibilidade à reabilitação profissional deverá adotar como premissa a conclusão da decisão judicial sobre a existência de incapacidade parcial e permanente, ressalvada a possibilidade de constatação de modificação das circunstâncias fáticas após a sentença.

Discordamos de tal entendimento porque a habilitação e a reabilitação profissional constituem direitos públicos subjetivos. Ou seja, são *direitos fundamentais sociais* previstos expressamente na Constituição Federal, aliás, no âmbito da assistência social para as pessoas com deficiência.

Por isso mesmo, não pode ficar a critério de uma análise administrativa de *elegibilidade*, realizada sem controle judicial, no âmbito administrativo do INSS. Nada impede, à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que o segurado pleiteie a condenação do instituto previdenciário à prestação do serviço.

12.7 Conclusões parciais

Em conclusão, a PCD faz jus aos serviços de habilitação e reabilitação profissional nas seguintes situações:

- a) no âmbito da assistência social, com base no art. 203, IV, da Constituição Federal, independentemente do recolhimento de contribuições ao Regime Geral de Previdência Social, quando apurado o desamparo social referido no art. 6º da mesma constituição;
- b) no âmbito da previdência social, com base nos artigos 89 e seguintes da Lei 8.213/91, na condição de segurados, sejam incapacitados total ou parcialmente ou na própria condição de PCD.
- c) no âmbito da previdência social, com base nos artigos 89 e seguintes da Lei 8.213/91, na condição de dependentes, sejam incapacitados total ou parcialmente ou na própria condição de PCD.

Analisando-se as prestações de habilitação e reabilitação profissional previstas na lei previdenciária, identificamos sim um descompasso com o princípio da distributividade (art. 194, parágrafo único, III, da CF) e o objetivo da justiça social (art. 193 da CF).

Há, em nosso sentir, um divórcio entre a determinação constitucional, de inserir tais serviços na assistência social relativamente à PCD, e a real regulamentação da questão no âmbito da previdência social, uma técnica de proteção social reservada aos que contribuem.

Cuida-se de mais uma hipótese, desta vez no campo dos serviços, em que não há propriamente *coerência* na proteção social da PCD, comprometendo-se o caráter de *sistema* do ordenamento jurídico. A sistematicidade da proteção previdenciária quanto aos benefícios será analisada no capítulo 14.

A regulamentação do direito social no âmbito da previdência social afasta os mais carentes dos respectivos serviços, no que constitui, assim, um déficit na implementação de um direito fundamental social previsto na Constituição.

Reiteramos que a ausência de regulamentação assistencial dos serviços de habilitação e reabilitação profissional não pode servir de impeditivo da busca desses direitos, à luz do disposto no art. 203, IV, da Constituição da República.

Sustentamos, no mais, o equívoco do entendimento da Turma Nacional de Uniformização acerca da tese firmada no Tema 177, recomendando-se sua reavaliação a partir da perspectiva dos direitos fundamentais sociais.

No mais, o incremento da capacitação da PCD, reduzindo-lhe os impedimentos ou as barreiras, constitui fator positivo sob a ótica do liberalismo igualitário, no sentido de se aproximar da justiça social e da distributividade.

Seja na perspectiva instrumental de John Rawls, seja na de resultados de Sen e Nussbaum, o intuito de habilitar e reabilitar a PCD para permiti-la competir no mercado de trabalho caminha por preservar sua liberdade e sua autonomia, ao mesmo tempo em que permite a chance de superar os limites da proteção assistencial ou previdenciária pelo exercício de atividade mais bem remunerada.

Reiteramos aqui, contudo, o que já foi salientado antes nesta tese: não se mostra de todo inconcebível a previsão de um auxílio apto a incentivar, por mais contraditório que possa parecer, uma pessoa considerada incapaz para o trabalho (e titular de benefício previdenciário) a desenvolver atividades laborativas compatíveis com sua condição, sem perder o amparo previdenciário do Estado.

Com isso, uma pessoa habilitada ou reabilitada que receba benefício por incapacidade (à semelhança do que se dá na assistência social com o auxílio-inclusão) poderia ter um incremento em sua renda, sem perder o benefício.

13 DA EXCLUSÃO DA COBERTURA PREVIDENCIÁRIA A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COM INCAPACIDADE PREEXISTENTE À FILIAÇÃO

Já caminhando para finalização do presente trabalho, é hora de abordarmos uma questão que consideramos de grande importância social.

Ao leitor que conseguiu chegar até esse ponto, resta-lhe a recompensa de saber que, no ver deste candidato, este capítulo seja possivelmente o mais importante do trabalho. Ao menos aquele que mais se amolda ao objetivo de avançar na proteção da PCD à vista do liberalismo igualitário, da distributividade e da justiça social.

O presente capítulo versa sobre a situação previdenciária das pessoas que já nascem com deficiências incapacitantes ou que, antes de completarem 16 (dezesesseis) anos de idade, mínimo previsto pela Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XXXIII) para o exercício de atividade laborativa, tornam-se incapazes para o trabalho por força de doença ou acidente (de trabalho ou de qualquer natureza).

O art. 7º, XXXIII, da CF, proíbe a realização de qualquer trabalho a menores de (16) dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (catorze) quatorze anos.

O fato de alguém possuir uma doença preexistente não é o elemento de análise, mas sim a incapacidade em si.

À evidência, ter uma doença não equivale a ser incapaz. Observam Ibrahim, Bragança e Folmann que uma pessoa pode ser cega e exercer atividade laboral⁵⁹⁴.

Tais pessoas são excluídas do direito a alguns benefícios, na forma de dois dispositivos infraconstitucionais.

Pelo teor do art. 42, § 2º, da Lei nº 8.213/91:

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

E diante do § 1º do art. 59 da mesma lei⁵⁹⁵:

⁵⁹⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. BRAGANÇA, Kerly Huback; FOLMANN, Melissa. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2021, p. 587.

⁵⁹⁵ Originalmente, a regra estava conformada no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.213/91, com a seguinte redação: “Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.”

§ 1º Não será devido o auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, exceto quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento da doença ou da lesão. ([Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019](#))

Assim, o fato de alguém sofrer de doença ou lesão, só por só, não é impeditivo do acesso à aposentadoria por invalidez ou ao auxílio-doença. O fator impeditivo do direito é a prévia incapacidade para o trabalho.

Certamente há uma razão para tanto. Pondera Miguel Horvath Junior:

O sistema previdenciário existe para dar cobertura ao segurado e dependentes quando da ocorrência de um dos riscos ou contingências sociais protegidas que os impeça de obter sua subsistência por meio de seu trabalho, desde que eles ocorram após o ingresso no sistema. Não podemos esquecer o caráter contributivo do sistema⁵⁹⁶.

No mesmo diapasão, escreve Daniel Machado da Rocha:

O termo risco social é empregado para designar os eventos, isto é, os fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas, pois nestes momentos críticos, normalmente não podem ser satisfeitas pelo indivíduo. Na terminologia do seguro, chamam-se tais eventos de “riscos” e por dizerem respeito ao próprio funcionamento da sociedade, denominam-se “riscos sociais”. Os regimes previdenciários são instituídos com a finalidade de garantir aos seus beneficiários a cobertura de determinadas contingências sociais. Em sua essência, as normas buscam amparar os trabalhadores e seus dependentes quando vitimados por eventos, reais ou presumidos, que venham a produzir perda integral ou parcial dos rendimentos familiares ou despertem outra necessidade considerada socialmente relevante.

Os riscos sociais cuja cobertura é suportada pelo regime geral são elencados no art. 1º desta Lei, excetuado expressamente no § 1º do art. 9º, o desemprego involuntário, que é objeto de lei específica (Lei 7.998/90, alterada pela Lei 8.900/94), para os trabalhadores em geral⁵⁹⁷.

Tal entendimento, tradicional na doutrina previdenciária, é representado pela de Odonel Urbano Gonçalves, que inclusive cita outros autores para reforçar o seguinte pressuposto de compreensão da previdência social: trata-se de instrumento para atendimento de contingências *prováveis e futuras*:

A palavra previdência é derivada do verbo prever, sinônima de antever. Prever ou antever, como o nome está a exprimir, tem significado de ver antecipadamente fato ou situação que poderá ocorrer no futuro. Amauri Mascaro Nascimento lembra que "a palavra previdência significa a faculdade de prever, acautelar-se, providenciar hoje

⁵⁹⁶ HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Riedel, 2020, p. 349.

⁵⁹⁷ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. São Paulo: Atlas, 2021, p. 7.

para que não falte amanhã. E, citando lição de Nair Lemos Gonçalves, acrescenta: "O evidente propósito de, antecipadamente, reunir recursos dos interessados e organizar mecanismos que pudessem e possam atender a contingências sociais prováveis e futuras. É isto a previdência social."⁵⁹⁸

Será a perícia, em quaisquer casos, que fornecerá os elementos preponderantes para se inferir a data do início da incapacidade, se antes ou depois do ingresso do segurado no regime previdenciário.

Com efeito, não apenas por conta da interpretação gramatical dos dispositivos citados, mas também pela própria essência da noção de previdência social, a doutrina tradicional entende que descaberia conceder a proteção previdenciária do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez a quem se filia previamente incapacitado para o trabalho.

Logo, os casos ressaltados de *agravamento* e *progressão* limitam-se aos casos em que a pessoa se filia não incapacitada.

Ocorre que, como sabido e ressabido, o Direito não tem a possibilidade de regulamentar todas as situações experimentadas pelos seres humanos, de modo que alguns contextos acabam por fugir da “normalidade”, cabendo uma melhor compreensão à luz dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal, que tem, como já referimos, conteúdo *compósito* por um lado, mas *dirigente* por outro.

Wladimir Novaes Martines discute, por exemplo, os casos em que o segurado já se filia incapacitado para o trabalho, mas ainda assim presta serviços e contribui para a previdência social, fora dos casos de progressão ou agravamento. O autor ressalta que muitas pessoas com pequenas deficiências físicas ou doenças e enfermidades conseguem desenvolver suas atividades profissionais com redução da incapacidade⁵⁹⁹.

A justiça brasileira lida com uma plethora de julgamentos em torno do problema, tanto que uma pesquisa singela de jurisprudência unificada no site do Conselho da Justiça Federal leva a muitas ementas⁶⁰⁰, oriundas dos vários Tribunais Regionais Federais, da Turma Nacional de Uniformização e dos Tribunais Regionais de Uniformização.

Um sem-número de casos são levados à justiça porque o INSS indefere pleitos com base nos artigos acima citados (artigos 42, § 2º e 59, § 1º, da LBPS), ou seja, fixando a data do início da incapacidade (DII) *antes* da filiação ou da refiliação do segurado ao regime geral.

⁵⁹⁸ URBANO GONÇALVES, Odonel. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Atlas, 2007.

⁵⁹⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. Tomo II. São Paulo: LTr, 1998, p. 654/655.

⁶⁰⁰ Ver <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em 01.6.2022.

Inúmeros pleitos ocorrem inclusive nos casos de filiação tardia, quando os segurados inclusive já são idosos para fins legais, conforme a idade de 60 (sessenta) anos prevista no Estatuto do Idoso⁶⁰¹.

Outros envolvem perda de filiação ocorrida em passado distante: o segurado, pelas dificuldades financeiras de manter a filiação ou por planejamento pessoal, fica muitos anos sem contribuir. Mas, quando a saúde já se encontra debilitada a ponto de não mais obter sustento, volta a recolher contribuições para obter os benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Ambos são casos que podem configurar de burla ao sistema, em que não se pode identificar a boa-fé em algumas filiações ou refiliações oportunistas.

Mas, em outras situações, não se pode reconhecer a má-fé, como bem apontado por Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen:

Logicamente que parece pouco provável que alguém viesse a se filiar especialmente na condição e empregado, já incapacitado para o trabalho, pois em circunstâncias tais sequer seria contratado. Todavia, tal situação pode ocorrer, até mesmo por falta de informação das pessoas, em relação aos segurados contribuinte individual (por exemplo, o cidadão doente que para ter cobertura previdenciária, abre uma firma individual, mesmo não podendo trabalhar, e faz formalmente uma inscrição no sistema) ou facultativo (para o qual a possibilidade de filiação é ainda mais fácil, bastante que faça sua inscrição formal e comece a recolher contribuições)⁶⁰².

O número expressivo de causas em torno da questão levou a Turma Nacional de Uniformização sumular o que já soava óbvio, ou seja, aquilo que já consta da própria lei previdenciária. Segundo a súmula 53 da TNU: “Não há direito a auxílio-doença ou a aposentadoria por invalidez quando a incapacidade para o trabalho é preexistente ao reingresso do segurado no Regime Geral de Previdência Social.”

Entretanto, entendemos que os casos de pessoas com deficiência que já nascem nesta condição, assim como aquelas que adquirem a doença ou sofrem acidente incapacitante antes de completar 16 (dezesseis) anos de idade, merecem uma reflexão à parte, porque são casos peculiares a serem considerados à luz de uma leitura humanista (como bem apregoado por Paulo Bonavides) da Constituição Federal, notadamente dos elementos socioideológicos presentes nos incisos do art. 3º, no princípio da *justiça social* contido no art. 193 e no *princípio da distributividade* hospedado no art. 194, parágrafo único, III, sem falar nas bases

⁶⁰¹ Cf. art. 1º da Lei 10.741/2003.

⁶⁰² FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 114.

neocontratualistas do liberalismo igualitário, aplicáveis, com ainda mais ênfase do que nos outros assuntos aqui referidos.

Anote-se que, segundo norma introduzida pela Emenda Constitucional nº 65/2010, o art. 227, § 1º, II, da Constituição Federal, atribui ao Estado a promoção de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas, observada a:

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Para mais, no art. 227, § 3º, II, consta que o direito à proteção especial das crianças e adolescentes abrange a garantia de *direitos previdenciários* e trabalhistas.

Interessa-nos particularmente a preocupação do constituinte emendador com a integração social do adolescente e do jovem PCD, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência.

Essencial, para tais desideratos, que as pessoas com deficiência tenham acesso pleno ao direito à previdência social, sem o qual o exercício do trabalho perde uma de suas principais proteções.

Um trabalho desprovido de proteção previdenciária implica infligir ao vulnerável adolescente uma punição bastante semelhante à informalidade, gerando discriminação oposta à necessariamente positiva, por isso mesmo incompatível com a constituição.

13.1 Distributividade, justiça social e dignidade

Diferentemente dos casos que, geralmente, servem de parâmetro para a aplicação das regras do art. 42, § 2º, e 59, § 1º, da Lei nº 8.213/91, as pessoas com deficiência adquiridas de nascença ou em tenra idade, antes dos 16 (dezesesseis) anos completos, se veem simplesmente privadas da proteção previdenciária que lhes apresenta mais importante: a cobertura da *incapacidade para o trabalho*.

Nesse ponto, é oportuno registrar que os direitos fundamentais (inclusive os sociais) são de titularidade das pessoas que nascem com vida e terminam com sua morte⁶⁰³. O direito à

⁶⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 105.

previdência social não surge apenas quando o segurado atinge os 16 (dezesesseis) anos de idade (art. 7º, XXXIII, da CF) ou mesmo com 14 (catorze) anos, quando aprendiz.

No tocante à previdência social, é preciso ponderar que mesmo as crianças são titulares desse direito fundamental, na medida em que, verificado o *trabalho infantil*, elas fazem jus a todos os benefícios previstos na constituição e nas leis, inclusive o reconhecimento do tempo de serviço ou contribuição.

Daí que a PCD que já nasce deficiente se depara com a ausência da cobertura previdenciária adequada desde logo, não podendo gozar dos benefícios por incapacidade temporária ou permanente, segundo as normas contidas nos artigos referidos da Lei nº 8.213/91.

Claro que o direito fundamental social à previdência social não se confunde com a aquisição do direito ao benefício previdenciário. O *direito adquirido* ocorre quando reunidas todas as condições previstas na lei para sua configuração.

Na dicção de Sérgio Pinto Martins:

Direito adquirido é o que faz parte do patrimônio jurídico da pessoa, que implementou toda as condições para esse fim, podendo exercê-lo a qualquer momento. A direito adquirido integra o patrimônio jurídico e não econômico da pessoa. Esta não conta com algo concreto, com um valor a mais na sua conta bancária. O direito já é da pessoa, em razão de que cumpriu todos os requisitos para adquirido, por isso faz parte do seu patrimônio jurídico, ainda que não integre o seu patrimônio econômico, como na hipótese de a aposentadoria não ter sido requerida, apesar de a pessoa já ter implementado todas as condições para esse fim⁶⁰⁴.

Assim sendo, o que ocorre na presente situação é que, embora a Constituição lhe assegure o direito fundamental à previdência social (art. 6º), a PCD criança ou adolescente já não terá oportunidade de, no futuro, adquirir o direito aos benefícios por incapacidade (art. 42, § 2º, e 59, § 1º, da Lei nº 8.213/91). Sequer terá *expectativa de direito* a tanto.

Tal *restrição* atende aos termos do princípio da distributividade (art. 194, parágrafo único, III)? É compatível com o objetivo da justiça social (art. 193)? Está de acordo com o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e com os marcos teóricos do liberalismo igualitário?

Para buscar uma resposta a tais indagações, o intérprete do Direito também deve se perguntar se se mostra razoável (ou mesmo justa) a *restrição* da cobertura previdenciária nestes casos, num ordenamento jurídico pautado numa Constituição que preza pela construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I), pela redução das desigualdades sociais (art. 3º, III) e pela promoção do bem de todos, sem discriminações de toda sorte (art. 3º, IV).

⁶⁰⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. Saraiva: 2020, p. 101.

Não se olvide que a mesma Constituição, em seu art. 203, IV, estabelece o apreço pelo exercício de atividade laborativa das pessoas com deficiência habilitadas ou reabilitadas, com a “promoção de sua integração à vida comunitária”.

Nossa resposta é negativa, para as três indagações apresentadas. A regulamentação previdenciária infraconstitucional está em descompasso com os objetivos da própria Lei de Inclusão de Pessoas com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que em seu artigo primeiro deixa claro que seu objetivo é “assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.”

Sucedem que os artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da Lei nº 8.213/91, no tocante às pessoas com deficiência incapacitadas antes dos 16 (dezesesseis) anos de idade, não apenas lhes toham o direito à *igualdade*, como operam no sentido de excluí-las, em termos de cidadania social, já que o tão prezado direito à previdência social tem sua dimensão reduzida antes mesmo que a PCD possa antever suas perspectivas de filiação.

Entendemos que a ofensa ao princípio da *justiça*, expressão natural da *distributividade* na previdência social, é bastante patente.

Reitere-se que, conforme a preleção de Sérgio Pinto Martins, a distribuição deve ser feita aos mais necessitados, em detrimento dos menos necessitados, de acordo com a previsão legal, tratando-se de um princípio inserido num regime que visa à redução das desigualdades sociais e econômicas, mediante política de redistribuição de renda. “É uma forma de tentar alcançar a justiça social.”⁶⁰⁵

Outrossim, oportuno trazer à colação as lições de John Rawls, Amartya Sen, Martha Nussbaum, abordadas no capítulo atinente à “justiça social”, que prezaram em suas teorias pelo respeito à análise das diferenças entre as pessoas.

Amartya Sen, em suas ponderações sobre a própria ideia de *justiça*, parte da distribuição dos recursos em sociedade partindo de uma análise prévia das capacidades dos indivíduos, identificando a necessidade de serem, os menos capacitados e incapacitados, melhormente aquinhoados pela distribuição de recursos.

John Rawls, de sua vez, ao pontificar o *princípio da diferença*, explica que as desigualdades se justificam quando beneficiam, além da coletividade, os mais fracos. E tal diferença é de interesse de todos, pois quaisquer pessoas podem se encontrar em situação de vulnerabilidade.

⁶⁰⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 111.

Martha Nussbaum pondera, por fim, que a justiça pode surgir em um ambiente em que não se encontre um estado de igualdade, porquanto as pessoas possuem diferentes capacidades, carecendo de um quinhão melhor, superior às suas necessidades adicionais decorrentes de *impedimentos físicas ou mentais*.

O que a lei previdenciária brasileira houve por fazer, ao contrário, foi simplesmente excluir uma proteção previdenciária que pode ser vital para a PCD, que necessita de recurso provido pela coletividade para alcançar um mínimo de dignidade.

Ou seja, tais pessoas vulnerabilizadas desde o nascimento ou na infância ou na adolescência dependem, mais que as outras, da proteção da coletividade, mostrando-se extremamente iníqua a exclusão previdenciária, relativamente aos benefícios por incapacidade, perpetrada pelas regras contidas nos artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da LBPS.

13.2 Restrição ao direito fundamental social e a ofensa ao seu núcleo essencial

A leitura desse tópico pressupõe o conhecimento do teor do item 5.2.1, no qual abordamos a característica da restrição aos direitos fundamentais.

Não se desconhecem os princípios inerentes à proteção previdenciária, que tem caráter contributivo e depende de equilíbrio financeiro e atuarial, consoante regra contida no art. 201, *caput*, do Texto Magno. Ainda assim, o princípio da *universalidade*, albergado no inciso I do parágrafo único do art. 194, acaba por vedar exclusões injustas que possam ofender o mínimo existencial.

Sustentamos, assim, que a vedação ao acesso a uma cobertura previdenciária completa para tais pessoas, que podem ser denominadas de *hipervulneráveis*, ofende “o núcleo essencial” desse direito fundamental social, na medida em que lhes oferece o exercício de um direito à previdência social claramente deficitário, insuficiente, divorciado da noção de *justiça distributiva* e do objetivo da *justiça social*, previsto no art. 193 da CF.

Mais que isso, tolher em relação à PCD a possibilidade de fruir uma proteção previdenciária completa, por motivos de nascença ou “adquiridos” na infância ou adolescência, vai na contramão das teorias (neocontratualistas) do liberalismo igualitário ou de princípios, já apresentadas neste trabalho.

A situação, a propósito, em nosso ver encaixa-se como uma luva na problemática enfrentada no presente capítulo, em que se deve analisar a distribuição de bens primários (sim, a previdência social, como direito fundamental social de hipervulneráveis, é de ser considerada um bem primário, sob a ótica da teoria de John Rawls, à luz do teor expresso, claro e preciso

da Constituição Federal de 1988, que consagra grande prioridade aos direitos fundamentais sociais).

Nesse ponto, remetemos o leitor às considerações tecidas acerca das restrições aos direitos fundamentais sociais, no item 5.2.1.

Não se pode reconhecer a presença de *justiça social* na privação de oportunidades infligida a pessoas com menores capacidades de *inclusão social*, estando tal conclusão – insistimos – em sintonia com as teorias de John Rawls, Amartya Sen e Martha Nussbaum, já referidas.

Não se pretende, com tal proposta, simplesmente inserir o direito fundamental à previdência social no campo das liberdades. Talvez o exatamente contrário seja válido: só se pode falar em liberdade na medida em que exercida, nos casos específicos ora abordados, nos limites dos direitos sociais.

Outrossim, a restrição à proteção previdenciária nessas hipóteses (artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da LBPS) padece de inconstitucionalidade também porque também atenta contra princípio norteador mesmo da previdência social, o da *solidariedade social*, já abordado nesta tese.

Outros enfoques podem ser trazidos ao debate, a exemplo da questão das *ações afirmativas*. A discorrer sobre a questão, prelecionam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Junior:

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a ser entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas. Nesse sentido, a disciplina constitucional da posse indígena (art. 231, § 2º), o trabalho da mulher (art. 7º, XX), a reserva de mercado de cargos públicos para as pessoas com deficiência (art. 37, VIII) e outras tantas regras. Em tais hipóteses, o constituinte furtou do intérprete a tarefa de verificar a correlação lógica entre o elemento diferencial e a distinção do regime jurídico, mas se deu pressa em definir que nesses casos deve haver discriminações positivas com o fim específico de proteger determinados grupos de pessoas (...) Nesses casos, cabe, pois, à lei ordinária a criação de políticas de ação afirmativa. Importante notar que as ações afirmativas não se resumem às chamadas quotas, mas devem abranger um conjunto organizado de medidas orientado a promover a completa integração social daquele grupo marginalizado⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2021, p. 164.

É bem verdade que a constituição não traz expressamente a determinação ao legislador ordinário para promover *ações afirmativas* em favor da PCD na esfera da previdência social, exceção feita à norma contida no art. 201, § 1º, do texto constitucional.

Ainda assim, a necessidade de ações afirmativas pode muito bem ser estendida à previdência social. Afinal das contas, não se pode tolerar que o legislador ordinário, ao implementar um plano de benefícios previdenciários, discrimine negativamente as pessoas com deficiência, punindo-as com restrições lesivas ao *núcleo essencial* desse direito, pelo mero fato de sofrerem de deficiência incapacitante.

Trata-se, pois, do contrário da *ação afirmativa* necessária, forjando-se uma disciplina jurídica inadequada aos valores albergados pela constituição, notadamente nos princípios da isonomia, da universalidade, da distributividade e da justiça social.

Resta registrar que a teoria do *mínimo existencial* é compatível com a necessidade de proteção da PCD em seu direito fundamental social à previdência social. Realmente, se se considerar que há necessidade de preservação dos direitos sociais em sua inteireza, considera-se ofensiva à teoria do *mínimo existencial* (item 5.4), particularmente no âmbito da previdência social, a exclusão discriminatória contida nos artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

13.3 A solução proposta

Já apontamos no item 2.9 que a *interpretação conforme a constituição* constitui um princípio valioso para a tomada de posições ao final desta tese. Lá explicamos que, conforme esse princípio de interpretação, uma norma só pode ser declarada inconstitucional quando não puder ser interpretada de acordo com *a constituição*, muito embora não possa ser usado, pelo intérprete, como mero *princípio de conservação de normas*.

Assim, permite-se que o intérprete aplique a norma num sentido adequado à constituição, visando a preservar-lhe a validade, num sistema que o Judiciário deve respeitar, em princípio, a presunção de constitucionalidade das leis produzidas pelo Legislativo, agindo, portanto, com autolimitação e restrito às questões jurisdicionais, não políticas.

No caso em análise (artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da LBPS), tal como se deu na hipótese levada a julgamento na ADI 1.946-5/DF, a concretização do direito fundamental à previdência social está sendo obstaculizada em relação a certas pessoas, desta vez vulneráveis em razão da deficiência, que só terão a chance de se aposentarem pelas vias programadas, a saber, pela conjugação dos fatores idade avançada e tempo de contribuição (artigo 201, § 7º, da CF).

Desde modo, o teor dos artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da LBPS, deve ser compreendido conforme o teor da Constituição Federal de 1988 e seu constitucionalismo dirigente, social e solidário.

Tais artigos hão de ser interpretados conforme as normas principiológicas contidas no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), no art. 3º, I (solidariedade e justiça social), art. 3º, II (redução das desigualdades sociais), e III (objetivo de gerar o bem de todos, sem discriminações de qualquer espécie).

Assim, o teor excludente desses artigos deve ser preservado somente em relação às pessoas que tiveram oportunidade de contribuir por tempo relevante para a previdência social e não o fizeram.

Não podem incidir, portanto, às pessoas com deficiência que já nasceram dessa forma, nem àquelas que se tornaram pessoas com deficiência antes de atingirem a idade laborativa, como já salientado neste trabalho. Tais pessoas, antes do mais, nunca tiveram oportunidade de exercerem a liberdade e, se assim é, não podem ser tratadas igualmente em relação às demais. Tal interpretação é compatível com a essência do liberalismo igualitário.

13.4 Conclusões parciais

Feitas essas explanações sobre a interpretação conforme a constituição, novamente é de se indagar: como conseguirão essas pessoas contribuir para o regime e se aposentarem, se já estão previamente incapacitadas e não possuem qualquer condição de competir em igualdade de condições com os demais membros da sociedade?

Em última instância, a exclusão previdenciária mostra-se quase total. Dificilmente farão jus à aposentadoria programada. Estão excluídos do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez. Raramente terão acesso ao seguro-desemprego.

Resta-lhes a proteção oblíqua na condição de dependentes da previdência social, na forma do art. 16, I e II, da Lei nº 8.213/91. O que, convenhamos, é muito pouco, de modo que o amesquinamento ao “núcleo essencial” do direito fundamental se apresenta manifesto.

Por isso mesmo, o direito fundamental à previdência social das pessoas com deficiência previamente incapacitadas – desde o nascimento ou até os 16 (dezesesseis anos) de idade – está sendo menoscabado pelas regras contidas na Lei nº 8.213/91, já citadas.

Considerando, por outro lado, que os artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da LBPS não violam a constituição nos demais casos – de pessoas que não nascem incapacitadas, nem se tornem

incapazes antes dos 16 (dezesseis) anos de idade – mormente quando se verifica a “filiação tardia” ou “refiliação tardia”, não se pode tachar a norma de inconstitucional.

Daí que a solução hermenêutica é a *interpretação conforme a constituição*, de sorte que ambas as regras contidas nos artigos referidos não devem incidir à PCD, quando já nascida com a vulnerabilidade ou quanto adquirida antes de completar 16 (dezesseis) anos de idade.

Em tais situações, a despeito de as pessoas com deficiência já se filiarem portadoras da contingência que em tese só deveria ser protegida em caso de evento futuro e incerto, o benefício previdenciário será devido em caso de agravamento ou progressão em suas vulnerabilidades físicas ou mentais, aplicando-se a interpretação analógica com os teores finais das normas contidas nos artigos 42, § 2º, e 59, § 1º.

Ou seja, após filiação por tempo relevante, com recolhimento efetivo das contribuições (observada a automaticidade prevista no art. 30, I, da Lei nº 8.212/91), não se pode excluir a possibilidade jurídica de concessão de benefício a tais pessoas com deficiência.

O que se entenderia por “tempo relevante”? Parece-nos que a situação excepcional recomenda que a análise seja deixada ao caso concreto, mostrando-se imprescindível que a filiação se dê por tempo superior ao mínimo previsto na carência, exatamente para se afastar a alegação de “filiação oportunista”, comumente alegada pelo INSS e também reconhecida na justiça como impeditivas da concessão de benefício por incapacidade.

Na esfera judiciária, oportuno registrar que a má-fé não se presume, conforme rezam os artigos 322, § 2º, e 489, § 3º, do Código de Processo Civil.

À vista do exposto, ainda que filiação à previdência social da PCD ocorra quando ela já padece de incapacidade preexistente, quando se identificar uma progressão, geradora de grau maior de incapacidade, mostra-se possível a concessão de auxílio-doença (benefício por incapacidade temporária) ou aposentadoria por invalidez (benefício por incapacidade permanente), desde que atingida a carência e mantida a filiação, observado o referido no parágrafo anterior.

Tal solução mostra-se adequada à conformação das regras contidas nos artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da Lei nº 8.213/91, às normas-princípio contidas nos artigos 3º, 193 e 194, parágrafo único, III, do Texto Superior, cabendo privilegiar os valores éticos e políticos contidos nos referidos *princípios* para solução desta questão, inspirando-se nas lições de Ronald Dworkin, mormente a noção de *integridade do direito* (aqui remetemos o leitor item 14.2.1)

Para além disso, a proposta apresentada mostra-se compatível com as teorias de John Rawls, Amartya Sen e Martha Nussbaum, pelas mesmas razões já aduzidas nas conclusões parciais dos capítulos 11 e 12.

14 UMA ANÁLISE DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL DA PCD SOB A PERSPECTIVA DA IDEIA DE SISTEMA

Neste último capítulo, prévio às considerações finais, procederemos a uma análise da comparabilidade dos benefícios assistenciais e previdenciários, disponíveis às pessoas com deficiência, sob o aspecto da sua *sistematicidade*.

Interessa-nos, apenas e tão somente, avaliar a proteção previdenciária oferecida pelo ordenamento jurídico à PCD sob os aspectos da ordem, harmonia, coesão e coerência, abstração feita das especificidades das inúmeras teorias que transitam em torno da noção de *sistema*.

Por ora, contentamo-nos em registrar a observação de Pontes de Miranda, segundo quem todas as épocas do constitucionalismo brasileiro se prenderam à feição *sistemática* e não à feição *costumeira*, variável segundo a tradição inglesa⁶⁰⁷.

Importante, portanto, avaliar as questões de *coerência* e *integridade* do ordenamento sob essa perspectiva.

14.1 Um desvio necessário: assistência social e o BPC

Abriremos um parêntese, de modo perfunctório embora, para tratar da assistência social e do benefício assistencial de prestação continuada (BPC) devido a pessoas com deficiência e idosos.

A referência ao assunto é imprescindível nesse momento porque, no item seguinte, procederemos a uma derradeira abordagem acerca da funcionalidade dos benefícios disponibilizados pelo direito positivo brasileiro à PCD na previdência social, a título de análise comparativa.

Prossigamos.

As pretéritas Constituições do Brasil não se referiram propriamente à assistência *social*. A menção aos *socorros públicos*, já na Constituição de 1824, teve feição meramente programática.

Na Constituição de 1969, a menção deu-se no art. 175, § 4º, sob o título da família, educação e cultura, nos seguintes termos: “Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância, à adolescência e sobre a educação de excepcionais”.

⁶⁰⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969. Tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 9.

A Constituição Federal de 1988 menciona a assistência no art. 6º, em que a *assistência aos desamparados* é previsto como um direito *social*. No título VIII, Capítulo II, seção IV, estão conformadas suas linhas gerais da assistência social.

O constituinte originário optou por não lhe definir o conceito, porque preferiu descrevê-la indicando os destinatários e seus objetivos, nos artigos 203 e 204.

Segundo o art. 23 do texto constitucional, é estabelecida a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da *assistência pública*. No entanto, para Sérgio Pinto Martins, assistência pública difere-se da social: “Assistência Pública é o serviço especializado para atendimento rápido em casos de perigo ou para prestação de primeiros socorros”.⁶⁰⁸

Em nível infraconstitucional, a Lei nº 8.212/91, que criou o Plano de Custeio da seguridade social, conceitua a assistência social como uma *política social*, em seu artigo 4º, nos mesmos termos já delineados na Constituição Federal.

Mas é na Lei nº 8.742/93, conhecida por Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que estão as principais disposições sobre essa *política social*.

A assistência social finalmente foi positivada em termos de *direito subjetivo do cidadão*, para que sejam providos os *mínimos sociais*, conforme reza o art. 1º da LOAS. Ainda assim, levando-se em linha de conta o que já apresentamos nos capítulos anteriores sobre justiça e bem-estar sociais, sem falar no próprio princípio do mínimo existencial⁶⁰⁹, mostra-se de difícil identificação o significado da expressão *mínimos sociais*.

Celso Barroso Leite sustenta que a dificuldade se dá porque os mínimos variam de região para região, de uma classe para outra e de pessoa para pessoa, sendo o importante frisar que é de mínimos que se trata, porque fica implícita a ideia de necessidade.⁶¹⁰ Todavia temos um salário-mínimo nacionalmente unificado, na forma do art. 7º, IV, do texto constitucional.

O benefício assistencial de prestação continuada, reservado às pessoas com deficiência hipossuficientes, vem regulado no art. 20 da LOAS.

No *caput* e incisos do art. 2º da Lei nº 8.742/93, estão hospedados os objetivos da assistência social, numa reiteração inútil do art. 203 da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

⁶⁰⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 725.

⁶⁰⁹ V. Capítulo 5, item 4, sobre mínimo existencial.

⁶¹⁰ LEITE, Celso Barroso. Filantropia e Assistência Social. In: *Revista de Previdência Social*, n. CXCIX. São Paulo: LTr, junho de 1997, p. 534.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

VI - a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza. [Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021](#)

Nesse caso, os objetivos não configuram princípios, ao contrário do que se dá com o parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal, que delinea os princípios da seguridade social. Nas palavras de Sérgio Pinto Martins, não são princípios “porque não informam, inspiram ou orientam o legislador, mas apenas são situações que a Assistência Social pretende cobrir”⁶¹¹

A novidade é a inclusão do inciso VI no art. 203 da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 114/2021. Parece-nos que a possibilidade de atuação dos poderes públicos em prol da redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza propicia arcabouço normativo para a previsão de medidas assistenciais complementares às rendas familiares, de valor inferior ao salário-mínimo, como o Bolsa Família⁶¹² e o Auxílio Brasil⁶¹³.

Aparentemente, situações de grave emergência social como a causada pela pandemia do Covid-19 demandaram do Estado a criação de benefícios essenciais à sobrevivência de milhões de brasileiros, não apenas de pessoas com limitações nas capacidades física ou mental. São questões que extravasam os limites desta tese.

Noutro passo, no início deste trabalho, salientamos a existência de certa dificuldade na compreensão da “narrativa”, por assim dizer, de certos direitos fundamentais sociais, como bem observado por Martha Nussbaum. Para muitos, vigora a noção de que alguns “cumprem sua parte”, ao passo que outros vivem parasitando à custa do Estado (item 2.8).

Daí que propomos desde logo diferenciar a assistência social do *assistencialismo*, que para Sérgio Pinto Martins teria consequências nocivas:

Assistencialismo é uma prática de dar atenção às populações desfavorecidas por intermédio de políticas públicas. Pode haver cooptação de eleitores, que, na maioria, é de pessoas de baixa renda, submissas e dependentes. A pessoa recebe e não quer

⁶¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 726.

⁶¹² V. Lei 10.836/2004.

⁶¹³ V. Lei 14.284/2021.

trabalhar. O pagamento por longo prazo propicia renda à pessoa, que não vai mais procurar emprego. Até um gato recebeu irregularmente o benefício. Os assistidos podem dar retorno eleitoral por ocasião das eleições a quem o concede.⁶¹⁴

É nesse último termo, assistencialismo, que deve ser depositada a carga infamante de receber um benefício social sem que o titular realmente esteja em situação de necessidade social, portanto. O problema é complexo, histórico e se coloca externamente aos limites desta pesquisa. O presente estudo volta-se à leitura dogmática da Constituição, pressupondo uma abordagem humanista do problema dos vulneráveis em razão de doenças, incapacidades e deficiências.

Avancemos.

O BPC é um direito fundamental social garantido pela Constituição Federal, no inciso V do art. 203, representando a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à PCD e ao idoso (acima de sessenta e cinco anos) que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

O primeiro diploma normativo a instituir um benefício em moldes semelhantes ao atual foi a Lei n.º 6.179/74, que instituiu renda mensal vitalícia, denominada na época de *amparo previdenciário*, devido aos maiores de setenta anos e para inválidos que estivessem em estado de miserabilidade.

Os dispositivos da Lei n.º 6.174/74 foram incorporados aos artigos 63 a 70 do Decreto n.º 77.077, de 24/01/1976, formador da Consolidação das Leis da Previdência Social, quando esse benefício passou a ser chamado de *renda mensal vitalícia*, e assim permaneceu até o advento da Constituição de 1988.

Sendo assim, a própria previsão de um benefício desse jaez em sede constitucional representa avanço significativo, sobretudo por sinalizar a possibilidade de a seguridade social arcar com benefícios não contraprestacionais.

A regra de competência do § 3º do art. 109 da Constituição Federal permitiu que assim ocorresse, precipuamente para que a ausência de Subseção Judiciária da Justiça Federal, na grande maioria das Comarcas brasileiras, não representasse uma dificuldade a mais na obtenção do benefício.

A Lei n.º 8.742, de 07/12/1993, com alguns anos de atraso, regulamentou o art. 203, V, da Constituição, e, dentre outras prestações, previu o pagamento do BPC em seus art. 20 e 21.

⁶¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 725.

Os beneficiários da renda mensal vitalícia no valor de meio salário-mínimo passaram, com o advento da Constituição Federal, a ter o mesmo valor de um salário-mínimo mensal, nos termos do art. 201, § 5º, da Constituição Federal.

As Leis n. 9.711, de 21/11/98, e 9.720, de 01/12/98, alteraram a redação de alguns dispositivos da Lei nº 8.742/93. Dezenas de Medidas Provisórias também alteraram a Lei nº 8.742/93, mas seus respectivos conteúdos são irrelevantes aos propósitos deste trabalho.

As Leis n. 12.435 e 12.470, ambas de 2011, promoveram significativas alterações na Lei n. 8.742/93, incluindo no próprio conceito de PCD e no de família para fins de concessão do BPC. A Lei n.º 13.146/2015 novamente alterou o conceito de PCD.

A Lei 13.982/2020 acrescentou parágrafos ao art. 20, dispondo sobre questões relativas à hipossuficiência. Inserindo o art. 20-A, a mesma lei dispõe sobre critérios para a concessão do benefício por ocasião do estado de calamidade pública decorrente do Covid-19.

Atualmente, considera-se que somente o INSS é parte legítima nas ações que envolvem tanto a renda mensal vitalícia quanto seu sucessor, o BPC.

Quanto aos beneficiários, o art. 203, V, da Constituição de 1988, estabelece dois requisitos para a concessão do BA: a) inserir-se no conceito PCD ou idoso; b) enquadrar-se na situação de miserabilidade ou estado de necessidade.

Já foi explicado que, no campo da assistência social, a Constituição Federal não selecionou as contingências a serem protegidas, tendo em vista que as necessidades sociais tuteladas independem das causas. A seletividade limitou-se às necessidades sociais, na forma do artigo 203, V, da Constituição Federal.

Beneficiários são os desamparados referidos no art. 6º da Constituição Federal. Deles, diversamente do que se dá com a previdência social, não lhes é exigida a filiação a um regime contributivo.

Questão importante, já analisada em outra obra, é se o ordenamento jurídico exige que esses necessitados estejam excluídos de qualquer plano de previdência social. A proteção assistencial é prestada “a quem dela necessitar”, consoante prescreve o art. 203, *caput*, do Texto Supremo, não se excluindo a concessão do BPC a quem já está filiado à previdência social⁶¹⁵.

À vista do exposto, já constatamos alguns **elementos de conexão** entre a previdência e a assistência sociais da PCD. Ainda que filiada à previdência, a pessoa com deficiência pode optar pelo recebimento do BPC, quando satisfeito o requisito da miserabilidade. Essa

⁶¹⁵ Cf. ZACHARIAS, Rodrigo. *Da seguridade social na proteção do idoso e da pessoa com deficiência e além. Uma crítica do benefício assistencial de prestação continuada*. São Paulo: Dialética, 2021, pp. 209/211.

possibilidade, só por só, parece-nos, enfraquece a lógica da proteção social, pelas razões apresentadas a seguir.

14.2 A ideia de sistema

Nesse átimo, fechando o parêntese aberto no item pretérito, urge apresentar algumas notas sobre a etimologia e um conceito possível de *sistema*, a fim de concluir se há sistematicidade na proteção social da PCD.

Ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior que se trata de palavra de origem grega (etimologicamente *systema*, oriundo de *syn-istemi*, com significado de *o composto, o construído*) que na significação mais extensa leva à ideia de uma totalidade construída, composta de várias partes⁶¹⁶.

A Antiguidade grega foi propícia ao pensamento sistemático e isso teria contribuído para a proficuidade da sua produção filosófica e científica. Assim, a noção de sistema não apresenta nenhuma novidade⁶¹⁷.

Sob a perspectiva do desenvolvimento histórico do conceito de sistema no Direito, Aristóteles⁶¹⁸ tratou do assunto quando analisou o “governo das leis”. No pensamento de Aristóteles estava presente, ainda que em linhas gerais, uma noção de sistema, ao abordar vários campos de conhecimento – política, retórica, lógica, música, poesia, metafísica etc. – de forma separada e organizada. A opção por um “governo das leis” denota submissão do juiz e dos demais poderes e operadores do Direito a um *sistema jurídico*.

Contudo, o uso posterior trouxe uma compreensão mais restrita, por um lado conservando a conotação originária de conglomerado, mas a ela agregando o sentido específico de *ordem, organização*. Para o Tércio Sampaio Ferraz Junior, já se encontravam na filosofia grega as bases genéricas do uso da palavra⁶¹⁹.

Segundo Paulo Bonavides, sistema dava ideia de reunião, conjunto, todo, tendo o sentido se ampliado de modo a se entender como o conjunto organizado de partes, relacionadas

⁶¹⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O conceito de sistema no direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 9.

⁶¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 109.

⁶¹⁸ ARISTOTLE. *Politics*. In: *The Complete Works*, Delphi, aplicativo Kindle, posição 38224; livros II-V; ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. In: *The Complete Works*, Delphi, aplicativo Kindle, posição 34804.

⁶¹⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O conceito de sistema no direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 9.

entre si e postas em mútua dependência⁶²⁰. A *concepção sistêmica* parece ser, no campo das ciências sociais e de sua metodologia, a “ideia-força de nosso tempo”. Segundo o autor:

Importa a orientação sistêmica, no significado mais profundo que talvez se lhe possa atribuir: a retomada de um sonho frustrado desde o século XIX, de que foi exemplo e modelo a filosofia positivista de Augusto Comte: o da unidade da Ciência, agora investigada e perquirida por novas vias.
A teoria geral dos sistemas, como teoria interdisciplinar de estruturas uniformes (isomorfias) é uma dessas vias. O moderno pensamento sistêmico, dotado de latitude e fecundidade amplíssima, acena com muitas promessas e esperanças, caracterizando de certa forma o espírito de nossa época⁶²¹.

Conforme o Dicionário Filosófico de André Comte-Sponville, *sistema* é um conjunto ordenado, em que cada elemento é necessário à coesão do todo e dela depende, como se dá no sistema nervoso, no sistema solar, no sistema informático. Em filosofia, aduz, refere-se à ideia de sistema com maior frequência a um conjunto de ideias, consideradas na sua *coerência* mais do que na sua *verdade*⁶²².

No ver de Eros Roberto Grau, quando aludimos ao direito, via de regra a ele nos referimos como sistema jurídico, e cada sistema teria duas faces; o dos *conhecimentos* e o dos *objetos de conhecimento*. Assim, cogitamos do sistema científico (sistema de conhecimento) e sistema objetivo (sistema de objetos de conhecimento). Seja como for, um sistema supõe ordenação e unidade (ordenação interior e unidade de sentido). Grau ainda aduz que o sistema jurídico é um sistema *aberto*, não fechado, no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica, a abertura do sistema decorrendo da incompletude e da provisoriedade do conhecimento científico⁶²³.

André Ramos Tavares ensina que, tradicionalmente, considera-se que o conjunto de normas constitucionais formam um sistema, no qual se invoca a ideia de *ordem*, e que se mostra necessariamente “harmônico, ordenado, coeso, por força da supremacia constitucional, que impede o intérprete de admitir qualquer contradição interna.”⁶²⁴

Para Antônio Joaquim Severino, sistema significa um “conjunto organizado cujas partes são interdependentes, obedecendo a um único princípio, entendido este como uma lei absolutamente geral, uma proposta fundamental”⁶²⁵.

⁶²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 109.

⁶²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 108.

⁶²² COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário Filosófico*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶²³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22.

⁶²⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 208.

⁶²⁵ SEVERINO, Antônio Joaquim Severino. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Cortez Editora, 2018, p. 110.

Essas ideias, de sua sorte, remetem a um constitucionalismo garantista, tradicional, surgido no século XVIII e desenvolvido nos dois séculos seguintes, posteriormente tributário do juspositivismo de Kelsen e sua metáfora da *pirâmide normativa* como um sistema escalonado de normas, que prevaleceu até a 2ª Guerra Mundial. Os positivistas trabalharam suas concepções de ordenamento jurídico como sistema, e o autor austríaco concebe o direito como a uma *ordem escalonada de normas*, hierárquica, na qual a validade da norma inferior funda-se na superior, “remontando de grau em grau, de poder em poder, até a norma fundamental”⁶²⁶, que é pressuposta, concebida como hipótese ou como ficção, conferindo unidade e fundamento de validade a todo o ordenamento jurídico. Mas, mesmo dentro da concepção de tal corrente, não há critério definido para se obter o conteúdo da norma jurídica. Para Kelsen, desde que o resultado da interpretação caiba numa “moldura”, será ela aceitável, cabendo ao Judiciário dizer o direito a ser aplicado no caso concreto⁶²⁷.

Para nós, satisfazemo-nos com o conceito de Tércio Sampaio Ferraz Junior, para quem, partindo de uma herança jusnaturalista, o sistema pode ser compreendido como um conjunto normativo e, ao mesmo tempo, como “instrumento metódico do pensamento, ou melhor, da ciência jurídica”⁶²⁸. Deste modo, por um lado, temos um sistema fechado, do qual decorre a “exigência de acabamento”. De outro, um instrumento metódico do pensamento jurídico, que utiliza o dogma da subsunção.

Poderá o Judiciário – juízes e Cortes Superiores – reinterpretar a constituição, com a evolução histórica, gerando mutações constitucionais. Mas Juarez Freitas alerta que somente as normas estritas, contidas em *regras*, são declaráveis inconstitucionais. Já, os *princípios* não podem ser quebrados jamais, sob pena de perecer o sistema. As regras, por si mesmas, não conseguem erguer qualquer sistema, pois são os princípios que desempenham o “papel orgânico e proteico de estruturadores e vitalizadores do sistema, de sorte que devem ser interpretados invariavelmente, de modo a serem preservados, ainda quando imperioso nuançá-los”⁶²⁹.

Por outro lado, o constitucionalismo *garantista* seria refratário ao constitucionalismo *principlista*, concebido este último como *neoconstitucionalismo*, antes referido⁶³⁰, em que os

⁶²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Lisboa: Armênio Amado, 1976, p. 61.

⁶²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Lisboa: Armênio Amado, 1976, p. 466. Ao tratarmos da distinção entre princípios e regras, mencionados a crítica de Dworkin a tal concepção positivista, no capítulo 3, item 3.1.

⁶²⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O conceito de sistema no direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 24.

⁶²⁹ FREITAZ, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (coords.). *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 243.

⁶³⁰ Cf. Capítulo 2, item 2.2.

princípios seriam valorizados, otimizados na interpretação em relação às regras, numa espécie de resgate jusnaturalista.

A rigor, porém, para Luigi Ferrajoli, quando as constituições incorporaram princípios de justiça de caráter ético-político, terá desaparecido o principal traço distintivo das correntes principialista e garantista⁶³¹.

O constitucionalismo principialista é mais próximo a teorias de sistema que não trabalham com metáforas da pirâmide positivista. Nos dias de hoje há outras construções sistemáticas do Direito, possivelmente mais adequadas ao século XXI, como a engendrada por Mario Losano⁶³² que substitui metáfora da pirâmide pela das *redes*, como estrutura do ordenamento jurídico, ou mesmo a de Deleuze-Gattari⁶³³, que utiliza a metáfora do *rizoma*.

Estabelecidas as ideias gerais sobre a concepção de sistema, passemos à análise da integridade e da coerência do ordenamento jurídico, no tocante ao tratamento da proteção social da PCD.

14.2.1 Coerência e integridade do ordenamento jurídico

Pensamos que, nas diversas concepções de sistema, jamais se pode desprezar a ideia de *coerência*, que tem a ver com o conceito de ordem, conexão e harmonia de um sistema de conhecimento, implicando não apenas a ausência de contradição, mas conexões positivas que estabeleçam harmonia entre os elementos do sistema. Segundo uma plethora de autores, *coerência* é mais do que consistência lógica, havendo um certo consenso que, para além do direito em si, a própria *justiça* necessita de um sistema coerente e coeso⁶³⁴.

Não se pode deslembrar que os princípios – já analisados no capítulo 3 – têm a função de dar um *caráter de sistema à Constituição*, pois, sem a existência deles, o Texto Magno pareceria mais uma mistura de normas que teriam em comum apenas o fato de estarem corporificadas num mesmo diploma normativo, sem congruência.⁶³⁵

⁶³¹ FERRAJOLI, Luigi. Cf. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. In: Cadernos de Filosofia del Derecho, 34 (2011), p. 15-24.

⁶³² LOSANO, Mario Giuseppe. Modelos Teóricos, Inclusive na Prática: da Pirâmide à Rede: novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*: Nova Série, v. 8, n. 16, p. 264-284, jul./dez. 2005.

⁶³³ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs, vol. 1. Capitalismo e Esquizofrenia*. São Paulo: Editora 23, 2011.

⁶³⁴ SILVA, Matheus Teixeira da Silva. *Coerência & Epieikeia. Fundamentos de uma decisão praeter legem*. Porto Alegre: Editora Fi, 2017, pp. 48/49. Noções extraídas do Dicionário de Filosofia de Abbagnano, citado pelo autor.

⁶³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 154.

Realmente, o direito não pode ser interpretado em “tiras”⁶³⁶, cabendo a análise do direito fundamental à previdência social (art. 6º, da CF) mediante a análise *lógico-sistemática* das demais normas constitucionais, tudo no escopo de se alcançar sua concretização.

Desta forma, o empreendimento interpretativo não pode conduzir, pela interpretação elástica e arbitrária, à desintegração da Constituição. Segundo a lição de Paulo Bonavides, espera-se *coerência* na hermenêutica constitucional, calhando evitar o fácil “tráfego de soluções de conveniência”:

Descortina-se assim um campo de imprevisível extensão para o florescimento de distintas posições interpretativas no domínio da hermenêutica constitucional. Perde porém essa hermenêutica a firmeza do modelo clássico, que se assentava numa lógica confiante, sólida, imbatível. Sua plasticidade é fraqueza. A manipulação dos fins e do sentido faz deveras fácil o tráfego de soluções de conveniência, a conclusões preconcebidas, a subjetivismos, em que o aspecto jurídico sacrificado cede complacente a solicitações do aspecto político, avassalador da norma e produtor exuberante de perplexidades e incertezas inibidoras⁶³⁷.

De fato, um instrumento decisório da dogmática jurídica, forjadora de uma ciência, a *ciência dogmática do direito*, herança da tradição liberal do século XIX, encara o Direito como regras dadas pelo Estado, em que um dos valores apreciados é a *coerência*, pois as regras deverão ser interpretadas e sistematizadas⁶³⁸.

Nesse sentido, outra lição do professor Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente⁶³⁹.

De fato, já apontava Pontes de Miranda que as regras jurídicas hão de construir um sistema. E “a exigência de sistematicidade do direito atende a uma necessidade de coerência e consistência, na conduta humana, máxime no que concerne à vida de relação.”⁶⁴⁰

⁶³⁶ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 86.

⁶³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 487.

⁶³⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2019, posição 135 de 640, aplicativo Kindle.

⁶³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2019, posição 136 de 640, aplicativo Kindle.

⁶⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969. Tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 39.

Reiteramos: seja qual for a concepção a ser levada em conta pelo intérprete, partimos do pressuposto de que a falta de coerência, em tese, levaria ao atentado aos postulados metodológicos do sistema, por lhe fragilizar⁶⁴¹.

Cumprе consignar que a tese de que o Direito deve ter *coerência* e *integridade* tem grande importância no pensamento de Ronald Dworkin, várias vezes citado neste trabalho, o qual, como antes citado, é um crítico do positivismo, senão o mais importante deles⁶⁴².

Dworkin concebe a *integridade* como uma virtude política diversa da justiça e da equidade, devendo ser aplicada não apenas a ambos os elementos, mas também ao devido processo adjetivo. Após argumentar que essas diferentes exigências justificam o compromisso com a coerência de princípio valorizada por si mesma, o autor sustenta “que a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual a conhecemos”^{643 644}.

Mas o que se pode entender por *integridade*? Em poucas palavras, Dworkin preleciona que: “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”⁶⁴⁵

Integridade, assim, relaciona-se com os valores albergados no ordenamento jurídico. Para além, Dworkin ainda explica que a *integridade* é necessária tanto à esfera legislativa, quanto judicial:

Será útil dividir as exigências de integridade em dois outros princípios mais práticos. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito

⁶⁴¹ COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário Filosófico*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, verbete “sistema”.

⁶⁴² STRECK, L.L., *Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 44.

⁶⁴³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.203.

⁶⁴⁴ Em sentido totalmente diverso, o pensamento de COMTE-SPONVILLE, que verbera: “É que a própria pluralidade de sistemas, que são incompatíveis (pois cada um pretende dizer a verdade sobre o todo), impede tanto de aceitar todos eles como de se satisfazer com um deles. Os sistemas são todos falsos, dizia Alain, e o sistema dos sistemas, que seria o hegelianismo (porque faz da contradição *entre* os sistemas o motor do seu próprio desenvolvimento), o é tanto quanto os outros. Quantos delírios coerentes! A paranoia, dizia Freud, é “um sistema filosófico deformado”; e um sistema filosófico, acrescentaria eu com muito gosto, é uma paranoia bem-sucedida. Prefiro as contradições da vida e as asperezas do real (...). Há algo de patético nos autores de sistema. Eles crêem pensar em tudo; na verdade, apenas mexem e remexem as suas ideiazinhas. Como poderiam conter o universo, se fazem parte dele? Sem eles o mundo continua. Sem eles a filosofia continua, e é melhor assim. Se um sistema tivesse êxito, seria o fim da filosofia. Mas todos fracassaram, mesmo os maiores. (...). Embaralhem as cartas e as ideias. O jogo não acabou, está apenas começando. Um sistema filosófico é como um castelo de cartas; se você tira uma, todo o resto desmorona. É que cada carta só se sustenta no lugar graças ao conjunto, e o sustenta. Prefiro o jogo aberto e vivo, as cartas que voam, os jogadores que se enfrentam, as mãos que se fazem e se desfazem, até a vitória, a derrota, até a próxima partida. Gosto que as cartas sejam embaralhadas cada vez. Que as jogadas sejam inventadas cada vez, em função do jogo e do adversário. Que cada partida seja nova e incerta. O infinito está aí, e não cabe no castelo de cartas irrisório e estático.” Cf. COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário Filosófico*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 556.

⁶⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.204.

por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio da integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. O segundo princípio explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante⁶⁴⁶.

Posto isso, a ideia de um sistema jurídico parece requerer, sim, *integridade* não apenas sob a ótica da *coerência*, mas porque o seu sucesso dependerá do comportamento das pessoas, no cumprimento ou descumprimento das leis.

Nesta obra, estamos tratando de um aspecto essencial de suas vidas (talvez o mais importante para a grande maioria), que é a *subsistência*, razão por que nada mais importante para os envolvidos do que tentar obter uma melhor qualidade de vida dentro das possibilidades.

Nesta análise, refutando-se qualquer viés utilitarista, entendemos que a formulação da legislação deve considerar os *incentivos* e *desincentivos*, gerados ou obstaculizados pela norma jurídica, que interessam às pessoas fragilizadas, as quais precisam decidir sobre a melhor forma possível de inclusão social, quando tiveram uma chance para tanto.

Ou seja, o legislador é de levar em linha de conta a *coerência* em sua política pública e social de distribuição de renda, observando o primado do trabalho e os objetivos da justiça e bem-estar sociais. O relacionamento entre trabalho, justiça e bem-estar é direto, cabendo por isso avaliações de *incentivos* e *desincentivos*.

No item seguinte sustentaremos a ocorrência de fragilização da ideia de sistema no tocante à concretização do direito fundamental social à previdência social da PCD, operada por um conjunto de normas que não leva em conta a coerência e a integridade deste ordenamento jurídico.

14.3 Deficiência e a tímida cobertura previdenciária

A redação original do texto constitucional não previa qualquer dispositivo no tocante às pessoas com deficiência na seara da previdência social. No art. 23, II, a Constituição previa a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

⁶⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.203.

Dito isto, inferimos que, em matéria de seguridade social, a deficiência não era compreendida como um risco social.

Em 2005, a Emenda Constitucional nº 47/2005 inseriu a norma contida no § 1º do art. 201, que passou a contar com o seguinte teor:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Posteriormente, a norma do § 1º do art. 201 da CF foi novamente modificada pela EC 103/2019:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019\)](#)

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019\)](#)

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019\)](#)

Contudo, a contingência social “deficiência” ainda não está coberta no rol apresentado nos incisos I a V do art. 201 do texto constitucional.

Observa-se a existência de uma proteção previdenciária oblíqua, com foco na pessoa, não na contingência, revelando uma técnica que destoa da tradicionalmente utilizada no Brasil na previdência social, desde ao menos a Lei nº 3.807/1960 (a LOPS). Ainda assim, pode ser chamada de proteção previdenciária.

O advento da Lei Complementar nº 142/2013, antes objeto de análise, não infirma tal assertiva. Afinal, cuida-se de legislação que disciplina um benefício concedido com base contingências diversas, a saber, idade e tempo de contribuição⁶⁴⁷, embora também pressuponha, sem seu suporte fático, a deficiência.

De todo modo, a inclusão da PCD na órbita previdenciária é certamente positiva, ainda que não tenha substituído, de uma vez por todas, a contingência da *incapacidade*.

⁶⁴⁷ Relembremos que, consoante o aporte de Miguel Horvath Junior, essa lei não respeitou o princípio da contrapartida previsto no art. 195, § 5º, da Constituição.

A possibilidade de instituir novas coberturas previdenciárias, de modo a implementar a universalidade pela expansão da seguridade social, é admitida pela própria Constituição, no art. 195, § 4º, como já referido neste trabalho, desde que obedecido o disposto no art. 154, I.

14.4 Deficiência e a proteção assistencial

Ao leitor avisamos que estamos no final de nossa tese, restando apenas algumas linhas antes das considerações finais.

Até o advento da EC 47/2005, somente havia previsão da concessão do benefício de prestação continuada (BPC), no valor de um salário-mínimo, na seção dedicada à assistência social (art. 203, V).

Na concepção do constituinte originário, a PCD estava adequadamente protegida na assistência social, o que parece constituir, sob muitas perspectivas, um equívoco por limitar a proteção social aos vulneráveis que estivessem fora do mercado de trabalho.

Não cabe, naturalmente, discutir a correção das opções do legislador constituinte originário; apenas estamos considerando que, na área da previdência social, não houve uma normatização original da situação das pessoas com deficiência.

Nada obstante, de certa maneira, até meados de 2011 (quando houve alterações legislativas infraconstitucionais, antes referidas), a proteção social oferecida às pessoas com deficiência, em termos de benefícios de subsistência, contava com certa *sistematicidade*, ao menos no aspecto da *coerência*.

Isso porque os suportes fáticos dos benefícios assistencial (art. 203, V) e previdenciários (aposentadoria por invalidez e auxílio-doença) se davam numa relação de *residualidade*, ou seja, só recorreriam à assistência aqueles que não tivessem condições de contribuir para a previdência social.

Com efeito, o suporte fático do BPC estabelecido no art. 20 da Lei nº 8.742/93 pressupunha, além da configuração da miserabilidade (renda mensal até ¼ do salário-mínimo), o cumprimento dos requisitos subjetivos da *incapacidade* para a vida independente e para o trabalho (§ 1º).

Por outro lado, os benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, disponibilizados à PCD filiada à previdência social, exigiam (para além do cumprimento dos requisitos da filiação e carência), apenas a *incapacidade* para o trabalho, permanente e temporária, respectivamente (artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91).

Isto é, para o benefício contributivo previdenciário, os requisitos em termos de contingência (desconsiderando-se a questão da necessidade de filiação) eram menos severos, quando comparados ao assistencial (desconsiderando-se o requisito da miserabilidade).

Essa peculiaridade faz todo o sentido, porque o BPC é um benefício não contributivo. Portanto, nada mais lógico que, dentro desta ótica de *residualidade*, só seja pago em situações mais restritas. A isso se pode acrescentar o *caráter subsidiário* do referido benefício, porquanto não se prescinde da análise da obrigação alimentar dos parentes, à luz do art. 229 da Constituição Federal⁶⁴⁸.

Tudo mudou, entretanto, com as alterações promovidas pelas Leis nº 12.435/2011, 12.470/2011 e 13.146/2015 (Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência). E dessa mudança restaram comprometidas a *integridade* e a *coerência* do sistema de previdência social da PCD. Explicaremos o porquê no item seguinte.

14.5 Conclusões parciais

Pelo que foi exposto, a regulamentação da proteção social oferecida à PCD alterou-se substancialmente com as mudanças promovidas pelas Leis nº 12.435/2011, 12.470/2011 e 13.146/2015 (Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência), que modificaram a definição de *deficiência* contida no art. 20, § 2º, da Lei Orgânica da Assistência Social.

Ao substituírem, todas as leis citadas, o conceito *médico* de deficiência pelo conceito *ambiental e social*, focado não nas incapacidades para o trabalho e vida independente, mas nos impedimentos de longo prazo e sua interação com barreiras, com olhos da participação plena e efetiva das pessoas em sociedade, a coerência dessa proteção social quanto ao aspecto da subsistência esvaneceu-se, muito embora tenha aumentado o nível de proteção social – o que é positivo para a PCD.

Doravante, a pessoa com deficiência é ainda mais facilmente incentivada à proteção assistencial, gratuita, não contributiva, devida a quem dela necessitar, consoante a redação do *caput* do art. 203 da Constituição. Na medida em que, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.213/91, seus requisitos são muito mais *genéricos*, logo menos restritos, torna-se muito mais amplo o

⁶⁴⁸ Abordamos, alhures, em linhas gerais, a questão da *subsidiariedade* da assistência social. Cf. ZACHARIAS, Rodrigo; HAIK, Cristiane Fátima Grano. Assistência social no Brasil: da prevalência do social sobre o econômico à primazia da responsabilidade do Estado. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p. 81-105, ago./set. 2021.

acesso à assistência social quando comparada à previdência social, mesmo porque expressivo percentual das pessoas com deficiência encontra-se em situação de pobreza.

Para obtenção dos benefícios previstos pela previdência social, é preciso não apenas contar com filiação (mediante o recolhimento de contribuição), mas também cumprir carência e ainda ter reconhecida, por meio de perícia médica, a *incapacidade para o trabalho*, total ou parcial, definitiva ou temporária. São requisitos muito mais rígidos, *específicos* e difíceis para todos os segurados, cujo cumprimento é ainda mais oneroso e difícil para a PCD.

O resultado é que, sob a perspectiva dos *incentivos* e *desincentivos*⁶⁴⁹, aspecto essencial das políticas públicas e sociais de redistribuição de renda, as possibilidades de a PCD recorrer à proteção previdenciária são muito menores.

Noutras palavras, considerando-se a baixa renda da população brasileira, as perspectivas da concretização do direito fundamental à previdência social das pessoas com deficiência não são das melhores, mormente nas camadas economicamente mais vulneráveis da população, que simplesmente não contam com condições financeiras de recolher contribuições previdenciárias mensais.

De mais a mais, a estrutura típica mais *aberta* do conceito normativo de PCD (proteção previdenciária em relação ao sujeito), quando comparada ao de incapacidade (proteção previdenciária em relação a uma contingência específica), torna ainda possível que algumas pessoas sejam beneficiadas sem viver em uma concreta *necessidade social*, e outras sejam excluídas quando necessitadas.

Tal se dá pela necessária passagem pela subjetividade do julgador, seja administrativo ou judicial. Essa particularidade, agregada à necessária análise individual dos casos, dotada de certa complexidade na avaliação biopsicossocial, implica mais que mera incoerência sistêmica, pois pode ingressar no campo da *injustiça social*, em clara afronta à *distributividade*.

A necessidade de análise individualizada (biopsicossocial) de cada caso, nos processos judiciais, por perícias no mais das vezes trabalhosas, afasta a possibilidade de uniformização da jurisprudência⁶⁵⁰, porquanto questões fáticas não são passíveis de impugnação por recursos especial e extraordinário (súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça).

⁶⁴⁹ Quanto à questão dos incentivos e desincentivos do BPC, ZACHARIAS, Rodrigo. *Da seguridade social na proteção do idoso e da pessoa com deficiência e além. Uma crítica do benefício assistencial de prestação continuada*. São Paulo: Dialética, 2021, pp. 346-352.

⁶⁵⁰ Ao julgar a questão rotulada sob o Tema 807, em cujo caso piloto o Supremo Tribunal Federal negou a existência de repercussão geral, chegou-se à conclusão de que não há repercussão geral na seguinte questão: “Preenchimento dos requisitos para concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal”. Da mesma forma, a súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça e a súmula 42 da Turma Nacional de Uniformização. No mesmo diapasão, a tese firmada pelo STF no Tema 766: “Não tem repercussão geral a

Para além, a legislação assistenciária, que trabalha com suporte fático mais aberto em relação à legislação previdenciária no tocante aos benefícios por incapacidade, pode redundar em maltrato do princípio do *primado do trabalho*, hospedado no art. 193 da constituição.

Entendemos que a conformação protetiva da assistência social tende a afastar, em nível de *desincentivo*, a PCD não incapacitada do mercado de trabalho⁶⁵¹ - o que pode configurar uma situação que não lhe ajuda na inclusão social.

Entre optar por trabalhar para receber as baixas remunerações do mercado de trabalho brasileiro, e sobreviver por conta da assistência social, mesmo tendo capacidade para o trabalho, resta saber até que ponto se pode esperar, da PCD, que escolha a primeira opção.

Inferimos, à vista do exposto, faltar *coerência e integridade* a esse sistema de previdência social, no sentido de que os benefícios previdenciários não contam com um suporte fático específico para a *deficiência*, vida de regra, oferecendo à PCD a proteção social apenas e tão somente quanto à contingência *incapacidade*, questão já abordada no capítulo 9.

Além disso, essa falta de *suporte fático* específico da deficiência contribui, indiretamente, para a exclusão previdenciária operada pelos artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da Lei nº 8.213/91, que demandam do intérprete uma *interpretação conforme a constituição*, sob pena de incorrerem em inconstitucionalidades (v. capítulo 13).

A propósito, por muitos anos, a jurisprudência entendia como sinônimas as contingências previstas na legislação infraconstitucional para os BPC (art. 20, § 1º, da LOAS) e para os benefícios de aposentadoria por invalidez (art. 42 da LBPS). Isso porque consideráveis julgados⁶⁵² consideravam que a expressão “incapacidade para a vida independente” praticamente equivalia à “incapacidade para o trabalho”, num claro desvio da compreensão do suporte fático da *deficiência* para fins assistenciais (que demandava não apenas incapacidade para o trabalho, mas também para a vida independente)⁶⁵³. Desde as alterações legislativas operadas no art. 20, § 2º, da LOAS, a partir de 2011, tal entendimento está superado.

Mesmo assim, parece-nos não fazer sentido estipular um suporte fático *específico* (quanto à contingência: incapacidade) na seara da previdência social, ao mesmo tempo em que se estabelece um suporte fático mais *genérico* (quanto ao sujeito: PCD) no campo da assistência

controvérsia relativa ao preenchimento de requisitos para a concessão do benefício previdenciário do auxílio-doença.”

⁶⁵¹ Daí a importância do auxílio-inclusão, já referido.

⁶⁵² Nesse sentido, a Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização, publicada no DJ de 13.03.2006: “Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.”

⁶⁵³ Não estamos defendendo, forçoso é ressaltar, a propriedade do *suporte fático* contido na redação original do art. 20, § 1º, da LOAS, que era bastante restritivo e inadequado.

social. Talvez o *oposto* fosse desejável, dada a *residualidade* da assistência social, ao menos no tocante ao aspecto da *sistematicidade*, que reputamos essencial a uma política pública de inclusão social e redistribuição de renda.

Os reflexos sociais da atual opção legislativa, em termos de políticas públicas e sociais, extravasam os contornos desta investigação, que é essencialmente dogmática, sob uma perspectiva constitucional, com referencial teórico do liberalismo igualitário. O argumento pode ser objeto de estudos mais avançados em economia, serviço social ou mesmo em direito da seguridade social.

Resta consignar que a concepção *bismarkiana* talvez não seja pertinente à proteção previdenciária de tais vulneráveis. Tal concepção, também denominada *continental*, consiste num sistema previdenciário lastreado na noção de *seguro social*, em que estarão protegidos apenas aqueles trabalhadores que contribuem para o regime. A cobertura é restrita a certa camada da população, que se resguarda por meio de contribuições vertidas no contexto do trabalho⁶⁵⁴.

Com o aumento das desigualdades sociais na última década e a disrupção tecnológica alertada por Yuval Harari, questões abordadas no item 2.1, a população brasileira parece afastar-se, cada vez mais, das reais possibilidades de inclusão previdenciária. E o quadro tende a tornar-se mais grave para a PCD.

Por outro lado, um sistema previdenciário *beveridgeano*⁶⁵⁵ pode ser concebido como aquele que tem funções redistributivas, de modo a alcançar pessoas que não contribuem para o regime, tendo, portanto, como mote a redução da pobreza e das desigualdades⁶⁵⁶.

A seguridade social brasileira, como visto, tem ares *beveridgeanos* nas áreas da saúde e da assistência social, mas não se mostra bastante, nem adequada, para a proteção previdenciária da PCD, simplesmente porque a configuração dos suportes fáticos das prestações previdenciárias pode levar, facilmente, à denegação dos pleitos de concessão dos benefícios, como visto no item 9.4.

Isso sem falar na dificuldade de se obter a filiação ao sistema previdenciário, que demanda contribuições mensais.

⁶⁵⁴ CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARI, João Batista. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 12.

⁶⁵⁵ CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARI, João Batista. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 12.

⁶⁵⁶ Esse o espírito que parece ter levado o constituinte reformador a inserir, pela EC 114/2021, o parágrafo único no art. 6º do Texto Supremo: “Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária.”

A *proteção assistenciária* oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, mesmo impregnada de falhas, pelas razões exaustivamente apresentadas, acaba por representar a real possibilidade de inclusão social das pessoas com deficiência, ainda que no plano teórico a proteção previdenciária esteja disponível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Propondo-se a apresentar alguns avanços na interpretação da proteção social do homem frágil, o presente trabalho discorreu sobre vários aspectos da concretização do direito fundamental social à previdência social da PCD, tratando desde o caráter principiológico do direito contido no art. 6º da Constituição, instituidor desse direito, até seus meandros estabelecidos no art. 201 da mesma CF.

Nossa pretensão foi ir além dos tradicionais enfoques dados às controvérsias extraídas dos litígios judiciais, quando – conforme inferido pela observação realizada em quase três décadas no trabalho forense – se costuma reduzir a questão de se conceder ou não o benefício previdenciário pretendido dentro dos contornos do princípio da dignidade da pessoa humana, da presunção de hipossuficiência do litigante e do brocardo “solução *pro misero*”.

O intuito foi trazer o problema para mais perto do direito constitucional, especificamente no tocante às pessoas com deficiência.

Nesse caminho, o texto versou sobre interpretação constitucional e concretização das normas constitucionais. Em pinceladas sumárias, dissertou sobre liberalismo e liberalismo igualitário, esclarecendo os marcos teóricos da tese e justificando a opção.

Discorreu acerca dos princípios e sua distinção com as regras, enfatizando a doutrina de Ronald Dworkin, com a análise dos princípios constitucionais impositivos, previstos no art. 3º da CF.

Tratou dos direitos fundamentais, suas características intrínsecas e extrínsecas, além de temas recorrentes como o fundamento da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, a vedação do retrocesso, a reserva do (economicamente) possível, conformidade funcional e a proibição da insuficiência.

Versou sobre a ordem social, notadamente quanto aos aspectos da justiça social e distributividade, trazendo aportes doutrinários sumários de teorias de justiça de John Rawls, Amartya Sen e Martha Nussbaum.

Discorreu sobre a seguridade social e alguns de seus princípios, como universalidade, seletividade, solidariedade e precedência do custeio.

Após analisar aspectos essenciais da previdência social, avançou na implementação dos benefícios através de legislação ordinária, discorrendo sobre todos os oferecidos às pessoas com deficiência, seja como segurados, seja como dependentes.

Dedicou um capítulo aos serviços de habilitação e reabilitação profissional. Constatou que muitos destas prestações previdenciárias tratam a PCD como pessoa *incapaz*, não como

pessoa com deficiência propriamente dita, o que pode suscitar problemas de inefetividade e insegurança jurídica.

Ingressou na análise da questão da omissão do Estado na implementação de um direito previdenciário devido às pessoas que sofrem da contingência “doença”, discorrendo sobre as possibilidades de, por meio da interpretação, prestar direitos sociais previdenciários nestes casos.

Ainda propôs que as vedações contidas nos artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da Lei nº 8.213/91, sejam equacionadas consoante uma *interpretação sistemática* e uma *conforme à constituição*, de modo a não excluir a proteção previdenciária integral às pessoas com deficiência, com apoio em premissas do liberalismo igualitário.

Dito isso, não será realizada, neste capítulo final, uma lista de conclusões ou de teses defendidas ao longo deste trabalho de pesquisa acerca da concretização do direito fundamental à previdência social da PCD, na medida em que as teses já foram expostas ao longo do texto.

Da nossa parte, sentimos que, numa tese, fazer um tipo de resumo do trabalho inteiro, em uma lista tópica, soaria superficial demais e não teria grande valia, mesmo porque consistiria numa simplificação demasiada de todos os argumentos utilizados, expostos a seu tempo e fundamentados⁶⁵⁷.

Resta pontificar, ao final deste trabalho, que a PCD merece uma melhor reflexão da doutrina e da jurisprudência acerca de direitos fundamentais sociais de previdência social, não apenas mercê das possibilidades teóricas do *neoconstitucionalismo* (capítulo 2, item 5) e do *liberalismo igualitário* (capítulo 3), mas porque vivemos numa era de globalização neoliberal excludente (capítulo 2, item 1) em que os mais fragilizados parecem cada vez mais prejudicados e simplesmente impossibilitados de alcançar o bem-estar social.

Numa sociedade cada vez mais competitiva, que valoriza a *eficiência* e em que a *meritocracia* – somada às desigualdades sociais brasileiras – impõe um padrão injusto de distribuição de renda (capítulo 6, item 2.3), as perspectivas da PCD parecem desfavoráveis em termos de ascensão social e acesso a uma vida digna e plena.

O problema de uma insuficiente cobertura previdenciária da situação de vulnerabilidade da PCD, ademais, pode agravar-se em razão de um outro aspecto: o número de pessoas com deficiência, no Brasil e no mundo, tende a aumentar, ao menos no aspecto normativo. Isso porque a Organização Mundial de Saúde, que cataloga periodicamente um rol de males, adotou

⁶⁵⁷ Tal assertiva foi inspirada nas observações apresentadas, por ocasião da conclusão de sua tese, por SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 254.

na septuagésima segunda Assembleia Mundial da Saúde, realizada em maio de 2019, a CID-11, em substituição à CID-10.

Em inglês, é conhecido por ICD-11 – *International Classification of Diseases and Related Health Problems*. Tal catálogo entrou em vigor em 1º de janeiro de 2022⁶⁵⁸, reconhecendo doenças decorrentes do uso excessivo de internet e de jogos eletrônicos (*games*) e muitos outros casos, sendo quase cinco vezes maior que o catálogo da CID-10. Diante disso, não há dificuldade em se inferir que aumentará o número de pessoas com deficiência com direito à cobertura previdenciária.

Disso decorre a necessidade de uma **proteção crescente** do Estado, que deve agir com efetividade para a concretização do direito à previdência social, forte na eficácia dos princípios de justiça social (capítulo 3, itens 3.3 a 3.5; capítulo 4, item 4.5; capítulo 6, item 6.4) e na normatividade dos demais direitos fundamentais sociais.

Não pode ser ignorado o direito da PCD criança, adolescente e jovem (que sofre de deficiência incapacitante deste o nascimento ou antes de completar dezesseis anos de idade) de não se ver excluída da proteção previdenciária integral, mediante uma interpretação adequada, conforme a constituição, das regras restritivas contidas nos artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da Lei nº 8.213/91 (capítulo 13).

O aporte do *liberalismo igualitário* ou *liberalismo de princípios* é, assim reputamos, de grande valia nesse ponto da tese, na medida em que, na distribuição de recursos primários, numa abordagem *necontratualista*, como a de John Rawls (capítulo 3, item 3.3) o direito fundamental social à previdência social do PCD é de ser mais respeitado pelos poderes públicos.

A perspectiva das capacidades, proposta por Amartya Sen e Martha Nussbaum, reforça essa necessidade (capítulo 3, itens 3.4 e 3.5).

Ainda, o viés principiológico do direito de Dworkin, acerca da integridade e coerência do sistema normativo, acaba por auxiliar na exposição da assistemática da proteção social da PCD quanto à necessária cobertura previdenciária da própria “deficiência” (capítulo 14).

Desde 1988, a concretização de seu direito fundamental social à previdência social – pela aplicação sucessiva das normas contidas nos artigos 6º e 201 da Constituição, Lei Complementar nº 142/2013, Lei nº 8.213/91 e Decreto 3.048/99 – andou rumo a uma efetividade no tocante ao homem frágil, mas carece de reparos e avanços.

⁶⁵⁸ Texto disponível em: <https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases>. Último acesso em 16.8.2022.

Numa visão global, a atuação do Judiciário na previdência social é *limitada*, na medida em que a grande maioria das concessões se dá na via administrativa, pelo próprio Instituto Nacional do Seguro Social.

Dados oficiais indicam que em dezembro de 2017 havia 34,3 milhões de benefícios mantidos pelo INSS, referentes a espécies previdenciárias (aposentadorias, pensões, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-reclusão) e assistenciais (BPC). Desse total, 3,8 milhões (11,1%) eram de benefícios concedidos por decisão judicial.

Outrossim, estatísticas de 2014 a 2017 indicam que pouco mais de 1,8 milhão de benefícios decorreu de concessões judiciais, correspondendo a 9,3% das concessões no período. Destacam-se, no mais, decorrentes de processo judicial envolvendo auxílio-doença previdenciário (21%), aposentadoria por idade – rural (18%), aposentadoria por invalidez previdenciária (15%), aposentadoria por tempo de contribuição (10%), benefício assistencial à pessoa com deficiência – BPC (9%) e pensão por morte (9%)⁶⁵⁹.

Logo, é no Executivo e no Legislativo que as políticas públicas e sociais em relação à PCD devem ser estudadas, implementadas, reformadas e lapidadas com a passagem do tempo.

Ao mesmo tempo, é possível trazer à tona a dificuldade do Judiciário, ao executar seu papel constitucional de interpretar o direito, em lidar com a problemática narrativa em torno dos direitos sociais prestacionais (capítulo 2, item 2.8).

Aspectos sociológicos e psicológicos do julgamento desses casos talvez possam ser adequadamente estudados, sob a forma de cursos de extensão ou mesmo de pós-graduação, na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)⁶⁶⁰. Um esforço pessoal dos juízes nos parece imprescindível nesse sentido.

De lege ferenda, urge que o Legislativo federal crie benefícios previdenciários com base no suporte fático “deficiência”, com a construção de requisitos realistas nos aspectos da filiação e cumprimento da carência. Para tanto, há que se emendar a constituição.

Reforçamos aqui o que já foi adiantado nas conclusões parciais do capítulo 9. Não faz sentido insistir na construção de suportes fáticos de benefícios previdenciários lastreados no conceito normativo de **incapacidade**, se o mundo atual privilegia a proteção da **deficiência**,

⁶⁵⁹ BRASIL. Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas. *Relatório de Avaliação. Judicialização dos Benefícios Administrados pelo INSS. Ciclo 2019*. Disponível em: [https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/politicas/2019/gastos-diretos/relatorio-de-avaliacao-cmag-2019-judicializacao#:~:text=J%C3%A1%20em%202019%2C%20havia%2035,despacho%20judicial%20\(despacho%2004\)](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/politicas/2019/gastos-diretos/relatorio-de-avaliacao-cmag-2019-judicializacao#:~:text=J%C3%A1%20em%202019%2C%20havia%2035,despacho%20judicial%20(despacho%2004).). Acesso em 19.5.2022.

⁶⁶⁰ Cf. <https://www.enfam.jus.br/programa-de-pos-graduacao-profissional-em-direito/>. Acesso em 20.5.2022.

inclusive e sobretudo em documentos internacionais de que o Brasil é signatário, como a Convenção de Nova Iorque.

A tipificação de benefícios previdenciários em torno da incapacidade desprestigia a PCD e vai na contramão dos documentos internacionais.

A criação de um suporte fático denominado *deficiência*, permitiria, assim acreditamos, um melhor tratamento dos problemas sociais enfrentados pela PCD no âmbito da previdência social. Como consequência, o BPC seria simplesmente concedido a quem, em situação de miserabilidade jurídica, não pode arcar com as contribuições previdenciárias. Essa é a construção que nos faz mais sentido, mesmo porque as pessoas vulneráveis economicamente, não enquadradas como PCD, terão a seu favor a nova norma do parágrafo único do art. 6º da CF, introduzida pela EC 14/2021.

Essa melhoria legislativa, aqui proposta, pode trazer ganhos em termos de coerência e integridade do ordenamento jurídico, voltados à concretização desse direito fundamental social à previdência social, à luz das normas contidas nos artigos 3º, 6º, 193 e 194, parágrafo único, III, da Constituição da República, especialmente no tocante aos valores de *distributividade* e *justiça social*.

Consequentemente, é preciso avançar não apenas na interpretação das situações tratadas nesta tese, entre os capítulos 9 e 14. Os princípios tratados neste trabalho, como normas diretivas e interpretativas, auxiliam nesse progresso. Mas urge insistir no aprimoramento legislativo da proteção previdenciária da PCD, por meio de mudanças constitucionais e legais.

Para tanto, sugerimos, ademais, não somente a criação de um benefício previdenciário com base no suporte fático *deficiência*, em vez de *incapacidade*. O ideal é essa medida ser acompanhada da edição de norma específica – uma regra implementadora dos princípios da justiça social e da distributividade no tocante à PCD – que afaste a aplicação dos artigos 42, § 2º, e 59, § 1º, da LBPS, à pessoa com deficiência de nascença ou à pessoa que a obtenha antes de completar (16) dezoito anos, pelas razões já apresentadas neste trabalho.

Cumpra ainda que, como efetiva *política pública e social*, seja estimulado o acesso da PCD ao trabalho (mas de forma humanizada, observadas suas limitações) para que ela possa, com isso, ter acesso à previdência social em sua integridade. Em suma, primeiro vem o acesso ao trabalho para propiciar a PCD a possibilidade de contribuir; depois, a proteção previdenciária quando agravar sua situação de incapacidade, ainda que prévia.

Para além do quanto exposto, talvez uma mudança constitucional ainda mais profunda seja desejável, de modo que seja desatrelada a proteção previdenciária da PCD da atuação, aproximando-a da *solidariedade social* nos moldes beveridgeanos (capítulo 14)⁶⁶¹.

Talvez uma análise do direito **constituendo** trouxesse algum alento. Uma pesquisa nos sítios eletrônicos oficiais do Planalto, da Câmara dos Deputados e do Senado demonstrou a existência de tentativas cidadãs na apresentação de propostas de obtenção de melhorias na vida das pessoas com deficiência, no tocante ao direito fundamental à previdência social.

Por exemplo, dentro do âmbito do **projeto e-Cidadania**, algumas propostas não vingaram por não contarem com número bastante de assinaturas, como:

- equiparar pessoas com doenças raras às pessoas com deficiência⁶⁶²;
- concessão de aposentadoria para pessoas que nascem com deficiência e nunca podem trabalhar⁶⁶³;
- enquadrar as pessoas com TDAH no Estatuto das Pessoas com Deficiência⁶⁶⁴;

No **Portal da Legislação do Planalto**, sítio eletrônico do Governo Federal, a pesquisa pelo assunto “pessoa com deficiência” em projetos de lei em tramitação não gerou qualquer resultado⁶⁶⁵.

No portal **normas.leg.br**, lançado em outubro de 2021 pela Câmara e pelo Senado, encontramos projetos de emenda constitucional que pretendem alterar o teor do parágrafo 1º do art. 201 da Constituição para incorporar, de uma vez por todas, a nomenclatura “pessoa com deficiência”, utilizada pela Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência⁶⁶⁶.

Também digno de nota nos pareceu o Projeto de Lei 900/2022, apensado ao PL 4459/2021, cuja emenda “Dispõe sobre o Censo Inclusão e o Cadastro Inclusão, para a identificação do perfil socioeconômico das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e dá outras providências”⁶⁶⁷.

⁶⁶¹ A complexidade de uma tal mudança vai muito além das propostas desta tese, de modo que fica apenas o registro de um desejo, talvez um sonho até, de que a proteção se desvincule, finalmente, das questões orçamentárias, um dia.

⁶⁶² V. <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=129393>. Acesso em 12.7.2022.

⁶⁶³ V. <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=114594>. Acesso em 12.7.2022.

⁶⁶⁴ V. <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=111105>. Acesso em 12.7.2022.

⁶⁶⁵ V. <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-por-assunto-OLD/direitos-humanos-e-cidadania-teste/portadores-de-deficiencia-teste>. Acesso em 12.7.2022.

⁶⁶⁶ Trata-se das Propostas de Emenda à Constituição nº 57/2019, 427/2018 e 431/2009, sem prejuízo de outras alterações. Disponível em: <https://normas.leg.br/?urn=urn:lex:br:federal:constituicao:1988-10-05:1988>. Acesso em 12.7.2022.

⁶⁶⁷ O valor do projeto reside, a nós nos parece, no aspecto estatístico. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2319620>. Acesso em 12.7.2022.

Registramos o Projeto de Lei 724/2022, apresentado em 28.3.2022, cuja ementa “Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências”⁶⁶⁸.

E, ainda, um que nos pareceu interessante, o Projeto de Lei 1074/2019, cuja ementa “Altera as Leis nº 13.146, de 6 de julho de 2015, e nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para determinar igualdade de direitos entre os portadores de doença grave e as pessoas com deficiência.”⁶⁶⁹

O resultado desta pesquisa renova uma impressão antiga que acompanha este candidato há décadas: a de que o *engajamento da sociedade*, na luta por melhoria na vida dos vulneráveis, é fundamental. Relembremos que é a própria Constituição, no art. 194, que estabelece que a seguridade social é um conjunto de ações do Estado e da sociedade. Não se pode dar o luxo de aguardar soluções vindas do Legislativo ou de quaisquer outras funções da República.

Resta, num apego a uma perspectiva realista, aguardar um aumento da conscientização de todos os envolvidos com o tema: do constituinte reformador, do legislativo, do executivo, do judiciário e da comunidade, para que reflitam sobre as reais possibilidades de inclusão social da PCD e ajam nesse sentido, propiciando-lhes uma melhor chance de concretizar seu direito fundamental constitucional à previdência social.

Longe de soarem truísmos, mudanças são necessárias para que sejam superados os obstáculos atuais, desde os problemas de narrativa até os mais concretos empecilhos encontrados no próprio Direito hoje vigente.

Com ou sem alterações legislativas incluídas no pacote, as propostas contidas nos capítulos 9 a 14, colhidas da interpretação da Constituição sob o viés do liberalismo igualitário e com olhos na distributividade e na justiça social, representam a tentativa deste trabalho de contribuir nesse esforço.

⁶⁶⁸ O projeto tem pretensão de tornar mais claros os direitos da pessoa com deficiência à pensão por morte. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2152927&filename=PL+724/2022. Acesso em 12.7.2022.

⁶⁶⁹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192903>. Acesso em 12.7.2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Editora Método, 2008, p. 430-447.

ALEXY, Roberto. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

_____. **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

_____. **A Proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas considerações**. In: Revista dos Tribunais, vol. 962. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.962.05.PDF. Acesso em 16.02.2021.

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **A Lei 13.146/2015 (O Estatuto da Pessoa com Deficiência ou a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência) e sua efetividade**. In: Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 12-30.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Manole, 2021.

ARENDT, Hanna. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo, São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

ARISTÓTELES. **A Ética**. Tradução Cássio M. Fonseca, São Paulo: Edipro, 1996.

_____. **Ética a Nicômaco**. Le Books, 2019 (aplicativo Kindle).

_____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

_____. **Nichomachean Ethics**. In: The Complete Works, Delphi (aplicativo Kindle).

_____. **Politics**. In: The Complete Works, Delphi (aplicativo Kindle).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BALERA, Wagner. **Previdência e Assistência na Constituinte**. In: Revista de Previdência Social, n. LXIII, ano X. s.l.: s.e., fevereiro de 1986.

_____. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Centenárias Situações e Novidade da ‘Rerum Novarum’**. In: Revista da Previdência Social, n. CXXX. São Paulo: LTr, setembro de 1991.

_____. **O Tratado Internacional e o Sistema Previdenciário Nacional**. In: Revista de Previdência Social, n. CLXXVIII. s.l.: s.e., setembro de 1995.

_____. **Introdução à Seguridade Social**. In: Introdução ao Direito Previdenciário. Meire Lúcia Gomes Monteiro (coord.). São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Sistema de Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Seguridade Social: é necessário um choque de realidade**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/seguridade-social-e-necessario-um-choque-de-realidade>>/ Acesso em 30.7.2020.

BAPTISTA, Eduardo Correia. **Os Direitos de Reunião e de Manifestação no Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 167-16.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, vol. 1.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 7.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 8.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R.L. (org.), **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 4ª reimp., 2016.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e construção do novo modelo**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Interpretação constitucional como interpretação específica.** CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Coimbra: Almedina (Sério IDP)

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade.** Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2019 (3ª Reimp.).

BEVERIDGE, Sir William. **O Plano Beveridge. Relatório sobre o Seguro Social e Serviços Afins Apresentado ao Parlamento Britânico em Novembro de 1942, por Ordem de sua Magestade por Sir William Beveridge.** Tradução Almir e Andrade. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1943.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as idéias de Igualdade e Liberdade no final do Século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). **Legitimação dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro, Renovar, 2007

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução Giulio Einaudi. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. **Direita e Esquerda: Razões e Significados de uma Distinção Política.** Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 1995.

_____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores/Juspodivm, 2020.

BOTELHO, Catarina dos Santos. **Direito sociais em tempo de crise: revisitando as normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Almedina, 2015.

BRANCO, Elcir Castello. **Enciclopédia Saraiva de Direito.** Vol. VIII. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 260 e ss.

BRÁS, Afonso. O núcleo essencial dos direitos sociais na ordem jurídica internacional. In: **Revista Eletrônica de Direito Público**, Vol. 3 No. 2, Novembro 2016.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Súmula 30.** Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:sumula:2008-06-09;30>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas. **Relatório de Avaliação. Judicialização dos Benefícios Administrados pelo INSS. Ciclo 2019.** Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/politicas/2019/gastos-diretos/relatorio-de->

avaliacao-cmag-2019-judicializacao#:~:text=J%C3%A1%20em%202019%2C%20havia%2035,despacho%20judicial%20(despacho%2004). Acesso em 19.5.2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População residente por tipo de deficiência permanente, 2010.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em 19.5.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7.** Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ.pdf. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969.** disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1753574>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3105.** disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2192089>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5013.** Inteiro teor em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4435777>. Consulta em 01.6.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em 01.06.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 718.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2291369>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 581352.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2603764>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 587365.** Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87994/false>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 334.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3954926&numeroProcesso=630501&classeProcesso=RE&numeroTema=334>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 766.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=459>

4252&numeroProcesso=821296&classeProcesso=ARE&numeroTema=766 . Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 807**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4709907&numeroProcesso=865645&classeProcesso=ARE&numeroTema=807>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula 29**. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula 42**. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=42&PHPSESSID=o30klt6rk41krbu65ni7m34ah2>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula 47**. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula 53**. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula 80**. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Turma Regional de Uniformização. **Súmula 23**. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/gaco/Sumulas_20_a_23.pdf. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Tema 177**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Tema 201**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos>. Acesso em 01.6.2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Tema 246**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos>. Acesso em 01.6.2022.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. (coord). **Direitos Sociais e Liberalismo Igualitário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Eduardo. **Uma história do Brasil: cinco séculos de um país em construção**. Leya: Rio de Janeiro, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CALDAS AULETE. **DICCIONARIO CONTEMPORANEO DA LINGUA PORTUGUEZA. FEITO SOBRE O PLANO DE F. J. CALDAS AULETE.** Volumes 1º e 2º. Lisboa: Parceria Antonio Maria Pereira, 1925.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil.** São Paulo: Atlas, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Coimbra: Edições Almedinas SA, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancos” e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Coimbra: Edições Almedina SA., 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed., 20ª reimp., 2003, Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

_____. O direito dos pobres no activismo judiciário. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha. CANOTILO, J. J. Gomes. (Coords). **Direitos Fundamentais Sociais.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O direito constitucional como ciência da direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha. CANOTILO, J. J. Gomes. (Coords). **Direitos Fundamentais Sociais.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013 (Sério IDP).

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2018 (Sério IDP).

CARDONE, Marly A. Cardone. **Seletividade e Distributividade na Nova Lei Previdencial.** In: Revista de Previdência Social, n. CXXXII. São Paulo: LTr, novembro de 1991.

_____. **A Reforma da Previdência Social no Brasil.** In: Revista de Previdência Social, n. CXCVIII, ano XXI. São Paulo: LTr, maio de 1997.

CASTRO, Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** São Paulo: LTr, 2021.

CHANG, Ha-Joon, **Chutando a Escada. A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica.** São Paulo: Editora Unesp, 2003.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro.** Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019.

COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 200

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha. CANOTILO, J. J. Gomes. (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Comentário ao artigo 194. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013.

_____; CORREIA, Erica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; CORREIA, Erica Paula Barcha. CANOTILO, J. J. Gomes. (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DALLARI JÚNIOR, Hércio de Abreu. **Competição Política e Direitos Fundamentais**. In: Revista da Faculdade de Direito, n. XXII, ano XIV. São Paulo: Faculdades Metropolitanas Unidas, 2000.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil Platôs, vol. 1. Capitalismo e Esquizofrenia**. São Paulo: Editora 23, 2011.

DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Melhoramentos, 1999.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coords.). **Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Editora Método, 2008.

DOMINGUES, Paulo Sérgio. Legislativo 4.0. O desafio da criação de novas leis num mundo em mutação. In: Cadernos Adenauer XXI (2020), nº 1. **A quarta revolução industrial: inovações, desafios e oportunidades**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, abril de 2020.

DURANT, Paul. **La Política Contemporanea de Seguridad Social**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

DÜRIG, Gunter. **Escritos reunidos**. 1952-1983. São Paulo: Saraiva, 2016.

DWORKIN, Ronald. Hard Cases. **Harvard Law Review**, Vol. 88, No. 6 (1975).

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

_____. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

ENCICLOPÉDIA MIRADOR INTERNACIONAL. Enciclopédia Britannica do Brasil Publicações Ltda. São Paulo – Rio de Janeiro. Volume 13, 1995

ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO. Vol. VIII. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO. Vol. XXXIV. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERNANDES, Anníbal. **Previdência Social Anotada**. Bauru: Edipro, 1996.

FERNANDES, Flávio da Silva. **As Pessoas Idosas na Legislação Brasileira**. São Paulo: LTr, 1997.

FERNANDES, Paula Vanessa; ZIEGLER, Joici Antonia. Deficiência e políticas públicas: teoria social das capacidades de Amartya Sen, p. 182. In: **Estudos sobre Amartya Sen. Volume 1. Políticas Públicas. Capabilities e Desenvolvimento**. Neuro José Zambam, Henrique Aniceto Kujawa (Orgs.). Porto Alegre: Editora Fi, 2017

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. Cuadernos de Filosofia del Derecho, 34 (2011), pp. 15-53.

FERRAZ, Anna Maria da Cunha (coord.); COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (org.). **Constituição Federal interpretada**. São Paulo: Manole, 2020.

FERRAZ FILHO, José Francisco da Cunha. Comentário ao art. 3º. In: **Constituição Federal Interpretada**. Costa Machado (org.), Anna Candida da Cunha Ferraz (coord.). São Paulo: Manole, 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 2019.

_____. Ato de julgar e senso de justiça, in **Estudos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2002

_____. **O conceito de sistema no direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DE LÍNGUA PORTUGUESA**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira. 1º vol.** São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira. 7º vol.** São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. IV.** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1997, vol. I.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A Pessoa Portadora de Deficiência e o Princípio da Igualdade de Oportunidades no Direito do Trabalho. In: **Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência.** FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1997.

FRANCISCO. **Carta Encíclica Fratelli Tutti.** Disponível em: http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAZ, Juarez. O Intérprete e o poder de dar vida à constituição. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (coords.). **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política.** Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

GONCALVES, Nair Lemos. **Novo Benefício da Previdência Social.** São Paulo: IBRASA, 1976.

GONÇALVES, Odonel Urbano. **Manual de Direito Previdenciário.** São Paulo: Atlas, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. GUERRA FILHO, Willis Santiago (coords.). **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Por que tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** São Paulo: Malheiros, 2021, p. 34/35.

GUIA DO ESTUDANTE. **Liberalismo: entenda essa corrente política. Você é um liberal?** Por redação. <https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/liberalismo-entenda-essa-corrente-politica/>. Acesso em 07.7.2022

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução Paulo Geige. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HARVEY, David. **O Neoliberalismo. História e Implicações**. Tradução Adail Sobral e Maria Stella Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HAYEK, Friedrich. **Direito, Legislação e Liberdade, uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política, vol. II: A miragem da justiça social**. Tradução: Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985.

HEILBRONER, Robert. L. **A Formação da Sociedade Econômica**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1980.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Formas e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOFFMANN, Márcia. **Um toque de solidariedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora Rideel, 2020.

HOUAISS, Antônio. **DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Brasileiro de 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em: 17 ago. 2022.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. BRAGANÇA, Kerly Huback; FOLMANN, Melissa. **Curso de Direito Previdenciário**. Niterói/RJ, Impetus, 2021, p. 587

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Previdência Social**. São Paulo: Jus Podivm, 2015.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **Lei nº 14.331/2022 e a nova "improcedência quase-liminar do pedido"**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-mai-14/koehlere-flumignan-improcedencia-liminar-pedido?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em 16.5.2022.

LEITE, Celso Barroso. **A Proteção Social no Brasil**. São Paulo: LTr, 1978.

_____. Filantropia e Assistência Social. In: **Revista de Previdência Social**, n. CXCIX. São Paulo: LTr, junho de 1997.

LEITE, Celso Barroso; VELLOZO, Luiz Assumpção Paranhos. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1992.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

LIMA, Newton de Oliveira. **10 lições sobre Rawls**. Petrópolis: Editora Vozes, 2019.

LOCKE, John. **Complete Works of John Locke** (1632-1704), By Delphi Classics, 2017.

LOSANO, Mario Giuseppe. Modelos Teóricos, Inclusive na Prática: da Pirâmide à Rede: novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**: Nova Série, v. 8, n. 16, p. 264-284, jul./dez. 2005.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**. V. 4, nº 1, Jan-Apr 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/wJb3fZFMmZh65KfmrcWkDrp/?lang=pt>. Último acesso em 03.3.2022.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Conceito e Evolução dos Direitos Fundamentais. In: **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. V, ano II. São Paulo: ADAS, out./dez., 1993.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A Seguridade Social na Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 1992.

_____. **Princípios de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 1995.

_____. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 1997, vol. I.

_____. **Reforma da Previdência Social**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Comentários à Lei Básica da Previdência Social**. São Paulo: LTr, 2001, tomo III.

MARTINS, Humberto. A contribuição de José Joaquim Gomes Canotilho ao debate judiciário sobre os direitos sociais: a necessidade de integrar novos olhares sobre os problemas jurídicos. In: PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Forum, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução, apresentação e notas de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Pessoa Portadora de Deficiência e o Ministério Público**. In: Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. Guilherme José Purvin de Figueiredo (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. In: Revista de Direito Público, n. LVII e LVIII. São Paulo: Malheiros, 1982.

MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELO, Milena Petters. **A concretização-efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil**. Revista IIDH [Vol. 34-35], 2001-2002, pp. 211-241.

MENDES, André Caixeta da Silva. **O STF e a proibição de insuficiência. A proporcionalidade na litigância de direitos sociais**. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/03/AndreCaixetaProibicaode-Insuficiencia.pdf>. Acesso em 29.4.2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969. Tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MONTEIRO, Pedro Márcio de Góes. **Princípios Previdenciários à Luz da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Brasileiro**. Dissertação de Mestrado – Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2001

MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução Fábio Creder. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. Do dever de proteção à proibição do déficit.** Coimbra: Almedina, 2018.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Saraiva, 2002.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie.** Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C159 - Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. **Organização Internacional do Trabalho**, 1998. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236165/lang--pt/index.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Newsletter**, Lisboa, ano 4, n. 9, p. 1-4, ago. 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_725826.pdf. Acesso em: 17 ago. 2022.

PAES, Carolina Bastos Lima. A judicialização dos direitos sociais fundamentais a partir do liberalismo de princípios: em busca de condições materiais básicas, em níveis adequados, para todos os indivíduos. In: BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de (coord.). **Direitos Sociais e Liberalismo Igualitário.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PAIM, Antonio. **História do Liberalismo Brasileiro.** São Paulo: LVM Editora, 2018

PASTOR, José Manuel Almansa. **Derecho de la Seguridad Social.** Madrid: Tecnos, 1977, vol. I.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI.** Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca Ltda., 2014.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya Pinheiro. **As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen.** In: Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea (ISSN 1415-4765).

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2016.

PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102 p. 327 - 356 jan./dez. 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça.** Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **O Liberalismo político.** Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Edipro, 2001.

RISTER, Carla Abrantkovski. **Direito ao Desenvolvimento. Antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. São Paulo: Atlas, 2021.

ROTHENBURG, Water Claudius. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Método, 2014.

RUPRECHT, Alfredo J. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 1996.

RUSSELL, Bertrand. **História da Filosofia Ocidental**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

_____. **A Tirania do Mérito. O que aconteceu com o bem comum?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 37.

_____. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais, na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____; CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2019.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia de Bolso, 2019.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Comentário ao art. 194. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. **Comentários à Lei Orgânica da Assistência Social – Lei 8.742/93**. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

SEVERINO, Antônio Joaquim Severino. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez Editora, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2020.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Matheus Teixeira da Silva. **Coerência & Epieikeia. Fundamentos de uma decisão praeter legem**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

SILVA, Roberta Soares da; OLIVEIRA, Danilo de. A Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019, e as alterações nos artigos 194 e 105 da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. In: BALERA, Wagner; RAEFRAY, Ana Paula Oriola de (coords). **Comentários à Reforma da Previdência. Emenda Constitucional 103, de 2019**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 587-599.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.), **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143.

SIMÕES, Aguinaldo. **Princípios de Segurança Social**. São Paulo: Saraiva, 1967.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Comentário ao artigo 194. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).

SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**. Tradução: Lya Luft. Revisão: Eunice Ostrensky. São Paulo, VMF Martins Fontes, 2019.

_____. **A Riqueza das Nações. Investigação Sobre sua Natureza e Suas Causas. Com introdução de Edwin Cannan**. Volume I. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

_____. Hermenêutica e princípios de interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013 (Série IDP).

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. Comentários ao art. 1º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.;

STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013 (Série IDP).

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

_____. A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. **Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2008.

VÁRNAGY, Tomás. **O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo**. Disponível em:

http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/04_varnagy.pdf. Acesso em 05.7.2022.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **A judicialização dos benefícios previdenciários por incapacidade: da negativa administrativa à retração judicial**. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2174. Último acesso: 31.3.2022

VENTURI, Augusto. **Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social**. Tradução: Gregorio Tudela Cambronero. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, 1994.

VIDAL NETO, Pedro. **Natureza Jurídica da Seguridade Social**. Tese de concurso para Professor Titular – Universidade de São Paulo. São Paulo, 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira Barbosa. **Do compromisso maximizador à resiliência constitucional**. Revista Novos estudos CEBRAP, SÃO PAULO, Edição 112, Volume 37, n. 03, p.375-393, Set.–Dez 2018.

WANDELLI, Leonardo Vieira. Comentários ao art. 7º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.).

Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo, Saraiva/Coimbra: Almedina (Série IDP), 2018.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF). **World Health Organization**, 2022. Disponível em: <https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases>. Acesso em: 16 ago. 2022.

ZACHARIAS, Rodrigo. **Da proteção constitucional do idoso e da pessoa com deficiência. Uma crítica ao benefício de prestação continuada.** São Paulo: Dialética, 2021.

_____.; GONÇALVES, Ionas Deda; HAIK, Cristiane Fátima Grano. A Efetividade da Justiça Distributiva e o Princípio da Distributividade na Seguridade Social: do Mínimo Existencial à Reserva do Possível e a Pandemia da Covid-19. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Ano XI – Nº 65, Out-Nov 2021, p. 88.

_____.; HAIK, Cristiane Fátima Grano; MARIANO JUNIOR, Raul. Uma breve história narrativa e cronológica da seguridade social do Brasil, da progressividade legal ao atentado ao “núcleo duro” da Constituição Federal com o advento da EC nº 103/2019. **Revista Científica do UniRios**, 2022, edição 32, pp. 227-254.

_____.; HAIK, Cristiane Fátima Grano; MARIANO JUNIOR, Raul. Sobre a solução *pro misero* nos processos judiciais de seguridade social. **Cadernos de Direito Actual**, Nº 18. Núm. Ordinario (2022), pp. 157-179.

_____.; HAIK, Cristiane Fátima Grano. Uma história da seguridade social nos países industrializados, dos primórdios à globalização neoliberal. **Cadernos de Direito Actual**, Nº 15. Núm. Ordinario (2021), pp. 439-477.

_____.; HAIK, Cristiane Fátima Grano. Assistência social no Brasil: da prevalência do social sobre o econômico à primazia da responsabilidade do Estado. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, Porto Alegre, v. 11, n. 64, p. 81-105, ago./set. 2021

_____.; MARIANO JUNIOR, Raul. Da participação do Ministério Público Federal como fiscal da lei em processos individuais relativos ao benefício assistencial de prestação continuada nos Juizados Especiais Federais. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro | Belo Horizonte, ano 29, n. 116, p. 255-279, out./dez. 2021.