A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dados de Catalogação na Publicação (CIP) Internacional
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Balera, Wagner.
A seguridade social na Constituição de 1988 / Wagner Balera. — São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1989.
Bibliografia.
ISBN 85-203-0746-9
1. Brasil - Constituição (1988) 2. Previdência social - Leis e legislação - Brasil I. Título.

89-0637

CDU-342.4(81)"1988":368.4
-34:368.4(81)(094)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Constituição de 1988 e seguridade social 342.4(81)"1988"368.4 — 2. Brasil : Leis : Seguridade social : Direito previdenciário 34:368.4(81)(094) — 3. Brasil : Seguridade social e Constituição de 1988 342.4(81)"1988":368.4 — 4. Leis : Seguridade social : Brasil : Direito previdenciário 34:368.4(81)(094).

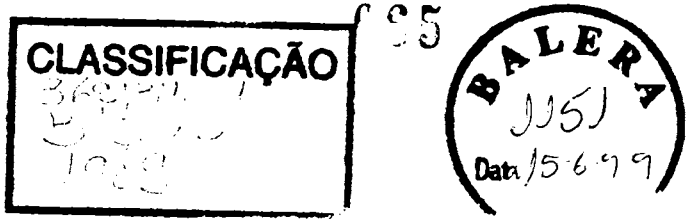
WAGNER BALERA

A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

WAGNER BALERA



Produção Editorial: *Afro Marcondes dos Santos*

Produção Gráfica: *Enyl Xavier de Mendonça*

Capa: RTARTE

© desta edição: 1989

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua Conde do Pinhal, 78
01501 - São Paulo, SP, Brasil
Tel. (011) 37-2433 — Caixa Postal 678

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal, cf. Lei n. 6.895, de 17.12.80) com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 122, 123, 124, 126, da Lei n. 5.988, de 14.12.73, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (06-1989)

ISBN 85-203-0746-9

SUMÁRIO

NOTA PRÉVIA 9

INTRODUÇÃO 11

1. **A seguridade social nas Constituições precedentes** 15
   1.1 Entre o passado e o futuro 15
   1.2 Questão terminológica 16
   1.3 A proteção social na história constitucional brasileira 17
      1.3.1 Constituição de 1824 17
      1.3.2 Constituição de 1891 19
      1.3.3 Constituição de 1934 21
      1.3.4 Constituição de 1937 25
      1.3.5 Constituição de 1946 25
      1.3.6 Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969 27

2. **Da seguridade social** 31
   2.1 Os fins da Ordem Social 31
   2.2 Conceito de seguridade social 33
   2.3 Objetivos 34
      2.3.1 Universalidade da cobertura e do atendimento 35
      2.3.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais 36
      2.3.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços 38
      2.3.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios 40
      2.3.5 Eqüidade na forma de participação no custeio 41
      2.3.6 Diversidade da base de financiamento 42
      2.3.7 Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade 45
   2.4 Custeio 47
      2.4.1 Contribuições sociais 49
         2.4.1.1 A contribuição dos empregadores 52
         2.4.1.2 A contribuição dos trabalhadores 58
         2.4.1.3 Contribuições sobre receita de concursos de prognósticos 60
         2.4.1.4 Outras fontes 61
         2.4.1.5 O orçamento da seguridade social 65

2.4.1.6 Restrição imposta aos devedores 67
2.4.1.7 A regra da contrapartida 68
2.4.1.8 A exigibilidade das contribuições 69
2.4.1.9 A imunidade das entidades beneficentes de assistência social 71
2.4.1.10 Categoria especial de contribuintes 72

3. Da Saúde 73
3.1 Noções preliminares 73
3.2 O direito à saúde 74
3.3 A relevância pública das ações e serviços de saúde 75
3.4 Diretrizes 76
3.4.1 Descentralização e direção 78
3.4.2 Atendimento integral 79
3.4.3 Participação da comunidade 81
3.5 Financiamento 82
3.6 A livre iniciativa e o setor de saúde 84
3.7 Função complementar das entidades privadas 85
3.8 A proibição de subvenções para entidades privadas que tenham fins lucrativos 86
3.9 Proibição ao estrangeiro 86
3.10 Proteção à vida e proibição do comércio de certas substâncias 87
3.11 As atribuições do sistema único de saúde 89

4. Da previdência social 93
4.1 Noções preliminares 93
4.2 Os sujeitos protegidos e os entes protetores 95
4.3 Os planos de previdência social 95
4.3.1 Doença, invalidez, morte, velhice e reclusão 97
4.3.2 O tempo de atividade 98
4.3.3 Contagem recíproca do tempo de serviço 100
4.3.4 Manutenção dos dependentes do segurado 101
4.3.5 Proteção à maternidade, especialmente à gestante 102
4.3.6 Desemprego 104
4.4 Valor dos benefícios 106
4.5 Previdência complementar 108

5. Da assistência social 111
5.1 Noções preliminares 111
5.2 Objetivos 114
5.2.1 A família, a infância, a maternidade e a velhice 116
5.2.2 As crianças e os adolescentes carentes 119
5.2.3 A promoção da integração ao mercado de trabalho ... 121
5.2.4 Situação do deficiente 122

5.3 Diretrizes 122
5.3.1 O financiamento da assistência social 123
5.3.2 A descentralização 124
5.3.3 A participação popular 125

6. A aplicação das normas relativas à seguridade social 128
6.1 A Constituição promulgada 128
6.2 A Constituição vigente e sua eficácia 128

BIBLIOGRAFIA 131

NOTA PRÉVIA

O objetivo deste estudo é, apenas e tão-somente, o de oferecer, a tantos quantos se dediquem ao campo da seguridade social, uma visão assistemática do tema, como surge na Constituição de 1988.

A novidade conceitual e estrutural do tema, em nível constitucional, permite supor que nosso trabalho, referto de lacunas, logo será superado por construção doutrinária mais autorizada. Sua leitura mostrará que o mesmo não tem maior ambição do que a de servir de repositório de informações para quem deva iniciar o estudo do assunto.

Cumpro, com a edição do mesmo, um dever que me impõe a função de professor. Após completar dez anos de regência do Direito Previdenciário na Faculdade de Direito da PUC-SP, quis, com este texto, apresentar aos estudantes um manual contendo breve exposição sobre o que tem sido a parte introdutória do programa da disciplina, à luz do novo Diploma Fundamental.

Quer esta pequena contribuição, por fim, render homenagem ao esforço notável que empreenderam os membros da Assembléia Nacional Constituinte na sistematização de um tema, cuja importância para a construção de um país mais justo, cedo se fará sentir.

INTRODUÇÃO

Somos responsáveis, todos quantos constatamos o patológico quadro de subdesenvolvimento social do Brasil, pela construção, melhor diria, reconstrução de uma sociedade que, por exigência do próprio Direito, deve ser mais justa.

Surgindo, nesse quadro, uma nova Constituição, cumpre aos estudiosos auscultar a pulsação desse Texto que será, para ficarmos com a feliz expressão de William Douglas, "o coração de nossa vida como Nação".[1]

Para onde nos pretende conduzir a Lei das Leis? Para a morte ou para a vida? Para a desgraça ou para a harmonia? Para a hecatombe ou para a beatitude? Enfim, como pulsa esse novo coração?

No arcabouço formal da Carta Magna, os estudiosos do direito constitucional lograram identificar certo tipo de normas que Gomes Canotilho denomina "normas determinadoras de fins e tarefas do Estado".[2]

Na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada aos 5 de outubro de 1988, todas as normas que cuidam do tema da seguridade social fazem parte desse conjunto de preceitos destinados a estabelecer os fins e as tarefas do Estado brasileiro. É que esta República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III). No próprio preâmbulo da Lei Maior, o constituinte consigna como valor supremo da sociedade brasileira o do bem-estar de seus membros.

A seguridade social é o melhor instrumento que o engenho humano soube produzir para a conquista do bem-estar coletivo. Demonstram essa assertiva os inúmeros exemplos de Estados contemporâneos que, edificando seus esquemas protetivos com base nas diretrizes da seguridade social, alcançaram a prosperidade e a paz.

No amplo quadro preceitual da matéria gravado no Texto Fundamental, as vias de acesso aos benefícios e serviços que a seguridade social proporcionará não estão, é verdade, abertas a todos.

1. *Uma Carta Viva de Direitos*, p. 6.
2. *Direito Constitucional*, pp. 206 e 207.

Embora limitados, no setor da previdência, os direitos conferidos pelo sistema de seguridade social, nas áreas da saúde e da assistência social, expressamente proporcionam a todos, sem restrição, a garantia fiel de uma cobertura universal.

Recebe a Nação, assim, um modelo protetivo que, não sendo padrão ideal, já alforria a maioria do povo da indigna condição social a que foi relegado até agora.

Não faltarão aqueles que, críticos contumazes de tudo, considerarão o nosso modelo de seguridade social como algo incompatível com o quadro de dificuldades que o País atravessa. A eles responderemos de antemão: meditem, em consciência, sobre os números da fome; da desnutrição e da mortalidade infantil. Comparem os incentivos e os subsídios fiscais de todo tipo com o orçamento da saúde, da previdência e da assistência. Vejam para onde vai a maior parte da riqueza social e reflitam sobre o ideal do direito, da justiça e da paz...

A orientação geral que o legislador infra-constitucional vier a imprimir aos diplomas que, nessa matéria, deverão ser promulgados, em muito pode contribuir para a efetivação desses direitos.

É preciso que, na legislação, não se delibere contra a vontade nacional expressa na Norma Fundamental. Nem cabe admitir que, por ser oneroso e complexo, o sistema de seguridade social não deva ser estruturado na conformidade dos princípios, diretrizes e objetivos que a representação política do povo erigiu no Diploma Básico do País.

Vejamos como, na forma da Constituição, deverá ser editada a legislação que garante o exercício desses direitos fundamentais.

A legislação da seguridade social

A legislação de seguridade social, a ser editada em breve, deverá cuidar de três ordens de assuntos: o relativo à organização da seguridade social; o pertinente ao custeio do sistema e o concernente aos direitos consignados no Texto Supremo. Estes últimos estarão consubstanciados naquilo que a Constituição denomina, erroneamente, de plano de benefícios. Há de se entender, corretamente, plano de prestações, expressão que engloba, tradicionalmente, os benefícios e os serviços.

Repartição da competência legislativa

A estrutura do Estado brasileiro, cunhada pelo constituinte, é federativa.

Lecionam os doutos que, em rigor, a Federação é composta por duas esferas de Poder: a União e os Estados.

Na estrutura pátria porém, o Poder do Estado está repartido em três ordens: "Em primeiro lugar, a ordem total — a União — em segundo lugar, ordens regionais — os Estados — em terceiro lugar, ordens locais — os Municípios". É magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.[3] Acrescente-se que, na ordem regional, o Distrito Federal também possui competência legislativa. Tudo conforme o art. 1.º da Constituição.

Do mesmo modo, a competência legislativa em matéria de proteção social, pertence às três esferas de governo.

À ordem total, compete legislar sobre seguridade social. É o que dispõe o art. 22, XXIII, da Constituição. Segundo tradição do nosso direito, o objeto dessa competência consiste na fixação das normas gerais da seguridade social. Aliás, o art. 204, I, faz expressa referência a essa competência normativa geral da União.

No âmbito da competência privativa da União, avulta como diploma mais abrangente e importante, a lei de diretrizes orçamentárias. Ela, nos termos do § 2.º do art. 195, fixará "metas e prioridades" para a seguridade social. Ao Presidente da República cabe a iniciativa da lei de diretrizes orçamentárias (art. 84, XXIII), que surge como a pedra de toque do sistema.

No projeto de Constituição que elaborou, o Prof. Fábio Comparato recomendava que, na estrutura do Estado, fosse erigido um órgão nacional de planejamento.[4] Caberia a esse órgão, por certo, dispor acerca das metas e prioridades do País, no terreno da proteção social. Nessa área, onde se cogita do futuro das gerações, o planejamento é fundamental. Em plena consonância com a proposta de Comparato, o VII Congresso Ibero-Americano de Seguridade Social, realizado em 1976, no Panamá, coloca como postulado da seguridade social a sua inclusão nos planos nacionais.[5]

A Constituição estabelece, ainda, como da iniciativa privativa do Presidente da República, a matéria concernente à organização administrativa dos serviços públicos (art. 61, § 1.º). Todavia, aqui, as demais esferas governamentais possuem competência complementar

3. *Curso de Direito Constitucional*, p. 55.

4. *Muda Brasil! Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático.*

5. *Apud* Wladimir Novaes Martinez, *Princípios de Direito Previdenciário*, p. 52.

à da União segundo a diretriz da descentralização da gestão administrativa (art. 194, parágrafo único, VII).

Concorrem para o financiamento do sistema, de um lado, o plano global a ser elaborado pelo legislador da União; de outro, os recursos a serem consignados nos orçamentos de cada uma das esferas governamentais.

Finalmente, em matéria de prestações, também é concorrente a competência dos três níveis. É o que grafa o art. 24 da Constituição. Vale a mesma regra atrás mencionada: a lei federal estabelecerá plano global de benefícios e de serviços, que assegure os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, e as ordens normativas regionais e locais complementarão a legislação, no que couber, implementando os programas de saúde e de assistência social.

Em resumo, prossegue a União Federal com responsabilidade privativa na execução do plano de benefícios concernente aos trabalhadores urbanos e rurais. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios cuidarão da proteção social dos seus servidores. O teor do parágrafo único do art. 149 não deixa margem a quaisquer dúvidas quanto a essas distintas atribuições.

Esboçada a estrutura do poder e a distribuição das competências, teremos ensejo de examinar, no curso deste trabalho, o bojo do sistema de proteção social que o constituinte formulou.

1

A SEGURIDADE SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES PRECEDENTES

1.1 Entre o passado e o futuro. 1.2 Questão terminológica. 1.3 A proteção social na história constitucional brasileira. 1.3.1 Constituição de 1824. 1.3.2 Constituição de 1891. 1.3.3 Constituição de 1934. 1.3.4 Constituição de 1937. 1.3.5 Constituição de 1946. 1.3.6 Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969.

1.1 Entre o passado e o futuro

O exame do Direito Constitucional Positivo de um dado país deve considerar as diversas fases de sua história. Isso porque à Carta Magna, a um só tempo, compete inaugurar a existência do Estado; definir sua soberania e estrutura e apontar seus fins.

O estudo do Direito Constitucional Positivo é, pois, um exame completo do passado (que se reflete nas conquistas incorporadas ao Estatuto Supremo) e a exegese de um projeto da vida social que determinado povo, em seu território, pretende desenvolver.

O estudo da seguridade social, assentado num tempo determinado — o presente — não inibe o nosso interesse acerca da história constitucional brasileira que, embora seja disciplina não-jurídica (no entender de Santi Romano),[1] nos fornece válidos critérios de interpretação da nova ordem constitucional.

Aliás, sobre a utilidade do conhecimento das constituições pretéritas, convém invocar a lição de Aristóteles, transcrita pelo mesmo Santi Romano: "É manifesta a necessidade de conhecer as diversas Constituições e seu número para uma oportuna obra legislativa; por-

1. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, p. 19.

que não é possível que idênticas leis sirvam a todas oligarquias e democracias se muitas são as espécies destas formas políticas".[2]

Em sede previdenciária, o direito constitucional positivo pátrio já erigiu institutos, conceitos e formas que, sendo conquista dos beneficiários do seguro social, estão consagrados pela nova Lei Magna.

Ao perseguirmos a origem e o alcance dos institutos e conceitos previdenciários que vigoraram nos pretéritos ordenamentos constitucionais pátrios, e cuja evolução se configura no novo Texto Fundamental, podemos arriscar, no terreno experimental, uma interpretação acerca da eficácia presente e dos reflexos que, no futuro, essa estrutura irá apresentar na vida social brasileira.

Estamos, pois, entre o passado e o futuro.

1.2 Questão terminológica

Existe distinção conceitual entre os diversos termos que, ao longo do tempo, foram sendo utilizados pelos Textos Fundamentais brasileiros. Do mesmo modo, a doutrina pátria costuma distinguir o seguro da previdência e esta da assistência. Aquela é distinta do contrato de direito privado; esta não se confunde com a seguridade social.

Neste capítulo não é pertinente a distinção conceitual visto como os conceitos de direito não são abstrações. Estão presos a uma particular ordem jurídica. O mesmo termo pode traduzir, em épocas e legislações diferentes, distintas situações jurídicas. Daí ser preferível o emprego de terminologia mais genérica, capaz de abranger uma gama ampla de situações jurídicas e que não fique comprometida com um determinado diploma legal.

Já nos capítulos que tratam de comentar a nova ordem constitucional, o intérprete adstrito se acha aos termos e conceitos que o próprio legislador utiliza.

Celso Barroso Leite chama de *proteção social* ao "conjunto de medidas através das quais a Sociedade assegura a seus membros um nível mínimo de condições de vida".[3]

Pensamos que essa expressão — "proteção social" — serve bem aos objetivos deste capítulo, por ser suficientemente abrangente dos estágios por que passou a matéria previdenciária nos diversos diplomas constitucionais pátrios.

2. Ob. cit., p. 23.
3. *A Proteção Social no Brasil*, p. 19.

1.3 A proteção social na história constitucional brasileira

1.3.1 Constituição de 1824

Proclamada a Independência do Brasil, em 1822, o Estado brasileiro foi organizado sob a forma monárquica e teve como primeiro chefe o Imperador Dom Pedro Henrique de Orleans e Bragança. Intentando estruturar politicamente a Nação, ele convocou uma Assembléia Constituinte destinada a elaborar a Lei Magna de nossa pátria.

A tensa situação política, que se seguiu, fez com que o Imperador dissolvesse a Constituinte e, apropriando-se do projeto discutido por aquele órgão, outorgou a Constituição como dádiva sua.[4]

A Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, recebeu forte influência teórica do movimento constitucionalista europeu e das idéias que, entre nós, tiveram como principal formulador o notável Benjamin Constant.[5]

Segundo a concepção do liberalismo, toda e qualquer Constituição deveria ter por escopo a garantia dos direitos do homem. Desse ideário decorre a fórmula expressa na Declaração de 1789: "Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição".[6]

Demasiado vaga a primeira formulação utilizada em texto constitucional, para designar a proteção social que os brasileiros vieram a receber de sua Lei Maior. Com efeito, assim se expressa a Carta do Império: "A Constituição também garante os socorros públicos" (art. 179, inciso 31.°, da Constituição de 1824).

O constituinte coloca, pois, a proteção social como um dos direitos humanos cuja garantia é a própria Lei Maior. No contexto liberal em que se situava, a Carta Imperial já lançava pedra fundamental para a edificação da proteção social no Brasil.

Pimenta Bueno, o mais autorizado estudioso daquele Diploma assevera: "Desde que a sociedade é fundada, a idéia de proteção é como que sinônimo da de governo em favor dos associados...".[7]

E sublinha que esse zelo governamental: "pelo estabelecimento de caixas econômicas, de bancos de socorro em favor das classes po-

4. Barbosa Lima Sobrinho e outros, *A Constituinte de 1823*, p. 99.

5. Afonso Arinos de Mello Franco, *História do Povo Brasileiro*, v. 4, p. 112.

6. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit.

7. José Antônio Pimenta Bueno, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, p. 429.

bres, de montepios, e outras instituições de previdência, é uma outra proteção valiosa outorgada aos cidadãos que têm poucos recursos".[8]

Se a doutrina costuma situar na Lei dos Pobres, de 1601, o marco inicial da história da previdência social, é, porém, a Revolução Francesa, através da Constituição de 1793, que veio a considerar os socorros públicos como uma verdadeira "dívida sagrada" que a sociedade tem para com os menos favorecidos. O preceito contido na Constituição Imperial estava, pois, plenamente afinado com a época em que foi editado.

Todavia, de um ponto de vista técnico, ainda, nossa história previdenciária se situava em estágio preliminar: o da assistência pública. Com efeito, embora insculpido como garantia constitucional, o direito que todo ser humano possui à proteção do Estado ainda não vinha acompanhado do requisito fundamental: a exigibilidade.

Deste modo, ao direito do cidadão correspondia um dever do Poder Público. Mas àquele não era dado exigir o cumprimento desse dever pela via coercitiva que só o instrumental jurídico confere.

Foi, sem dúvida, a exigibilidade o traço diferencial desse estágio primitivo da proteção social que era a assistência pública da etapa que lhe sucede: o seguro social. Deveras, a assistência pública tinha inspiração na caridade, regra suprema do cristianismo e, em essência, essa forma de solidariedade humana não pode sofrer controle jurisdicional.

Foi a fragilidade da proteção, proporcionada pela assistência pública, que impôs o surgimento de novas exigências por parte dos trabalhadores. Já não bastava uma estrutura assistencial pública destinada a remediar a miséria.

Nesse clima emerge a estrutura elementar do que viria a ser a nova era da proteção social: a previdência social.

A melhor doutrina situa como marco histórico inaugural do previdencialismo a edição, em 1883, na Alemanha, da lei de seguros sociais concebida por Bismarck.[9]

A primeira lei previdenciária brasileira surge poucos anos depois, em 1888. Cuidava da criação de uma caixa de socorros para trabalhadores das estradas de ferro pertencentes ao Estado.[10] E pou-

8. Idem, p. 430.

9. Cf., por todos, Celso Barroso Leite, org., *Um Século de Previdência Social*, p. 17.

10. Helvécio Xavier Lopes, "Evolução histórica do seguro social", *Rev. Inapiários*.

co antes da Proclamação da República é promulgada uma lei que beneficia os empregados do Correio e outra que cria um Fundo Especial de Pensão para os trabalhadores das oficinas da Imprensa Régia.[11]

Cabe à lei alemã, de 1883, o indiscutível mérito de ter sido a primeira semente de onde brotaram as diversas legislações sociais, inclusive a brasileira, em matéria previdenciária.

No Brasil, contudo, é no período republicano que se configura a estruturação da previdência social tal como irá vigorar na legislação pátria, até o advento da nova ordem constitucional cujo exame é o objeto principal deste estudo.

1.3.2 Constituição de 1891

Implantada a República, seu Governo Provisório, chefiado pelo Marechal Deodoro, cuidou, de imediato, da reestruturação político-jurídica da Nação. Elaborado o projeto de Constituição por uma Comissão designada pelo Executivo foi o mesmo submetido ao exame da Assembléia-Geral Constituinte que se instalou aos 15 de novembro de 1890, primeiro aniversário da República. A "Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil" é promulgada no dia 24 de fevereiro de 1891.

O Diploma era uma mescla das Constituições da época, especialmente a norte-americana, a suíça, a argentina e a alemã. Como tal, distanciava-se, no nascedouro, da realidade brasileira.[12]

Observando o princípio federalista, a primeira Constituição republicana determinava, em seu art. 5.°, que a União deveria prestar socorros públicos — quando solicitada pelos Estados — nos casos de calamidade pública.

Contrariamente ao disposto na Carta Política do Império, aqui a expressão "socorro público" assume conotação distinta daquela utilizada no Texto Imperial. A Constituição de 1891 a desloca do âmbito social para o administrativo.

Contudo, ainda, contrariamente ao que sustenta certa doutrina,[13] entendemos que a Constituição de 1891 encerra dispositivo impor-

11. Ruy Carlos Machado Alvim, "Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira", *RDT* 18/13 e 14.

12. Afonso Arinos, *História do Povo*... cit., v. 5, p. 28.

13. João Antonio G. Pereira Leite, *Curso Elementar de Direito Previdenciário*, p. 37.

tantíssimo em matéria de proteção social. É o preceito contido no art. 75 que estabeleceu: "A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários em caso de invalidez no serviço da Nação".

É bem verdade que a proteção se achava adstrita aos funcionários públicos e aos casos de invalidez. Mas, como registro histórico, cumpre mencionar que é a primeira referência constitucional àquele que seria o mais almejado dos benefícios previdenciários: a aposentadoria.

A realidade já existente ensejaria tratamento constitucional mais amplo nessa matéria porque, no período que antecedeu à instalação da Constituinte, já haviam sido editados textos legais esparsos cuidando do assunto. Cabe referir, aqui, o Decreto 221, de 26 de fevereiro de 1890, que concedia aposentadoria aos trabalhadores da Central do Brasil, logo seguido pelo Decreto 405 que estendia o mesmo benefício a todos os ferroviários do País. Ademais, em 31 de outubro, o Decreto 942-A já criara o Montepio Obrigatório dos Empregados do Ministério da Fazenda.[14]

Pode ser que os constituintes de então tenham considerado a matéria da proteção social como assunto de menor importância, passível de regulação pela legislação ordinária.[15] Confirma esse parecer a edição da Emenda Constitucional de 1926 que conferia competência ao Congresso Nacional para legislar sobre aposentadoria e reformas.[16]

Inúmeras leis que conferiam importantes direitos sociais aos trabalhadores foram editadas no período que antecede a Proclamação da República, como já sublinhamos aqui. Foi, contudo, durante a vigência da Constituição de 1891 que irrompeu a legislação que exerceria marcada influência no direito posterior.

Deveras, aos 15 de fevereiro de 1919, surgia a Lei 3.724. A Lei de Acidentes do Trabalho, como ficou conhecida, foi corretamente classificada por Geraldo Bezerra de Menezes como: "A maior lei republicana de proteção ao trabalhador brasileiro, promulgada antes de 1930...".[17]

E, logo depois, sobrevém a Lei Eloy Chaves (Lei 4.682, de 24 de janeiro de 1923) celebrada como a primeira lei brasileira de pre-

14. Ruy Alvim, *Uma história*... cit., p. 14.

15. Mozart Russomano, *Curso de Previdência Social*, p. 23.

16. Aroldo Moreira, "A Previdência nas Constituições do Brasil", *Rev. de Previdência Social* 12, p. 29.

17. *O Direito do Trabalho e a Seguridade Social na Constituição*, p. 443.

vidência social.[18] A proteção social em nosso país deve muito a esse notável paulista, Eloy Chaves, que projetou aquele importante diploma legal. Mas a primazia da lei acidentária se impõe como dado cronológico.

São do período de vigência da primeira Constituição republicana inúmeras outras medidas legislativas que garantiriam a proteção social devida aos trabalhadores brasileiros.

Com o advento da Constituição de 1934, essas medidas vieram a ser consagradas na Lei Maior como verdadeiros e importantes instrumentos de realização da justiça social, como veremos a seguir.

1.3.3 Constituição de 1934

Um interessante espectro político-social deu origem à Revolução de 1930. Dos setores mais conservadores e reacionários até as camadas mais sofridas e desamparadas da população surgiram os anseios que levaram à extinção da Primeira República.

Se era lícito esperar avanços nas conquistas sociais de tão ampla composição de forças, não era possível descurar dos riscos sem conta que tão heterogêneo movimento corria. As vacilações iniciais do governo provisório chefiado por Getúlio Vargas, dentre outros fatores, provocaram a saga paulista de 1932.

A memorável jornada em favor de um novo ordenamento constitucional para o País empolgou a população do maior Estado da Federação e, embora derrotada, completou o ideário constitucionalista na consciência da nacionalidade.

Sobreleva sublinhar que a proposta constitucionalista que, no seu início, tinha corte conservador,[19] obteve resposta progressista de Vargas que, rapidamente, engendrou amplo plano para atender antigas reivindicações sociais e logo iniciou a fundação dos institutos de previdência da União.[20]

Essas circunstâncias parecem demonstrar que, no desenvolvimento da legislação brasileira, estão historicamente ligados o constitucionalismo e o previdencialismo.

A Constituição de 1934 foi elaborada a partir de projeto preparado por uma Comissão presidida pelo Chanceler Melo Franco e integrada, dentre outras figuras exponenciais, pelo notável Carlos

18. Vide Decreto 83.080/79, art. 79.
19. Afonso Arinos, *História do Povo*... cit., v. 6. p. 26.
20. Idem, ibidem.

Maximiliano que viria a presidir, já no seio da Constituinte, a Comissão Constitucional. Os autores, em geral, consideram aquela Carta um dos maiores monumentos da vida jurídica brasileira.

A efêmera duração daquela Lei Fundamental não nos impede de reconhecer nela um dos mais avançados sistemas de proteção social que já se instituiram no Brasil. Destaca-se, inicialmente, o modelar princípio que cuida do financiamento do sistema previdenciário.

São três os partícipes do custeio da previdência social: a União, os empregadores e os empregados. Essa regra, que figura em todas as Constituições posteriores, tinha precisa conotação na Constituição de 1934; é que ali vinha expressa a igualdade entre os contribuintes. Assim, tanto os trabalhadores como os empregadores contribuiriam com montante de recursos igual ao que a União verteria de seus cofres para o sistema previdenciário.

Além da co-responsabilidade entre os partícipes, a significar fator decisivo para o equilíbrio financeiro do sistema, essa regra possibilitava a elaboração de política social abrangente, posto que o Poder Público estaria provido de recursos num montante suficiente para fazer face às enormes carências sociais do povo. Já assinalamos, em outra oportunidade, que o Brasil se achava apto a ingressar, então, no concerto das nações que possuem avançado estágio de proteção social.[21]

No primeiro Diploma Fundamental pátrio, a proteção social figurava como um "socorro" concedido ao cidadão pelo Estado. Com a Constituição de 1934, a proteção social é um seguro para o qual contribuem tanto o trabalhador como o empregador e, em igualdade de condições com essas categorias, o próprio Poder Público.

Aliás, a doutrina identifica no seguro social duas características: a obrigatoriedade da contribuição e a gestão estatal do sistema. Ambas estão presentes no Estatuto de 1934.

Por conseguinte, no plano constitucional, nosso País deixava o estágio primitivo da assistência pública e ingressava na etapa conhecida como seguro (ou previdência) social. Veremos que esse ciclo evolutivo só virá completar-se com o advento da Constituição de 1988, com a qual o Brasil ingressa na era da seguridade social.[22]

21. Wagner Balera, "Previdência e assistência na Constituinte", *Revista de Previdência Social* 63, p. 78 e ss.

22. Sobre os estágios da evolução da proteção social: assistência privada; assistência pública; previdência social e seguridade social confronte-se, por todos, João Antonio G. Pereira Leite, *Curso Elementar de Direito Previdenciário*, cit., cap. I, p. 17 e ss.

Cumpre salientar que a igual participação, no custeio do seguro social pela União, pelo empregador e pelo empregado, sem embargo de se constituir no mais importante avanço introduzido em nosso direito pela Constituição de 1934, jamais foi implementada na prática. Mas essa constatação não nos impede de prosseguir considerando a importância dessa diretriz na viabilização da efetiva proteção social devida aos brasileiros.

Importa considerar, agora, as formas de proteção social que aquela Carta Magna instituiu.

A Constituição de 1934 criou um título próprio para tratar da Ordem Econômica e Social, orientação que vigorou até a Emenda n. 1, de 1969.

Em enunciado sintético, o constituinte logrou abarcar todo o terreno da proteção social. Assim se expressa o art. 121, letra "h": "Assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta o descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte".

Os inúmeros direitos conferidos pelo Texto Magno *sub examine* somente podem ser compreendidos em sua extensão e alcance se tivermos presente a noção de *risco social.*

Paul Durand considera risco social todo aquele que se refere à vida social. Especifica: a doença, a invalidez, a velhice e a morte. O termo *risco* está relacionado com idéia primitiva a respeito dos mecanismos de proteção social. E seguro social é instrumento apto para a proteção dos riscos sociais. A terminologia é, toda ela, de direito privado.

No seguro social, cabe ao Poder Público proporcionar ao trabalhador, atingido por qualquer das situações de risco, proteção representada por prestações em dinheiro (denominadas benefícios) ou *in natura* (chamadas serviços). Tais prestações garantem a manutenção econômica do trabalhador.

A Constituição acrescentou ao elenco básico dos riscos previstos na legislação comparada (doença, invalidez, velhice e morte) duas outras contingências: os acidentes no trabalho e a maternidade.

Examinemos, com esses dados preliminares, cada um dos direitos conferidos pelo citado art. 121, "h", da Constituição de 1934.

Em primeiro lugar, o dispositivo outorga assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante.

Desde logo, cumpre observar que o constituinte colocou no mesmo nível as prestações pecuniárias e as assistências. Contrariamente ao que sustentam alguns, e ao que veio expresso na legislação infraconstitucional, inexiste uma hierarquia entre benefícios pecuniários e serviços, no sentido de que os primeiros podem ser exigidos, enquanto os segundos ficam na dependência da disponibilidade de recursos. No plano constitucional, a distinção não se fazia.

Tanto a legislação como a doutrina, ao pretenderem conferir foros de juridicidade a uma inexistente hierarquia entre as prestações, o fizeram em prejuízo dos trabalhadores.

Assistência médico-sanitária e previdência figuraram, na Carta de 1934, como direitos subjetivos públicos dos trabalhadores brasileiros. A maternidade mereceu inclusão dentre as situações objeto da proteção. Sem prejuízo da tutela que é conferida à gestante pelo Direito do Trabalho, o constituinte estendeu os limites da proteção ao âmbito previdenciário. Os trabalhadores inválidos e idosos, bem como os dependentes de segurados falecidos, foram as primeiras categorias a serem amparadas pelo seguro social. A invalidez e a morte, quando decorrentes de acidentes do trabalho, já encontravam proteção na legislação pioneira de 1919.

A Constituição de 1934 teve o indiscutível mérito de insculpir em seu bojo a clara distinção entre proteção previdenciária e proteção acidentária. As concessões por ela feitas — art. 121, "l" — coincidiram com o surto de caixas e institutos de previdência que vieram a congregar os segurados do regime urbano.

Enfim, o tratamento constitucional da matéria previdenciária, sobre ter consagrado "o sentido social do direito público", na expressão correta de Afonso Arinos,[23] abriu caminho para que a matéria figurasse, obrigatoriamente, em todos os Diplomas Fundamentais posteriores.

Os limites amplos da proteção social conferidos por aquela Lei Magna, aliados ao perfeito comando a respeito do custeio, fizeram da Constituição de 16 de julho o melhor de nossos modelos constitucionais. As conquistas sociais posteriores só vieram a reforçar as diretrizes traçadas por este Estatuto Fundamental.

23. Afonso Arinos. *História do Povo...*, cit., v. 6, p. 26.

1.3.4 Constituição de 1937

O golpe que instituiu no Brasil o chamado Estado Novo, por seu cunho marcadamente autoritário, não poderia harmonizar-se com uma ordem constitucional avançada e liberal como aquela que fora votada em 1934.

A carta outorgada a 10 de novembro elencava os riscos sociais no art. 137. A assistência médica ao trabalhador e à gestante tinha previsão na letra "l" enquanto que a velhice, a invalidez e os acidentes do trabalho eram protegidos pela letra "m" do mesmo artigo. Mas o Texto apresentava grave lacuna: nem cogitava do custeio e tampouco dispunha sobre a contribuição da União.[24]

Essa omissão pode ser considerada, hoje, golpe de misericórdia na igualdade contributiva e retrocesso em todo o sistema de *custeio* do seguro social, em nosso país.

1.3.5 Constituição de 1946

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os ventos da redemocratização sopraram em todo o mundo. O Brasil beneficiou-se dessa onda, que afogou o Estado Novo. Por toda a parte surgiram reformulações de constituições e essa reconstitucionalização atinge, por igual, o nosso país.[25]

Deposto o Presidente Vargas, é instalada a Assembléia Constituinte que, aos 18 de setembro de 1946, promulga a nova Constituição do Brasil.

Em síntese perfeita, o saudoso Aroldo Moreira traça as linhas mestras do sistema de proteção social insculpido no Magno Diploma: "Aí se encontram os direitos da gestante a repouso, antes e depois do parto (inciso X); assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva ao trabalhador e à gestante (XIV) assistência aos desempregados (XV) e previdência propriamente dita, mediante contribuição tripartida (União, Empregador, Empregado), em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte (XVI), acrescendo a gama de prestações de serviços da espécie com a instituição obrigatória do seguro contra acidentes do trabalho".[26]

24. João Antonio G. Pereira Leite, *Curso Elementar*... cit., p. 37.

25. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, v. 1, p. 46.

26. Aroldo Moreira, *A Previdência nas Constituições*... cit., p. 32.

A doença, a velhice, a invalidez, a morte e a proteção da maternidade, tal como figuravam na Constituição de 1934, são contingências cobertas pela Lei Magna de 1946. Destaque-se o cuidado para com os desempregados, ainda que essa garantia tenha permanecido letra morta até tempos bem recentes.

Sob a vigência desta Constituição foi promulgada a mais importante lei previdenciária brasileira: a Lei Orgânica da Previdência Social. E com a LOPS, de 1960, são uniformizados os benefícios previdenciários antes concedidos de modos e sob condições diferentes para cada uma das categorias profissionais do País.

Somente com uma legislação tão abrangente seria possível conceber-se a mais vasta reforma administrativa de nossa história: a criação do Instituto Nacional de Previdência Social como conseqüência da extinção dos diversos institutos de aposentadoria e pensões existentes.

Concordamos, pois, com Ruy Alvim quando afirma: "A LOPS foi o maior passo dado em direção à universalidade da Previdência Social até hoje, no país...".[27]

Se possibilitou tão meritórios avanços no campo da proteção social, falhou a Norma Fundamental ao não engendrar eficiente base de financiamento para o sistema.

Em 1937 foi suprimida a igualdade das contribuições entre os partícipes do custeio previdenciário. Era o caso de se ter restabelecido a contribuição igual. Ainda que tal não fosse possível ou conveniente, poderia o constituinte de 1946 dar origem a alguma forma de controle sobre a real participação da União, no financiamento da previdência social.

A Constituição de 1946 passará à história como marco fundamental da proteção previdenciária brasileira, porque nela foi introduzida emenda que é, sem favor algum, a grande inovação que a ordem constitucional pátria traz desse período. Preceito, que tinha por escopo a manutenção de equilíbrio entre as contribuições devidas ao sistema previdenciário e as prestações que esse sistema confere aos beneficiários, fora introduzida na Lei Orgânica da Previdência Social, em seu art. 158. Incorporado como § 2.º no art. 157 da Constituição, através da Emenda n. 11, de 1965, o dispositivo determinava providência bastante simples: existe indissociável contrapartida entre contribuições e prestações, de tal sorte que não seria lícita a criação de

27. *Uma História...* cit., p. 25.

benefícios ou de serviços sem a previsão das respectivas fontes de cobertura.

Quase que um preceito decorrente da ordem natural das coisas, a regra da contrapartida concebe o sistema de proteção social como uma espécie de "caixa", cujas receitas e despesas devem manter perfeito equilíbrio.

A desordenada criação de um sem número de benefícios; a ampliação indevida e imprevisível da prestação de serviços e a inexistente contribuição da União provocariam, inapelavelmente, uma crise no sistema previdenciário.

A regra do equilíbrio, a regra da seriedade e do senso comum, a contrapartida, figurou no Estatuto Fundamental como um dado natural do sistema previdenciário. Foi, sem favor, o mais louvável dos preceitos introduzidos em nosso direito, por via constitucional.

1.3.6 Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969

O movimento militar de 1964 cuidou de reformular a ordem constitucional que, ao ver dos mandatários da época, se achava em mora com a vida social. O governo do general Castelo Branco elaborou projeto de nova constituição. Para votar tal projeto, foi convocado o Congresso Nacional que, pouco antes, fora fechado *manu militari.* O clima institucional não era de plena liberdade.

Ademais, o Ato Institucional n. 4 assinalou exíguo prazo para discussão e votação do projeto o que, certamente, impediu a reflexão mais acurada, pelo Parlamento, em torno de questões que assegurassem uma estrutura duradoura para o país.

Esse conjunto de circunstâncias trouxe como conseqüência a efêmera vigência da Constituição promulgada em 24 de janeiro de 1967. Menos de três anos após essa data foi decretada pelos Ministros militares que ocupavam a direção do País a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969 que, trazendo tantas e tão profundas alterações ao Texto de 1967, é corretamente considerada pela doutrina como uma nova Constituição.

Observa José Afonso da Silva: "Teórica e tecnicamente não se trata de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga uma vez que se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se cha-

mava apenas Constituição do Brasil".[28] Donde examinarmos a Constituição de 1967 conjuntamente com a Emenda n. 1, de 1969.

Estabelece o art. 165, *caput*, da Constituição emendada, uma diretriz interpretativa que não pode ser ignorada. Essa chave interpretativa indica, como objetivo da ordem social pátria, a "melhoria da condição social" dos trabalhadores. Trata-se de um componente exegético que influencia toda hermenêutica aplicável ao dispositivo em exame.

A Lei Maior cria um conjunto de direitos que se destinam ao cumprimento desse objetivo tão amplo. Em linhas gerais, a matéria articulada na Carta de 1967 não diverge das diretrizes traçadas pelas Constituições de 1934 e 1946. E no mais denso dos dispositivos que tratam da matéria previdenciária, a Lei Fundamental estabelece: art. 165: "(...) XVI — 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".

Se realizarmos uma sinopse desse artigo com os que analogamente tratam da matéria nos Textos Magnos de 1934 e 1946 constataremos que são os mesmos os riscos arrolados naqueles Diplomas.

A exceção fica por conta da matéria acidentária. Conquanto objeto de proteção pela Constituição de 1934, os acidentes de trabalho não figuraram na Lei Maior de 1946 e, tampouco, na redação original da Constituição de 1967. Esse evidente retrocesso, em matéria de proteção social, teve conseqüências a nível de legislação ordinária.

Leciona Fernando Figueiredo de Abranches que o seguro de acidentes do trabalho assumiu características mercantilistas e, ao sabor da concorrência, era objeto de exploração por parte de seguradoras particulares e por alguns dos institutos de aposentadoria, até 1967, quando, sem perder essa feição privatística, foi transformado em monopólio estatal e passou a ser explorado, exclusivamente, pelo INPS.[29]

A manifesta omissão constitucional fez com que a doutrina elaborasse uma distinção pouco lógica entre o seguro social e o seguro contra acidentes do trabalho. Este último não era objeto de custeio tríplice, pois dependia de contribuição exclusiva do empregador.

Corrigindo a omissão da Carta de 1967, que gerava equívocos interpretativos e confusões de toda ordem, a Emenda n. 1, de 1969,

28. José Afonso da Silva, *Curso*... cit., p. 51.
29. *Do Seguro Mercantilista de Acidentes do Trabalho ao Seguro Social.*

reintroduziu o seguro de acidentes do trabalho no elenco das prestações previdenciárias previstas no art. 165 e, conseqüentemente, adotou para tal prestação a mesma base de financiamento que se aplica às demais: contribuição tríplice.

Pondera, pois, com acerto o mesmo Fernando Abranches que: "o seguro contra acidentes do trabalho conceituado pela Carta Política vigente, como seguro social, passou a ser responsabilidade social, tanto quanto o seguro social tradicional".[30]

Destaca-se como inovação introduzida pela Constituição de 1967, em matéria de benefícios, a redução do tempo de serviço para a concessão da aposentadoria da mulher, que se defere aos trinta anos de trabalho, com salário integral. E o salário-família, que fora instituído em nível de legislação ordinária, passou a figurar na Lei Fundamental.

Merece comento breve o tema da proteção aos desempregados. Na Constituição de 1946, tinha natureza assistencial a proteção aos desempregados, enquanto a Lei Magna de 1967 instituiu um seguro-desemprego. A distinção dentre esses tipos de proteção se coloca em tema de custeio: as prestações assistenciais são custeadas pelo Estado e o seguro sujeito à tríplice contribuição. A Emenda n. 1, de 1969 manteve, no particular, a disposição que figurava no Texto primitivo da Constituição de 1967.

A indefinição, quanto à natureza da proteção aos desempregados, prevalece até hoje. No bojo da Reforma Econômica de 1986 é criado um seguro-desemprego não sujeito à tríplice contribuição. Para salvar tal legislação da óbvia increpação de inconstitucionalidade, o Executivo (que impusera a Reforma Econômica por Decreto-lei) previu sua breve substituição por sistema que observasse a diretriz constitucional em matéria de custeio.

Numa abordagem mais geral da questão do custeio, cumpre, de logo, notar que a Constituição de 1967 não avançara nessa matéria. Seguindo as pegadas do Texto de 1946, manteve a tríplice contribuição desigual. Tampouco a Emenda n. 1 trouxe novidades em tema de custeio.

Contudo, ao investir-se de Poder Constituinte por força da legislação excepcional que vigorava naquele tempo, o Presidente da República editou Emenda Constitucional, no ano de 1977, que tomou o n. 8, cujos dispositivos melhor disciplinaram a questão do custeio do sistema previdenciário.

30. Idem, *A Crise Institucional da Previdência Social*, p. 28.

Por força do estabelecido pelo art. 21, § 2.°, I, da Constituição, é autorizada a criação de contribuições destinadas ao custeio da parte devida pela União ao sistema previdenciário. Tais contribuições, denominadas *sociais* (inciso X do art. 43 da Constituição), teriam, ao parecer de certa doutrina, natureza jurídica específica.[31] Já nos manifestamos acerca do assunto, apontando como sendo tais exações verdadeiros tributos[32] no que, aliás, não discrepamos da maioria da doutrina.[33]

Outra inovação, esta introduzida pela Emenda n. 7, também de abril de 1977, autorizava a criação de contencioso administrativo destinado a resolver questões previdenciárias. No plano da proteção social, essa inovação poderia permitir a agilização das decisões acerca de assuntos que interessam diretamente a milhares de beneficiários, ademais de permitir um desafogo ao sobrecarregado aparelho judiciário estatal. Todavia, o contencioso administrativo não foi implantado e as questões controvertidas seguem sendo apreciadas, com morosidade, pelos órgãos do Poder Judiciário.

Aqui se encerra o panorama histórico da proteção social nas Constituições brasileiras. Só apontamos aquilo que se assentou como fundamental, categorial, no sistema protetivo brasileiro.

Sobressai, como característica que parece fazer parte da índole de nosso sistema protetivo, a regra da contrapartida necessária entre contribuições e prestações. Embora implícita durante largo tempo, sua inobservância gerou crises cuja superação passou pela adoção dessa diretriz. Insculpida expressamente no parágrafo único do art. 165 da Constituição de 1967, na redação da Emenda n. 1/69, essa diretriz prevalece, também, no sistema constitucional que se inaugura agora.

A evolução da questão social trouxe, como corolário, a criação, majoração e extensão das prestações, ao longo de nossa história constitucional. Veremos como, na nova Constituição, essa dinâmica se manifesta mais uma vez presente.

31. Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, *Previdência Social*, p. 267.

32. Wagner Balera, "A natureza jurídica da contribuição previdenciária", *Revista Vox Legis* 155, p. 89 e ss.

33. Cf. por todos, J. R. Feijó Coimbra, *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 257 e ss.

2

DA SEGURIDADE SOCIAL

2.1 Os fins da Ordem Social. 2.2 Conceito de seguridade social. 2.3 Objetivos. 2.3.1 Universalidade da cobertura e do atendimento. 2.3.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. 2.3.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. 2.3.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios. 2.3.5 Eqüidade na forma de participação do custeio. 2.3.6 Diversidade da base do financiamento. 2.3.7 Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade. 2.4 Custeio. 2.4.1 Contribuições sociais. 2.4.1.1 A contribuição dos empregadores. 2.4.1.2 A contribuição dos trabalhadores. 2.4.1.3 Contribuições sobre a receita de concursos de prognósticos. 2.4.1.4 Outras fontes. 2.4.1.5 O orçamento da seguridade social. 2.4.1.6 Restrição imposta aos devedores. 2.4.1.7 A regra da contrapartida. 2.4.1.8 A exigibilidade das contribuições. 2.4.1.9 A imunidade das entidades beneficentes de assistência social. 2.4.1.10 Categoria especial de contribuintes.

2.1 Os fins da Ordem Social

Revelam os dispositivos inseridos nas Constituições anteriores, que brevemente referimos aqui, a existência de certos direitos sem os quais não se concebe vida humana digna.

Num contexto mais abrangente, pode-se dizer que tais direitos fazem parte do patrimônio jurídico da humanidade. Assim, é a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada solenemente pelas Nações Unidas que a eles se refere nestes termos: "Art. XXII — Todo homem, 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 limites econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade."

O direito à seguridade social (expressão sinônima da que o texto da Declaração utiliza — segurança), surge como de suma importância para o desenvolvimento da pessoa humana.

Daí decorre a proposta programática da "Ordem Social" instituída pela Constituição do Brasil, que pode ser sintetizada na lapidar "Disposição Geral" que abre tal Título, nos seguintes termos: "Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais." O Trabalho é a pedra angular da ordem social. A dignificação da pessoa humana, que a Declaração dos Direitos do Homem preconiza, será constituída e aperfeiçoada mediante o trabalho.

Para a compreensão da complexa questão social não é mais possível relegar o trabalho, como fazem as materialistas doutrinas econômicas, a mera mercadoria. É o trabalho uma categoria do pensamento, o que justifica plenamente a assertiva de João Paulo II para quem: "o trabalho humano é uma *chave*, provavelmente a *chave essencial* de toda a questão social".[1]

Na ordem social, o trabalho humano — revestido desse valor que lhe é ínsito — não pode ficar sujeito a nenhuma forma de exploração. Considerando, pois, essa posição primacial do trabalho, o Código Supremo de nossa pátria coloca como objetivo da Ordem Social o *bem-estar e a justiça.*

Como partícipe do esforço nacional, espera o trabalhador alcançar satisfação e bem-estar para si e para os seus. E, consociada com o bem-estar, encontra-se esse valor superior a que todos aspiram: a justiça social. Só o bem-estar e a justiça sociais traduzem, na vida do homem, essas condições de dignidade a que se refere o texto da Declaração Universal, que nosso País subscreveu. Num tal contexto, irrompe a seguridade social como a entidade que possui a severa responsabilidade de garantir a todos quantos exercem com dignidade o trabalho que lhes incumbe um mínimo de bem-estar, nas situações que geram necessidades.

Em suma: o primado do trabalho é base segura para que os objetivos da Ordem Social — bem-estar e justiça — sejam considerados verdadeiros critérios de interpretação de todas as normas que, nesse Título da Constituição, estejam destinadas a promover a dignidade do homem.

1. *Carta Encíclica Laborem exercens* (14 de setembro de 1981), I, 3.

2.2 Conceito de seguridade social

Estabelece a Constituição Federal, no *caput* do 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".

Para que a justiça e o bem-estar venham a fazer parte do quotidiano dos indivíduos, é necessário que haja um conjunto de medidas, normas, providências e práticas que assegurem adequada proteção ao corpo social.

Aos indivíduos competia, nos primórdios da vida em sociedade, cuidar da própria proteção. Através do seguro social, o Estado intervém e institui um mecanismo de proteção coletiva que passou a ser adotado em inúmeros países: a previdência social.[2]

Pode-se dizer que a seguridade social representa uma evolução na concepção do papel do Estado e da sociedade. A proteção quase total dos indivíduos, nas situações de necessidade, depende das iniciativas do Poder Público e do conjunto da sociedade. E nosso ordenamento constitucional confere à seguridade social três instrumentos para o cumprimento dos objetivos da ordem social: o sistema de saúde, o sistema de previdência e o sistema de assistência social.

A articulação dessas estruturas é tarefa das mais complexas. Envolve uma multiplicidade de órgãos, de práticas; de técnicas e um arcabouço normativo que se espraia por todos os níveis de Poder: o Federal, o Estadual, o Municipal e, mais ainda, por distintos regimes de proteção existentes num mesmo nível (como se dá, por exemplo, com os servidores públicos).

A proteção social deve assegurar, a todos, uma existência digna. Essa garantia só existirá onde houver plena articulação entre o Estado e a sociedade.

Elemento sem o qual a articulação não existe é a solidariedade. Velha noção que serve como categoria fundamental em tema de proteção social, afirma-se que *sem solidariedade não há seguridade*. Solidariedade nas relações entre os indivíduos e o Estado e vice-versa; entre os indivíduos e a sociedade e, finalmente, entre sociedade e Estado.

Há concretas diretrizes de atuação a serem observadas pelos sistemas de seguridade social. Diretrizes que são claramente definidas pela Constituição. Mas é a solidariedade que dá um colorido próprio

2. João Antonio G. Pereira Leite, *Curso*... cit., p. 25.

a esse modelo de proteção coletiva. Estribados no Texto Fundamental, podemos formular o seguinte conceito de seguridade social: *seguridade social é o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos concernentes à saúde, à previdência e à assistência sociais.*

Quando examinarmos os três sistemas, estabeleceremos a distinção conceitual entre necessidades individuais e coletivas.

2.3 Objetivos

Motivados pelo ideal da justiça e do bem-estar sociais, os constituintes entenderam de concretizar propósitos bem definidos para a seguridade social. Erigiram, assim, extenso rol de objetivos a serem atingidos pelo conjunto de medidas proposto. Cada um dos sucintos enunciados aqui arrolados funciona como axioma fundamental da seguridade social.

Eis o conjunto de objetivos insculpido no parágrafo único do art. 194 do Texto Magno: "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 — eqüidade na forma de participação no custeio; VI — diversidade da base de financiamento; VII — caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados".

Tanto sob o ponto de vista histórico, como sob o ângulo da teoria do Estado, não se divisa, claramente, a separação entre os vários estágios que foram sendo transpostos até que se chegasse a esse modelo protetivo denominado seguridade social. Todavia, alguns dados estão presentes desde tempos bem remotos. Dentre esses dados, avulta o que aponta a presença do Poder Público como um pressuposto para a ampliação das medidas de proteção social.

Essa presença do Estado é assinalada no centenário modelo de seguro social concebido por Bismarck e pode-se dizer que é, mesmo, uma de suas características.

Hoje em dia, o papel do Estado se confunde com o objetivo da ordem social: proporcionar justiça e bem-estar aos indivíduos. Ao cunharem a expressão "Estado-providência" os teóricos vislumbra-

ram essa íntima vinculação entre o Estado e a seguridade social. Daí lecionar Mattia Persiani que a seguridade social nada mais é que o modo pelo qual o Estado atende aos necessitados.[3]

A interpretação desses diversos objetivos arrolados no parágrafo único do art. 194 depende da plena consciência do exegeta a respeito da extensão do papel do Estado nesse campo.

Cumpre observar, por fim, que a legislação infraconstitucional deverá explicitar, ainda mais, os objetivos traçados pela Lei Maior dando-lhes adequadas dimensões na organização e estruturação da seguridade social.

2.3.1 Universalidade da cobertura e do atendimento

A justiça e o bem-estar sociais estão colocados como objetivos da Ordem Social na Disposição Geral que abre o Título da Constituição em exame. Como instrumento eficiente para a realização dessa intencionalidade — que é um dever-ser constitucionalmente imposto —, à seguridade social cumpre operar em favor do conjunto da sociedade.

Por superar a concepção estrita de um seguro, que somente beneficia aos que a ele aderem mediante contribuições adrede pactuadas, a seguridade social tem como pedra angular a universalidade. É que se trata de um esquema protetivo amplo, moldado a partir da constatação, até certo ponto óbvia, de que sem a superação da miséria e das desigualdades não há bem-estar e nem justiça social.

Seriam vazias de sentido as disposições relativas à proteção social, se não pudessem aplicar-se a todos os que vivem no Território Nacional. Todos podem apresentar, em determinadas situações, alguma necessidade concernente à saúde, à previdência e à assistência. E, nessas situações, hão de ser socorridos pelo Poder Público.

Falava o notável Beveridge, numa proteção "do berço ao túmulo". É isso, mas não apenas isso, a que se propõe o objetivo que ora examinamos. São, na verdade, duas as dimensões desse objetivo.

A primeira — universalidade de cobertura — se refere às situações de necessidade. Todas as contingências da vida, que podem gerar necessidade, estão cobertas pela seguridade social.

Já a segunda dimensão — universalidade do atendimento — está a se referir aos sujeitos protegidos. Significa que todas as pessoas,

3. "Sicurezza Sociale", vocábulo do *Novissimo Digesto Italiano*, v. 17, p. 301.

indistintamente, são credoras da proteção social. Donde, a universalidade abrange sujeitos protegidos e objetos protetores. Ou, dito no linguajar técnico apropriado: coletividade de beneficiários e elenco de prestações.

Consiste, pois, a universalidade do atendimento e da cobertura na específica dimensão do princípio da isonomia (garantia estatuída no art. 5.º da Lei Maior), na Ordem Social. É a igual proteção para todos.

Foi deliberado o intento do constituinte, ao colocar a universalidade como o primeiro dos objetivos da seguridade social. Trata-se de princípio informador, do qual derivam todos os demais objetivos insculpidos na Lei das Leis. Enquanto no sistema de previdência social somente são protegidos os que contribuem, aqui não existem barreiras à proteção.

A seguridade é um programa de atuação do Estado na Ordem Social e a universalidade é a garantia de que esse programa se ajusta aos objetivos da justiça e do bem-estar, fins traçados para aquela mesma Ordem.

2.3.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

Guarda coerência, esse objetivo, com o anteriormente apreciado. Aqui também se pretende ver protegida toda a população do Brasil. Razões da ordem histórica, ligadas à própria criação do seguro social como instrumento de proteção coletiva, justificaram a proteção exclusiva dos trabalhadores urbanos. É que o seguro social surge, no período da revolução industrial, como instrumento de contenção dos anseios dos operários. Aqui reside a justificativa para o fato de ter sido implantado por um governo conservador — o presidido pelo chanceler Bismarck — na Alemanha, em fins do século dezenove.

Também a legislação brasileira cuidava, inicialmente, apenas dos trabalhadores urbanos. O homem do campo permanecia entregue à sua própria sorte. Num êxodo forçado, a que se viram obrigados em busca de melhores condições de vida, não encontraram resposta aos seus anseios. Todavia, a intensa migração interna, que se verificou em nosso País, sensibilizou, por certo, os governantes que, dando provas de sua preocupação, compreenderam a urgente necessidade de hospedar na malha protetiva do seguro social, esse grande contingente populacional.

Demorado caminho de lutas, o dos rurícolas, para obter um seguro social que os protegesse. Anota Cássio de Mesquita Barros Júnior que inexistia previdência rural, no Brasil, até 1955:[4]

Somente em 1971, com a Lei Complementar 11, de 25 de maio daquele ano, é que foi instituído o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural — PRORURAL. Justamente esse programa apresentava limitações que impunham tratamento inferior ao homem do campo, se comparado ao trabalhador urbano. Essa distinção afrontava a noção elementar de isonomia, sobre ser impedimento ao progresso e ao desenvolvimento do País.

Surge, então, um imperativo na consciência nacional: é necessário eliminar a desigualdade de tratamento previdenciário entre os trabalhadores urbanos e os rurais.

Desse sentir, resultou o objetivo gravado na Magna Carta. As populações urbanas e rurais merecerão o mesmo acolhimento da seguridade social. O objetivo marca uma nova era na história previdenciária brasileira.

A uniformidade significa identidade. Existirão prestações idênticas para toda a população, independentemente do local onde residam ou trabalhem as pessoas. Equivalente quer dizer "de igual valor". Significa, pois, que os benefícios não serão distintos entre as populações protegidas.

No sistema jurídico, que a nova Constituição substitui, houve benefícios cujos valores eram maiores quando devidos aos segurados urbanos e menores quando devidos ao trabalhador rural. Situação que se verificava até mesmo quando a necessidade que suscitava o benefício era idêntica.

Complementando essa odiosa discriminação, vem outra do mesmo calibre: a distinção entre o rol de prestações num e noutro dos sistemas protetivos. Ao beneficiário urbano a legislação deferia nada menos que dezenove espécies de benefícios, enquanto o rural tinha direito a apenas cinco prestações desse tipo. Com o objetivo da equivalência não mais haverá essa distinção. Um mesmo rol de prestações beneficiará as populações urbanas e rurais.

Mas o objetivo da equivalência possui outra faceta a ser considerada. Na sistemática da legislação previdenciária infraconstitucional ainda em vigor, as prestações possuem graus de eficácia distintos. Eficácia, saliente-se, é a aptidão que o ato normativo possui para pro-

4. *Previdência Social Urbana e Rural*, p. 114.

duzir efeitos jurídicos.[5] Enquanto os benefícios, preenchidos os requisitos legais, são exigíveis compulsoriamente pelo interessado, os serviços não podem ser reclamados quando o órgão previdenciário não possui os recursos suficientes para a respectiva cobertura.

A Lei 6.439, de 1977, no § 1.º do art. 6.º, fundamentava esse distinto grau de eficácia entre as prestações. Doravante, o objetivo constitucional da equivalência não comporta mais essa distinção. Surgindo, na vida, situações de necessidade que devam ser supridas por prestações de benefícios ou de serviços, a população urbana e a população rural farão jus ao atendimento.

Veja-se, pois, como o objetivo da universalidade, expresso no inciso I do artigo que analisamos, se alia com o da equivalência. O segundo é um arremate ao ideário proposto pelo primeiro.

2.3.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

Ao inventariar as diferentes vias, através das quais poderá superar as necessidades individuais e coletivas, o legislador deverá adequá-las aos recursos potencialmente disponíveis. Os critérios determinantes para a escolha dos instrumentos aptos a operarem o trânsito das situações de necessidade para a melhor condição de vida já se acham fixados na disposição geral que informa o Título "Da Ordem Social" na Constituição. Esses critérios são os da justiça e do bem-estar sociais.

A seletividade é um instrumento a serviço dessas finalidades adrede fixadas no Texto Fundamental. O momento da seletividade está situado no estágio de elaboração legislativa. Orientando a intenção normativa, que se expressa nas finalidades a serem atingidas, cabe ao legislador definir os benefícios e serviços cuja prestação propicie melhores condições de vida à população.

Instituindo um elenco de prestações que, consideradas em seu conjunto, proporcionam aos beneficiários a justa situação social que lhes assegura o Estatuto Supremo, o legislador — animado por critérios de política social que escapam ao conhecimento do jurista — esgota o momento da seletividade. É, em suma, o próprio direito positivo quem terá cumprido o objetivo da seletividade.

Para além da seletividade, entretanto, a Norma Fundamental institui, também, a distributividade como objetivo a ser atingido pelas

5. Geraldo Ataliba, *O Decreto-lei na Constituição de 1967*, p. 21.

prestações da seguridade social. Essa circunstância coloca o legislador num campo mais angusto de escolha das prestações que sejam aptas ao cumprimento das finalidades constitucionalmente definidas. É como se o próprio direito positivo ficasse condicionado ao cumprimento do desiderato constitucional. Donde a distributividade impõe que a escolha das prestações recaia naquelas que possam contemplar intenso universo de necessitados.

Aqui é preciso distinguir os benefícios dos serviços. Os benefícios são fruíveis individualmente pelos respectivos titulares. Cada situação jurídica, considerada isoladamente, dará ensejo a uma prestação a certa e determinada pessoa. No máximo, o benefício pode ser concedido ao conjunto familiar e, ainda aqui, há uma individualidade em cada uma das cotas em que o mesmo se divide. A própria natureza da prestação impede que o benefício seja conferido a uma coletividade.

Já os serviços comportam, além da dimensão individual, aspecto coletivo. É onde se situa toda a gama de serviços de assistência social, vocacionada para o atendimento das necessidades coletivas.

Vemos a seletividade, aqui, como um critério legítimo de escolha das camadas da população que mais necessitem dos serviços. Pense-se, *verbi gratia*, num programa destinado a suprir a carência de alimentos básicos das crianças e estaremos diante de uma prestação coletiva. Todas as crianças desnutridas deverão ser assistidas. É possível selecionar, outrossim, setores da população aos quais fossem deferidas opções de lazer social pelo Poder Público.

Numa outra ordem de considerações, cumpre apreciarmos a distributividade como um signo bem mais abrangente. As exigências do bem comum, que o ideal da justiça distributiva invoca, não são atendidas pela mecânica partilha de um conjunto de prestações em partes iguais. Há que aquinhoar melhor aqueles que demonstrarem maior necessidade.

A finalidade da seguridade social é a de proporcionar, a todos, melhores condições de vida. Nem todos possuem as mesmas necessidades e as prestações são, precisamente, os meios que a legislação coloca ao dispor dos indivíduos para que nenhuma necessidade deixe de ser suprida.

Mas há uma escala de valores que implica em distinta distribuição dos bens sociais. A distributividade consiste na identificação daqueles bens que, mais do que por um direito próprio do indivíduo,

são devidos por serem comuns, como sabiamente expressa São Tomás de Aquino.[6]

Concretas medidas que implicam em melhor distributividade seriam, dentre outras, as seguintes: manutenção de programas de aleitamente materno e infantil; assistência aos idosos; criação de instrumentos que assegurem a superação de desníveis regionais no País e entre classes sociais e, em matéria de benefícios, a expansão da expressão monetária dos mesmos possibilitando a todos a fruição das vantagens que o desenvolvimento econômico do País proporciona.

2.3.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios

Uma análise das normas jurídicas, mormente daquelas situadas no ápice da pirâmide normativa, não pode deixar de lado o momento em que a norma está sendo instituída. Observa Carlos Maximiliano que o intérprete deve considerar, ao apreciar a *occasio legis*, "o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se projetou remediá-lo...".[7]

Ao qualificar como objetivo da seguridade social a irredutibilidade do valor dos benefícios, o constituinte revelou-se assaz impressionado com a conjuntura vivida pelo Brasil no período de elaboração da Carta Suprema. Com efeito, vivemos há vários anos às voltas com o problema da inflação, fenômeno econômico em cujas trágicas conseqüências se encontra o aviltamento dos benefícios.

Reduzidas, ao longo do tempo, a quantias ínfimas, as prestações pecuniárias que o beneficiário percebe deixam de proporcionar seguridade. E, com isso, descumprem sua elementar função social.

É bem verdade que a legislação contém dispositivo que estatui o reajustamento periódico dos benefícios. Todavia, os tortuosos critérios de cálculo adotados pela administração previdenciária, aliados a uma prática recessiva da economia, provocaram brutal queda no valor dos benefícios, como demonstrou muito bem o advogado Raul Portanova.[8] Ora, essa situação provoca uma diminuição do padrão de vida do indivíduo, quando comparada com o período anterior ao da percepção da prestação. Por paradoxo, a seguridade ao invés de suprir estaria criando necessidades.

6. *De Justitia*, II, II, q. 61, citado por André Franco Montoro, *Introdução à Ciência do Direito*, v. I, p. 237.

7. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 149.

8. Raul Portanova, "Reajustamento de benefícios e suas distorções", *Revista de Previdência Social* 55, p. 339 e ss.

A dura realidade diverge do sonho da aposentadoria que muitos trabalhadores acalentam por toda uma vida. O benefício (que *nomen iuris* mais impróprio, na circunstância!) passa a ser considerado um castigo condutor ao desespero e à miséria. A irredutibilidade é objetivo que impõe a superação desse estado de coisas!

Operando a partir do momento da concessão do benefício, implica na manutenção permanente do valor real do mesmo.

Mas, ao nosso ver, a irredutibilidade não impede que se interprete o conjunto dos objetivos, traçados pelo constituinte com o propósito de melhorar o padrão de vida das pessoas. Para além da irredutibilidade, a seguridade social deve proporcionar progressiva elevação dos padrões de vida da população.

Critério complementar ao da irredutibilidade é aquele que vincula o reajustamento dos benefícios ao incremento das receitas da seguridade social.

O legislador enunciou timidamente esse critério, que não está expresso na Lei Maior.[9] Mesmo assim, a seguridade social é um verdadeiro termômetro da situação nacional. As fontes de custeio estão ligadas aos setores da produção e detectam, facilmente, o crescimento da economia. Se o alvo é a justiça e o bem-estar, o desenvolvimento econômico deve trazer, como uma de suas principais conseqüências, melhoria no valor dos benefícios.

Assim, podemos entender que a irredutibilidade é antes uma garantia do que um objetivo. Nas situações de inflação galopante, ela adquire pleno sentido. Mas, nos momentos de progresso econômico fica aquém da meta da seguridade social: distribuir cada vez mais prestações até que se cumpra o desiderato da justiça e do bem-estar sociais. A irredutibilidade é plenamente compatível com o desejável crescimento das prestações.

2.3.5 Eqüidade na forma de participação no custeio

Haverá uma forma eqüitativa, vale dizer, igualitária de participação no custeio da seguridade social?

É certo que toda a sociedade, bem como o Poder Público, serão os responsáveis pelo financiamento desse conjunto de medidas sociais. Só será equânime a participação que atue na direção do ideal da Ordem Social: o bem-estar e a justiça. Sendo distintas as situações

9. Foi instituído pelo art. 2.º da Lei 2.087/83.

econômicas das categorias sociais, a eqüidade impõe igual distinção às contribuições. Equânime, afirma Aristóteles, é o reto, o justo.

É evidente a maior capacidade econômica de uma empresa, quando comparada a um indivíduo. Mesmo entre indivíduos, alguns possuem capacidade contributiva notoriamente maior. Portanto, não refoge à eqüidade o estabelecimento de contribuições maiores para os empregadores e menores para os empregados.

Harmonizam-se plenamente com o objetivo da eqüidade as contribuições incidentes sobre o lucro. Esse objetivo pode ser atingido através da isenção de contribuições para os trabalhadores de baixa renda e para os rurícolas, por exemplo.

Quando o fim é a superação das necessidades, a eqüidade autoriza a imposição de maiores encargos aos que menores necessidades possuem. Vice-versa, quanto maior a necessidade, menor ou nenhum ônus haverá de ser cometido ao indivíduo. A eqüidade é um critério de justiça. Caberá ao legislador formular, de modo eqüitativo, o esquema de contribuições que custearão a seguridade social.

Convém recordar que a Constituição de 1988 reinscreve, como categoria fundamental, o chamado princípio da capacidade contributiva. A capacidade econômica figura, assim, como critério a ser considerado pelo legislador quando da elaboração das normas que criem contribuições. E a graduação da carga tributária, pela qual responde toda a sociedade, há de observar a eqüidade para que não suportem, os mais fracos, um peso proporcionalmente maior ao que incumbe aos economicamente mais fortes.

Em suma, o objetivo da eqüidade procura dimensionar, no âmbito da seguridade social, a diretriz da isonomia que se acha consagrada no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais insculpido no art. 5.º do Estatuto Supremo.

2.3.6 *Diversidade da base de financiamento*

O financiamento da seguridade social compreende um conjunto de recursos que deverão ser buscados em diversas fontes.

Na época em que foi concebido por Bismarck como um seguro social, o modelo protetivo tinha como fontes de custeio as contribuições dos próprios segurados, das empresas e do Estado. Tal esquema não sofreu grandes alterações ao longo do tempo e vigorou, pelo menos no Brasil, desde a implantação do modelo previdenciário pátrio.

A contribuição tríplice figura em preceito constitucional desde 1934. São diferentes as bases de cálculo e os percentuais de contri-

buição devidos por cada um dos partícipes do esquema contributivo. Enquanto a contribuição dos trabalhadores e dos empregadores incide sobre a folha de salários, a parcela devida pela União é cobrada do conjunto da sociedade, de modo indireto, através do sistema tributário e de outras fontes definidas em lei.

Na época atual, a doutrina e os técnicos passaram a exigir uma mudança de rumos nesse esquema de custeio. É que foram surgindo novos fatores, ao longo do processo histórico, cuja ponderação há de influir, diretamente, nas bases de financiamento da previdência e, agora também, da seguridade social.

Uma crítica assaz freqüente ao esquema de custeio baseado exclusivamente na folha de pagamento é a que vislumbra nele sério empecilho ao progresso econômico. De feito, quanto maior o avanço que, do ponto de vista tecnológico, certas atividades produtivas apresentam, é menor o contingente de mão-de-obra que empregam. Contrariamente, onde há menor avanço tecnológico ocorre um maior emprego de trabalhadores.

Ora, essas circunstâncias provocam como conseqüência uma diferença brutal entre as contribuições das empresas que empregam maior ou menor número de trabalhadores, ainda quando tenham igual peso na vida econômica do país. Conseqüências desse quadro, apontadas pelos técnicos: elevação dos custos de produção, com redução de produtividade, justamente naquelas atividades que maior número de pessoas empregam.

A diversificação das bases de financiamento visa à adequação do esquema de custeio da seguridade social à evolução da atividade econômica, para apreender signos de riqueza que melhores resultados tragam para o sistema protetivo, sem afetarem, por outro turno, a atividade produtiva, provocando recessão e desemprego.

Toda essa delicada problemática está sendo apreciada, hoje em dia, pelos foros internacionais especializados, notadamente a Organização Internacional do Trabalho e a Associação Internacional de Seguridade Social: o assunto está na ordem do dia em todos os países que possuem um sistema de proteção coletiva.

A senda escolhida pelo constituinte pátrio para ordenar, de modo diferente, o esquema de financiamento da seguridade social não deixa margem, a nosso ver, para uma grande diversificação. Já estão identificadas, no Texto Magno, como fontes de custeio, as contribuições

sociais e os recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal e dos Municípios. Vale dizer, toda a sociedade é chamada a contribuir para a seguridade social.

Para além do sistema tradicional de custeio incidente sobre a folha de salários, são criadas contribuições sobre o faturamento e o lucro o que permitirá, por certo, a superação dos problemas antes suscitados. Daí que, a própria institucionalização, pela lei, das novas fontes de custeio, pode tornar-se momento expressivo de diversificação das bases, na medida em que o manejo do vasto elenco de fontes abre importante oportunidade para que sejam alcançados (ou, pelo menos semeados) os demais objetivos da seguridade social.

Ocorre-nos apontar como possíveis caminhos, dentre os que poderá percorrer o legislador, os atinentes à criação de contribuições calcadas em alíquotas diferenciadas para cada categoria econômica ou profissional; outros que promovam o desenvolvimento de certas regiões onde haja maior pobreza, e outros tantos que sirvam à superação de desníveis entre os distintos setores da economia — o primário, o secundário e o terciário. É claro que o critério fundamental é o da seguridade. Nela reside o objetivo central do sistema de custeio.

Se é certo que morrem mais brasileiros de fome e de desnutrição no norte do País do que no sul, não seria possível aferir-se tecnicamente (até mesmo em nome da equanimidade, já referida aqui — inciso V do artigo em exame), o grau de risco que cada região apresenta para, na seqüência, adotar-se maior contribuição para uma região e menor — ou diversa — para outra?

De outro lado, a diversidade admite e prestigia — contra a fria argumentação dos tecnocratas — que as diferentes categorias da produção tenham distintas contribuições. É o que ocorre, hoje em dia, com o custeio da previdência rural para o qual são vertidas contribuições por empresas urbanas. O empregador urbano financia, em parte, a proteção social dos rurícolas que, por seu turno, não contribuem.

Cada um dos objetivos elencados no corpo do artigo que estamos analisando contêm, sempre, uma implícita referência ao fim da ordem social que se acha expresso no art. 193.

Dado que o fim é o bem-estar e a justiça social, o financiamento há de ser um instrumento a serviço desse desiderato.

2.3.7 Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade

Esse objetivo já agora é norma constitucional, estampado, que vem no art. 10 do novo Texto: "É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação".

No Estado de Direito Democrático, a participação da comunidade é elemento da maior importância. Sem ela, o Poder Público, notadamente o Executivo, fica insensível aos reais problemas da população.

É dos primórdios de nossa legislação social a existência de órgãos paritários incumbidos de velar pela execução. Assinala Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira que o primeiro desses órgãos foi o Conselho Nacional do Trabalho, criado pelo Decreto 16.027, de 30 de abril de 1923.[10] Ali, tinham assento trabalhadores e patrões, principais interessados no bom funcionamento da organização previdenciária.

Sustentam alguns que os órgãos paritários, ao longo do tempo, estiveram dominados por políticos populistas e por tecnocratas insensíveis. Aqueles, por demagogia, implantavam medidas fugazes e inconsistentes; estes, escudados nas regras matemáticas, mantinham-se indiferentes ante o avultamento dos problemas sociais.

Ora, o elemento motor da seguridade social é a solidariedade que, nessa instituição, adquire profunda conotação jurídica. É curial que sejam mais solidários os que enfrentam os mesmos problemas e dificuldades porque mais de perto sentem os seus efeitos. Por isso, são os próprios interessados chamados a participar da discussão de seus problemas e a propor soluções adequadas.

Numa lamentável involução, a legislação previdenciária pátria suprimiu, por vários lustros, a fecunda participação de trabalhadores e empresários na direção do sistema. O constituinte acaba de resgatar a primitiva e louvável estrutura democrática e participativa dos órgãos que gerem a seguridade social.

Organismos necessariamente abertos aos problemas da comunidade, as instituições da seguridade social devem possuir estruturas transparentes e mecanismos de decisão ágeis e facilmente assimiláveis pelo leigo. As deliberações, que precedidas pela seleção de opções

10. "Um pouco da história da Previdência Social. O Conselho Nacional do Trabalho, suas origens". *Revista de Previdência Social* 90, p. 269.

possíveis, e a tomada das decisões pertinentes, são fruto da experiência de cada um dos partícipes.

Os trabalhadores terão argumentos ponderáveis a respeito de certos problemas que afetam a atuação dessa classe, cuja solução depende de medidas previdenciárias e assistenciais. Os empresários, sensíveis à questão social, saberão refletir o pensamento das classes produtoras sobre providências que confiram melhor tranqüilidade aos obreiros, a fim de que a produtividade se desenvolva com segurança. Por fim, os aposentados, diretamente beneficiários da seguridade social, operam com valores que dizem respeito à sua própria experiência de vida e situam, concretamente, questões que afetam a seguridade que o direito confere à sua definitiva posição jurídica.

Já no I Congresso Nacional de Direito Previdenciário, apresentávamos tese, aprovada pelos participantes, na qual propugnávamos a criação de órgãos comunitários de fiscalização das atividades previdenciárias.[11] Era, como enfatizávamos, um primeiro passo para que se concretizasse a efetiva participação da comunidade na gestão do sistema previdenciário.

Posteriormente, o governo criou os Conselhos Comunitários da Previdência Social como que reconhecendo, tardiamente, o mérito de nossa propositura. Agora, é no ápice da pirâmide normativa — a Constituição — que a gestão democrática nasce como objetivo da seguridade social.

Cumpre aos interessados, pois, converterem a participação em momento expressivo das discussões e decisões que hão de ser tomadas em favor da comunidade assistida. Para tanto, é necessário que o legislador elabore normas eficazes a respeito do mecanismo de eleição dos representantes de modo a assegurar, já nesse momento, ampla participação da comunidade protegida.

Anexo ao objetivo da democratização encontra-se outro que lhe é complementar: o da descentralização. Enquanto existir uma estrutura centralizada e burocrática, na qual os indivíduos não consigam compreender os caminhos a serem percorridos para a tomada das decisões, a participação estará, *ipso facto*, tolhida. Nos setores de saúde e de assistência social, o desempenho se acha articulado diretamente com a população assistida. A gestão e o controle desses seto-

11. Cf. I Congresso Nacional de Direito Previdenciário, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário no Rio de Janeiro, em 1983 — Conclusões finais do tema II.

res, através de órgãos municipais, contribuirá para torná-los, inclusive, mais sensíveis aos problemas de cada comunidade.

A descentralização administrativa, combinada com a participação da comunidade, são instrumentos que se integram. A primeira situa a estrutura burocrática no seu verdadeiro papel de agente da proteção, enquanto que a segunda permite a elaboração de esquemas próprios de avaliação do desempenho dessa estrutura, no cumprimento dos objetivos maiores que o sistema abraça.

2.4 Custeio

Tendo fixado as linhas mestras da seguridade social o constituinte cuida de montar, em seguida, o esquema básico de financiamento para os diferentes programas que dela fazem parte.

Anotamos, anteriormente, que estão definidos alguns objetivos do custeio. Respeitados esses objetivos, cuida a Lei Maior de especificar as fontes de custeio do ambicioso esquema de proteção social que traçou.

Assenta o art. 195, que: "A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I — dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; II — os trabalhadores; III — sobre a receita de concursos de prognósticos. § 1.º. As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União".

A seguridade social é considerada, em nosso sistema jurídico, um dos fins do Estado brasileiro. Trata-se de um conjunto de atividades que abarcam todos aqueles que, direta ou indiretamente, se relacionam com o Estado. Tendo por fundamento último o já referido objetivo da equanimidade, a Lei Magna convoca o conjunto da sociedade para compartilhar responsabilidades que lhe são inerentes.

A seguridade social, no conceito aberto que a Constituição lhe atribui, infunde a todos os partícipes do tecido social uma obrigação da qual não se podem furtar: a de serem solidários com os demais.

Importa termos presente que, nem sempre, se aceitou essa obrigação coletiva. De início, a proteção social implicava num compromisso entre pessoas que, voluntariamente, aderiam a uma sociedade de socorros mútuos, na qual desfrutavam de uma segurança em casos

de infortúnio. Manifesta-se, então, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, inspirada na Revolução Francesa, denuncia a existência de uma "dívida sagrada" dos ricos para com os pobres. Para saldar essa dívida, a legislação começa a institucionalizar um novo direito e novos deveres.

Fundado na técnica do seguro, Otto Von Bismarck institui, na Alemanha, um programa destinado a proteger os trabalhadores em situações de necessidade. Respondem pelo custeio desse programa: os próprios trabalhadores, as empresas e o Estado.

Esse esquema de financiamento foi adotado por inúmeros países que, inspirados no modelo alemão, lançaram idênticos planos protetivos. No Brasil, desde as primeiras leis previdenciárias, as mesmas bases de financiamento foram acolhidas.

Sobrevém a seguridade social da insatisfação do homem com o rígido esquema do seguro. A sociedade, para além de proteger apenas aqueles que podem custear um sistema protetivo, deve dar cobertura a todos os que padeçam necessidades. Como todos serão protegidos, é mister que o custeio recaia sobre o conjunto da sociedade. A forma de participação deve se dar de modo direto e indireto, consoante dispõe a Lei Maior.

Remanesce, e aqui se situa o modo direto de participação, a fórmula do seguro social: o trabalhador e o empregador contribuem para a seguridade social. Ambos contribuem, por se beneficiarem da segurança oferecida pelo sistema. O empregador, por se livrar do ônus de ter que suportar o custo social da permanente situação de risco em que vivem os obreiros. E os trabalhadores, por serem os beneficiários diretos das prestações da seguridade social.

A forma indireta de contribuição é a que abrange o conjunto da sociedade. Em primeiro lugar, aqui se situam as dotações orçamentárias devidas por cada uma das pessoas de direito público que fazem parte da estrutura fundamental do Poder: a União, os Estados e Territórios, o Distrito Federal e os Municípios. É também pela via indireta que participam os apostadores em concursos de prognósticos, já que o fato jurídico que os obriga não possui nenhuma relação com a seguridade proporcionada pela contribuição que vertem.

Cumpre anotar, outrossim, que a parte correspondente a cada um dos participantes do custeio da seguridade social, deverá ser definida em lei.

No plano formal, o Estatuto Supremo impõe a cada uma das pessoas de direito público, já mencionadas, a obrigação de definir,

expressamente, nos respectivos orçamentos, as dotações para a seguridade social.

À Lei de Diretrizes Orçamentárias caberá definir, tecnicamente, o modo de integração das verbas alocadas pelos diversos entes estatais ao orçamento da seguridade social. Por fim, o parágrafo subseqüente enuncia as principais contribuições sociais criadas pela Constituição, como veremos em seguida.

2.4.1 Contribuições sociais

A denominação "contribuição social" foi introduzida em um Texto Constitucional, pela primeira vez, através da Emenda de n. 8, de 14 de abril de 1977, à Constituição de 1967. Anteriormente, a expressão "contribuição" figurava, sem adjetivo nenhum, naquele Diploma e designava, ainda, uma das espécies de contribuição que é a de melhoria.

A contribuição é um dos tipos tributários, ao lado dos impostos e das taxas. Trata-se de gênero do qual são espécies as contribuições sociais e demais modalidades de exações que se enquadram dentro dessa categoria tributária.

A natureza jurídica das contribuições é problema mal estudado pela doutrina. A começar por Rubens Gomes de Souza, de nome tão memorável na ciência jurídica, que definiu as contribuições por exclusão, quando elaborou o anteprojeto de Código Tributário: "Art. 95. São contribuições os tributos que não sejam especificamente impostos ou taxas",[12] até aqueles que reduziram essa figura à de melhoria.

Na verdade, o gênero contribuição, como exação vinculada ao custeio de programas sociais, é especificamente mencionado pelo Modelo de Código Tributário para a América Latina, elaborado pelo mesmo Gomes de Souza e pelos estudiosos Giuliani Fonrouge e Valdes Costa: aí vêm claramente definidas pelo menos duas contribuições: a de melhoria e a de seguridade social,[13] denominadas "especiais". Em verdade, indo por este caminho, poderia a doutrina ter encontrado a correta direção para o enquadramento do instituto numa das categorias tributárias conhecidas. Todavia, os estudiosos e os julgados reduziram o problema à discussão de assunto de importância menor, qual seja o pertinente ao tema da decadência e da prescrição.

12. "Natureza tributária da contribuição para o FGTS", *RDP* 17/132.

13. Cf. "Modelo de Código Tributário preparado para el Programa Conjunto de Tributación OEA/BID", 2.ª ed., Washington, DC, 1968, art. 17.

Assim, o comportamento irregular e criminoso dos contribuintes relapsos e a ineficiência do aparelho estatal encarregado de cobrar as contribuições, aliados a uma contraditória e confusa disciplina legal do assunto, transformaram o debate doutrinário em mero conflito de interesses, colocado no bojo de infindáveis disputas judiciais.

A própria edição da Emenda n. 8, em 1977, parece ter sido inspirada por essa contenda sem termo antes que pela salutar preocupação do legislador com uma melhor definição do perfil constitucional de certos tributos. Mas não se pode negar o fato histórico.

A partir da Emenda n. 8, ninguém mais pôde ignorar a existência de um tipo tributário distinto dos impostos e das taxas.

O tema ganha novo colorido, com a nova Constituição. Ao rubricar as contribuições sociais no capítulo que cuida da Seguridade Social, não pretendeu o constituinte distingui-las dos demais tributos. Apenas quis melhor situá-las dentro do contexto no qual estão intimamente ligadas.

Mas seria errôneo supor-se que, com a situação topográfica específica que adquiriram no bojo da Lei Maior, tais exações obtiveram nova natureza jurídica. É que ao direito repugna interferir com a natureza das coisas e, toda a elaboração doutrinária mais autorizada, reconhece nas contribuições uma das espécies do gênero tributo.

Procurar esconder sob a capa da parafiscalidade, como fazem alguns, a clara natureza especificamente tributária das contribuições sociais é pretender confundir as coisas, indevidamente.

A parafiscalidade não cria um sistema jurídico distinto do fiscal para as verbas que o Poder Público arrecada com finalidades específicas. As ditas contribuições parafiscais são tributos, afirma com inteira procedência o grande Aliomar Baleeiro.[14] Aliás, pouco importa — para a definição da natureza jurídica de um tributo — o destino que é dado ao produto da arrecadação, como estatui, com propriedade, o inciso II do art. 4.° do Código Tributário Nacional.

Quando a relação de custeio (vínculo que se estabelece entre o contribuinte — sujeito passivo da obrigação tributária — e a entidade definida na estrutura da seguridade social como apta para arrecadar as contribuições) já não mais existe (pois se extingue, em regra, com o pagamento da contribuição), ou, ainda, já produziu seus máximos efeitos jurídicos (com a inscrição na dívida ativa da contribuição não recolhida a seu tempo), é que se examina — na seara finan-

14. *Direito Tributário Brasileiro*, p. 571.

ceira — o destino que se dá aos recursos auferidos. É questão que não diz respeito ao Direito.

Em outra linha de considerações, poderia situar, a doutrina, a problemática do financiamento da seguridade social. De feito, alguns autores apontam como característica da seguridade social o custeio exclusivo pelo Estado.

É que, obtemperam, a coletividade residente no País é beneficiária dos sistemas protetivos da seguridade. Nada mais adequado, concluem, que a responsabilidade integral pelo financiamento seja do Poder Público.

Alguns poderão sustentar, à vista dessa argumentação, que o constituinte ousou pouco ao universalizar a cobertura e não fazer o mesmo com o financiamento da seguridade social. Dito por outras palavras: o correlato da universalidade da cobertura (todos serão protegidos) deveria ser o financiamento integral pelo Estado (que é o representante máximo da coletividade, do ponto de vista jurídico).

Permaneceu, porém, o sistema jurídico-positivo pátrio ainda atrelado ao velho esquema do seguro social, visto como manteve a contribuição direta dos segurados e das empresas. Cabe atentarmos, então, para essa realidade social que informa e enforma o labor daqueles que constroem o direito positivo. Essa realidade indica que existem muitas imperfeições a serem superadas pela Ordem Social insculpida na Constituição.

Com os olhos postos nessa realidade, o Constituinte engendrou um esquema de financiamento que é próprio para a etapa de transição da previdência para a seguridade social. Na lição de Russomano: "É preciso repetir que a realidade atual talvez não ofereça regimes absolutamente perfeitos de Seguridade Social, inclusive porque, geralmente, ainda se conserva o sistema de contribuição obrigatória dos segurados-beneficiários".[15]

É essa mesma realidade que obriga o jurista a compreender que a seguridade, num país como o Brasil, onde sobressaem as desigualdades sociais, é um esquema de proteção coletiva que deixa de lado toda e qualquer idéia assentada no individualismo jurídico.

Contrariando a técnica e o objetivo do contrato de seguro no qual buscou, no passado, inspiração, a seguridade social não pode se ater a uma correspondência estrita entre a obrigação de contribuir e o direito às prestações. A contribuição é social por representar a par-

15. Mozart Victor Russomano, *Curso*... cit., p. 56.

cela, fornecida pela pessoa física ou jurídica, a um fundo que se destina a impedir que todos os cidadãos padeçam necessidades.

Aliás, funcionando como verdadeiro mecanismo de distribuição das riquezas nacionais, a seguridade social pode vir a ser mais utilizada precisamente por aqueles que, para ela, nunca contribuíram e, vice-versa, pode quase não servir aos que maiores contribuições verteram para o sistema. Basta que se imagine, *verbi gratia*, uma grande empresa instituindo um modelar serviço médico para seu pessoal e que, sem embargo, esteja obrigada a contribuir com elevadas quantias mensais.

Tanto os trabalhadores vinculados a essa empresa quanto os respectivos dirigentes, possivelmente, não fruirão dos serviços de saúde postos à disposição de todos pela seguridade social. O oportuno material de cogitação, que o novo sistema lança à apreciação dos estudiosos, permitirá que esse esquema de proteção coletivo venha a ser entendido em todo o seu sentido e alcance. No elevado ideal da seguridade social: "a pobreza em qualquer parte constitui obstáculo à prosperidade em toda a parte", como assinala a Carta de Filadélfia, exarada pela Organização Internacional do Trabalho.[16]

É disso que se trata: da eliminação da pobreza e da elevação do padrão de vida de todos os cidadãos. Numa palavra: de justiça social (art. 193 da Constituição). Sem essas cogitações não é possível a compreensão do complexo mecanismo de financiamento da seguridade social, que a Constituição institui e que passaremos a examinar em seguida.

2.4.1.1 A contribuição dos empregadores

Reza o inciso I do citado art. 195: "I — dos empregados, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro".

O empregador é um dos sujeitos históricos envolvidos, desde a criação do seguro social, nessa corrente de solidariedade que o Direito torna compulsória.

A pioneira legislação da Alemanha, elaborada por Bismarck já impunha uma contribuição social aos empregadores. No Brasil, a Lei Eloy Chaves incluí, também, o patronato no rol dos responsáveis pelo financiamento do seguro social.[17]

16. *Apud* Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, *Previdência Social*, cit., p. 15.

17. Cf. Decreto Legislativo 4.682, de 24 de janeiro de 1923 (Lei Eloy Chaves), art. 3.º, letra "b".

Há um vínculo que une o empregador ao sistema de proteção social organizado e mantido pelo Estado. Esse vínculo é estabelecido pela própria Constituição. Antecedente a esse vínculo, porém, existe um outro que liga o patrão ao trabalhador. É justamente este vínculo — o contrato de trabalho — que justifica e motiva a presença do empregador dentre os partícipes do custeio da seguridade social.

Advirta-se, desde logo, que tais vínculos não se confundem quanto à respectiva natureza, estrutura e efeitos jurídicos. Inegável, contudo, que se interpenetram no contexto da Ordem Social em que se situam.

Enquanto que, no contrato de trabalho, o salário é a contraprestação devida pelo empregador ao empregado em razão dos serviços que este lhe presta, na relação de custeio da seguridade social, que tem natureza compulsória, nada pode exigir o contribuinte-empregador em troca do tributo que lhe incumbe pagar. Sem dúvida nenhuma, existe uma vantagem claramente aferível para pessoas que se relacionam — juridicamente — com o empregador. Essa vantagem (chamemo-la, provisoriamente, assim) é a proteção social devida ao trabalhador.

Por via reflexa, também o empregador acaba por se beneficiar dessa vantagem proporcionada ao trabalhador, pois é por meio dela que o obreiro adquire segurança quanto à situação física, mental e financeira de sua própria pessoa e de seus dependentes, assim no presente como no futuro. É óbvio que essa segurança colabora numa melhor performance do obreiro por força de mecanismos psicológicos que não cabe ao jurista perscrutar, mas que saltam à vista.

A contribuição é um *tertium genus* na categoria dos tributos. Situada numa zona cinzenta entre o imposto e a taxa (como mostrava a conceituação de Gomes de Souza, antes referida) ela é cobrada do empregador, em benefício do universo de trabalhadores que lhe prestam serviço e, para além desse universo, em favor da coletividade protegida.

Ao referir-se à figura do empregador, a Constituição identifica o sujeito passivo da obrigação tributária. Por empregador se entende o tomador dos serviços de toda e qualquer pessoa apta a prestá-los. Tanto pode ser a pessoa física como a jurídica; de direito privado ou de direito público.

Aqui se pode falar na figura da empresa como a expressão externa do empregador. A empresa, ou grupo de empresas, quando coloca pessoas físicas a seu serviço, é o contribuinte da seguridade social.

A Constituição define, também, as bases de cálculo de contribuição do empregador. São elas: a folha de salários, o faturamento e o

lucro. O fato de alguém ser qualificado como empregador, atribui-lhe intensidade econômica que deve ser mensurada, para efeitos de tributação.

Identificou a Lei Maior três ângulos sob os quais aquele fato pode ser dimensionado. O primeiro atributo valorativo, que se considera, é a folha de salários. Ela revela o total dispendido pelo empregador, a título de remuneração dos trabalhadores que lhe prestam serviços. Sobre o total dos salários pagos aos trabalhadores incidirá um percentual que será devido pela empresa, a título de contribuição social.

A segunda grandeza que o constituinte reputou relevante para a definição da contribuição do empregador é o faturamento. Antes de mais nada, convém refletirmos um pouco sobre essa inovação, à luz do momento histórico em que a Constituição está sendo promulgada.

A onda tecnológica que envolve a humanidade (que é denominada "terceira onda" por Alvin Toffler), está transformando, por completo, a fisionomia das empresas. Grandes contingentes de trabalhadores vão sendo substituídos, gradativamente, pelas máquinas que dão plena conta das tarefas da produção. Por outro lado, há atividades onde, ainda hoje, a mão-de-obra é empregada em grandes quantidades. Ao onerar apenas a folha de pagamento, a contribuição social possuía um peso proporcionalmente maior no custo de produção das empresas que empregam mais operários.

Ora, o peso relativo dessas atividades, no conjunto da economia nacional, não difere muito daquele representado pelas empresas onde a automação é mais intensa. Por isso os estudiosos buscaram elementos que melhor traduzissem a real participação de cada empresa no conjunto da economia, a fim de que a carga fiscal pudesse ser melhor distribuída.

A folha de salários já não era, pois, instrumento suficiente para dimensionar a grandeza do fato — ser empregador — que serve de suporte à contribuição social em estudo. Alguém é qualificado juridicamente como empregador pelo fato de ter e remunerar empregados. Impende relacionar essa situação jurídica (ser empregador) com um dado econômico (o faturamento), com vistas aos objetivos da seguridade social.

O objetivo da seguridade social é proporcionar bem-estar à população. A contribuição deve ser criada com vistas a esse objetivo. Se serve para desvirtuá-lo, não pode subsistir.

Fazemos essa advertência para que não se utilize essa grandeza — o faturamento — de modo isolado e distinto do projeto global

que suscita a contribuição. Insistimos, pois, na necessidade imperiosa de relacionar-se o fato de alguém possuir a qualificação jurídica de empregador com um dado econômico imposto como medida desse fato pelo constituinte: o faturamento. Frise-se: *dentro dos objetivos da seguridade social.*

Alguns critérios permitirão que o legislador explicite melhor esse nexo entre a situação jurídica (ser empregador) e o dado econômico (o faturamento). Um critério pode ser o seguinte: para um faturamento maior, com menor número de trabalhadores, a alíquota incidente sobre o faturamento deveria ser maior. A *contrario sensu*: com elevado contingente de mão-de-obra contratada, o alto faturamento do empregador seria premiado com alíquotas mais brandas.

É possível, pois, que fatos economicamente iguais sejam qualificados distintamente, pela legislação, sem que isso represente qualquer ofensa aos princípios que informam o sistema jurídico positivo.

A produção de uma empresa, cuja representação numeral é o faturamento, está relacionada a dois fatores que lhe observam pertinência: o número e a qualificação profissional dos empregados e a proteção social que tais trabalhadores recebem do Poder Público.

Como já se disse aqui, a vantagem proporcionada ao empregador pela atuação do Poder Público, no campo da seguridade social, consiste na circunstância de que tal sistema protetivo confere tranqüilidade ao segurado que mais e melhor se dedica às atividades produtivas. A maior produção das empresas decorre da melhor proteção que o Estado assegura aos beneficiários da seguridade social. O faturamento é, por conseguinte, uma boa medida do fato gerador da contribuição social do empregador.

Na definição da legislação fiscal infraconstitucional, ainda em vigor, o faturamento é valor definido como receita operacional para efeitos de imposto de renda. Pode ser que esse conceito adquira um significado diferente, na legislação, que venha a regular os tributos, a ser editada na seqüência deste período constituinte. De notar, por fim, que a idéia de tributar-se o faturamento não constitui, em si, uma novidade.

Já na Lei Eloy Chaves vinha expressamente instituída uma contribuição anual sobre a renda bruta da empresa.[18] E, mais recentemente, na Lei Complementar 7, de 7 de setembro de 1970, o faturamento foi erigido em base de cálculo da contribuição para o Pro-

18. Decreto Legislativo 4.682, de 24.1.23, art. 3.º, letra "b".

grama de Integração Social. Aguardemos, pois, a legislação de seguridade social para que se possa estudar essa espécie de exação com maior detença.

A última espécie de contribuição do empregador, criada pela Constituição, é a que incidirá sobre o lucro. É aqui onde fica mais uma vez evidenciada a grande dificuldade conceitual das contribuições, já atrás referida.

Embora seja possível relacionarmos a existência do lucro com a atuação que é própria do empregador, e percebermos nessa exação o claro propósito do constituinte de utilizar o tributo como instrumento de distribuição de renda, não nos é possível aceitar a natureza mista que a Lei Maior aparentemente confere a um dado econômico, para efeito de qualificá-lo como fato suscetível de tributação.

Melhor dizendo, não podemos aceitar que o lucro seja, concomitantemente, fato gerador de um imposto e de uma contribuição social. Por diversas razões. Primeiro, porque o imposto difere, ontologicamente, da contribuição, como já deixamos dito antes. A incidência de um imposto atende a necessidades gerais do Estado, que deve buscar recursos, para manter em funcionamento todo o seu aparato, em fatos quaisquer que não tenham qualquer relação com a atividade do mesmo Estado. Já as contribuições sociais são cobradas a fim de que o Estado possa proporcionar específicas vantagens aos contribuintes. Segundo, porque é vedado pela Constituição que um mesmo fato gerador dê origem a dois tributos distintos.

De feito, estabelece o art. 154, da Lei das Leis que: "A União poderá instituir: I — mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição". É regra elementar essa que proíbe o *bis in idem*, em matéria tributária.

Aliás, esse princípio geral da tributação se acha em plena harmonia com os postulados que regem o financiamento da seguridade social. Tanto é assim que o art. 195, § 4.º da Norma Fundamental, expressamente faz remissão ao art. 154, como que recordando a vinculação existente entre o sistema tributário e as normas específicas, que regulam o custeio da seguridade social.

Se deixarmos de lado a idéia, aqui reiteradamente afirmada, de que o financiamento é um instrumento a serviço de um fim e que esse fim é a melhoria das condições de vida da população, não conseguiremos aceitar que o constituinte tem o poder de amoldar esse instrumento aos objetivos propostos pelo Estatuto Fundamental.

Lançando mão de um tributo cuja natureza é de imposto e não de contribuição social — o que faz, ao nosso ver, claramente, ao escolher o fato do lucro como hipótese de incidência de um tributo devido pelo empregador —, o constituinte não está criando um ser com natureza dúplice. Apenas indica que o produto da arrecadação do imposto sobre o lucro terá destinação específica: o custeio da seguridade social.

Ora, não tem sido outra a orientação do legislador em outros países. Conforme salienta um importante Relatório produzido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), o imposto de renda é cada vez mais utilizado como um instrumento da política de seguridade social.[19]

O constituinte não pretendeu impor a incidência simultânea de dois tributos sobre o mesmo fato (o lucro auferido pelo empregador). Chamou, impropriamente, de contribuição social o que será, simplesmente, a destinação do produto da arrecadação do imposto de renda para o financiamento da seguridade social. É que, não sendo um técnico, o constituinte poderia cometer esse grosseiro equívoco, apesar de, claramente, ter separado as espécies tributárias ao longo de todo o corpo do Estatuto Magno.

A Constituição estabelece, como matéria a ser objeto da lei complementar, a concernente à definição do fato gerador, da base de cálculo e do contribuinte dos impostos nela discriminados. É o mandamento estatuído pelo art. 152, III, "a".

O produto da arrecadação do imposto sobre a renda é um dos mais expressivos itens que compõe o orçamento da União. Caberá ao legislador, coerente com os objetivos abrangentes que a Constituição alinha como próprios da seguridade social, definir a parcela dessa receita que será alocada ao orçamento da seguridade social. Supomos que venha a ser apenas uma parcela, visto como o imposto sobre a renda é composto de diversas partes ora incidindo sobre a pessoa física, ora incidindo sobre a pessoa jurídica.

No caso da pessoa física, por exemplo, não encontraria guarida na Constituição transferir-se para a seguridade social o produto da arrecadação do imposto cobrado de quem não seja empregador.

Advirta-se, com efeito, que é um componente da definição do tributo o que concerne ao sujeito passivo. E, aqui, a Constituição

19. Cf. "A Seguridade Social na perspectiva do ano 2.000", tradução de Celso Barroso Leite, p. 35.

não deixa qualquer margem a dúvidas. É o empregador o contribuinte que se quer tributar.

Como não está vinculado, na Constituição, qualquer percentual, o legislador terá ampla liberdade para definir o montante a ser repassado para a seguridade social, do total arrecadado a título de imposto de renda incidente sobre o lucro auferido pelos empregadores.

Devidamente integrados, deste modo, os dispositivos que criam o imposto sobre a renda e a contribuição sobre o lucro, resta esperarmos que a sensibilidade social do legislador sirva para que o Congresso destine expressiva parcela do tributo em questão para os cofres da seguridade social cujas necessidades financeiras, pela amplitude dos encargos que lhe foram cometidos, serão consideráveis.

2.4.1.2 A contribuição dos trabalhadores

O inciso II do art. 195 institui a contribuição: "II — dos trabalhadores".

No particular, a Constituição do Brasil não apresenta qualquer novidade. Tanto a legislação alemã, instituída por Bismarck, quanto a brasileira de 1923, já situavam o trabalhador como um dos partícipes do custeio da seguridade social.

A razão da inclusão do trabalhador no rol dos contribuintes se prende à velha concepção do seguro, onde o interessado está obrigado a pagar um prêmio a fim de que faça jus à cobertura das contingências que eventualmente possam atingi-lo. Na seguridade social, como estágio ou etapa mais avançada na concepção da proteção social, bem poderia ter sido excluído o sujeito protegido da responsabilidade de custeá-la.

Todavia, como assinala Russomano em lição que já atrás reproduzimos, o sistema pode não ser suficientemente puro e nem tampouco evoluir de modo tão claro ao ponto de poder-se traçar a nítida linha de separação entre os modelos protetivos de previdência (onde a contribuição do segurado está sempre presente) e os modelos protetivos de seguridade social (onde, usualmente, o financiamento do sistema é feito integralmente pelo Estado).

O modelo brasileiro de seguridade social ainda está em evolução, donde explicável o enquadramento do trabalhador no rol dos contribuintes. A seguridade social irá acompanhar o trabalhador ao longo de toda a sua vida. Seja acudindo a cada um nas contingências mais graves, seja proporcionando ao conjunto dos obreiros melhores condições sociais.

Cumpre refletir sobre a cadeia de solidariedade entre gerações que se forma e à qual já se referiam os teóricos do seguro social. Fundada em critérios técnicos e calcada na elaboração atuarial de seus planos de custeio, não escapa a seguridade social das cogitações políticas, quanto à fixação da parcela que incumbe ao trabalhador no financiamento dos respectivos programas. E o componente político está presente na própria formulação, assaz ampla, da função que incumbe à Ordem Social: proporcionar bem-estar e justiça sociais.

O trabalhador é um dos principais destinatários da proteção social. Sua contribuição há de ser compatível com a inferioridade econômica que o faz destinatário das medidas protetivas.

A diretriz da eqüidade, aliás, recomenda que a contribuição do obreiro seja compatível com a respectiva capacidade contributiva e com a parcela de riqueza nacional de que é detentor, quando considerado como um dos membros da coletividade protegida. Daí que a contribuição do trabalhador há de ser, a um só tempo, constitutiva de um direito à proteção e, concomitantemente, expressão da solidariedade de cada um com os demais.

Todavia, a mais expressiva parcela das riquezas nacionais não está, por certo, em mãos dos trabalhadores. Se é assim, o financiamento da seguridade social deverá ser suportado, pricipalmente, pelos detentores da maior parcela de riquezas do país.

Justifica-se, pois, pela própria diretriz da eqüidade, que o peso relativo das contribuições dos trabalhadores seja menor que o peso relativo das contribuições dos empregadores, no universo do custeio. A contribuição devida pelos obreiros, deverá recair sobre o montante da retribuição que recebem dos tomadores de seus serviços.

Pode ocorrer que esse montante, por decorrer de diversas fontes, não seja facilmente aferível. Nesses casos, a lei poderá estabelecer parâmetros objetivos que, dimensionando a atividade do contribuinte, permitam a fixação de um valor real ou fictício, sobre o qual incidirá a exação.

De outra parte, como já o País avança no rumo da seguridade social, é natural que uma parcela da população esteja totalmente excluída de responsabilidade pelo custeio do sistema. Os mais pobres, credores da Assistência Social, terão direito aos benefícios e aos serviços sem que, para tanto, estejam obrigados a contribuir. Eis aqui, claramente identificada, uma das características da seguridade social: a solidariedade.

Ainda que não tenhamos atingido o ideal da seguridade social — custeio integral pelo Estado — já avançamos bastante. Só contri-

bui quem possui capacidade contributiva para tanto, observada a regra da eqüidade entre os participantes.

A eqüidade se traduz, precisamente, pela diversidade de contribuições. As contribuições dos empregadores serão maiores que as dos trabalhadores.

Enfim, indiretamente, o conjunto da sociedade — considerados nele somente os que possuem capacidade contributiva — irá completar o quadro dos responsáveis pelo financiamento da seguridade social.

2.4.1.3 Contribuições sobre a receita de concursos de prognósticos

O art. 195, III, da Constituição cria a contribuição: "III — sobre a receita de concursos de prognósticos". Tal contribuição integra o esquema de financiamento da seguridade social.

A expressão "concursos de prognósticos" designou, originariamente, a "loto", instituída pela Lei 6.717, de 12 de novembro de 1977. Assim como a loteria federal, a loteria esportiva e as apostas em prados de corrida, a loto destinava parcela do montante global de sua receita ao custeio do sistema previdenciário.

A fim de atender a parte da União no custeio da previdência social, foram criadas as famigeradas "cotas de previdência". As contribuições que agora ganham assento constitucional foram, inicialmente, algumas dessas cotas de previdência.

A cota de previdência constituiu-se no expediente técnico jurídico que o legislador encontrou para suprir a União dos recursos que esse ente estatal deveria destinar ao sistema previdenciário. Como somente as relativas aos concursos de prognósticos foram incluídas na Constituição, é lícito supor que a lei possa vir a instituir, no futuro, outras cotas que complementem o custeio da seguridade social.

A natureza jurídica de cada uma das cotas de previdência, que foram instituídas ao longo do tempo, é bastante variada. Especificamente quanto aos diversos concursos de prognósticos existentes (ou que venham a ser criados, no futuro), a contribuição que sobre os mesmos incide não possui natureza tributária.

Na verdade, os concursos de prognósticos são modalidades de jogo ou de aposta, que a legislação brasileira só admite sejam explorados sob certas condições. A receita da loto, da loteria esportiva e da loteria federal, uma vez deduzidos os valores devidos aos acertadores desses jogos, é um bem da União, a quem se defere o poder de explorar — licitamente — tais concursos de prognósticos.

Do mesmo modo, quando instituídos concursos de prognósticos pelos Estados (como, aliás, já existem em algumas Unidades da Federação), é curial que sobre a receita líquida desses jogos incida a contribuição de que trata o art. 195, III.

Ao determinar que uma parcela de tais receitas seja destinada para o custeio da seguridade social, não está cuidando, a Constituição, de qualquer mecanismo de natureza fiscal. Trata-se, tão-só, de vinculação de parcela do patrimônio público a destino certo e determinado, em virtude de expresso comando normativo.

Por sem dúvida que existem cotas de previdência, na legislação ainda em vigor, que são tributos. É o caso, *verbi gratia*, da parcela do imposto de importação que, a título de cota de previdência, a União destina ao SINPAS. Não é disso que se cogita, aqui.

As contribuições que estamos examinando cobrem, apenas, parte do que é devido pela União, assim como poderão cobrir parcela devida pelos Estados. Advirta-se, porém, que a contribuição da União não é apenas essa. Cabe-lhe consignar, também, recursos provenientes de sua receita tributária para o fundo da seguridade social, *ex vi* do disposto no art. 195, *caput*.

Acrescente-se, por fim, que o notável Mozart Victor Russomano antevia, nas cotas de previdência, o caminho através do qual nosso País ingressaria no estágio da seguridade social, onde toda a comunidade é responsável pelo custeio global do sistema.[20] Todavia, a Lei das Leis não confirmou a assertiva do ínclito jurista. Do vasto campo de incidência, pelo qual trafegavam as cotas de previdência, só remanesceu a dos concursos de prognósticos.

É de lamentar que tenha sido assim, visto como a Lei Maior cominou tarefas gigantescas ao sistema de seguridade social e tais tarefas dependerão, naturalmente, de recursos financeiros de grande monta.

Somente os cálculos atuariais irão determinar o real montante dos recursos a serem consumidos pela seguridade social.

Mas, sem vontade política dos governantes e efetiva participação da comunidade na implementação dos objetivos definidos, tudo não passará de vã ilusão.

2.4.1.4 Outras fontes

A Lei das Leis, em seu art. 195, § 4.°, grava o seguinte dispositivo: "A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a

20. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*, p. 331.

manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I". Nesse preceito, obrou o constituinte, com bastante solicitude.

De feito, como advertimos a pouco, supõe-se que o financiamento da seguridade social exigirá meios pecuniários de elevado montante. É bem possível, e até muito provável, que o quadro de contribuições já definido pela Carta Magna não se mostre suficiente para a cobertura financeira da proteção social que o mesmo Diploma confere.

Na verdade, a questão é intrincada. Não basta que haja previsão e provisão de recursos para a manutenção dos programas já existentes e dos que estão sendo criados pela Constituição. Partindo do próprio objetivo a que se acha preordenada a Ordem Social — o bem estar e a justiça social — a tendência do sistema protetivo será a de expandir-se continuamente.

Como já dissemos, quem determinará o montante de recursos necessários ao financiamento da seguridade social, serão os cálculos a serem elaborados com as técnicas da ciência atuarial. Mas as necessidades sociais sempre crescentes — mormente num país como o Brasil, onde os problemas são tão graves — não poderão ficar subordinadas à obtusa visão dos tecnocratas.

Adotou, pois, o constituinte, para enfrentar esse futuro problema — da falta de recursos para a manutenção e expansão da seguridade social — a boa técnica da instituição de uma competência residual, a ser exercida pela União.

Os órgãos aplicadores da lei deverão realizar constantes estudos econômicos e atuariais, que busquem a definição das efetivas necessidades financeiras da seguridade social. Urge implementar, desde logo, tais estudos, a fim de que haja um adequado quadro dos custos, para a sociedade, das prestações da seguridade.

Se é, sem dúvida, louvável que seja instituída uma nova modalidade de cálculo do valor das aposentadorias a fim de aproximar, tanto quanto possível, esse valor do que corresponde ao rendimento do trabalhador ativo; se é altamente louvável que se crie um benefício para os deficientes e para os idosos, é certo que tais prestações representarão um acréscimo notável nas despesas a cargo do Poder Público.

Forçoso que se defina, desde logo, o vulto do dispêndio governamental com a seguridade social. Inúmeras prestações foram criadas, ou majoradas, pela nova Constituição. Em contrapartida, respondem, ainda, pela maior parte do financiamento do sistema, os trabalhado-

res e os empregadores. O constituinte deixou passar a oportunidade, que a história lhe conferiu, de definir mais claramente a parte que compete à União no financiamento da seguridade social.

Demos ênfase, em outro escrito, à necessidade de inclusão, no Texto Fundamental, de um montante, tecnicamente aferível, devido pela União. Propugnávamos igualdade, na contribuição tríplice que, tradicionalmente, as constituições anteriores determinavam.[21] O constituinte substitui tal providência, pela definição da competência residual da União. Em linguagem mais crua, já definiu que nós todos, os cidadãos, é que iremos suportar os ônus de novos encargos sociais.

Há limites, fixados pela Lei Maior, a esses novos encargos que a sociedade irá suportar, cada vez que se torne necessária a revisão do esquema de financiamento da seguridade social. Tais limites estão definidos pelo art. 154 da Constituição que é expressamente invocado pelo § 4.º do art. 195.

O primeiro limite é o que proíbe a criação de novos tributos na faixa da competência residual — que tenham fatos geradores ou bases de cálculo próprios dos impostos discriminados na Constituição. A União, titular da competência residual em matéria de contribuições sociais, não pode, pois, criar tributos que tenham o mesmo fato gerador, ou a mesma base de cálculo, que os tributos já definidos pela Constituição.

Paulo de Barros Carvalho denomina "princípio da tipologia tributária", o que permite diferençar as espécies tributárias entre si. E o tipo tributário, afirma o eminente Mestre, é definido pela integração lógica do fato gerador e da base de cálculo.[22] Assim, não poderia o legislador criar uma contribuição social cujo fato gerador fosse idêntico ao de tributo já existente.

Claro que o legislador poderá destinar o produto da arrecadação de um imposto federal ao fundo da seguridade social como faz, a nosso ver, com relação ao imposto de renda da pessoa jurídica. Essa matéria, todavia, não afeta a natureza do tributo, pois diz respeito a uma questão que se resolve no âmbito financeiro. Nada impede, ainda, que para custear a proteção social sejam instituídos adicionais de tributos discriminados na competência da União. Seriam simples versões, renovadas, das antigas "cotas de previdência", já referidas aqui.

21. Cf. Wagner Balera, "Previdência e Assistência na Constituinte", *Rev. de Previdência Social* 63, p. 84.

22. Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, p. 80.

A segunda limitação, expressa pelo art. 154, proíbe a criação de impostos — e, por extensão, de contribuições sociais — que tenham natureza cumulativa. Aqui fica evidenciado ter o constituinte uma sábia preocupação com o conteúdo social de que se devem revestir as contribuições, conteúdo para o qual não basta o adjetivo que dá nome à espécie tributária.

É conhecida a crítica que se faz aos tributos cumulativos. Eles possuem caráter marcadamente regressivo.[23] Ora, um tipo de tributação regressiva pode fazer com que os pobres acabem por pagar os tributos dos ricos e tenham que se socorrer, mais e mais, da proteção social, o que geraria um estranho círculo vicioso.

Enfim, o terceiro limite, que é estabelecido pela Constituição, para o exercício da competência residual da União, em matéria de contribuição, é de natureza formal.

A espécie legislativa, apta a ser veículo de criação das outras fontes de financiamento da seguridade social, é a lei complementar. A lei complementar possui processo legislativo distinto daquele que se observa para a tramitação das leis ordinárias.

Para que tais leis sejam aprovadas é necessário que obtenham a maioria absoluta dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional (art. 69, da Constituição). Essa circunstância permite supor que o assunto, objeto da lei, reúna expressivo consenso dos representantes do povo no Parlamento e que, conseqüentemente, não fique ao sabor de conjunturas políticas de crise.

Ressalte-se, outrossim, que a iniciativa de lei complementar, em matéria tributária, é privativa do Presidente da República, o que se aplica, por certo, ao projeto que se destine a criar novas fontes de custeio para a seguridade social.

Assentadas estas idéias, cumpre-nos afirmar que, ao teor do estabelecido no referido § 4.°, as "outras fontes" terão natureza tributária. Nem teria sentido a remissão ao art. 154, se tal não fosse a intenção do constituinte.

Embora as receitas do Poder Público possuam diversas naturezas, já existe expressa determinação constitucional quanto ao destino a ser dado a uma parcela do orçamento da União: o financiamento da seguridade social. Assim, o esquema de custeio da Seguridade Social — dominado pelo objetivo geral da Ordem Social fixado pelo art. 193 — está fechado. Compreende uma lista de contribuições bem

23. Cf. Aliomar Baleeiro, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, p. 231.

definidas; um conjunto de recursos orçamentários a serem demarcados pela lei e um campo residual no qual poderão ser criadas novas contribuições, atendidos os limites determinados com exatidão pela Lei Maior.

2.4.1.5 O orçamento da seguridade social

Estatui o § 2.° do art. 195 que: "A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos".

Cuida o dispositivo da proposta orçamentária, vale dizer, do projeto que irá disciplinar os gastos e financiamentos da seguridade social. Esse projeto será uma das partes que comporão o orçamento anual da União, a ser apreciado pelo Poder Legislativo.

A lei orçamentária define, detalhadamente, todas as despesas necessárias ao funcionamento dos serviços públicos e aos demais fins adotados pela política geral do País, assim como a previsão das receitas arrecadadas em virtude de lei.[24] Cada um dos órgãos responsáveis pelos diferentes setores da seguridade social, após deliberar sobre suas necessidades específicas, deverá integrar-se com os demais a fim de que surja, então, a proposta unificada de orçamento.

Um dado preliminar a ser considerado necessariamente no momento da elaboração da peça orçamentária é o rol de metas e prioridades adrede definido pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. De feito, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, prevista no art. 165, II da Constituição, cumpre papel fundamental na definição das políticas públicas.

Peça fundamental no processo de elaboração orçamentária, à Lei de Diretrizes compete a fixação de metas, a afetação de recursos e a escolha de prioridades de atuação para os diferentes setores que integram a administração pública, inclusive o da seguridade social.

Tal diploma normativo cumpre várias funções. É, em primeiro lugar, o veículo do plano de governo pois fixa metas e prioridades, detalhando as despesas de capital necessárias ao cumprimento de tais objetivos. De outra parte, é a lei sobre leis de orçamento, pois nela estarão contidas as orientações básicas para a elaboração da lei ânua.

24. Aliomar Baleeiro, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, p. 397.

Ademais, cogita de possíveis alterações na legislação tributária e dispõe sobre as aplicações a serem realizadas pelas agências financeiras oficiais de fomento.

Em virtude do objetivo da participação, expresso no art. 194, parágrafo único, VII, cabe ouvir os representantes da comunidade sobre as medidas que, dependendo de verbas para sua viabilização, devem ser previstas na lei orçamentária. Desta sorte, às metas e prioridades consignadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, adrede definidas, serão anexadas — pelo orçamento da seguridade social — específicos objetivos.

A fase de definição do orçamento das demais esferas governamentais, pelo menos na rubrica concernente aos programas de saúde, previdência e assistência, deveria coincidir com a da gestação do orçamento nacional. Em alguma regra jurídica deveria ficar bem demarcado o procedimento capaz de integrar e entrosar, como numa malha, as diversas propostas.

Como se sabe, as receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não integrarão o orçamento da União (§ 1.º do art. 195). Lei de Diretrizes Orçamentárias deverá prever os modos de integração das diversas fontes de financiamento da seguridade social. Os diferentes componentes do orçamento deverão ser harmonizados a fim de que a execução das metas e o cumprimento das prioridades sejam alcançados sem dispersão de recursos ou superposição de órgãos e funções.

A criação de comitês de orçamento nas diversas esferas governamentais é de toda conveniência. Tais órgãos — integrados por representantes governamentais e da comunidade — delimitarão as áreas para as quais devem ser destinados os recursos, seu fluxo natural de aplicação e modos de controle de tais verbas.

A gestão dos recursos, a serem definidas pelo orçamento da seguridade social, obedecerá a duas coordenadas. A primeira, adrede delineada como um dos objetivos da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII), impõe a descentralização na gestão administrativa dos órgãos que cuidarão da seguridade social. E a segunda, exposta como regra na parte final do dispositivo que ora examinamos, demarca as áreas de atuação desse complexo de ações governamentais que é a seguridade social.

O setor de saúde, o setor de previdência social e o setor de assistência social administrarão, de per si, os seus próprios recursos. Por conseguinte, a demarcação de áreas e a descentralização deverão nor-

tear o enunciado das normas que venham a dispor sobre a estrutura da seguridade social e a competência a ser adjudicada às várias esferas de atuação.

2.4.1.6 Restrição imposta aos devedores

O § 3.º do art. 195 contém dispositivo que alberga importante iniciativa que se toma, no âmbito do direito positivo, para restringir as atividades dos maus pagadores.

É a seguinte a redação daquele preceito: "A pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios".

A vedação, que o dispositivo expressa, é bastante clara e não dá margem a quaisquer dúvidas ou controvérsias. Por isso, é estranha a menção à lei, no corpo do artigo. Quem está em débito não pode contratar e nem receber vantagens por parte do poder público.

O que é débito, todos sabem! Dir-se-á que é necessário disciplinar os casos em que o débito está sendo questionado na esfera judicial. Ou, mesmo, aquelas situações em que existe débito, mas o mesmo se acha garantido através de algum dos meios admitidos em direito.

Essa linha de argumentação reduziu a nada o preceito legal que impunha a expedição de prova de inexistência de débito para a prática de certos atos. O mínimo que se pode esperar do poder público, até por uma questão de moralidade administrativa, é que exija, daqueles com quem contrata ou a quem concede favores fiscais, um bom cadastro; uma certidão negativa.

Qualquer instituição financeira impõe extenso rol de exigências aos que dela esperam obter algum empréstimo. Todavia, não usa o Poder Público do critério severo que o mundo dos negócios já transformou em costume, ao avençar com os particulares.

É lamentável observar as facilidades que notórios devedores obtêm de instituições oficiais de crédito, apesar de prosseguirem na sua tradicional inadimplência. Da viabilidade do sistema de seguridade dependem o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). Ao instituir a expressa proibição contida na norma em estudo, o constituinte cobra de todas as entidades públicas um dever elementar: o de cooperarem, através da exigência de provas de inexistência de débitos, com o fiel cumprimento das normas de seguridade social.

2.4.1.7 A regra da contrapartida

Firma o art. 195, em seu § 5.º, um preceito, a nosso ver, mal colocado topograficamente no Estatuto Supremo.

A idéia nuclear que todas as pessoas possuem a respeito de um sistema estatal de proteção está associada a uma noção elementar de contabilidade: a noção de caixa. Não é por acaso, parece-nos, que a entidade previdenciária é conhecida, em toda a parte — sobretudo pelos mais simples — como a "Caixa".

Abstraindo, aqui, a nomenclatura que, no plano normativo já se acha em desuso, fixemo-nos, por alguns instantes, na reflexão sobre o que o homem comum considera como sendo o financiamento normal de um caixa (e, por automática associação de idéias, de uma "Caixa").

No caixa, entram e saem recursos. Na "Caixa", ingressam contribuições e saem prestações. Ora, no senso comum — que é muito importante para o Direito, enquanto instrumento que se destina a regular os comportamentos — ninguém imagina sacar do caixa, ou da "Caixa", recursos em montante superior aos que, previsivelmente, são arrecadados.

Pois é a essa regra elementar que se refere o dispositivo expresso no art. 195, § 5.º, *in verbis*: "5.º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total".

Pode o legislador criar, majorar ou estender as prestações. É próprio, aliás, de suas atribuições. Mas só terão validade constitucional essas providências se houver expressa previsão da fonte de custeio respectiva.

Dentro dessa idéia, podemos falar numa contrapartida entre contribuições e prestações. Há um quadro constitucionalmente definido de prestações e um esquema, ao mesmo nível estabelecido, de custeio.

Consideramos inadequada a situação em que foi colocado, topograficamente, o dispositivo, pois o mesmo, a nosso ver, é um dos objetivos da seguridade social. Sem a contrapartida, o sistema não pode proporcionar seguridade. Viverá às voltas com problemas financeiros e crises de gestão insuperáveis.

É imprevidente, quem cria despesas sem possuir receitas capazes de suportá-las. Ora, o Estado há de ser a suprema entidade previdente. Dele, deve esperar o povo, a seguridade. Infelizmente, o comportamento imprevidente dos representantes do Estado tornou obrigatória a edição da norma que ora examinamos.

A Lei Orgânica da Previdência Social, em seu art. 158, já cuidava da regra da contrapartida. E a própria Constituição de 1969 insculpiu essa diretriz dentre as disposições que cuidam da Ordem Social (art. 165, parágrafo único). Nem pode espantar, a quem conhece a recente situação de crise que viveu o sistema previdenciário brasileiro, a ênfase com que o assunto é aqui tratado.

A ausência de uma regra que impusesse equilíbrio financeiro à "Caixa" faria perecer o Estado numa das funções essenciais que a Lei Maior comete a esse ente político: proporcionar bem-estar e justiça social. Impondo regra de conduta ao legislador, a Lei das Leis garante um permanente equilíbrio financeiro ao esquema protetivo que nela se acha concebido.

A dinâmica da vida social irá gerar, por certo, novas situações de risco e, conseqüentemente, novas medidas protetivas. Em contrapartida, surgirão novos signos de riqueza suscetíveis de se transformarem em bases de financiamento para a seguridade social.

Para atender, de modo adequado, a essa dinâmica, cumpre ao Poder Público adequar os meios financeiros, disponíveis e em gestação, ao conjunto de medidas protetivas que o Texto Magno institui e aperfeiçoa. Com o auxílio de técnicas atuariais, o Poder Público haverá de promover os ajustes necessários, a fim de que a regra de contrapartida venha a ser fielmente observada. Tais fatores apontam para uma "necessidade absoluta de planejamento"[25] no âmbito da seguridade social.

Que o legislador busque, pois, com o auxílio da técnica e do planejamento, prover as gerações futuras de sistema modelar, sem descurar das gerações presentes para estabelecer — o que é próprio da seguridade social — a solidariedade entre gerações.

2.4.1.8 A exigibilidade das contribuições

Dentre as limitações do poder de tributar que a Constituição estabelece consta a conhecida regra da anterioridade segundo a qual: "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III — cobrar tributos: (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou".

25. Mozart Victor Russomano, *Comentários*... cit., p. 278.

Essa regra, como afirmamos em outro local, está relacionada com o momento da arrecadação do tributo.[26] Trata-se, com efeito, de uma garantia deferida ao contribuinte. A garantia que lhe permite conhecer, com certa antecedência, a carga tributária que deverá suportar. Poderá, assim, efetuar um planejamento de suas finanças, a fim de honrar seus compromissos fiscais.

Todavia, esse salutar preceito não foi adotado pelo constituinte, em se tratando de contribuições para a seguridade social. É que, para esse tipo de exação, vigora o dispositivo fixado pelo § 6.º do art. 195, assim estampado: "As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, 'b'."

Assim, a contribuição só poderá ser cobrada após o decurso desse lapso de tempo existente entre a data da publicação da lei e a da respectiva vigência. Esse é, a nosso ver, mais um dos traços distintivos das contribuições, quando postas em cotejo com as demais espécies tributárias.

Nem se diga que estamos diante de simples exceção à limitação estabelecida pelo art. 150. Se assim fosse, a própria norma em referência já teria cuidado do assunto, como o faz em seu parágrafo 1.º em relação a alguns impostos, sem estabelecer qualquer prazo para a sua cobrança. É que pretendeu o constituinte, com efeito, dar um tratamento diferenciado a esse tipo especial de tributo, cujas características são distintas dos demais.

Mas, não se pode deixar de criticar o referido preceito. O açodamento na criação e modificação de contribuições, não condiz com as finalidades que são próprias a esse tipo de exação.

A seguridade social, estabelecendo a tão falada solidariedade entre gerações, deve ter seus institutos fixados com vista a um largo período de tempo. Nela se cogita do futuro das pessoas protegidas. Nada justifica, pois, que não se observe um mínimo período de tempo — que é o período fixado pela regra da anterioridade — para a criação ou majoração de contribuições.

A "necessidade absoluta de planejamento", de que nos fala Russomano, em lição já antes citada, não se compatibiliza com modificações bruscas nas bases de financiamento do sistema, que colherão de surpresa os contribuintes, com repercussões negativas na vida so-

26. Cf. o nosso "Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza", *Caderno de Pesquisas Tributárias*, v. 11, p. 474.

cial. Cabe-nos esperar, por conseguinte, que só excepcionalmente se valha o legislador da regra ora em estudo.

2.4.1.9 A imunidade das entidades beneficentes de assistência social

Consoante se vê do § 7.º do art. 195, da Constituição: "São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei".

O Estado deve programar e cumprir uma atuação séria e eficiente na órbita da seguridade social. Entidades privadas interagem com o Estado, complementando e, até mesmo, suprindo, com estrita observância do interesse público, as funções que são próprias do ente estatal. A Constituição prestigia o labor desse incontável número de instituições que, cumprindo os requisitos e condições estabelecidas em lei, prestam serviços de assistência social.

É conferida a essas entidades, pelo Estatuto Supremo, uma imunidade. Elas não estão sujeitas ao pagamento de contribuições para a seguridade social.

Cometeu um engano o constituinte, ao denominar de isenções os obstáculos que opôs à tributação de tais entidades. Trata-se, com efeito, de verdadeira imunidade visto como é o legislador quem se acha impedido de exercer a competência impositiva em matéria de contribuições, quanto a tais pessoas jurídicas.

Como assinala, com acerto, Paulo de Barros Carvalho, a norma de imunidade estabelece a incompetência da pessoa política para expedir a regra instituidora da contribuição.[27]

A legislação pátria sempre assegurou às entidades de fins filantrópicos, como tais reconhecidas por declaração de utilidade pública expedida pelo Governo Federal, a dispensa do pagamento das contribuições que, na qualidade de empregadores, as mesmas devessem verter aos cofres previdenciários. Esse é o real alcance da imunidade agora conferida constitucionalmente. Uma vez atendidas as exigências legalmente estabelecidas, estarão imunes as instituições assistenciais, com relação à contribuição do empregador. Trata-se, com efeito, da única hipótese em que o empregador se acha desobrigado de contribuir para a seguridade social.

Suprindo as insuficiências que a atuação estatal apresenta na área social, as entidades filantrópicas recebem, por força da imuni-

27. Paulo de Barros Carvalho, *Curso*... cit., p. 97.

dade que lhes foi outorgada, uma espécie de compensação pelo esforço de cooperação que desenvolvem.

2.4.1.10 Categoria especial de contribuintes

Buscando incluir, sob o manto protetor do sistema de seguridade social, certos trabalhadores cujas atividades, pelas peculiaridades de que se revestem, não se enquadram bem dentro do esquema comum de custeio, a Constituição cria para eles uma contribuição diferente.

Assim se expressa o § 8.º, do art. 195: "O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei". O que aí se institui é uma base de cálculo diferenciada para essa categoria especial de contribuintes.

O resultado da comercialização da produção serve de base para a aplicação de uma alíquota que corresponde ao montante devido por tais contribuintes ao sistema de seguridade social.

A subsunção do trabalhador a essa espécie de contribuição pressupõe que o mesmo realize suas atividades num regime de economia familiar, vale dizer, sem qualquer estrutura formal de empresa. Não se enquadram dentro dessa categoria, ademais, os trabalhadores que possuem empregados uma vez que, nesta hipótese, estão equiparados aos empregadores.

A parte final do dispositivo está mal redigida. O constituinte deveria ter utilizado o termo genérico "prestações" e não o específico "benefícios" o que levaria, numa interpretação meramente gramatical, à exclusão dessa categoria de contribuinte do rol dos beneficiários dos serviços. Como o próprio enquadramento dessas pessoas já as situa sob a proteção universal da seguridade social, vale, antes, a intenção do que o escrito.

3

DA SAÚDE

3.1 Noções preliminares. 3.2 O direito à saúde. 3.3 A relevância pública das ações e serviços de saúde. 3.4 Diretrizes. 3.4.1 Descentralização e direção. 3.4.2 Atendimento integral. 3.4.3 Participação da comunidade. 3.5 Financiamento. 3.6 A livre iniciativa e o setor de saúde. 3.7 Função complementar das entidades privadas. 3.8 A proibição de subvenções para entidades privadas que tenham fins lucrativos. 3.9 Proibição ao estrangeiro. 3.10 Proteção à vida e proibição do comércio de certas substâncias. 3.11 As atribuições do sistema único de saúde.

3.1 Noções preliminares

Embora sejam notáveis os desenvolvimentos da Medicina e que decorrem, por certo, do progresso científico e tecnológico, não são melhores as condições de vida da população, sob esse ângulo da problemática social. Agora, a Lei das Leis engendra um sistema integral e integrado capaz de cuidar, a um só tempo, da medicina preventiva e da curativa; da saúde ocupacional e da higiene; medicamentos; da alimentação e do meio ambiente.

Todos esses planos de ação obedecerão a uma estrutura unificada, cujas características examinaremos em seguida. O setor prossegue, porém, como um dependente dos esquemas de financiamento da seguridade social, ainda que a gestão dos recursos possa vir a se dar com certa autonomia, como prevê o § 2.º do art. 195, em sua parte final.

Teria sido melhor que, numa Constituição tão detalhista como a nossa, ficassem claramente definidas as fontes de financiamento desse setor. Só assim teríamos a garantia da efetiva concretização dos programas que são tão necessários à população brasileira.

Torna-se, por conseguinte, imprescindível que, através dos canais abertos pelo Estatuto Fundamental para a participação popular, os

cidadãos se manifestem, claramente, a respeito das prioridades de atuação a serem definidas para o setor e cobrem dos responsáveis uma gestão eficiente e racional.

3.2 O direito à saúde

Assim se exprime o art. 196 da Carta Magna: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

O tom imperativo do preceito nos dá conta da amplitude do tema e do conceito ali expendido: há um direito que é de "todos" e um dever que incumbe ao Estado. Nessa relação entre sociedade (todos nós) e Estado surge, pois, um direito subjetivo público que não pode ser negado a nenhuma pessoa, sob pretexto algum.

Isso significa que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro terá por resultado uma política integral de proteção dos homens no âmbito da saúde, que possuirá uma dimensão econômica e uma dimensão social.

Na esfera social, uma política que persiga esse objetivo (levar saúde para todos) implica no cumprimento de amplos programas de combates a epidemias; de cuidados básicos; de proteção e recuperação dos doentes. Concorrente com essa esfera, à órbita econômica cabe investir em programas de alimentação e nutrição, de higiene e saneamento ambiental.

Definida classicamente como um dos grandes riscos, a doença é um dos objetos de que, de pronto, se cuidou no campo de ação do seguro social. É bem verdade que, para alguns, o problema se restringiria ao pagamento de um benefício ao enfermo. Tal concepção, porém, não fez escola.

Hoje em dia, a problemática da saúde é parte integrante das questões que são próprias da seguridade social. O bem-estar da população depende das medidas concernentes à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. Daí que, todos, sem exclusão, deverão ter igual acesso aos serviços de saúde.

Aliás, o que importa, como asseveramos em outra oportunidade, é o direito, que todos possuem, de não ficarem doentes.[1] É preciso que o Estado crie condições — alimentares, ambientais e econômi-

1. Cf. o nosso *O Direito dos Pobres*, p. 50.

cas — para que as pessoas sejam saudáveis. Enfim, que a doença venha a ser, efetivamente, um risco e não uma contingência rotineira na vida dos cidadãos, notadamente dos menos favorecidos.

3.3 A relevância pública das ações e serviços de saúde

Em plena consonância com o dispositivo exordial se acha o que vem em seguida, assim firmado: "Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado". A definição de certos valores como tendo relevância jurídica implica na vinculação necessária desses mesmos valores ao postulado último que informa todo o sistema normativo.

As ações e serviços de saúde são relevantes, pois representam uma via através da qual pode ser atingido o bem-estar coletivo, máximo postulado da ordem social (art. 193). Impende que tais ações e serviços, por força da relevância pública que possuem, estejam subordinadas a uma estrita regulamentação, fiscalização e controle. Instituindo um corpo normativo que irá orientar as ações e serviços de saúde, o legislador comum deverá integrar tais ações ao contexto maior da seguridade. A execução dos programas de saúde tanto poderá se dar por intermédio de organismos estatais, como por meio de pessoas e entidades privadas.

Quis, assim, o constituinte, pôr termo a uma controvérsia de manifesto conteúdo ideológico, que deferia apenas ao poder público ou, então, só aos particulares, a gestão dos serviços de saúde. Os superiores interesses da coletividade indicavam essa como sendo a melhor diretriz. Nem os poderes públicos, nem os particulares estão aptos, no Brasil, para tocarem, sozinhos, esse setor. Em prol do interesse coletivo é de se buscar uma atuação coordenada desses dois setores.

Todavia, compete ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle dessas atividades, nos termos da lei. Aqui se trata de uma competência comum à União, Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios, *ex vi* do disposto no inciso II do art. 23 da Carta Magna.

O essencial, nessa problemática, não é o que o Texto em exame institui quanto à regulamentação e fiscalização das ações e serviço de saúde. Dentro dos limites que a lei preordena, é perfeitamente

legítima essa tarefa dos órgãos públicos. Regulamentar e fiscalizar as atividades do setor são modos de que se valerá a Administração, nas diversas esferas, para adequar seus meios e instrumentos aos fins traçados pelo constituinte.

O que surpreende, no dispositivo em estudo, é que determine caber ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde. Para ser coerente com as diretrizes que traçou, o constituinte deveria ter incumbido a própria comunidade da tarefa de controle do sistema de saúde.

Quem pode aferir a qualidade do atendimento e sentir melhoria nas suas condições de vida, graças a medidas de saúde, é a população usuária. Com o apoio de especialistas, em cada área, o cidadão estará apto a avaliar, cabalmente, a eficiência do setor. O autocontrole pelo próprio Poder Público, sobre ser ineficiente, carece de credibilidade. Ademais, induz à burocratização do setor, com prejuízos para todos.

Nem se diga que o Estado deva possuir seus próprios mecanismos de controle interno para a aferição do regular andamento do setor. Para essas tarefas estão já previstos na Constituição os órgãos públicos apropriados. Mas a eficiência da máquina só pode ser controlada por quem dela se utiliza.

3.4 Diretrizes

Estão grafadas pelo art. 198 as diretrizes que regem a matéria da saúde e que assim se expressam: "As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I — descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II — atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III — participação da comunidade".

Haverá, como deixou expresso o dispositivo anterior, um campo de atuação reservado ao poder público e, outro, deferido aos particulares.

Na cabeça do artigo já vem definida uma primeira diretriz: quando encetadas pelo poder público, as ações de saúde serão serviço público, vale dizer, subordinadas a um regime próprio, distinto daquele que se aplica na ordem privada. Observarão, tais ações, ao regime administrativo.[2]

2. Expressão que Celso Antônio Bandeira de Mello explica, com propriedade, em *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, p. 311.

Ademais, o serviço público de saúde será organizado, formalmente, como um sistema único. Quer isso significar que não mais haverá a difusa administração da matéria na esfera da União (que implicava, por absurdo, na existência de dois ministérios e um sem número de órgãos federais atuando no setor), nem a dispersão e superposição de órgãos e atribuições em esfera estadual e municipal. Sendo único, o sistema deverá possuir um específico modelo de relações entre o todo (o que dá unidade ao conjunto de órgãos, sujeitos e atribuições) e as partes que o integram.

Na esfera federal existirá uma espécie de central que, ao mesmo tempo, dirigirá os órgãos integrantes do aparelho estatal (de modo a assegurar certa uniformidade na implementação das políticas governamentais para o setor) e será cobrada pela comunidade, por intermédio dos representantes que atuarão em cada um dos níveis da estrutura (sobre a eficiência na gestão desse conjunto).

O financiamento do sistema único de saúde obedece à regra, já exposta, do custeio da seguridade social. Assim, as diversas esferas governamentais deverão dotar os respectivos orçamentos de recursos para esse setor. De outra parte, prioridades estarão definidas em lei de diretrizes orçamentárias, cuja iniciativa cabe ao Poder Executivo Federal.

Com base, pois, nos recursos disponíveis e nas prioridades traçadas pelo legislador, os organismos integrantes do sistema único deverão montar uma rede de proteção sanitária integral que possibilite — nos precisos termos constitucionais — acesso universal e igualitário a essa organização. Essa rede de proteção sanitária há de ser regionalizada, pois cada esfera possui peculiares necessidades, na área, e não se trata, por certo, de uma simples divisão aritmética dos recursos disponíveis, mas de real estruturação de programas de atendimento à população.

Nem teria sentido que um sistema *único* inviabilizasse a superação das desigualdades regionais que o país apresenta no setor de saúde. À excessiva concentração de profissionais médicos e paramédicos nas localidades mais prósperas, em detrimento das áreas carentes (compare-se, por exemplo, o Rio de Janeiro com Sergipe — extremos mencionados nos dados coligidos pela Secretaria de Planejamento do INAMPS, em 1975 — onde sobram e faltam os mesmos tipos de especialistas), corresponde uma concentração de certos tipos de moléstias em determinados pontos do Território Nacional. Ressalve-se, é claro, outros fatores — ambientais, por exemplo — que tam-

bém contribuem para a criação de profundas desigualdades. Esses dados confluem, todavia, para a pronta implantação e desenvolvimento da rede regionalizada de atendimento.

Complementar à idéia de regionalização, a hierarquização implica na estruturação de diversas instâncias executivas das ações e serviços de saúde. É necessário criar uma organização onde estejam bem definidas as responsabilidades de cada órgão, tanto para a definição dos planos de atendimento, quanto para a montagem de programas de prevenção e de erradicação de certas moléstias.

Não se perca de vista a grande novidade do sistema único: integração — em nível nacional, regional e local — dos setores que atuam na área preventiva e na área curativa da saúde. Essa inovação dá sentido às diretrizes que o mesmo artigo ordena.

3.4.1 Descentralização e direção

Sobre ter sido fixada como um dos objetivos gerais da seguridade social, a descentralização é a primeira diretriz a que se deve ater o sistema único de saúde. Aqui, aquele objetivo geral adquire peculiaridades que não podemos perder de vista. Impõe-se, com efeito, a descentralização de um sistema que, embora único em sua estrutura, possui diversos níveis de direção e atuação.

Cada Município não será considerado um mero agregado ao sistema único. Possuirá, nos termos constitucionais, órgão diretivo específico para gerir o setor de saúde.

O nexo que se estabelece entre a descentralização e a direção única em cada esfera governamental é facilmente compreensível. Pretendeu, o constituinte, evitar dois dos males que afetam a estrutura que a nova ordem constitucional quer superar.

O primeiro desses males — decorrente da tendência burocratizante de que são dotados os grandes organismos públicos, notadamente os da previdência — é o da centralização. Esta implica num mecanismo perverso de verticalização das decisões, com a conseqüente fixação de critérios técnicos indecifráveis e a morosidade característica do setor, para a solução dos problemas que surgem no quotidiano. A estrutura descentralizada impõe a distribuição do poder de decisão, em cada assunto, aos diferentes níveis da organização, com conseqüente definição de responsabilidades.

O segundo grande mal que afeta a máquina estatal, no setor que estamos cogitando, é o da proliferação de órgãos de atuação num mesmo nível, com evidente dispersão dos recursos. Já citamos aqui a

negativa experiência dos dois ministérios, com atuação num mesmo campo. Mas poderíamos falar, também, da superposição de estruturas estaduais e municipais, até disputando os espaços em certos locais, com as notórias conseqüências.

A direção única define melhor a relação que se deve estabelecer entre o todo — o sistema único — e as partes — as diversas esferas governamentais chamadas a atuar no setor. Essa relação, não pode ser a da simples soma das diversas partes na configuração do todo. Deve ser a integração orgânica, onde exista uma ordem que deva ser observada; uma finalidade que deva ser cumprida.

Mecanismos de coordenação e consulta, entre as diversas esferas governamentais e entre elas e a comunidade, poderão permitir uma gestão eficiente do setor de saúde.

3.4.2 Atendimento integral

Disposta topograficamente em segundo lugar no corpo do art. 198 coloca-se, indubitavelmente, a mais importante das diretrizes constitucionais para o setor de saúde. Trata-se da grande meta fixada pela histórica Conferência de Alma Ata: *atendimento a toda a população, antes do ano 2000.*

No documento final produzido por aquele importante conclave, o acesso ao sistema de saúde, por todos os usuários e em condições aceitáveis, é o objetivo a ser atingido.[3] A saúde é direito de todos, acentua o art. 196.

Forçoso reconhecer que a meta do atendimento integral já vinha sendo perseguida, há bastante tempo, em nosso país. Todavia, o Ministério da Saúde recebia migalhas do orçamento federal e, com tão parcos recursos, jamais poderia cumprir ideário tão custoso. Por seu turno, a assistência médica previdenciária mantinha-se com as sobras do orçamento do SINPAS e, tampouco, estaria apta a cumprir missão tão elevada.

Demonstrando a preocupação do setor, podemos apontar os diversos planos de ação que tinham como objetivo o atendimento integral da população. Com esse desiderato encontramos o PIASS, de 1976, e o PREVSAÚDE, de 1980. O primeiro buscava a interiori-

3. Organização Mundial de Saúde, "Cuidados Primários de Saúde", Documento da Conferência de Alma Ata, URSS, setembro de 1978, *apud A Seguridade Social na Perspectiva do Ano 2000* cit., p. 76.

zação de saúde, enquanto o segundo pretendia integrar os sistemas de saúde e previdenciário.

Não cabe, aqui, analisar as razões que impediram o êxito desses programas cujas diretrizes — objeto das recomendações da Organização Mundial de Saúde — inspiraram os autores da Constituição de 1988. Conferindo prioridade à medicina preventiva, o constituinte teve bem presente ante seus olhos um dado da realidade.

Vinha ocorrendo, no Brasil, uma perversa inversão de valores. Recursos cada vez mais volumosos estavam sendo dispendidos com a assistência médica curativa. Em sentido diametralmente oposto caminhavam as exigências e necessidades da população.

Exigindo melhor qualidade de vida, a população queria, e quer, medidas que objetivem a diminuição dos riscos de doenças; erradicação de certas moléstias; efetivo controle de epidemias que podem ser evitadas. Num primeiro momento, cabe ao Poder Público desencadear programas de alimentação e nutrição para a população pobre. Tais medidas, de per si, já seriam suficientes instrumentos de prevenção de um sem número de doenças, que decorrem direta e imediatamente da fome e da desnutrição.

Providenciando, outrossim, medidas de saneamento básico — tão associado às condições de vida — estará o Estado cumprindo etapa preventiva importante.

Dando curso, por fim, a adequados programas de imunização e de combate a endemias, estarão os órgãos gestores do setor de saúde completando a atividade preventiva que a Lei Maior impõe como diretriz. A prioridade, conferida ao conjunto de atividades preventivas que o setor de saúde deverá implementar, enfatiza o que é, hoje em dia, uma tendência Mundial. Acentua Brian Abel Smith: "Daí o empenho, em muitos países, de promover a prevenção em seu sentido mais amplo: para garantir estilos de vida mais saudáveis e melhorar as condições sócio-econômicas."[4] Essa diretriz constitucional envolve *ampla* gama de medidas econômicas e sociais.

E, na verdade, somente mediante a integração dos diversos organismos estatais, que estão incumbidos de tarefas tão distintas quanto abrangentes, será possível a efetivação das providências que cumpre ao setor de saúde realizar.

A parte final da diretriz, acentua que a atividade preventiva se realiza sem prejuízo dos serviços assistenciais. É claro que as medi-

4. "Tendências em Assistência Médica", em *Um Século de Previdência Social*, organizado por Celso Barroso Leite, p. 213.

das preventivas são o instrumento de ação que o setor de saúde deve operar prioritariamente. Essas medidas não serão suficientes, por certo, para inibir toda e qualquer doença.

Dizendo o óbvio, quis o constituinte enfatizar que as tarefas curativas são consideradas igualmente importantes, enquanto diretrizes para o setor. Atendimento integral significa, claramente, um momento de prevenção e, outro, de cura. E prevenção e cura nada mais são que dimensões do mesmo risco: a doença. A seguridade social, enquanto esquema de proteção integral que visa à redução do risco da doença, compreende as duas dimensões.

Essas diferentes estratégias de abordagem do mesmo problema estão, agora, entrosadas num mesmo esquema. E aqui reside, como já atrás dissemos, a grande inovação que o setor apresenta.

Resta esperar que esse entrosamento conduza a uma melhoria da qualidade de vida da população. E a terceira diretriz surge para que essa população não se quede, apenas, em compasso de espera, mas cuide de instaurar essa era da seguridade.

3.4.3 Participação da comunidade

Retomando considerações que antes fizemos a respeito do objetivo estampado no inciso VII do art. 194, cumpre enfatizar, aqui, a participação da comunidade como uma das diretrizes específicas do setor de saúde.

Os usuários poderão, agora, interferir na definição das ações e serviços de saúde. Poderão repensar cada uma e todas as ações do Estado, em face das necessidades coletivas que se apresentem. A priorização da medicina preventiva é um bom ponto de partida já definido na Constituição.

A comunidade poderá, no seu permanente modo de ver a realidade, propor medidas de atuação organizada do setor de saúde, que conduzam à erradicação de certas moléstias. Poderá, conhecendo a realidade, propor a criação de programas de atendimento a gestantes e nutrizes, aos infantes e aos jovens.

O dinâmico relacionamento que se estabelece entre os membros da comunidade permite que estes conheçam melhor a realidade e que essa mesma realidade seja apresentada aos governantes sem as máscaras que lhe colocam os planejadores estatais. Os burocratas sabem muito acerca dos níveis internacionais de cada doença e, a partir desses dados — que dificilmente batem com os da própria realidade —, planejam a atuação estatal.

O povo conhece, como ninguém, os seus próprios problemas e, chamado a participar, mostrará suas necessidades e proporá soluções para elas. Como usuária e agente, a comunidade poderá exigir um atendimento médico mais humano e personalizado, onde o paciente não seja objeto de menosprezo e sim tratado na sua condição de sujeito de direitos. De outra parte, a comunidade poderá vir a ser melhor instruída, pelos técnicos, a respeito de cuidados básicos de higiene e saúde.

Os meios de comunicação devem ser chamados a exercer, no particular, o papel de agentes de informação da população, em matéria médica, afastando-se de notícias sensacionalistas e atendo-se a uma ética que lhes cumpre observar com rigor. São da hora que passa os graves problemas das vítimas das substâncias radioativas e da AIDS. Campanhas de esclarecimento da população poderão e deverão ser realizadas, com recursos do setor de saúde, e com vista a um real enquadramento desses problemas.

Enfim, a promoção, proteção e recuperação da saúde são etapas na construção de uma sociedade mais justa e a participação da comunidade, conquistando essas políticas e medidas, abre caminho para que o homem atue em outros setores sociais não menos importantes.

Participação, em todos os níveis, é que pode se dar em cada fábrica, através de Comissões de Saúde escolhidas livremente pelos trabalhadores; e junto a cada posto de atendimento; ambulatório, hospital e repartição sanitária. Em comunidades locais; em bairros; na cidade e no Estado. Surgirá, assim, estrutura diferente para o setor de saúde, no País. Imaginemos mobilização do porte dessas que se constatam nas campanhas de vacinação e pensemos nesse intenso movimento como algo que passe a integrar o dia a dia da nossa sociedade. Será, sem dúvida, a etapa decisiva para a concretização desse direito de todos.

3.5 Financiamento

Estatui o art. 198, em seu parágrafo único que: "O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, além de outras fontes".

Muito embora o orçamento da seguridade social deva ser elaborado de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência e assistência social, como deixou expresso o § 2.º do art. 195, quis o constituinte enfatizar, mais uma vez, quais as fontes de finan-

ciamento da seguridade social. Cumpre distinguir, no entanto, as fontes que financiarão o todo daquelas que estão destinadas à parte.

Como já antes dissemos, haverá uma lei de diretrizes orçamentárias que estabelecerá metas e prioridades para a seguridade. Partindo dessas metas e prioridades, cada um dos setores — saúde, previdência e assistência — elaborará a sua proposta orçamentária e um coletivo deverá fazer a integração dessas propostas dos segmentos.

No que concerne especificamente ao setor de saúde, a distinção — que se impõe seja feita quanto às fontes de financiamento respectivas, em cotejo com aquelas que estão destinadas ao financiamento do sistema de seguridade social — é básica.

Embora se possa falar num único orçamento, contemplou o constituinte com duas fontes distintas o setor de saúde. Assim, a União, os Estados, e os Municípios, além do Distrito Federal e dos Territórios, deverão destinar verbas distintas para a seguridade social e para a saúde, nos respectivos orçamentos. Tanto é assim que o setor de saúde (parte, no todo) receberá verbas do orçamento global da seguridade (o todo).

Ergo, o setor de saúde receberá verbas das mesmas fontes que o sistema de seguridade social, no qual está integrado, mas em rubricas distintas. Outro entendimento tornaria inteiramente supérfluo e inócuo o dispositivo que estamos analisando.

Esse parágrafo único do art. 198 não pode ser encarado como mera repetição da norma contida no art. 195, até porque a lei não costuma trazer palavras inúteis; já diziam os nossos hermeneutas.

Forçoso reconhecer que a matéria não foi bem sistematizada pela Lei Maior. Teria sido mais adequado instituir-se um fundo único para o qual fossem carreados todos os recursos devidos aos órgãos da seguridade social; e a gestão de tal fundo deveria observar as metas e prioridades definidas na lei de diretrizes orçamentárias, com o controle de aplicação pela própria comunidade. Essa difusa distribuição de recursos entre os distintos orçamentos dificulta a gestão do sistema, facilita a burla e compliça o controle. Sabemos, todos, como são complexas as contas públicas no Brasil...

Mas o que preocupa, mais ainda, não é essa questão técnica e sim a ausência de uma clara definição a respeito do montante dos novos recursos que o sistema de seguridade social e, particularmente, o setor de saúde deverão receber.

Sendo considerada como um dos fins do Estado, a seguridade social não chegará a se complementar sem um adequado dimensiona-

mento do setor de saúde. Por isso mesmo, surge a saúde no Estatuto Fundamental do País, como um direito do cidadão, ou melhor, como um direito de *todos*. Qualquer um poderá exigir que o Estado lhe preste os serviços de proteção e de recuperação da saúde.

Antes considerada como inexigível — ante a insuficiência de recursos — a prestação dos serviços de saúde desponta, hoje, como direito constitucionalmente assegurado. Um direito social com essa envergadura exige aporte considerável de recursos. Deste modo, é inquietante que não haja uma clara disciplina da matéria, em nível constitucional.

Nem parece adequada a menção a outras fontes como solução pois, aqui também, o setor de saúde estará fazendo face ao conjunto do qual não deixa de participar, por ter orçamento distinto e que é o da seguridade social. As fontes, todas, da seguridade social e da saúde estão na sociedade. Porém, no plano jurídico, apresentar-se como advindas da esfera municipal, da estadual ou da federal mas, na certa, serão cobradas da sociedade direta ou indiretamente. Competente disciplina legal dessas fontes permitiria maior controle sobre a aplicação dos recursos por parte da comunidade.

Esperemos, pois, que a disciplina legislativa infra-constitucional venha a estruturar melhor esquema de financiamento da seguridade social e do seu setor de saúde possibilitando, destarte, o sucesso das políticas que a área deve implementar e desenvolver.

3.6 A livre iniciativa e o setor de saúde

Estatui o *caput* do art. 199 que: "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada". As ações e serviços de saúde poderão ser prestadas por entidades de direito privado.

Com esse dispositivo, a Constituição estabelece a clara distinção entre dois sistemas de saúde que irão atuar na vida nacional: o público e o privado.

Ampla a discussão travada no seio da Assembléia Nacional Constituinte a respeito desse tema. Propugnavam, alguns, pela criação de um monopólio estatal no setor de saúde. Outros, por seu turno, queriam liberdade total. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Esse caminho, escolhido pelo constituinte, é o ponto de equilíbrio.

Haverá um sistema estatal — que será unificado e descentralizado — engastado na seguridade social, de cuja atuação dependerá o conjunto da população assistida. Complementar ao sistema estatal poderá existir, ao sabor da livre iniciativa, um sistema privado que

proporcione, aos mais abastados, um padrão de atendimento diferenciado.

Dizemos complementar pois, como adiante melhor se verá, o sistema privado poderá ser contratado pelo Poder Público para prestar serviços de saúde.

3.7 Função complementar das entidades privadas

Estabelece o § 1.º do mesmo art. 199: "As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos".

Um dos pilares em que se assenta o Estado Democrático de Direito é a livre iniciativa, segundo o estabelecido no art. 1.º, IV da Constituição. Podem os particulares, por conseguinte, organizar serviços de saúde e prestá-los livremente à população. Ademais, o dispositivo constitucional em exame admite uma função complementar, a ser desempenhada por entidades privadas, ao sistema único de saúde.

Condicionadas e limitadas a diretrizes próprias do sistema único, as entidades privadas poderão ser chamadas a prestar serviços aos beneficiários da seguridade social. Se tal ocorrer, o constituinte já fixa os distintos tipos de vínculos jurídicos que definirão as relações entre o sistema único e as instituições privadas. Essas relações jurídicas obedecerão aos modelos dos contratos de direito público e dos convênios.

O contrato de direito público, como se sabe, confere prerrogativas à Administração Pública para, ainda que de modo unilateral, alterar o pactuado, ou mesmo rescindir o vínculo.

O convênio é uma modalidade especial de negócio jurídico que tem sido utilizado, na esfera previdenciária, para disciplinar as relações entre o setor de saúde e as empresas ou sindicatos e que objetiva o atendimento médico dos empregados ou associados de tais entidades. Há, ainda, um outro tipo de convênio entre a previdência e entidades beneficentes que atendem ao público em geral e entidades privadas sem finalidades lucrativas.

O parágrafo em comento dá preferência a esses dois tipos de entidades: as filantrópicas e as sem fins lucrativos na celebração de contratos e convênios com o sistema único de saúde. Naturalmente, a legislação irá estabelecer critérios que permitirão qualificar as pessoas jurídicas como sendo beneficentes ou sem fins lucrativos.

3.8 A proibição de subvenções para entidades privadas que tenham fins lucrativos

O § 2.º do art. 199 está assim redigido: "É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos". O comando é suficientemente claro para deixar margem a quaisquer dúvidas.

Embora a assistência à saúde seja livre à iniciativa privada, o sistema único é que deve merecer os recursos que o Estado resolva alocar ao setor de saúde.

Tendo em vista a preferência de que gozam e seu caráter complementar ao sistema estatal, as entidades beneficentes e aquelas outras que não possuem por objetivo o lucro, podem receber ajuda do Poder Público, através de auxílios e subvenções. Nada justifica, porém, que os recursos públicos — que são *res publica* — sejam destinados a quem, no livre jogo do mercado, quer lucrar com a saúde.

A medida moralizadora pretendeu, por certo, coibir as graves distorções que se verificam no setor. Vultosos recursos do FAS e do FINSOCIAL foram destinados para aquisição de equipamentos, construção e ampliação de hospitais e ambulatórios pela rede privada. A comunidade não recebe qualquer benefício prestado por essas entidades privilegiadas, que justifique a manutenção dessa política de favorecimentos. Aliás, tal política foi executada em detrimento das instituições filantrópicas de reconhecida utilidade pública como são, por exemplo, as Santas Casas de Misericórdia que amargam, hoje em dia, sérias dificuldades para o cumprimento de seus nobres misteres.

3.9 Proibição ao estrangeiro

Proclama o § 3.º do art. 199 o seguinte: "É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei".

A polêmica que se trava na sociedade brasileira, hoje em dia, sobre a presença estrangeira em nossa economia se vê colocada em tela, também, no setor de saúde.

Há uma carga de preconceitos muito grande contra o capital e as empresas estrangeiras. Ao invés de disciplinar o seu ingresso e impor limites à sua saída, o constituinte optou por solução radical: proíbe aos estrangeiros — empresas e capitais — que participem de modo direto ou indireto na assistência à saúde em nosso país.

Pensamos que se perdeu uma boa oportunidade para a discussão saudável e desapaixonada da matéria. Enquanto a Europa busca uma redefinição dos conceitos de Estado e de soberania e, no horizonte de 1992, procura encontrar uma saída para os impasses que o seu desenvolvimento apresenta, o Brasil prefere não discutir o assunto.

Conhecemos os argumentos que foram utilizados para a instituição dessa vedação. Eles se prendem, todavia, a um aspecto do tema da saúde: o da crescente desnacionalização da indústria farmacêutica com a conseqüente dependência do país, especialmente em relação à matéria-prima dos medicamentos, aos interesses de grupos multinacionais.

É bem verdade que se tentou, com a criação da "Central de Medicamentos", a superação do atraso do País, no setor. Mas a dependência externa prossegue como um dos graves problemas nacionais.

Todavia, parece-nos que a questão, colocada nos seus devidos termos, não deveria passar daí. Nada obstaria a que empresas e capitais estrangeiros viessem a prestar assistência à saúde no Brasil e pudessem atender aos que estão aptos a custear integralmente esses serviços.

A proibição de auxílios e subvenções, a que se refere o dispositivo anteriormente analisado, resolveria o problema. Proibição que deveria se estender, é claro, aos abatimentos e deduções de qualquer espécie, relativamente aos tributos que são devidos por quem se utilizasse dos serviços dessas instituições.

Mas não parece adequada a simples vedação insculpida na Lei Maior. A ressalva, expressa na parte final do parágrafo em questão, colocada de modo amplo, permite que o assunto volte a merecer discussão, quando da elaboração da legislação comum que venha a disciplinar o tema.

3.10 Proteção à vida e proibição do comércio de certas substâncias

Estatui o art. 199, § 4.º: "A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisas e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização".

O transplante de diferentes partes do corpo humano vem sendo objeto de atenção nos últimos anos. Ainda nos recordamos do pri-

meiro transplante de coração realizado no Brasil, cujo paciente receptor foi um empregado da São Paulo Ligth, onde trabalhávamos na época. A novidade, já testada antes pelo eminente cirurgião Barnard, na África do Sul, causou grande impacto em nossos meios médicos e jurídicos. O legislador logo cuidou de disciplinar a matéria, por intermédio da Lei 5.479, de 1968.

A remoção de órgão, tecido ou substância do corpo humano, tanto pode se dar em pessoa viva como *post mortem*. Em ambas as situações, evidentemente, é a título gratuito que se deve cogitar da disposição a respeito.

O corpo humano, desde sempre considerado *res extra commencium*, não pode ser objeto de nenhum tipo de exploração comercial. Numa perspectiva transcendental, trata-se de algo sagrado que, como o horto cerrado do Cântico dos Cânticos, não pode ser violado por qualquer significação econômica.

A legislação que venha a cogitar dessa importante matéria, fundada na diretriz constitucional, deve observar critérios atualmente recomendáveis pela ciência médica para o trato do assunto. Ao estabelecer procedimentos despidos de formalismo — que poderiam dificultar e impedir a plena utilização desses recursos —, não pode deixar de lado o rigor necessário à verificação dos casos de morte cerebral. Aqui, a autorização para a remoção de órgão, tecido ou substância somente pode ser dispensada quando impossível a identificação da pessoa. E, nesse caso, o dirigente do hospital ou da clínica que realizasse a remoção poderia suprir a autorização, ficando pessoalmente responsável pelas conseqüências.

A vida é o bem jurídico supremo, cuja proteção o direito assegura. O capítulo da Constituição de 1988 que estamos examinando cuida, precisamente, das ações destinadas à proteção e recuperação da saúde. Nesse contexto, e com esses valores, é que se deve abordar a questão da remoção de partes do corpo humano.

Em nossa época, um drama de proporções ainda desconhecidas atinge a humanidade. A síndrome da AIDS, que já ceifou milhares de vidas. São particularmente atingidos os hemofílicos e pessoas que recebem transfusão de sangue.

Aos propósitos mais elevados e altruístas que inspiram muitas pessoas a doarem seu sangue para os necessitados, ou a disporem de partes de seus corpos para utilização por outrem, deve corresponder um zeloso plano de ação que estimule e facilite essas práticas cari-

tativas. Cuidados indispensáveis deverão ser tomados, de conformidade com a legislação, para que nenhum risco corra o doador.

É preciso, outrossim, que a legislação estabeleça medidas adequadas a fim de que o ser humano, ainda quando já se encontre sem vida, seja tratado com respeito e não possa servir de cobaia para experiências científicas. Uma simples transfusão de sangue, hoje em dia, requer cuidados especiais, que protejam tanto o doador como o receptor.

Cabe ao Estado, enquanto ente que deve assegurar saúde para todos (art. 196), estimular o desejo, que é inato no ser humano, de ser útil ao próximo. Para tanto, cumpre implementar campanhas institucionais de esclarecimento e formação da população, a respeito dos grandes problemas de saúde do País e das medidas que cada um pode tomar, para pôr termo ao sofrimento dos outros. Novos doadores cujos órgãos, tecidos e substâncias poderão salvar a vida de seus semelhantes, só surgirão do seio de uma população suficientemente esclarecida e que saiba não correr riscos em razão de seu altruísmo.

O legislador deverá, enfim, criar estímulos ao surgimento, ampliação e desenvolvimento de centros de pesquisa, nas universidades, nos hospitais, nos laboratórios, onde a permanente indagação a respeito das causas, conseqüências e terapêutica adequada a tantos agravos que afligem o ser humano e a vida social, sejam pesquisadas de modo permanente.

A comercialização de bens tão caros ao homem está vedada pela Constituição. Esse fato, impõe ao Estado a grave responsabilidade de carrear recursos a fim de que o setor de saúde não se veja desfalcado de bens indispensáveis ao tratamento de certos tipos de moléstia ou, mesmo, para a manufatura e processamento de substâncias imprescindíveis ao prosseguimento de atividades terapêuticas.

O comércio desses bens, em violação ao preceito da Lei Maior, há de merecer definição legal como crime e o infrator deve ficar sujeito a graves penas, reveladoras de toda a repulsa que a sua conduta anti-social traz ao conjunto da sociedade.

3.11 As atribuições do sistema único de saúde

Todo o sistema organizado pressupõe diretrizes norteadoras que deve cumprir. Tais diretrizes foram insculpidas no art. 203, relativamente ao setor de saúde. Ademais, a ordem jurídica define os poderes

de que se reveste o sistema em questão para cumprir as diretrizes adrede estabelecidas.

Num rol, que não é exaustivo, o constituinte investiu o sistema único de saúde das seguintes competências: "Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I. controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção da medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II. executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III. ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV. participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V. incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI. fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII. participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII. colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho".

O impressionante encadeamento de poderes conferido ao sistema único de saúde encontra sua principal justificativa no triste quadro de ineficiência que esse setor apresenta.

O setor vinha estruturado em incontável conjunto de regras e de órgãos. Na saúde pública; na previdência; na vigilância sanitária; na higiene do trabalho; na formação profissional; na alimentação e na nutrição; no saneamento básico e ambiental, etc. Qualquer esfera governamental possuía um, alguns ou muitos órgãos incumbidos de cuidar da saúde.

Embora não esteja alterada, ainda, toda essa estrutura, é manifesto no Texto Fundamental o propósito de engendrar-se um sistema único que se contraponha a essa injustificável difusão de normas e de órgãos. É significativo, outrossim, que tenham sido prestigiadas as políticas públicas implementadas para esse setor em passado recente.

Com efeito, a produção de medicamentos; equipamentos, imunobiológicos e hemoderivados pode não parecer uma atuação muito própria do Estado mas, no Brasil, revelou-se necessária para que não ficássemos dependentes das multinacionais, nesse setor. São, ao contrário, havidas como mui próprias do Estado as tarefas de fiscalização e controle sanitário; da qualidade dos alimentos; da produção de substâncias tóxicas e radioativas.

Do mesmo modo, as ações de saneamento básico e as medidas destinadas à preservação e proteção do meio ambiente (cuja importância vem ressaltada em seção própria da Carta Magna) são típica atividade da Administração Pública. Por fim, a formação de recursos humanos, na área, é de importância fundamental.

Surge, pois, esse abundante conjunto de disposições como o meio através do qual o constituinte intenta impor unicidade aos órgãos e regras que deverão implementar a atuação estatal no setor de saúde. Atuando organicamente como um sistema único, o Poder Público poderá planejar, coordenar e orientar os distintos programas em direção a um fim adrede estabelecido pela disposição geral que se acha insculpida no dispositivo exordial da Ordem Social: o bem-estar de todos (art. 193).

Urge, porém, compaginar o sistema único de saúde com os setores da educação, da ciência e tecnologia, do meio ambiente a fim de que, em harmonia, essas áreas possam confluir para o desiderato comum.

O rol de preceitos estabelecido pelo art. 200 não define prioridades. Estas deverão ser buscadas lá onde as carências se apresentam como mais gritantes. O sucesso do sistema único de saúde dependerá, a nosso ver, de dois elementos: a adequada definição dos recursos orçamentários e a efetiva participação da comunidade. Ambos são interdependentes.

Já atrás dissemos que a ausência de clara definição a respeito do montante dos recursos a serem alocados ao setor, no corpo das disposições permanentes da Lei das Leis, é fator preocupante. Daí parecer-nos que a comunidade é chamada a desempenhar um papel fundamental para que o sistema tenha êxito. Não custa trazer novamente à memória que a participação da comunidade é objetivo da seguridade social (art. 194) e das diretrizes específicas do sistema único de saúde (art. 198, III).

Eis chegado o momento decisivo dessa participação: a definição de prioridades; a elaboração de diagnósticos; a estruturação do orçamento e o planejamento. Em cada uma e em todas essas etapas cumpre aos usuários do sistema de saúde manifestar suas propostas.

São muitas as frentes de atuação! E, conhecidas, as deficiências que o setor público apresenta no trato de cada uma delas. Convém que os representantes da comunidade, nos diversos escalões do siste-

ma único de saúde, meditem sobre a memorável Declaração de Alma Ata, aprovada pela 32.ª Assembléia da Organização Mundial de Saúde, na qual vem indiçado um caminho para que se atinja a meta grifada na Constituição: "saúde — direito de todos".

E, observado o princípio que Russomano denomina da "necessidade absoluta do planejamento",[5] possa-se com seriedade, definir uma política para o setor, que tantas e tão graves providências está a exigir.

5. Mozart Victor Russomano, *Comentários*... cit., p. 278.

4

DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

4.1 Noções preliminares. 4.2 Os sujeitos protegidos e os entes protetores. 4.3 Os planos de previdência social. 4.3.1 Doença, invalidez, morte, velhice e reclusão. 4.3.2 O tempo de atividade. 4.3.3 Contagem recíproca do tempo de serviço. 4.3.4 Manutenção dos dependentes do segurado. 4.3.5 Proteção à maternidade, especialmente à gestante. 4.3.6 Desemprego. 4.4 Valor dos benefícios. 4.5 Previdência complementar.

4.1 Noções preliminares

O tema da previdência social não se constitui em novidade na Lei Magna brasileira. Como já vimos no capítulo inaugural deste estudo, a matéria foi objeto de consideração pela maior parte das Leis Fundamentais do País.

Todavia, a novidade da seguridade social obriga a compreensão distinta do tema, assim no plano das indagações teóricas como no da análise objetiva de cada um dos dispositivos, que cuidam da matéria no Código Supremo.

A maior parte da doutrina — ao examinar a evolução do seguro social nos sistemas jurídicos que contemplam algum esquema de proteção coletiva — pretende traçar uma linha demarcatória entre quatro fases ou estágios nessa evolução. Sustenta-se que a primeira manifestação de proteção coletiva foi a assistência privada, seguida da assistência pública. Com Bismarck, aparece o seguro social e, modernamente, o sistema de proteção total denominado seguridade social.

No direito brasileiro, a nível constitucional, vimos que estão presentes o estágio da assistência pública (na Constituição do Império) e a fase da previdência social (a partir da Constituição de 1934). A Constituição de 1988 insculpe, no Título "Da Ordem Social", um capítulo que cuida da seguridade social e, dentro desse capítulo, uma seção que disciplina a previdência social.

Na realidade, o Texto Fundamental do Brasil deixou de lado a evolução do tema, como referida pela doutrina, para dar fisionomia própria ao modelo de proteção social em nossa pátria.

A seguridade social não é um sistema protetivo que se implante de golpe. Ao contrário, ele evolui através de estágios, como acima descrito. É, assim, um instrumento dinâmico de atuação do Estado na Ordem Social, que irá se aprimorando, até poder proteger a todos em igual medida.

Nem seria possível que, nesta fase da vida nacional, o programa de proteção estatal já pudesse abranger a totalidade da população. É bem verdade que a situação social do país clamava por um sistema universal de cobertura e atendimento.

Responde a esse clamor, a diretriz fixada como a primeira dentre as que são próprias à seguridade social (art. 194, parágrafo único, I). Todavia, o instrumental disponível — neste momento — é a previdência social.

Na conjuntura atual, a previdência cumpre funções que, segundo os técnicos, são próprias de um autêntico sistema de seguridade social. Assim, a proteção social brasileira vive, hoje em dia, um estágio ambivalente. Misturadas no bojo da Lei Fundamental, há prestações que são próprias ora da previdência (como as da Seção em estudo) ora da seguridade (como as da Seção que examinaremos no capítulo seguinte).

A estrutura existente é, atualmente, instrumento necessário para que a seguridade social, a nova estrutura, seja implantada a seu tempo. Veremos, em breve, o surgir necessário da nova estrutura a partir da existente — como Eva surgindo da costela de Adão — e cobrindo, com o seu manto protetor, toda a sociedade brasileira.

Os critérios que a teoria tradicional aponta como identificadores de um modelo de seguridade social não servem para a análise do modelo brasileiro. O nosso é o modelo que se apresenta como possível neste momento histórico. Impõe, de imediato, a alocação de recursos de grande monta.

Mas, são apenas os assalariados os titulares da maior parte dos direitos sociais. Mais de trinta por cento da população economicamente ativa, por conseguinte, está excluída do sistema protetivo que o constituinte engendrou. É a referida ambivalência, a que aludimos acima: sistema de cobertura universal onde nem todos estarão universalmente cobertos!

A proteção integral virá progressivamente, na medida e no ritmo do desenvolvimento do país. Que não se paute, porém, pela arritmia de progresso econômico e retrocesso social que caracterizaram o país nos últimos quarenta anos.

Ao intérprete cabe descrever o sistema de proteção social atual sem dissociá-lo da mole da seguridade, cujas diretrizes gerais são critério norteador para a compreensão do assunto.

4.2 Os sujeitos protegidos e os entes protetores

Na nomenclatura tradicional do direito brasileiro, os sujeitos protegidos pela previdência social são os beneficiários.

Em disposição ampliativa, a Carta Magna permite a qualquer pessoa participar dos benefícios (§ 1.º do art. 201). Os beneficiários são os trabalhadores, como tal entendidos todos aqueles que exercem ou tenham exercido atividade remunerada e os seus dependentes. Entre os dependentes — assim considerados aqueles que, de fato ou por uma presunção legal, não possuem recursos para prover a própria subsistência — estão incluídos o marido e o companheiro da trabalhadora segurada.

Os beneficiários são, pois, os credores dos direitos definidos pelos arts. 201 e 202 da Lei Maior.

Os órgãos responsáveis pela gestão da previdência social serão os entes protetores, a quem incumbe o dever jurídico de cumprir as prestações. Na Constituição, distinguem-se daqueles que deverão cuidar do sistema único de saúde e dos encarregados da assistência social.

4.3 Os planos de previdência social

A Constituição cuida da previdência social em dois dos seus dispositivos, os arts. 201 e 202.

Os assuntos estão de tal modo entrelaçados que — apenas para facilitar a exposição — iremos cuidar separadamente dos temas seguindo a desordem com que a matéria vem distribuída no Texto Fundamental.

Proclamam os arts. 201 e 202 o seguinte:

"Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

"I — cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão;

"II — ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda;

"III — proteção à maternidade, especialmente à gestante;

"IV — proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

"V — pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5.º e no art. 202.

"§ 1.º. Qualquer pessoa poderá participar dos benefícios da previdência social, mediante contribuição na forma dos planos previdenciários.

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

"§ 3.º. Todos os salários de contribuição considerados no cálculo de benefício serão corrigidos monetariamente.

"§ 4.º. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

"§ 5.º. Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

"§ 6.º. A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

"§ 7.º. A previdência social manterá seguro coletivo, de caráter complementar e facultativo, custeado por contribuições adicionais.

"§ 8.º. É vedado subvenção ou auxílio do Poder Público às entidades de previdência privada com fins lucrativos."

"Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

"I — aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal;

"II — após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;

"III — após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco à professora, por efetivo exercício de função de magistério.

"§ 1.º. É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.

"§ 2.º. Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca de tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei."

O amplo quadro de preceitos aqui delineado mantém a terminologia que, denunciando as origens dos institutos de que trata, já se tornou usual nessa seara.

São do velho contrato de seguro as técnicas adotadas por Bismarck para a estruturação do seguro social. Daí o freqüente emprego de termos como risco, evento, cobertura, plano, acidente, etc. Naturalmente, o direito público reelabora esses conceitos adaptando-os a um contexto específico.

4.3.1 Doença, invalidez, morte, velhice e reclusão

Repetindo enunciado clássico nas Constituições brasileiras, o art. 202, em seu inciso I, arrola os chamados "grandes riscos" que são objeto de proteção em nosso direito, assim como em quase toda a legislação social do mundo contemporâneo.

De novidade, a Lei Fundamental traz a menção expressa ao risco reclusão. Antes, tal evento só vinha cogitado a nível de legislação ordinária, como suscetível de gerar proteção aos dependentes do trabalhador encarcerado.

A doença é o evento que mereceu, desde os primórdios da proteção social, os cuidados da legislação. Ela gera a incapacidade para o trabalho e impossibilita o trabalhador de obter o próprio sustento. Do mesmo modo a invalidez só que, agora, com contornos de definitividade da situação. Além dos cuidados médicos que cada um desses eventos impõe sejam prestados, fará jus o trabalhador a benefício, cujo valor será calculado de conformidade com alguns critérios que a própria Constituição já define.

Doença, invalidez e morte podem ter por causa um acidente de trabalho. Esse infortúnio, na sistemática da legislação infraconstitucional em vigor, gera direito a benefícios cujos valores são maiores que os devidos em razão de outras causas. Nada obsta, e nem impõe, que a nova legislação unifique o valor das prestações comuns e acidentárias.

Todavia, o acidente de trabalho poderá gerar direito, ainda, a uma indenização se provocado por culpa ou dolo do empregador, *ex vi* do disposto no inciso XXVIII do art. 7.º, da Constituição em comento.

A Lei Maior, ao cogitar da velhice, reconhece situações distintas entre o homem e a mulher. Também, indica critérios diferenciados para a obtenção da prestação, quando se trate de trabalhador urbano ou rural. Na concepção jurídica, o homem é considerado velho aos sessenta e cinco anos, ao passo que a mulher é velha aos sessenta anos. O rurícola, por seu turno, poderá se aposentar com idade inferior.

Poder-se-ia objetar que esse distinto tratamento entre trabalhador urbano e trabalhador rural vai de encontro com o objetivo da uniformidade, consagrado pelo art. 194, II. Pensamos, porém, que a objeção não procede.

O tratamento diferenciado, no caso, antes reforça a consecução do objetivo. É perceptível, ao senso comum, que o rurícola se desgasta rapidamente e precocemente envelhece, em razão das condições adversas de seu trabalho. Sendo diversas as condições de trabalho, na cidade e no campo, diversamente hão de ser tratados, trabalhadores rurais e urbanos, para efeito de aposentadoria. O tratamento distinto pretende compensar as suas diferenças e é proposta que obriga o Estado a dar início ao resgate da pesada dívida social que mantém para com o homem do campo.

A ocorrência de qualquer dos eventos elencados no inciso I do art. 201 confere, aos que lhe sofrem as conseqüências, o direito ao recebimento de um benefício previdenciário.

4.3.2 O tempo de atividade

A fim de impor um mínimo de tratamento sistemático ao assunto cumpre examinar, agora — ainda que deixando provisoriamente de lado a ordem que vem exposta — a matéria nos arts. 201 e 202, da Constituição, que é, sem favor algum, o mais polêmico dos benefícios.

A contingência coberta é o tempo de atividade, vulgarmente denominado tempo de serviço.

Como a legislação infraconstitucional deixou de considerar uma idade mínima, a partir da qual o benefício poderia ser requerido, a doutrina passou a objetar um sem número de críticas a esse tipo de prestação.

Obtemperam, alguns, que a técnica do seguro social considera, apenas, situações de risco. Ora, dizem, um mero suceder de anos não pode ser considerado risco suscetível de proteção. Por conseguinte, a aposentadoria por tempo de serviço, dissociada de uma idade mínima, seria incompatível com a técnica do seguro social. Outros, sustentam que tal prestação beneficiará pessoas ainda jovens.

Apesar dessas críticas, foram frustradas as tentativas de reimplantação da idade mínima, para a concessão do benefício por tempo de serviço.

Cremos que dois fatores explicam, e até justificam, a existência dessa prestação em nosso País. O primeiro, é o dado sociológico. É certo que ninguém no Brasil contribui compulsoriamente para o seguro social pensando em outra coisa.

A idéia da aposentadoria, a nosso ver, constitui ponto de referência fixo — talvez o único — que os obreiros possuem, quando cogitam de seus direitos sociais. Esse ideal funciona, mesmo, como um fetiche capaz de superar as aviltantes condições de trabalho da maioria da população.

E o segundo, é dado histórico. Apesar de "mais acenar do que a realizar", como sabiamente aponta Annibal Fernandes[1] esse benefício sempre foi deferido na legislação brasileira, desde a Lei Eloy Chaves. E os servidores públicos recebem-no, também, sem qualquer restrição de idade. Enfim, para os brasileiros, a doença, a invalidez ou a morte são acidentes de percurso. O que conta, mesmo, é a aposentadoria...

A Constituição define o tempo de trinta e cinco anos para o homem e de trinta anos para a mulher como a regra.

Prevê um tempo inferior (trinta anos e vinte e cinco anos, respectivamente), para a aposentadoria dos que exercem funções no magistério. E cuida, também, de uma aposentadoria proporcional, com tempo menor, para todas as categorias.

Cogita, ainda, de tempo inferior — a ser definido em lei — para a aposentadoria em condições especiais aos que exercem ativi-

1. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*, p. 87.

dades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. É o caso daqueles que exercem atividades penosas, insalubres ou perigosas, por exemplo.

4.3.3 Contagem recíproca do tempo de serviço

A contagem recíproca do tempo de serviço, público e privado, é uma antiga reivindicação dos trabalhadores. Somente em 1975 é que veio a se transformar em realidade, por força da Lei 6.226, de 14 de julho daquele ano.

Acontece a muitos trabalhadores a circunstância de terem que trafegar — ao longo da vida profissional — de uma atividade privada para outra pública e vice-versa. Antigamente, a diversidade de regimes jurídicos impedia o cômputo do tempo de serviço em campos distintos de atividade.

A contagem recíproca é o mecanismo para a solução desse problema. Considerando o tempo de serviço como patrimônio individual do trabalhador, o legislador admite que esse tempo vale, indistintamente, em qualquer dos regimes previdenciários a que se filia.

Ocorre que o seguro social está baseado em contribuições e em rígidos métodos de cálculo atuarial das prestações. Assim, se alguém ingressasse num regime previdenciário qualquer trazendo tempo de serviço suficiente para garantir-lhe benefícios desde logo, inexistiria provisão para o custeio do encargo daí advindo e, conseqüentemente, resultaria comprometido o equilíbrio financeiro do sistema, a partir do momento em que o indivíduo passasse a perceber os benefícios.

Impõe-se, por conseguinte, a implantação de um esquema de vasos comunicantes, que compatibilize os diversos sistemas existentes no País. É o que determina o § 2.º do artigo 202. Uma espécie de câmara (ou fundo) de compensação deverá ser criada, a fim de suportar os encargos derivados da contagem recíproca.

Ponderou Russomano que a Lei 6.226/75 resolvera apenas parte dos problemas que o trabalhador enfrentava, ao mudar de regime previdenciário. E anteviu, o mesmo autor, a necessidade de disciplina constitucional da matéria.[2] O constituinte acolheu a lúcida ponderação do ínclito tratadista e cuidou da matéria em linhas suficientemente gerais, para que nenhum obstáculo possa ser criado ao reconhecimento pleno desse importante direito social. Inclusive, pôs termo

2. *Comentários*... cit., p. 249.

à distinção entre tempo de serviço urbano e rural, em plena consonância com o objetivo definido no art. 194, parágrafo único, II.

4.3.4 Manutenção dos dependentes do segurado

Comanda o inciso II do art. 201 que haverá um plano de previdência destinado a atender a: "ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda".

É necessário compreender essa prestação no contexto dos direitos sociais, notadamente em face dos que são previstos pelos incisos IV e XII do art. 7.º, da Constituição. Conquanto se trate de definição que a lei deva fazer, parece fora de dúvida que um dentre os critérios a serem considerados pelo legislador é o que considera baixa renda, o salário mínimo, como definido pelo inciso IV do art. 7.º.

Como não poderá existir, no Brasil, salário inferior ao mínimo, é certo que baixa renda será, pelo menos, o salário mínimo. Aqui estamos diante da menor possibilidade conceitual que poderá adotar o legislador comum, ao definir aqueles que farão jus à ajuda em estudo.

É claro que o legislador poderá situar a baixa renda numa faixa superior ao mínimo (dois salários-mínimos, três salários mínimos, por exemplo). Mas, pelo menos aqueles que percebem o salário mínimo, devem fazer jus à prestação instituída pelo inciso II do art. 201. Por outra parte, parece-nos possível compatibilizar tal ajuda com a prestação do salário-família.

Tradicionalmente, em nosso direito previdenciário, a prestação familiar é o salário-família. Para perceber tal benefício, o segurado não necessita ter baixa renda. Basta que possua filhos menores de 14 anos ou inválidos. A prestação corresponde, hoje em dia, a um benefício no valor de cinco por cento do salário mínimo por filho.

O legislador tanto poderá permitir a acumulação da ajuda prevista no inciso II do art. 201 com o salário família, como poderá transformar o salário família nessa ajuda e, nesse caso, suprimir a prestação para aqueles que não possuem baixa renda.

Parece sem sentido, com efeito, a manutenção do benefício do salário família para todos os trabalhadores. Se para o trabalhador que ganha o mínimo legal essa ajuda é, às vezes, superior ao próprio desconto da contribuição previdenciária e, portanto, tem significado pecuniário expressivo, nada representa para aqueles que recebem altos salários.

A Constituição abre, pois, a possibilidade de uma redefinição ampla do benefício do salário família que foi criado para ser uma efetiva ajuda aos mais necessitados. Ademais, o tema enseja uma reflexão, que se faz urgente, sobre o que é baixa renda e sobre quem deve merecer a ajuda ofertada pela Constituição.

Poderoso instrumento para a redução das desigualdades entre pessoas e regiões, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3.º, III da Carta Magna), o sistema previdenciário poderá, nos termos da lei, valer-se de critérios regionais e locais, para disciplinar o tipo, qualidade, quantidade e forma de ajuda a ser prestada ao segurado pobre e aos seus familiares.

Conjunto integrado de ações, as prestações previdenciárias e assistenciais estarão, em muitíssimas situações, de tal modo amalgamadas, que não será possível enfocá-las segundo critérios tão claramente distintivos como os utilizados nos altiplanos das indagações teóricas. Tudo é seguridade social!

Por isso, a ajuda poderá ocorrer em forma de prestação alimentar ou pecuniária; através de remédios ou de material escolar, enfim, no que possa acudir a reais carências do trabalhador de baixa renda.

4.3.5 Proteção à maternidade, especialmente à gestante

A proteção social devida à trabalhadora gestante nasceu, em sede constitucional, com a Carta Magna de 16 de julho de 1934. Renovado nas sucessivas Leis Fundamentais do País, tal princípio vem expresso em dois preceitos da Lei Maior de 1988, o contido no inciso III do art. 201 ora em exame neste trabalho e, também, no dispositivo estampado no art. 7.º, inciso XVIII, que há de merecer, aqui, breve análise. Em linhas gerais, ambos os dispositivos cuidam do mesmo assunto.

Todavia, a regra contida no art. 7.º é restrita ao período de repouso que, na significativa inovação introduzida na Carta de 1988, passou a ser de cento e vinte dias.

O descanso remunerado da gestante, antes de ser prestação previdenciária, teve natureza trabalhista. Integrava as obrigações do empregador previstas nos arts. 392 e 395 da Consolidação das Leis do Trabalho, e consistia na manutenção do emprego e do salário da empregada por um período de doze semanas que, em certos casos, poderia ser ampliado para dezesseis semanas. Sem energia suficiente para exigir o cumprimento dessa prestação, a trabalhadora via frustrado ou burlado o seu direito pelos patrões.

Inspirado em antiga recomendação da Organização Internacional do Trabalho, o legislador transferiu para o sistema previdenciário os ônus financeiros decorrentes do pagamento da remuneração à trabalhadora gestante. É o preceituado pela Lei 6.136, de 7 de novembro de 1974. A prestação, por conseguinte, adquiriu natureza previdenciária.

Embora não se cuide, em nível constitucional, do devedor dessa prestação, é de se supor que prossiga sendo o sistema previdenciário. O custeio, como é óbvio, não merece qualquer distinção. Nada justificaria que a disciplina jurídica do chamado salário-maternidade (tal o nome do benefício devido à gestante, em seu período de repouso), que já correspondia, plenamente, à evolução do instituto no direito comparado, viesse a sofrer alteração ou verdadeira involução, através de Diploma que aperfeiçoou a proteção social.

Posta a questão tratada pelo art. 7.°, XVIII, resta examinar o sentido e alcance da norma contida no art. 201, em seu inciso III. Indubitavelmente, o preceito nos leva a admitir que o Código Magno da República pretende que, além do direito subjetivo especificamente conferido à gestante, outra modalidade de proteção há de ser outorgada, num plano de previdência, à mulher.

Ao direito subjetivo que a mulher possui de receber o seu salário e ter o seu descanso, a Constituição acrescenta um outro direito que vai como que suceder a esse, mas com características e escopo diverso. É a situação jurídica da mulher, enquanto mãe, que agora se acha sob proteção previdenciária.

Um relevo especial é atribuído a esse fenômeno jurídico, social e moral que é a maternidade. A Lei Maior não explicita que tipo de prestação protegerá a maternidade. Certamente, porém, aqui se cuida de um benefício, visto como dos serviços de saúde já tratou a Seção precedente e a diretriz expressa no art. 198, II, não dá margem a qualquer dúvida sobre a amplitude desse direito. Também não pode ser de serviço de assistência social que o dispositivo trata pois, como veremos, lá — novamente — a Constituição disciplina a proteção à maternidade.

Na fase de elaboração da Constituição, a emenda coletiva apresentada pelo Deputado Eraldo Tinoco cuidava do assunto, denominando auxílio-natalidade à prestação devida à maternidade. Seguia, no particular, a disciplina que a matéria encontra na legislação infraconstitucional. O auxílio-natalidade está reduzido a uma quantia ínfima que não atende, nem mesmo, às despesas imprescindíveis que qualquer família se vê obrigada a realizar, por ocasião do nascimento.

No conjunto da proteção social, a reduzida e instantânea ajuda financeira deverá ser superada. O novo equacionamento constitucional do salário-maternidade não vem a prejuízo do atual auxílio-natalidade, que deverá merecer melhor dimensionamento em termos de valor, considerada — é claro — a amplitude de recursos financeiros a serem auferidos pelo sistema de proteção social.

Reafirmamos, aqui, o que se disse a respeito do salário-família. Pode ser que, para certos segurados, nem seja o caso de atribuir-se qualquer tipo de benefício. Já para outros, essa só ajuda poderá proporcionar efetiva proteção à maternidade, nos termos abrangentes que a Constituição preordena.

Para além das medidas previdenciárias, porém, o que se impõe, no Brasil, é uma mudança de mentalidade. O art. 7.°, XX, assegura o direito da mulher a uma proteção ampla, no que concerne ao seu trabalho, mediante política de incentivos específicos a serem concedidos aos que as empregam e mantêm empregadas. Essa legislação poderá, no futuro, fazer cessar a discriminação que sofre a mulher trabalhadora, ainda agora, no final do século vinte.

4.3.6 Desemprego

O verdadeiro flagelo da humanidade, em nossa época, é o desemprego. Mesmo em países cuja economia se acha plenamente desenvolvida, os últimos quinze anos apontou o desemprego como fator das maiores preocupações por parte dos governantes.

A economia mundial encontra-se em crise, cujo indicador manifesto é a abrupta queda da Bolsa de Valores de New York, no ano de 1987. A repercussão do evento é a crise que se faz sentir, com maior intensidade, no mercado de trabalho do mundo inteiro. São contados entre os milhões aqueles que, perdendo o emprego, não logram obter outra colocação.

No Brasil, a legislação de 1966, que disciplinou o chamado auxílio-desemprego, representou menosprezo total a esse fenômeno. O legislador e o Executivo mostraram-se apáticos ante o problema e por largo período foi mantido aquele arremedo de proteção.

Em 1986, com o Decreto-lei 2.284, de março daquele ano, foi formalmente instituído, entre nós, um seguro-desemprego, destinado a prover ao trabalhador desempregado uma assistência financeira temporária de, no máximo, quatro meses.

A Constituição de 1988, no elenco dos direitos sociais, inclui o seguro-desemprego dentre as prestações definidas pelo art. 7.°, II. E

volta ao tema no capítulo da seguridade social, art. 201, IV. Ademais, o constituinte cuida especificamente do financiamento do seguro-desemprego, disciplinando a matéria no art. 239 e seus parágrafos. Ao nosso ver, o Diploma Fundamental revela a clara diretriz que o direito brasileiro imprime ao assunto, no particular.

Sobre ter que significar imprescindível assistência financeira ao desempregado, a proteção ao trabalhador compreende, também, a implementação de medidas de fomento ao desenvolvimento econômico pois, só esse resolve, de vez, o problema.

Andou bem, por isso, o constituinte ao transformar dois poderosos fundos estatais — o PIS e o PASEP — em instrumentos concomitantes de financiamento do seguro-desemprego e de programas de desenvolvimento econômico (art. 239 e § 1.º). É bem verdade que, no caso brasileiro, nem haveria como dissociar essas duas faces da moeda.

Uma Ordem Econômica só assegura a todos existência digna, quando busca implementar políticas de pleno emprego, como proclama o art. 170, VIII do Texto Fundamental. À persistente invocação desses valores, na Lei das Leis, há de corresponder um arcabouço protetivo, que arranque milhões de brasileiros da situação de aflição e desespero em que se encontram.

Conferir quatro meses de remuneração, não resolve o problema do desempregado que quer, isso sim, um novo emprego. De todo modo, a proteção não pode consistir em prestação pecuniária mesquinha, que mal atenda às necessidades básicas do trabalhador. Nem deve ser estabelecida como um valor-padrão, que se aplique a todos.

Como qualquer outro benefício previdenciário, o seguro-desemprego há de estar relacionado com o salário de contribuição do trabalhador, e representar um percentual desse salário. A Convenção Internacional n. 102, que versa sobre Normas Mínimas de Seguridade Social, e que foi aprovada, em 1952, pela Assembléia Geral da OIT, sugere um percentual de quarenta e cinco por cento sobre o valor do salário de contribuição. É um referencial que deve merecer a consideração do legislador, quando da edição do plano de previdência que venha a cuidar do tema.

A proteção ao desempregado só atenderá aos imperativos constitucionais, a nosso ver, se cobrir todo o período do desemprego e não um reduzido lapso de tempo no qual, manifestamente, não é possível ao trabalhador encontrar outra colocação. Todavia, se não houver recursos nem montante suficiente — o que só o tempo e criteriosa

avaliação do benefício poderá determinar — é necessário que sejam estabelecidos parâmetros adequados para que a proteção, dependendo da idade, do tempo de contribuições e das próprias funções do obreiro, possa mostrar-se adequada e efetiva.

Aliás, o § 4.º do art. 239 já prevê que a legislação deverá fixar critérios de rotatividade da força de trabalho nos diferentes setores de atividade, para efeito de instituição de uma contribuição adicional do empregador, destinada ao custeio do seguro-desemprego. É curial que tais critérios sirvam, também, de diretrizes para aferição de necessidades específicas dos trabalhadores do setor, no que concerne à proteção a eles devida.

Assim, por exemplo, um trabalhador rural que é contratado em períodos de safra, pode merecer um tempo de fruição de seguro-desemprego diferente do que trabalha na construção civil. É claro que a proteção poderá ser limitada, nesse e em outros setores, a um certo período de tempo, cada ano.

Como tem feito desde há muito tempo, o governo pode criar frentes de trabalho — em certos períodos do ano — e convocar para elas, preferencialmente, trabalhadores desempregados. É medida que se coaduna, perfeitamente, com uma política de emprego, conquanto não se trate de proteção previdenciária *strictu sensu*.

O sentido social da norma que estamos examinando é o de proporcionar proteção em caso de desemprego mas, além de tudo, dar atenção ao potencial de trabalho do obreiro, que não quer ficar em tal situação de insegurança.

4.4 Valor dos benefícios

A imperiosa necessidade de dotar-se o indivíduo de instrumentos de proteção que não fiquem na pura forma mas sejam, antes, os meios pelos quais a previdência social garanta a todos efetivo e real bem-estar é que impõe o tratamento, em nível constitucional, de certas matérias que estariam melhor situadas na legislação comum.

O constituinte, decerto, viu-se perplexo ante o uníssono reclamo da nacionalidade com o aviltante valor dos benefícios que são pagos à grande maioria dos aposentados, pensionistas e auxiliados. O valor dos benefícios, em verdade, minguava a cada novo reajuste.

O advogado Raul Portanova levou aos tribunais o problema das distorções que o cálculo do reajustamento dos benefícios previdenciários vinha apresentando, ao longo dos últimos anos, e deu conta da

gravidade dos efeitos dessa política inadequada, em cada prestação.[3] A minudente disciplina do assunto, na Lei das Leis, tem por escopo a preservação do valor real dos benefícios.

A legislação, deverá fixar critérios que permitam, ao credor da prestação, a manutenção de sua pessoa e de sua família, através de benefício cujo valor tenha o mesmo poder de compra que trazia no início de sua fruição. Tal é a regra básica norteadora do tema e expressa no § 2.º do art. 201 da Constituição.

Técnica eficiente para garantir a manutenção do valor do benefício próximo à quantia, que serve de base para as contribuições do trabalhador, consiste na correção monetária de todos os salários de contribuição, que serão considerados no cálculo da prestação. Essa técnica, determina a Constituição, deve observar o órgão da previdência social no cálculo dos benefícios em geral (art. 201, § 3.º). Relativamente às aposentadorias, o Texto Fundamental estabelece a correção mês a mês, o que reafirma uma preocupação detalhista com raízes nas distorções a que levou a prática recente dos reajustamentos e mesmo do cálculo inicial dos benefícios (art. 202, *caput*).

A base de cálculo para as contribuições e para os benefícios deverá considerar, nos termos da lei, os ganhos habituais, a qualquer título, do empregado. Essa norma, gravada no § 4.º do art. 201, confere ao conceito de remuneração uma dimensão ampla e implicará, certamente, numa disciplina legal detalhada acerca da habitualidade e das rubricas que compõe as verbas percebidas pelo obreiro.

Um piso nacional, considerado capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, está definido, na Constituição como salário mínimo (art. 7.º, IV). Esse mesmo piso será o valor mínimo dos benefícios que tenham por função substituir o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado (§ 5.º, art. 201).

Assim, as aposentadorias, a pensão, os auxílios-doença e reclusão e o seguro desemprego não poderão ter valor inferior ao do salário mínimo nacional.

Finalmente, o constituinte definiu o valor da gratificação natalina (denominada, na legislação comum previdenciária, abono anual) devida a aposentados e pensionistas, como sendo o correspondente ao do benefício que os mesmos percebem no mês de dezembro de cada ano (art. 201, § 6.º).

3. "Reajustamento..." cit., p. 339 e ss.

A nós parece que a disciplina constitucional do valor dos benefícios aperfeiçoa a metodologia do cálculo das prestações em nosso direito, abrindo caminho para a aproximação desse valor, tanto quanto possível, das justas necessidades dos beneficiários.

4.5 Previdência complementar

É noção cediça que os planos de previdência social pretendem garantir, ao trabalhador e seus dependentes, as necessidades vitais em situações de risco. A proteção ideal que cada um almeja consistiria, porém, na manutenção do mesmo padrão de vida que usufruiu durante o período de atividade.

Como isso não é conveniente seja garantido pelo conjunto da sociedade — a quem compete custear a previdência social — e sim pelo esforço de cada um, surgem os planos de previdência complementar que objetivam assegurar, aos que a eles aderem, uma renda compatível com aquela auferida durante o trabalho ativo.

Luiz A. Paranhos Velloso recorda, a propósito, o entendimento de Beveridge: "para quem a cobertura das contingências sociais deve ser feita assim: seguro social para as necessidades básicas; assistência nacional ou pública para os casos especiais; e seguro voluntário para complementação daquele seguro e desta assistência".[4]

A proteção integral a cada indivíduo só poderá ser atingida quando forem superadas as flagrantes desigualdades sociais no país. A efetiva implantação da seguridade social, tal como a engendrou o constituinte, é passo importante nessa caminhada. Mas ainda devemos percorrer longo caminho, repleto de obstáculos de natureza econômica, política e, até mesmo, social.

Foi, por isso, coerente com o momento histórico de transição em que nos situamos, a previsão constitucional de existência de um sistema complementar de proteção social. Esse sistema já existe. A previdência supletiva, no Brasil, possui duas modalidades de atuação. Ambas estão disciplinadas por lei federal que lhes define atribuições, limitações, condicionamentos, garantias e penalidades. É a Lei 6.435, de 15 de julho de 1977.

Em tal sistema, as entidades de previdência privada fechada poderão se constituir como sociedades ou fundações, sem finalidade lucrativa. É a primeira das modalidades de atuação. De outra parte, as

4. "Previdência complementar", *Um Século de Previdência Social*, organizado por Celso Barroso Leite.

entidades de previdência privada aberta assumirão a forma de sociedades anônimas, se tiverem por objetivo o lucro, enquanto que serão sociedades civis ou fundações, quando não visarem lucro. É a segunda modalidade de atuação, na previdência complementar.

Tanto umas como outras dependem de autorização governamental para o seu funcionamento. Cada uma delas, atende a objetivos distintos. As fechadas têm por escopo a complementação dos benefícios previdenciários. Poderão atuar, ainda, no âmbito assistencial. Já as abertas objetivam a instituição de planos de concessão de pecúlios ou de rendas. Enquanto as primeiras atuam em universo restrito a uma só empresa ou a um grupo de empresas, as abertas destinam-se ao público em geral.

O sistema de previdência supletiva, no Brasil, é privado. Essa característica não pode ser considerada apenas como um rótulo, presente no nome (previdência privada) e ausente na prática. Não! Convém que haja um esquema estatal de proteção e que, ao lado dele, coalesça uma estrutura complementar privada e facultativa.

Na órbita privada, as fundações de seguridade e os montepios floresceram e, diz-se, movimentam hoje em dia vultosos recursos na economia do País. São mesmo utilizados, os recursos da previdência privada, como instrumentos de política monetária, pelo governo. Esses dados, que são conhecidos, demonstram que a previdência privada vai bem, no Brasil. O § 7.°, do art. 201, introduz uma nova atribuição dentre as inúmeras com que foi contemplado o sistema de seguridade social.

Num campo onde estão atuando bem as entidades privadas, num campo que é propício a essa atuação, o Poder Público não deveria adentrar. Aliás, embora a Lei Orgânica de Previdência Social já tivesse conferido essa faculdade ao Poder Público, em nenhum momento se cogitou da implantação de tal seguro facultativo. Para que se meter o Estado ali onde não se situam os grandes problemas nacionais?

Mas, agora, há um comando imperativo: a verba constitucional impõe a criação do seguro complementar facultativo. Em nosso entender, o melhor teria sido deixar a Constituição bem definidos os campos de atuação do Estado e da iniciativa privada.

Ao Estado incumbe garantir as necessidades básicas das pessoas protegidas. As pessoas privadas cuidarão de proporcionar planos de previdência complementar aos que possuem padrões salariais mais elevados. Essa simples divisão de trabalho, preconizada por Beveridge, como vimos antes, é lógica e funcional.

Já a norma contida no § 8.º do mesmo art. 201, ao impor expressa vedação a qualquer tipo de subvenção ou auxílio a entidades de previdência privada aberta, que tenham finalidade lucrativa, guarda plena coerência com o conjunto do sistema.

Nada justificaria um tratamento privilegiado, do ponto de vista fiscal, para entidades que, embora destinadas a propiciar um reforço aos benefícios prestados aos trabalhadores, operam no mercado em disputada concorrência.

Pode-se estimular a atuação das entidades privadas, com fins lucrativos, através de eficiente controle de suas aplicações financeiras, sem a rigidez que lhes é atualmente imposta, ainda que mantidas as reservas técnicas que a segurança de seus participantes impõe. Nada de incentivos, porém, pois o Poder Público deve cuidar, prioritariamente, de aperfeiçoar o sistema protetivo aos mais carentes.

Somente uma minoria privilegiada da população possui capacidade financeira para custear um plano de previdência, em entidade aberta. A grande maioria é atendida, exclusivamente, pelo Poder Público. Os recursos públicos, pois, devem estar dirigidos ao atendimento dessa maioria.

5

DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

5.1 Noções preliminares. 5.2 Objetivos. 5.2.1 A família, a infância, a maternidade e a velhice. 5.2.2 As crianças e os adolescentes carentes. 5.2.3 A promoção da integração ao mercado de trabalho. 5.2.4 Situação do deficiente. 5.3 Diretrizes. 5.3.1 O financiamento da assistência social. 5.3.2 A descentralização. 5.3.3 A participação popular.

5.1 Noções preliminares

Contrariamente ao que ocorre com a previdência social, que atende basicamente aos trabalhadores já engajados no mercado de trabalho e que, por conseguinte, contribuem para o seguro social e esperam obter, quando surgirem contingências prévia e rigidamente definidas, prestações em dinheiro (os benefícios) para si ou para seus dependentes, a assistência social possui dimensões muito mais amplas.

A primeira tarefa da assistência social, e, só ela, gigantesca tarefa, é a de proporcionar melhores condições de vida à população em geral. Onde houver carentes, aí estará a assistência social.

Como já afirmamos em outra oportunidade, o pobre, como sujeito de direitos, é o titular da prestação social devida pelo Estado e pela coletividade. E a seguridade social é o veículo através do qual os necessitados são atendidos nas suas demandas concretas.[1]

No direito constitucional brasileiro, como já assinalamos em capítulo anterior, a primeira referência à proteção social se deu na Carta do Império, de 1824. Lá vinha expresso o direito aos "socorros públicos".

Anterior à própria concepção de seguro social, é a idéia de um direito, imanente aos necessitados, de contarem com a ajuda do Poder

1. Cf. o nosso *O Direito dos Pobres*, cit., p. 12 e ss.

Público em suas aflições e necessidades. Por certo, um objetivo tão amplo implica em programas sociais de grande vulto e num compromisso radical, da sociedade e do Estado, para a superação das dificuldades das grandes massas marginalizadas da população.

Restarão permanentes dúvidas, pelo menos no espírito do intérprete, sobre as reais intenções do constituinte ao estruturar o sistema de assistência social do Brasil. Quanto à amplitude do programa proposto, não existe dúvida alguma. Existe, sim, e existirão, quanto à efetiva concretização dos objetivos propostos.

O quadro no qual se insere esse programa de assistência social, é verdadeiramente trágico. A grande maioria da população brasileira vive em situação de extrema pobreza. A fome, a desnutrição e a miséria acompanham o quotidiano dessas massas.

Esse alarmante quadro só poderá ser superado, efetivamente, através da assistência social. Na técnica do serviço social, o sistema de seguridade social brasileiro possui o instrumental necessário para melhorar as condições de vida das legiões de empobrecidos e marginalizados. Só a técnica, porém, não basta! São necessários recursos, e de grande monta, para tão vasta empreitada. E, aqui, surge a razão principal das nossas dúvidas.

Essas dúvidas não poderiam existir se adotássemos uma interpretação puramente formal da Lei Maior. É que dentre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro está o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III do art. 3.º).

O alvo principal da atuação do Estado, colocado ao lado da justiça, da solidariedade e do desenvolvimento (incisos I e II do mesmo art. 3.º) é o de combater a pobreza. Temos, portanto, o objetivo nacional e o instrumento — tecnicamente apto — para o alcance desse objetivo.

Ao confundir os objetivos do Estado com os que são próprios da seguridade social, o constituinte como que cunhou um programa de atuação que se quer absolutamente prioritário. Mas não teria dado margem a qualquer dúvida, se tivesse ido além fixando — claramente — o custeio próprio para os programas de assistência social.

A dívida social (ou "dívida sagrada", como é chamada em conhecida expressão), para ser resgatada, impõe sejam destinados aos programas de assistência social recursos cuja magnitude ainda cumpre dimensionar.

A chave de todo e qualquer programa de previdência social é, como vimos antes, aqui, a contrapartida. Essa regra não se aplica à assistência social. Aqui, não existem contribuições e as prestações estão destinadas à cobertura de contingências claramente delineadas.

Estamos, pois, no pantanoso terreno das indefinições. Ao talante de governantes, que podem ter maior ou menor preocupação social... Ao sabor de disputas políticas entre os grupos, que permanecem ou se alternam no poder...

Vejamos apenas uma, dentre inúmeras outras situações. Em 1984, a Legião Brasileira de Assistência pleiteava a quantia de cento e vinte bilhões de cruzados ao FINSOCIAL, para atender aos seus "Programas de Alimentação e Creches". Pois só conseguiu doze bilhões, *id est*, dez por cento do que buscava.[2] Nem custa lembrar que, dos recursos arrecadados pelo SINPAS, menos de três por cento são destinados aos programas de assistência social.

Pelos dados oficiais disponíveis, a receita da seguridade social é consumida cerca de setenta por cento com pagamento de benefícios previdenciários.[3] É matéria objeto do art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o percentual mínimo que será destinado ao custeio do setor de saúde: trinta por cento.

Tal quantificação se aproxima do que é gasto pelo sistema federal com a assistência médica previdenciária, atualmente. Ergo, mera operação aritmética impõe triste conclusão: nada sobra para a assistência social! Argumentarão que novos aportes serão alocados ao orçamento da seguridade. Mas cumpre afirmar que são majoradas, significativamente, as prestações pecuniárias em manutenção.

Constituem medidas de justiça: a fixação de um valor mínimo dos benefícios; a revisão dos valores daqueles já concedidos e o reajustamento periódico. A necessidade dessas medidas demonstra inexistir possibilidade de redução do percentual que à previdência será devido no orçamento global da seguridade social.

E inexistindo, como dado de nossa experiência nacional nos últimos dez lustros, um efetivo compromisso do Estado com a erradicação da pobreza e da miséria, não se pode esperar que do orçamento tributário venham recursos significativos para o atendimento desse setor da seguridade social.

2. Carlos Antônio Souza Dantas, "A assistência social e seu posicionamento no contexto nacional", *Revista de Previdência Social*, v. 49, p. 928.

3. Em "Previdência em Dados", *Revista da DATAPREV*, v. 2, n. 1, p. 35. Dados relativos ao período de 1980 a 1986.

Permanecem, assim, num mesmo Diploma Fundamental, o retórico objetivo fundamental do Estado brasileiro expresso na norma do art. 3.°, III; o instrumental apto a realizar esse objetivo que é a assistência social — organizando-se conforme a disciplina estabelecida pela Seção IV do Capítulo II, Título VIII —, e a grande interrogação: quais os recursos destinados a esse setor?

Pode ser que a Lei de Diretrizes Orçamentárias, ao dispor sobre essa matéria, venha a fixar prioridades dotando o setor de recursos palpáveis. Mas, ao Estado brasileiro bem se aplica aquele adágio de Ovídio: "video meliora proboque, deteriora sequor". Os recursos para armamentos e munições, para usinas nucleares e para obras grandiosas não faltarão... Já para algo tão importante como a assistência social, bem pode ocorrer que não haja verbas consignadas em orçamento.

5.2 Objetivos

O ideal de um modelo de assistência social destinado a proteger integralmente as pessoas, enquanto ideal, está calcado no já referido objetivo fundamental do Estado brasileiro expresso no art. 3.°, III do Código Supremo: a erradicação da pobreza e da marginalização. Tal ideal encontra instrumental de viabilização num elenco de objetivos específicos do setor de assistência social.

De certo modo, pois, cada um dos objetivos da assistência social está referido ou relacionado diretamente ao objetivo fundamental do Estado, como definido pelo art. 3.°.

É necessário, por isso, adotar-se como regra de interpretação da matéria assistencial, na Constituição, a integrativa do objetivo geral da ordem social (art. 193) com o objetivo fundamental do art. 3.°, no detalhamento de metas que o constituinte chamou de objetivos, no rol fixado pelo art. 203.

Pensamos que a enumeração não é taxativa. Ali estão elencadas prioridades que servem como um programa de ação para os governantes. Outros objetivos poderão surgir e estes, desde que sirvam para a superação das desigualdades e para a erradicação da pobreza, deverão merecer atenção e estarão agregados, como complemento, ao amplo programa de ação ali desenhado.

"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."

Logo na cabeça do dispositivo surge a nota distintiva da assistência social: é atividade que se presta independentemente de contribuição.

Contrariamente ao que ocorre com os planos de previdência, onde há uma contribuição necessária e obrigatória a ser vertida pelo filiado, aqui inexiste esse ônus. E é curial, pois a assistência social está destinada aos que não podem contribuir. Gratuita, por natureza, não vincula recursos aos esquemas securitários que estão, ainda que impropriamente, presentes nas relações previdenciárias.

Na complexidade da Ordem Social, onde se insere o conjunto de programas assistenciais que se pretende ver implantado, pode surgir um modelo de solidariedade baseado em contribuições, a serem compulsoriamente exigidas de toda a sociedade. É próprio da seguridade social que seja assim (art. 194, *caput*).

Do esquema contributivo estarão excluídos, *a priori*, os assistidos, por força do mandamento expresso no *caput* do art. 203. E, só pode aceitar essa missão, transformadora da realidade social que incumbe aos programas assistenciais, quem tenha na devida linha de conta o estado de necessidade em que se encontram os carentes absolutos, no Brasil.

O resgate da "dívida sagrada" exige, de todos e de cada um, a renúncia a pelo menos alguns dos privilégios que — ao longo dos séculos — foram construindo essa estranha pirâmide social, em nossa pátria.

Tal pirâmide há de ser reconstruída com a superação do subdesenvolvimento, da fome, da exploração dos pobres e marginalizados. E sentiremos, nas medidas assistenciais adotadas em benefício dos necessitados, um implícito objetivo de pacificação da sociedade. Paz que, como leciona Couture nos "Mandamentos do Advogado", é o substitutivo da justiça, objetivo geral da Ordem Social pátria.

5.2.1 A família, a infância, a maternidade e a velhice

Bem andou o constituinte ao catalogar como primeiros objetivos da assistência social, aqueles que estão inscritos no inciso I do artigo em exame. Mas cada um deles possui tão íntimo nexo com os demais que não teria sentido, ao nosso ver, examiná-los isoladamente.

Será possível estudarmos a assistência social que se pode prestar a uma família, sem a correlata reflexão a respeito das carências de cada um dos componentes do grupo familiar: a criança; a mãe e o velho? A partir dessa dimensão familiar, poderíamos pensar em certos tipos de proteção coletiva: moradia digna, alimentação (cesta básica), vestuário, educação, cultura e lazer. Veja-se como é amplo o horizonte que está colocado à vista do intérprete da Norma Fundamental!

É necessário abrirmos um parêntese.

Cada um dos tipos de proteção que, em tema de assistência social, podem vir a ser fornecidos, não é o mesmo para um dado lugar e para um dado tempo. Há um conteúdo relativo, e mesmo transitivo, em cada necessidade. Certamente, para cada necessidade, adequadamente satisfeita, surgirão outras, que cumpre considerar.

Com efeito, as verbas que a educação nacional irá receber, na repartição das receitas públicas determinada pelo constituinte, poderão permitir a todos, em futuro próximo, acesso aos bancos escolares. Depois de formados, os cidadãos passarão, por certo, a exigir maior participação nos bens culturais, que são hoje, objeto de fruição por uma minoria.

Assim também pode ocorrer com certos tipos de assistência social. Num dado lugar ou num dado momento, estarão supridas integralmente certas necessidades sociais. Tal fato provocará, de per si, o surgimento de outras necessidades que, ainda, se situarão no quadro básico de atividades do setor de assistência social. Fechemos, então, o parêntese.

A proteção devida ao grupo familiar, poderá se iniciar, com efeito, pela elaboração de um "estatuto da família", no qual fique estabelecido que não cabe ao Estado meter-se em assuntos que se situam nos estritos limites da vida familiar como, por exemplo, o da definição do número de filhos de um casal. Poderá o estatuto da família prever, entretanto, que pais e mães de famílias numerosas terão prioridade na classificação, se prestarem concurso para admissão ao serviço público. Esse estatuto poderá definir estímulos fiscais,

a serem deferidos aos empregadores que contratem trabalhadores com essas características.

O estatuto da família consistiria, em suma, num conjunto de medidas de proteção assecuratórias de uma melhoria integral da condição social de seus membros. A elaboração desse estatuto não pode ser feita exclusivamente pelo Poder Público. O seu projeto deve ser fruto de reflexão por parte de representantes dos destinatários da proteção.

Assim, a assistência social perderá conotação paternalista e será considerada no seu *status* de verdadeiro direito. Necessito de assistência; discuto o tipo e a forma de assistência e, afinal, exijo a assistência.

Um plano de ação que objetive assegurar proteção ao conjunto familiar só pode estar projetado com base nos valores que a Ordem Social, como um todo, prestigia. Tais valores fundamentais são o bem-estar e a justiça. É ao alcance desses valores que, como vetores de força num campo de ação, deve conduzir o conjunto protetivo, adrede estabelecido pela legislação.

As vagas disposições protetivas que a Norma Fundamental contém, não desvelam a realidade subjacente, muito mais fértil em problemas e dramas, irredutíveis a um mero texto legal, ainda que se trate do diploma básico da estrutura normativa.

A família, base da sociedade, mereceu disciplina em capítulo próprio da Constituição, o de número VIII, situado no mesmo Título da Ordem Social que estamos examinando. Ali se cogita, por igual, da criança, do adolescente e do idoso.

Há íntimo relacionamento entre as disposições que cuidam da matéria, ali, e o que se disse aqui. Basta lermos os arts. 226 a 230 do Texto Magno. A assistência social, é o instrumento de que se valerá o Estado para conferir a especial proteção devida a esses setores, nos termos dos citados arts. 226, 227 e 230.

Além do Estado, porém, a própria família e a coletividade são exortados, pelo constituinte, a dispensarem proteção às crianças, aos adolescentes e aos idosos.

No estatuto protetor que se venha a erigir, cabe definir melhor o que se deve cobrar do Estado e aquilo que incumbe à sociedade prestar, em se tratando de setores tão importantes da comunidade nacional.

Ao básico plano de ação já delineado pelo Estatuto Supremo, caberá ao legislador adequar os programas sociais que, nessa área, a assistência social deverá implementar.

É mais claro, melhor diríamos, não tão difuso, o conjunto de medidas constitucionais destinadas a proteger a infância. O constituinte distingue a primeira e mais tenra infância, da segunda e da terceira infâcia. Nos domínios da psicologia, esses estágios compreendem as idades de zero a três anos (primeira infância); de três a sete anos (segunda infância) e dos sete anos à puberdade (terceira infância). Para melhor compreensão da matéria, tratou da primeira infância neste tópico (inciso I do art. 203) e das demais etapas no inciso subseqüente. Identicamente, cuidamos, aqui, da primeira infância e, logo a seguir, dos demais períodos da existência humana.

O número de crianças que morrem antes de completar um ano de idade é impressionantemente alto. Na região nordeste, é de cento e cinqüenta e um em mil, comparável ao dos oito países mais pobres do mundo. São dados do Banco Mundial e, aliás, já foi o Brasil alvo de denúncias por parte de respeitáveis instituições internacionais, como a UNICEF. Tais mortes, ocorrem principalmente em razão da fome e da desnutrição.[4] É evidente que esse estado de coisas não pode e não deve prosseguir!

Urge implementar adequado programa de alimentação infantil.

Mas, a monstruosa burocracia estatal pode impedir que tal programa atinja seus elementares objetivos, ainda que venha a engolir vultosos recursos. Basta que recordemos, aqui, a notícia — veiculada por um respeitável jornal paulista — segundo a qual a população — alvo do Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição (INAN) — recebeu, no ano de 1980, quantidade equivalente a meio quilo de feijão, por mês, para o atendimento da necessidade básica de alimento.[5]

Andou bem, pois, o constituinte ao determinar que a execução dos programas de assistência social se dará através dos Estados e dos Municípios (art. 204).

A maternidade, também, deve merecer tratamento especial e prioritário. Gestantes e nutrizes, que não trabalham, merecem proteção equivalente àquela deferida à mulher trabalhadora. No período de gestação e no de aleitamento deverão receber alimentos e cuidados médicos, psicológicos e assistenciais compatíveis com essa fase tão importante de suas vidas. Poder-se-ia cogitar, inclusive, de pagamento

4. Cf. *São Paulo 1975 — Crescimento e Pobreza*, de Cândido Procópio Ferreira de Camargo e outros, p. 47.

5. *Folha de São Paulo*, 3 de julho de 1981.

mensal de determinada quantia em dinheiro à gestante ou à nutriz para, num período determinado, cuidar de si e de seu filho.

Indo ao outro extremo da vida e pensando, também, nos inválidos, o legislador infra-constitucional já instituíra, em 1974, a renda mensal vitalícia.[6] Considerada como o primeiro passo no rumo da seguridade social, essa prestação beneficia milhares de idosos e inválidos que não possuem qualquer outro meio de assistência.

Agora, o benefício mensal de um salário mínimo é garantia constitucional (art. 203, V). Todo o idoso ou portador de deficiência, que não possua qualquer fonte para prover à própria mantença e nem possa tê-la provida pela entidade familiar, é credor dessa prestação. Tal auxílio financeiro não esgota o conjunto de medidas protetivas que cumpre implementar em favor do idoso e do deficiente. Claro está que esse "grande objetivo da política social",[7] combinado com a assistência médica, já resolve a maior parte dos problemas. Mas, não será demais conferir-lhes assistência social de cunho psicológico, por exemplo, para superarem a solidão, a marginalização, etc. Tudo com o escopo de melhor integrá-los à comunidade, como expressa, com propriedade, o art. 230 da Constituição, ao tratar do mesmo tema.

Em apertada síntese cuidamos, aqui, de alguns dos maiores problemas sociais do Brasil. Cada tópico mereceria, de per si, um tratamento detalhado e completo o que, no entanto, não constitui objetivo deste estudo, mais preocupado com uma visão de conjunto a respeito da seguridade na nova Constituição.

5.2.2 As crianças e os adolescentes carentes

Sem embargo de ter disciplinado detalhadamente a matéria nos arts. 227 a 229, criando um verdadeiro "Estatuto da Criança", o Texto Fundamental, no tema específico da assistência social, impõe como objetivo o amparo às crianças e adolescentes carentes. O constituinte distinguiu os deveres que incumbem ao Estado, enquanto Poder Público, daqueles que são próprios da entidade familiar e da sociedade como um todo.

O amparo social ao menor tem merecido alentados ensaios sociológicos, jurídicos, econômicos e políticos. Acrescente-se que inúmeros

6. Lei 6.179, de 11 de dezembro de 1974.

7. O relatório do Diretor Geral da OIT, intitulado "A Seguridade Social na perspectiva do ano 2000", traduzido por Celso Barroso Leite, e publicado pela LTr, em 1983, considera a garantia de uma renda mínima a todos os cidadãos como o "grande objetivo da política social" para o novo milênio.

organismos governamentais e privados mantêm programas de atendimento aos menores carentes e abandonados. Todavia, instituições, instrumentos e programas são mais aparatosos que eficientes, agravando-se, a cada ano que passa, o problema do menor no Brasil.

O jornalista Carlos Alberto Luppi publicou, em 1981, uma denúncia que, ainda hoje, é o mais eloqüente brado de alerta sobre a situação do menor, em nosso País.[8] Na raiz de todos os problemas sociais, que afetam crianças e adolescentes carentes, se acha o fator que é, reconhecidamente, o mais grave: a miséria.

Um estudo produzido no Rio de Janeiro, sob a coordenação do Prof. Hélio Jaguaribe, afirma que em nenhum país do mundo há contrastes sociais tão aberrantes como no Brasil.[9] Tais contrastes só poderiam provocar, como efetivamente provocam, essa trágica situação em que se encontram milhões de crianças brasileiras.

As ações governamentais, nesse campo, não serão suficientes para a superação dos problemas. Cumpre integrar os programas estatais com a atuação da família e das entidades privadas de beneficência e assistência. É mister evitar-se toda e qualquer dispersão de recursos. Cada centavo faz falta diante da magnitude do problema a ser resolvido.

Particular atenção, nessa gigantesca problemática, deveriam merecer o menor abandonado e o órfão. A assistência social, no particular, deve consistir na busca da integração desses pequenos a uma família adotiva; na sua inserção em estabelecimentos de ensino onde sejam tratados como pessoas humanas e não como delinqüentes; na sua introdução ao mercado formal de trabalho, mediante acompanhamento pedagógico e de treinamento; em programas de amparo psicológico e na garantia de moradia digna para todos.

Enfim, cabe uma palavra sobre o problema do menor infrator. Aqui, o que se espera da assistência social é um adequado entrosamento com o aparelho judiciário, a fim de que a natureza das infrações cometidas seja avaliada num contexto de política social e na própria discussão das medidas repressivas que deverão ser impostas. No mesmo passo, a assistência social deverá cuidar do bem-estar desses menores; investigar-lhes os antecedentes familiares e sociais e acolhê-los na difícil etapa de reintegração social.

8. *Agora e na Hora de Nossa Morte: O Massacre do Menor no Brasil.*
9. *Apud Folha de São Paulo*, edição de 5 de outubro de 1988, caderno especial, p. 14.

O atendimento dos direitos da criança e do adolescente exige, como sublinham os arts. 204, II e 227, § 7.°, a participação responsável de toda a comunidade. Sem essa participação, quase nada poderá dar resultado em termos de assistência social.

5.2.3 *A promoção da integração ao mercado de trabalho*

Entre os mais importantes fundamentos do Estado brasileiro, está o do valor social do trabalho (art. 1.°, IV). O trabalho humano, chave da questão social, na expressão de João Paulo II é, a um só tempo, a base da Ordem Social e o fundamento da Ordem Econômica (arts. 170 e 193).

Completando o amplo quadro preceitual que valoriza o trabalho humano, em nosso sistema constitucional, o art. 170 arrola entre os princípios da Ordem Econômica o da busca do pleno emprego (inciso VIII).

O significado desses valores só pode ser traduzido mediante política econômica que garanta o progresso e o desenvolvimento do Brasil. Uma política recessiva contraria, por conseguinte, as bases, os fundamentos e os objetivos do Estado brasileiro.

A melhoria das condições de vida da população carente — objetivo da assistência social — poderia ser atingida através de, pelo menos, dois caminhos, inteiramente distintos. Um deles, seria a via assistencialista. O outro, a via libertadora das necessidades. A primeira estrada consistiria no fornecimento de bens, serviços e até mesmo dinheiro aos necessitados.

Ninguém desconhece as conseqüências dessa política. Incentivando o conformismo da população assistida, estimula a inércia e oprime mais do que liberta.

O segundo caminho aponta para uma política de geração de empregos; de estímulo e incentivo à produção e, enfim, de integração dos marginalizados ao mercado de trabalho. Essa foi a vereda escolhida pelo Texto Fundamental.

Reconhecendo que a pobreza há de ser, necessariamente, erradicada de nosso meio,[10] o constituinte quer libertar o pobre dessa condição social. A assistência social é definida como algo transitório, provisório, na vida do cidadão.

Promover a integração de alguém ao mercado de trabalho significa adaptá-lo, treiná-lo, instruí-lo... Formar mão-de-obra, mediante

10. Cf. infra, as noções preliminares deste capítulo.

programas regionais e locais de treinamento. Em suma: igualdade de oportunidades para quantos estejam fisicamente habilitados ao trabalho.

Considerada a oitava potência do universo, a economia brasileira deve criar, a cada ano, mais de um milhão e meio de novos empregos. Estímulos e incentivos deve fornecer o Estado para que haja esse desenvolvimento mínimo do mercado de trabalho que, correspondendo à exigência de integração, ofereça resposta a todos quantos busquem inserir-se no processo produtivo, através de ocupações compatíveis com suas aptidões.

5.2.4 Situação do deficiente

O que acaba de ser dito aqui sobre a integração ao mercado de trabalho, no que concerne aos carentes em geral, servirá para pensarmos agora no tipo de ação governamental apropriada à inserção dos deficientes na comunidade.

É preciso repudiar, com decisão, o imenso lastro de preconceito, discriminação e opressão a que se acham sujeitos esses desvalidos. Pelo que respeita ao próprio objeto da assistência social, cabe-nos repetir, aqui, o que já determinou o constituinte: impende fomentar a habilitação e reabilitação dos deficientes, como condição mesma de sua integração à vida comunitária.

Assim, o cuidado dos deficientes — conquanto diferenciado — é pensado segundo os moldes técnicos engastados no conjunto da proteção social de que trata a Seção. A habilitação e a reabilitação, pois, foram eleitos como instrumentos preferenciais para a harmonização do deficiente à comunidade.

5.3 Diretrizes

A Constituição brasileira de 1988, além de definir o rol de objetivos a serem atingidos pelo setor de assistência social, explicitou muito bem as regras pertinentes aos recursos a serem alocados ao setor e, ainda, a estrutura que irá tornar operativo esse sistema.

Disciplina a matéria o art. 204 do Texto Magno, que se exprime *in verbis*:

"Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

"I — descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

"II — participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis."

5.3.1 O financiamento da assistência social

Nosso País está vivendo, notoriamente, uma etapa de transição. Caminhamos para a seguridade social e, tão logo cheguemos a esse destino, o tema, em sede constitucional, merecerá outro tipo de cogitação.

Institucionalizada a seguridade social, é lícito esperar que não haja mais distinção de recursos entre os setores que compõe esse sistema protetivo. Para um fundo único serão carreadas, então, as verbas destinadas ao financiamento da seguridade social.

Hoje em dia, a Constituição determina que haverá um único orçamento para a seguridade social, mas a gestão das verbas alocadas a cada setor se fará de modo autônomo (art. 195, § 2.º). Sendo assim, as quantias arrecadadas das diversas fontes que financiarão a seguridade social comporão um único orçamento, mas serão despendidas por diversos órgãos.

Quanto do orçamento global da seguridade será destinado ao setor de assistência social? O Estatuto Supremo não oferece resposta a essa questão. Somente restou explicitado o percentual que deverá ser alocado ao setor de saúde e que será de trinta por cento, *ex vi* do disposto no art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Como se sabe, as injeções financeiras de maior vulto estarão destinadas ao setor de previdência social. Fica, destarte, o setor de assistência social com o que subsistir, como resto, do orçamento da seguridade social.

Já deixamos entrever, nestas linhas, as graves dificuldades com que irá se deparar o setor, para cumprir os objetivos que justificaram a sua institucionalização.[11]

As novas e urgentes necessidades humanas exigem que os socorros públicos tenham papel preponderante na solução dos conflitos

11. Cf. em 4.1, "Noções preliminares".

sociais. Todavia, a ausência de uma clara definição das fontes de recursos, a serem alocados a esse importante setor, traz como conseqüência a descrença generalizada das reais possibilidades de socorro por parte do Estado, com que poderá contar a população pobre.

A superação dessa descrença será possível, cremos, graças à conjugação de dois elementos contidos na própria estrutura do setor de assistência social.

O primeiro desses elementos é a participação institucional da população na definição do orçamento. Parece que essa será, como veremos, a mais apropriada das vias, através das quais será possível formular um real programa de ação, capaz de propiciar mínimas condições de bem-estar à população desvalida. Desenvolveremos, brevemente, este ponto quando comentarmos o inciso II do art. 204 da Lei Magna.

Já o segundo elemento, capaz de transformar o setor em efetivo instrumento a serviço do bem-estar social, consiste na descoberta de fontes alternativas de financiamento, permitidas pela Norma Fundamental, na forma do disposto pelo *caput* do art. 204.

Caberia, por fim, pensarmos numa possível distribuição de recursos do orçamento fiscal, pela União, para o setor de assistência social. Aqui, porém, estaríamos diante de opção política que não condiz com o notório desprezo do Estado brasileiro para com a questão social.

5.3.2 *A descentralização*

Em tema de assistência social, uma das importantes metas da administração pública assume função diretriz. Essa meta é a descentralização.

Na verdade, o art. 194, parágrafo único, da Constituição, cuidando da organização da seguridade social, já tratara da descentralização, a par da democratização das estruturas desse sistema estatal. O constituinte atribui tamanha importância a essa idéia-força, que faz questão de repeti-la, aqui, onde se cuida da assistência social.

Podemos identificar dois níveis de descentralização do setor de assistência social, em nosso direito. Um desses níveis é o político. O outro, o administrativo.

Em nível político, o arcabouço institucional da assistência social será definido pela legislação da União, através de normas gerais. É o que estabelece o inciso I do art. 204, combinado com o inciso XXIII do art. 22, da Constituição. Caberá à União, por conseguinte,

travejar as linhas mestras da assistência social, já previamente definidas na Lei das Leis.

As normas gerais revelarão, por certo, as funções executivas que competem a cada esfera de governo e, nesse sentido, conterão os limites precisos da descentralização política do sistema.

O modo de integração das diversas esferas do governo e dos organismos privados que atuarão no setor, é que constitui, propriamente, o problema administrativo da descentralização.

Como estruturas meramente instrumentais de que se vale o constituinte para atingir os seus objetivos, não ficam os Estados, os Municípios e as organizações privadas com qualquer poder de decisão sobre os recursos públicos destinados ao setor. Simples operadores, não lhes faculta a Constituição possibilidade de manipulação de verbas que, no orçamento geral da seguridade social, já estarão expressamente rubricadas ao setor.

Bem acertado nos pareceu o modelo de descentralização engendrado pelo constituinte. De feito, seria praticamente impossível o cumprimento dos objetivos fundamentais da República: erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais, enfim, promover o bem de todos (art. 3.°, III e IV, da Constituição) com planos de ação governamental que não tivessem característica nacional.

É evidente que na estrutura administrativa que venha a ser criada, no plano federal, não pode ser posta de lado uma entidade que, há tantos anos, cuida da assistência social em nosso País: a Legião Brasileira de Assistência (LBA). Num sistema integrado, como deve ser o de seguridade social (art. 194), em cada esfera governamental deverá existir, necessariamente, um órgão incumbido da coordenação de tal sistema. Ademais, cumpre ao Poder Público engendrar mecanismos aptos a realizar um permanente afinamento entre as diferentes esferas de atuação, para que a descentralização não signifique, como hoje em dia, dispersão de recursos materiais e humanos.

5.3.3 *A participação popular*

Tendo presente o que atrás escrevemos, quando cuidamos das diretrizes da seguridade social,[12] importa, agora, compreendermos o critério de participação definido pela Lei Maior, no que concerne ao setor de assistência social.

12. Cf. Capítulo II, item 3.7.

Afirmamos, no capítulo referido, que a participação dos trabalhadores, dos empresários e dos aposentados, havidos pela Carta Magna como representantes da comunidade, consiste em poderoso instrumento a serviço da dinamização do setor. Mas, quem poderia representar, legitimamente, os interesses da população-alvo da assistência social?

A resposta a essa questão depende do que se entenda por representação e, mesmo, de como se encare o assistido.

Parece-nos, com Gordillo, que cumpre institucionalizar a representação daqueles que serão afetados diretamente pelas decisões a serem tomadas pelo setor.[13] Para tanto, cabe ao Poder Público incentivar a criação de organizações representativas da clientela da assistência social, a fim de que tais entes possam cumprir essas tarefas. Essa a diretriz que emana do inciso II do artigo em comento.

Caberá às organizações representativas dos diversos segmentos da população assistida, essa função. A nosso ver, não cabe falar em entidades nacionais e, sim, em organismos locais, vizinhos da clientela, aptos a auscultar, com atenção, os problemas e dificuldades dos aflitos.

Aqui, a participação é corolário da descentralização. Uma e outra são necessárias para que a assistência social funcione, em termos constitucionais. As entidades da sociedade civil terão, por certo, definidos os requisitos que as credenciem para a representação que deverão exercer. Sua missão é essencial ao funcionamento do sistema de seguridade social: a formulação de políticas e o controle das ações governamentais. Desta sorte, a dinamização dessa atividade pública será assinalada por intensa participação popular.

Tempos atrás já propugnávamos pela abertura de canais de participação que permitissem à população formular propostas de atuação; identificar as falhas e dificuldades dos diferentes setores da previdência e exercer controle efetivo sobre as atividades do Estado nesse importante campo.[14] Demos à estampa breve reflexão sobre o lugar que deveria ocupar, numa constituinte, o tema da participação popu-

13. Agustin Gordillo, "Participación Administrativa", *Revista de Direito Público* n. 74, p. 21.

14. Conclusões finais do 1.º Congresso Nacional de Direito Previdenciário, Rio de Janeiro, outubro de 1983, publicação do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário.

lar e propugnamos, então, pela instituição de uma espécie de *ombudsman* coletivo, que funcionasse como controlador da ação do organismo previdenciário.[15]

Advertimos, por fim, que a participação popular, agora institucionalizada, poderá impor ao Estado atuação mais diligente e acurada, a fim de que a população assistida possa fruir um serviço que lhe propicie melhores condições de vida.

15. Cf. nosso "Previdência e Assistência na Constituinte", cit., p. 84.

6

A APLICAÇÃO DAS NORMAS RELATIVAS À SEGURIDADE SOCIAL

6.1 A Constituição promulgada. 6.2 A Constituição vigente e sua eficácia.

6.1 A Constituição promulgada

No universo jurídico, a contar do dia 5 de outubro de 1988, existe um novo ser: a Constituição do Brasíl.

A regra de direito nasce a partir do momento em que é promulgada. Daí por diante, pode-se dizer que a norma tem existência. Superada a questão política, que a fase de gestação da Carta Magna põe em evidência, entra em cena a questão jurídica.

6.2 A Constituição vigente e sua eficácia

De um ponto de vista jurídico, importa refletir sobre duas questões: a da vigência e a da eficácia das normas constitucionais. Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, explica que, com a palavra vigência, designa-se a existência específica de uma norma. Isto equivale a dizer que, a norma vigente, está colocada no ângulo de observação que é próprio do estudioso do direito: o do dever-ser.[1]

Assinala, porém, Pontes de Miranda, que o fato da lei estar em vigor, não significa, necessariamente, que ela já tenha incidência.[2] De todo modo, em nível constitucional, podemos afirmar que todas as normas relativas à seguridade social já entraram em vigor.

Porém, situada a questão no terreno da eficácia, isto é, no da aptidão que a regra possui, em maior ou menor grau, para produzir efeitos jurídicos, cumpre classificar as normas constitucionais em diferentes níveis de eficácia, como pondera José Afonso da Silva em seu

1. Cf. p. 29.

2. "Incidência e aplicação da lei", *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*, n. 1, p. 52, *apud* José Souto Maior Borges, *Lei Complementar Tributária*, p. 39.

magnífico e notório estudo a respeito do tema.[3] Diz o notável mestre que as normas constitucionais possuem três níveis de eficácia; a plena, a contida e a limitada.

O primeiro grupo compreende aquelas normas que produzem efeito de pronto. Incidem diretamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. No segundo grupo estão incluídas as normas que, embora aptas a produzir os efeitos que lhes são próprios, dependem de meios e de conceitos a serem elaborados pelo legislador ordinário. No derradeiro grupo estão situadas as normas que, quase por inteiro, dependem do labor do legislador para que possam produzir efeitos.[4]

As normas relativas à seguridade social, especificamente enunciadas no Capítulo II, do Título VIII, da Constituição de 1988, possuem exemplos dos três níveis de eficácia.

É de eficácia plena, *verbi gratia*, a regra da contrapartida, de que trata o § 5.° do art. 195 da Lei Maior. Já discorremos, em capítulo anterior, sobre a importância cuspidal dessa regra, no ordenamento jurídico da seguridade social.

São de eficácia contida, exemplificativamente, as regras expressas no art. 199 em seus parágrafos 1.° e 4.°. A eficácia da primeira estará contida pelas diretrizes a serem fixadas pelo sistema único de saúde. A da segunda já contém em si mesma a contenção: é vedada a comercialização do sangue e de seus derivados.

São, por fim, de eficácia limitada, as normas que disciplinam o setor da previdência social (art. 201). Todas elas dependem da lei que estabelecerá o plano de prestações.

De fora parte essa classificação, que prossegue nos parecendo útil instrumento de investigação acerca da eficácia das normas constitucionais, cumpre ponderar, ao cabo destas considerações preliminares, que o Diploma Básico da Nação cuidou bem dos momentos nos quais as regras de seguridade social terão aplicação.

Em fórmula original e moderna, perfeitamente adequada ao macroorganismo a que visa disciplinar, as Disposições Constitucionais Gerais e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Texto de 1988 contêm minudentes regras a respeito dos tempos e dos momentos em que deverão estar implantadas todas as regras relativas à proteção social.

Reconhece o constituinte, de início, a necessidade urgente de solução do problema do desemprego e, de pronto, consigna vultosos

3. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 51.
4. Idem, p. 76.

recursos para o seguro que amparará esse risco. Embora dependa de lei a disciplina da matéria, já a partir da promulgação da Constituição, o custeio do seguro-desemprego é problema resolvido, como grafa o art. 239.

Reparando enorme injustiça que a legislação cometera contra os aposentados e pensionistas, reduzindo-lhes os valores das prestações a quantias ínfimas, o art. 58 das Disposições Transitórias impõe a revisão dos valores dessas prestações "a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo" que as mesmas possuíam na data em que foram concedidas. A complexidade dos cálculos a serem realizados não seria motivo para que se protelasse a questão por mais tempo. Porém, agiu com prudência o constituinte ao estabelecer um prazo de seis meses para que sejam definidos e devidos os novos valores dos benefícios. Nesse período, os órgãos técnicos competentes terão tempo para dimensionar o custo dessa majoração no valor das prestações.

Por fim, em ritmo gradual serão elaborados os projetos de lei relativos ao plano de custeio, ao plano de prestações e à organização da seguridade social e submetidos à apreciação do Parlamento. Promulgadas essas leis, a implantação dos programas se dará em prazo razoável e progressivo, nos dezoito meses subseqüentes. São as regras estampadas no art. 59 das Disposições Transitórias.

A finalidade da seguridade social, lecionam os teóricos, consiste no estabelecimento de uma solidariedade entre gerações. Esse sistema, fruto da sabedoria e reflexão de estadistas ilustres e de técnicos competentes, espelha, hoje em dia, um sem número de conquistas sociais que permitem aos homens caminharem, com segurança, rumo ao seu destino.

Em suma, é um modelo arquitetado ao longo de mais de um século que, já hoje, contém princípios universalmente aceitos e definitivamente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade.

A Constituição de 1988 passará para a história como o diploma que soube introduzir, em nosso direito, essas diretrizes que possuem uma perene autoridade.

Possamos nós todos, os brasileiros, repetir o juramento daqueles que tiveram a responsabilidade de produzir esse Documento Fundamental a fim de que o mesmo fique guardado, como expressa Sampaio Doria em frase lapidar: "Na memória e no coração, como bíblia sagrada".[5]

5. *Direito Constitucional*, p. 264.

BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Fernando Figueiredo de. *A Crise Institucional da Previdência Social.* Brasília, Dom Quixote, 1983.

———— *Do Seguro Mercantilista de Acidentes do Trabalho ao Seguro Social.* São Paulo, Sugestões Literárias. 1974.

ALVIM, Ruy Carlos Machado. "Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira". *RDT* 18. São Paulo, Ed. RT.

ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-lei na Constituição de 1967.* São Paulo, Ed. RT, 1967.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro.* 5.ª ed., Forense, 1973.

———— *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.* 3.ª ed., Rio, Forense, 1974.

———— *Uma Introdução à Ciência das Finanças.* 9.ª ed., Rio, Forense, 1974.

BALERA, Wagner. "A natureza jurídica da contribuição previdenciária". *Revista Vox Legis* 155. São Paulo, fevereiro de 1981.

———— "Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza". *Caderno de Pesquisas Tributárias* 11. Co-edição do Centro de Estudos Universitários e Ed. Resenha Tributária.

———— *O Direito dos Pobres.* São Paulo, Paulinas, 1982.

———— "Previdência e assistência na Constituinte". *Revista de Previdência Social* 63. São Paulo.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias.* São Paulo, Ed. RT, 1968.

BARBOSA LIMA SOBRINHO e outros. *A Constituinte de 1923.* Obra comemorativa do Sesquicentenário da Instituição Parlamentar. Brasília, Senado Federal, 1973.

BARROS CARVALHO, Paulo de. *Curso de Direito Tributário.* São Paulo, Saraiva, 1985.

BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita. *Previdência Social Urbana e Rural.* São Paulo, Saraiva, 1981.

BARROSO LEITE, Celso. *A Proteção Social no Brasil.* São Paulo, LTr, 1972.

———— org. *Um Século de Previdência Social.* Rio, Zahar, 1983.

———— trad. *A Seguridade Social na Perspectiva do Ano 2.000.* OIT, Genebra/São Paulo, LTr, 1985.

BEZERRA DE MENESES, Geraldo. *O Direito do Trabalho e a Seguridade Social na Constituição.* Rio, Pallas, 1976.

BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária.* São Paulo, Ed. RT, 1975.

CAMARGO, Cândido Procópio Ferreira de, e outros. *São Paulo 1975 — Crescimento e Pobreza*. 4.ª ed., São Paulo, Loyola, 1975.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Moacyr Velloso. *Previdência Social*. Rio, Freitas Bastos, 1987.

——— "Um pouco da História da Previdência Social. O Conselho Nacional do Trabalho. Suas origens". *Revista da Previdência Social* 90. São Paulo,

COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil! Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*. São Paulo, Brasiliense, 1986.

DOUGLAS, Willian O. *Uma Carta Viva de Direitos*. Trad. de Wilson Rocha. 2.ª ed., São Paulo, IBRASA, 1976.

FEIJÓ COIMBRA, José Reis. *Direito Previdenciário Brasileiro*. Rio, Ed. Rio, 1980.

FERNANDES, Annibal. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*. 2.ª ed., São Paulo, Atlas, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*.. 12.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *História do Povo Brasileiro*, São Paulo, Ed. Culturais, 1968, v. 4.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1983.

GOMES DE SOUZA, Rubens. "Natureza tributária das contribuições para o FGTS". *RDP* 17. São Paulo, Ed. RT, 1971.

GORDILLO, Augustin. "Participación Administrativa". *RDP* 74. São Paulo, Ed. RT, 1985.

JOÃO PAULO II. *Carta Encíclica "Laboren Exercens" — 14 de setembro de 1981*. São Paulo, Paulinas, 1981.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3.ª ed., Coimbra, Armênio Amado, 1974.

LUPPI, Carlos Alberto. *Agora e na Hora de nossa Morte — O Massacre do Menor no Brasil*. São Paulo, Brasil Debates, 1981.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo, LTr, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9.ª ed., Rio, Forense, 1979.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 2.ª ed., São Paulo, Martins, 1970.

MOREIRA, Aroldo. "A previdência nas Constituições do Brasil". *Revista de Previdência Social* 12. São Paulo, 1979.

PEREIRA LEITE, João Antônio G. *Curso Elementar de Direito Previdenciário*. São Paulo, LTr, 1976.

PERSIANI, Mattia. Vocábulo "Sicurezza Sociale". *Novíssimo Digesto Italiano* 17.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império.* Edição do Ministério da Justiça, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. "Incidência e aplicação da lei". *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco* 1, ano I.

PORTANOVA, Raul. "Reajustamento de benefícios e suas distorções". *Revista de Previdência Social* 55.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social.* 2.ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1981.

———— *Curso de Previdência Social.* 2.ª ed., Rio, Forense, 1983.

SAMPAIO DÓRIA, A. de. *Direito Constitucional.* 5.ª ed., São Paulo, Max Limonad, v. 1, t. 1.

SANTI ROMANO. *Princípios de Direito Constitucional Geral.* Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo, Ed. RT, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* São Paulo, Ed. RT, 1968.

———— *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo, Ed. RT, 1976, v. 1.

SOUZA DANTAS, Carlos Antônio. "A assistência social e seu posicionamento no contexto nacional". *Revista de Previdência Social* 49. São Paulo, 1984.

XAVIER LOPES, Helvécio. "Evolução histórica do seguro social". *Revista Inapiários.* Rio, dezembro de 1943.