

Recebimento do artigo: 15/10/2008

Aprovado em: 09/12/2008

Adriana Zawada Melo

São Paulo, SP, Brasil

azawada@terra.com.br

Sumário

1 Introdução. 2 Redação e implantação da Constituição de 1988 no tocante à seguridade social. 3 A técnica da seguridade social originalmente adotada e as emendas constitucionais. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.

Doutora em Direito do Estado pela USP, Procuradora da República e Professora do Mestrado em Direito do UNIFIEO.

Resumo

O presente artigo pretende analisar o modelo de proteção social adotado pela Constituição Federal brasileira de 1988, baseado na técnica da seguridade social, cujo propósito é proteger melhor e mais universalmente os direitos sociais à saúde, previdência e assistência social. São examinados o modelo originalmente adotado, sua implantação e suas principais modificações.

Abstract

This paper attempts to analyze the social protection model adopted by the Brazilian Constitution of 1988, which is based on social security techniques and whose purpose is to protect in a better and more universal way the rights to health, social security and welfare. This analysis includes the model originally adopted, its implementation, and its main subsequent changes.

Palavras-chave

Seguridade social. Direitos sociais. Constituição Federal.

Key words

Social security-Social rights- Brazilian - constitution.

1 Introdução

O propósito do exame que se leva a cabo neste artigo é o de explicar a origem do modelo de proteção social desenhado pela Constituição brasileira de 1988, cuja base é a adoção da técnica universalista da seguridade social.

Para tanto, parte-se de um retrospecto da forma pela qual essa Constituição foi elaborada e implantada, especialmente no que se refere à ordem social, para, em seguida, analisar em detalhes como a seguridade social foi estruturada no Brasil em 1988.

Ao mesmo tempo em que se descreve a técnica adotada também são tecidas algumas considerações de cunho crítico, além de serem desde logo apontadas as alterações que a configuração original sofreu ao longo de sucessivas reformas, con-substanciadas em várias emendas constitucionais.

Após essa visão de conjunto, procura-se concluir se foram mantidas as características essenciais e iniciais do modelo de seguridade social, escolhido pelos constituintes de 1988.

2 Redação e implantação da Constituição de 1988 no tocante à seguridade social

A história constitucional brasileira registra que a Constituição Federal de 1988 veio a lume ao final do período de transição democrática, iniciado com a denominada “abertura” do regime autoritário após a revolução de 1964.

O caminho para a elaboração de uma nova Constituição foi aberto através da Emenda constitucional n. 25/85, que revogou as normas constitucionais de exceção e previu a eleição direta para presidente da República, bem como da Emenda constitucional n. 26/85, que atribuiu poderes constituintes aos congressistas que seriam eleitos em 15 de novembro de 1986.

A fim de oferecer um ponto de partida para os constituintes, o Executivo havia instituído uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais¹, chamada de comissão de notáveis, que reunia quarenta e nove personalidades, escolhidas de acordo com seus méritos na vida pública, e era presidida pelo jurista Afonso Arinos de Melo Franco².

¹ Decreto n. 91.450, de 18/07/85, publicado no Diário Oficial da União de 22/07/85, p. 10.393.

² Confira-se, a respeito do trabalho desenvolvido por essa comissão, obra de Evaristo de MORAES FILHO intitulada **A ordem social num novo texto constitucional**: textos aprovados no plená-

Também foram de grande influência diversos estudos apresentados no âmbito das vinte e quatro subcomissões e oito comissões temáticas em que se dividiu a assembléia constituinte, além da comissão de sistematização. Especificamente na tocante à seguridade social será destacada a seguir a relevância do projeto governamental gestado por um grupo de trabalho organizado pelo Ministério da Previdência Social.

É de se consignar ainda o relevante papel que os grupos sociais de pressão (*lobbies*) exerceram no período da constituinte, sobretudo os grupos dos setores tradicionalmente mais organizados da sociedade, como os empresários (através das federações de indústrias), os trabalhadores (por meio dos sindicatos), os funcionários públicos (através de suas associações). Aliás, Vianna considera que as pressões exercidas pelos grupos de interesse junto ao Congresso a fim de transformar demandas em matéria constitucional ou legislativa é uma das novidades que a Constituinte desvendou na sociedade brasileira³.

Assim, a elaboração da nova Constituição foi longa, polêmica e trabalhosa, o que se acentuou por conta de outras peculiaridades do processo constituinte, apontadas com argúcia por Carbone:

(...) as dificuldades no Congresso Constituinte avolumaram-se, seja pela duplicação de suas funções em legislativas regulares e constituintes em face da fórmula de uma “constituinte congressual, seja pela heterogeneidade das forças que realizaram as coalizões na “transição” e que tinham influência no interior da mesma; seja, ainda, pela forma **fragmentada** em que se encontrava a sociedade civil e de como esta encaminhou de maneira “pulverizada” suas propostas de mudança no processo constituinte, orientada que estava pela suposição de que vivíamos no país um **momento fundacional** no sentido de compreendê-lo como uma ocasião ímpar, ou seja, que deveria ser maximizada ao máximo e elaborar uma Constituição para os próximos séculos na qual fossem resolvidas de uma vez por todas as questões substantivas presentes nos enfrentamentos Sociedade-Estado⁴.

Promulgada em 05 de outubro de 1988, a nova Constituição Federal trouxe uma série de inovações no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a mais significati-

rio da comissão provisória de estudos constitucionais. São Paulo: LTr, 1986.

³ Conforme análise desenvolvida extensamente por VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil**: estratégias de bem-estar e políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: UCAM, IUPERJ, 2000. p. 96-137. Obra na qual o terceiro capítulo é dedicado ao lobbying, visto como um referencial analítico alternativo ao neocorporativismo e adequado ao caso brasileiro.

⁴ CARBONE, Célia Opice. **Seguridade social no Brasil**: ficção ou realidade? São Paulo: Atlas, 1994. p. 47-48.

14 va para o presente exame foi a sublinhada por Miranda e que consiste na priorização dos direitos fundamentais em relação às demais matérias⁵.

E a proteção social é indiscutivelmente um direito humano fundamental, mais especificamente um dos direitos econômicos e sociais.

Nessa perspectiva é que o artigo 6º da Constituição brasileira arrola dentre os direitos sociais a saúde, a previdência social e a assistência aos desamparados (assistência social). Também o artigo 7º, que elenca os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, consagra como direitos sociais, relacionados à relação laboral, outros programas de proteção social, como o seguro-desemprego (inciso II), o fundo de garantia do tempo de serviço (inciso III), salário-família para o trabalhador de baixa renda (inciso XII), aposentadoria (inciso XXIV) e seguro contra acidentes de trabalho (inciso XXVIII).

Todavia, a seguridade social não foi, como seria lógico e necessário, disciplinada dentre os direitos sociais ou em seguida deles, mas teve sua definição e regramento desenvolvidos no título VIII da Constituição, que trata da ordem social, nos artigos 194 a 204.

Severas críticas foram feitas a essa impropriedade da Constituição de 1988. Cardone assinala que preferiria “ver toda a parte de segurança social - que a Constituição chama de seguridade social - dentro dos direitos sociais, numa divisão do capítulo II do Título II, porque de direitos sociais e de Direito Social se trata”⁶. Miranda vai além em sua crítica ao lançar as seguintes considerações:

Os direitos sociais abrangem tanto a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desempregados como os direitos dos trabalhadores atinentes à segurança do emprego, ao salário, à associação sindical, à greve e à participação (arts. 6º a 11.º). No que é, por certo, a mais grave deficiência do texto constitucional, só muito depois surge a “ordem social” (arts. 193.º a 232.º), evidentemente indissociável dos direitos sociais, mesmo quando se traduz em garantias institucionais e incumbências do Estado⁷.

Aparentemente, o propósito do constituinte foi o de poder detalhar melhor a disciplina da seguridade social ao inseri-la no penúltimo título da Constituição. De qualquer forma, há um inegável aspecto positivo nessa inserção da seguridade social no título relativo à ordem social, que é o de deixar bem evidentes o valor e os

⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. (Preliminares: o Estado e os sistemas constitucionais). 7. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. t. 1, p. 235.

⁶ CARDONE, Marly A. **Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 1990, p. 9.

⁷ MIRANDA, Jorge. op. cit., t. 1, p. 235.

objetivos que a sociedade brasileira escolheu, através de seu arranjo institucional, priorizar e atingir, e que são, respectivamente, o trabalho e o bem-estar e a justiça sociais, sendo que os dois últimos já foram objeto de análise no item 1.1 da primeira parte deste trabalho.

Por outro lado, no que tange à repartição de competências dentro da organização do Estado, considerando que a seguridade social foi concebida, segundo o art. 194, *caput*, da Constituição, como 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, as normas constitucionais que distribuem competências refletem essa concepção.

De fato, as medidas de proteção em sentido lato são de competência administrativa comum (concorrente) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É o que está estampado no artigo 23, incisos II (relativo à saúde, à assistência pública e à proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência), IX (referente ao saneamento básico) e X (pertinente ao combate das causas de pobreza e dos fatores de marginalização, bem como da promoção da integração social dos setores desfavorecidos). O objetivo é que, dada a relevância das tarefas enunciadas, os Poderes Públicos em geral cooperem na sua execução. Isso porque o cumprimento das metas de alcance social demanda uma soma de esforços, ensejando a consolidação do federalismo cooperativo.

E, a fim de dar instrumentos para assegurar a execução eficiente dessas tarefas comuns, a competência legislativa pertinente à maioria delas também é comum ou concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, cabendo à União editar as normas gerais, e às demais esferas editar as normas específicas. Por isso o art. 24 da Constituição dispõe que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social⁸, proteção e defesa da saúde (inciso XII) e proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (inciso XIV).

Contudo, o parágrafo único do já citado artigo 194 ressalva que compete ao *poder público* (utilizada a expressão no singular) organizar a seguridade social, isto é, dar-lhe os contornos legais e balizar a atuação concertada de todos os que devem e podem participar do conjunto integrado de ações descrito no *caput*. E essa organicidade, no Estado federal brasileiro, só pode ser engendrada pela União⁹.

⁸ A competência da União para estabelecer normas gerais em matéria de previdência social é prevista desde a Constituição de 1946 (art. 5º, inciso XV, “b”), bem como pelas Constituições de 1967 e 1969 (em ambas no art. 8º, inciso XVII, “c”). Aos Estados eram conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente não fossem vedados pela Constituição (respectivamente arts. 18, § 1º e 13, § 1º).

⁹ Conclusão análoga é externada por CARDONE, Marly A. op. cit., p. 27.

16 Daí porque compete à União, nos termos do artigo 21, IX, da Constituição, elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de *desenvolvimento econômico e social*, bem como compete também à União legislar privativamente sobre seguridade social (art. 22, inciso XXIII). Igualmente por tal motivo também é à União que compete instituir e arrecadar as contribuições sociais para o financiamento da seguridade social (artigos 195 e 149 da Constituição).

Vistas as linhas mestras do tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988 à proteção social, quer seja no sistema de seguridade social que ela criou, quer seja pelos diversos direitos sociais e econômicos assegurados nos artigos 6º e 7º em especial, vislumbra-se como traço fundamental a proclamação da responsabilidade do Estado pelos riscos de seus cidadãos, quer sejam trabalhadores ou desamparados, na dicção do artigo 6º. Existem verdadeiros direitos subjetivos públicos de caráter social, que criam deveres para o Estado em relação ao indivíduo e que visam, em essência, assegurar a todos condições mínimas de vida e de consciência, a fim de que o exercício das liberdades fundamentais, também garantidas na Constituição, seja pleno.

Cabe, porém, neste momento, ressaltar que várias das normas da Constituição de 1988 que tratam da organização da seguridade social em geral e de cada um dos seus vértices (saúde, previdência e assistência social) são normas de eficácia limitada, que dependem de leis que as implementem efetivamente. É o caso do próprio artigo 194, parágrafo único, quando dispõe que compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos sete objetivos que elenca. Também são de eficácia limitada os artigos 197 e 201 da Constituição, além de existirem normas de eficácia contida, a exemplo do artigo 203, inciso V.

Considerando-se a grande mudança na técnica predominante de proteção social que foi introduzida pelo constituinte de 1988, a necessidade de regulamentação em tantos casos é coerente.

E bastante razoáveis foram também tanto a fixação de critérios de transição no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como se vê em seu artigo 58 (que dá diretrizes para a implementação do disposto no artigo 201, § 4º, da Constituição), quanto à fixação do prazo máximo de seis meses para a apresentação dos projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e benefício (artigo 59 do ADICTA), cuja implantação progressiva também teve prazo fixado, que foi o de dezoito meses após a aprovação das respectivas leis pelo Congresso Nacional.

Apesar disso, o que se verificou é que a regulamentação dos principais dispositivos sobre proteção social da nova Constituição demorou (em alguns casos bastante) a ser concluída.

Com efeito, a chamada lei orgânica da seguridade social só veio a lume em 24 de julho de 1991 (Lei nº 8.212), mesma data em que foi, promulgada a Lei nº 8.213, que dispôs sobre os planos de benefícios da previdência social. Já a lei orgânica da saúde (Lei nº 8.080) havia sido editada em 19 de setembro de 1990. Bem mais tarde ainda foi promulgada a lei orgânica da assistência social (Lei nº 8.742), que data de 07 de dezembro de 1993, e estabelecido o regime prefigurado das entidades de previdência privada, por meio das Leis Complementares nº 108 e 109, ambas de 29 de maio de 2001.

A regulamentação mais expedita não se referiu à estrutura da seguridade social, mas a dois programas de proteção social com previsão constitucional, que são o seguro-desemprego e o abono salarial do PIS/PASEP (art. 239 da Constituição), objeto da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

Outro aspecto a ser destacado quanto à implementação da técnica da seguridade social é que, de uma certa forma, a adoção dessa técnica no Brasil se deu em momento histórico tardio em relação aos demais países. Isso porque o auge dos sistemas universalistas de proteção social, como é o caso da seguridade social, ocorreu logo após a segunda grande guerra mundial, quando o ambiente político, ideológico e econômico era bastante favorável a essa tese.

Contudo, em meados da década de 1970 a crise econômica mundial desencadeada pelos denominados choques do petróleo afetou sobremaneira os países que mantinham sistemas universalistas de proteção, baseados na arrecadação geral tributária. Esse fato, aliado a outros fatores, inclusive ideológicos, como a disseminação do neoliberalismo, deu azo à chamada crise do Estado-Providência.

Nesse contexto, já a partir do final da década de 1970 e ao longo da década de 1980 vários países que contavam com uma proteção estatal forte e universalista promoveram mudanças em seus sistemas de proteção social, a fim de reduzir o seu âmbito de cobertura objetiva e/ou subjetiva, adotando políticas de focalização da proteção, que passou a ser cada vez mais seletiva e menos universal. Foi o que ocorreu na Nova Zelândia, na Austrália, na Inglaterra e no Chile, por exemplo.

E o Brasil veio a implantar o sistema de proteção social mais universalista de sua história, justamente em um período em que a maioria dos países já havia reduzido o seu campo subjetivo e objetivo de proteção social. É bem verdade que as condições em que foi gestada a Constituição de 1988 foram muito específicas, pois o país estava saindo de um longo período de regime autoritário, e a assembléia constituinte assumiu para si mesma um compromisso de resgatar várias dívidas do Estado para com o povo, inclusive na ordem social. Daí que a adoção da técnica da seguridade social como principal instrumento de proteção social foi praticamente inevitável, além de ter sido simbólica do ponto de vista político.

18 Todavia, essa espécie de descompasso histórico apontado teve repercussões, não só na escolha dos princípios balizadores da seguridade social (artigo 194, parágrafo único da Constituição), mas também nas emendas constitucionais que versaram sobre essa matéria, notadamente as Emendas nº 20/1998, nº 41/2003 e nº 47/2005. Estas rearranjaram o sistema de proteção social, em particular sob o ângulo da previdência social, de modo a restringir o campo objetivo e subjetivo de amparo e a aproximar os regimes dos servidores públicos e dos trabalhadores autônomos e subordinados da iniciativa privada (chamado regime geral da previdência social).

Feitas essas observações, resta, pois, examinar mais detidamente o sistema de proteção social que resulta da Constituição e das normas que lhe dão eficácia. Sublinhe-se desde logo, porém, que a proteção social está incorporada no “espírito” do texto constitucional, aparecendo em vários pontos. Sua principal manifestação está no sistema de seguridade social, definido e detalhado nos artigos 194 a 204. Mas ela aparece também em diversos dispositivos, já citados, do capítulo II do Título II (que enumeram os direitos sociais) e no artigo 239 (que trata do programa de seguro-desemprego e do abono anual dos programas PIS e PASEP), além do artigo 79 do ADCT, que, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 31/2000, instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

3 A técnica da seguridade social originalmente adotada e as emendas constitucionais

Do ponto de vista histórico, o sistema brasileiro de proteção social iniciou de forma fragmentária, voltado apenas a determinados grupos profissionais, o que perdurou durante boa parte do período republicano, em que tal proteção era organizada por institutos e categorias profissionais.

Mas desde meados da década de 1940, a necessidade de uniformização legislativa vinha se tornando premente, e a legislação pertinente vinha se encaminhando para a uniformização de regimes jurídicos e para a ampliação da cobertura da população, inclusive no âmbito das políticas de saúde, revelando uma mentalidade mais favorável aos gastos sociais.

Mesmo assim, o sistema estava longe de representar o ideal em termos de proteção efetiva dos trabalhadores e mais ainda daqueles que, por razões diversas, não podiam contribuir para desfrutar da proteção¹⁰.

¹⁰ Conforme PEREIRA NETTO, Juliana Presotto. **A previdência social em reforma: o desafio da inclusão de um maior número de trabalhadores.** São Paulo: LTr, 2002, p. 67-68.

E vários juristas, técnicos ligados aos órgãos da Previdência Social e representantes dos trabalhadores e aposentados, que se preocupavam com a efetividade da proteção social no Brasil, tinham consciência das limitações do sistema então vigente.

Ora, durante a já mencionada transição democrática e antes da instalação da assembléia constituinte, foi constituído, dentro do Ministério da Previdência e Assistência Social, um Grupo de Trabalho encarregado de estudar e propor uma nova lei orgânica da previdência social.

O referido grupo de trabalho, criado pelo Decreto nº 92.654, de 15/05/1986, contava com representantes do próprio Ministério da Previdência e Assistência Social, Ministério do Trabalho, Secretaria de Planejamento da Presidência da República, das centrais sindicais (CGT, CUT, CONTAG), dos aposentados e pensionistas, especialistas da área e representantes patronais. Das discussões encetadas e conduzidas pelo Ministro Raphael de Almeida Magalhães, o grupo de trabalho extraiu uma série de recomendações, as quais deram origem a um anteprojeto de Lei de Diretrizes e Bases da Seguridade Social, submetido à análise do Conselho Superior da Previdência Social. Porém, sem o aval do Presidente da República, o anteprojeto não foi apresentado formalmente ao Congresso Nacional.

Basicamente, as recomendações desse grupo de trabalho diziam respeito à democratização da gestão da previdência social, à ampliação do sistema de bem-estar social. Tal propósito visava atingir todo cidadão brasileiro, considerado titular de um conjunto mínimo de direitos sociais, independentemente de contribuir diretamente para o sistema protetivo, à reforma da assistência social e da assistência médica, à diversificação das fontes de custeio, e à introdução do princípio da seletividade em função da renda na concessão de alguns benefícios. Da concepção da necessidade de criação de um sistema verdadeiramente abrangente de proteção social é que emergiu a noção de seguridade social, a qual se cristalizou no malogrado anteprojeto de lei acima noticiado.

Ocorre que “algumas de suas recomendações acabaram chegando até aqueles a quem coube a elaboração dos princípios da ‘Seguridade Social’ no projeto constitucional”¹¹. Por tal motivo e pelo seu teor, essas recomendações são consideradas como um antecedente da configuração prevalecente da proteção social na Constituição de 1988.

Nesse ponto, faz-se necessário um breve relato sobre os trabalhos constituintes no tocante à ordem social. A comissão da ordem social era uma das comissões temáticas estabelecidas no regimento interno da Assembléia Constituinte, e a temática da proteção social constituiu objeto prioritariamente da subcomissão de saú-

¹¹ CARBONE, Célia Opice. op. cit., p. 78.

20 de, seguridade e meio ambiente¹². O relator dessa subcomissão, Deputado Carlos Mosconi, elaborou o anteprojeto apresentado à comissão da ordem social. Esse anteprojeto, embora preservasse elementos do sistema existente e não detalhasse os fundamentos da sua proposta, tinha por objetivo atingir um sistema de seguridade social, em que o indivíduo fosse sujeito de direitos sociais, contribuinte, ou não, portanto um sistema em que prevalecesse a universalidade.

Na comissão da ordem social, o seu relator, Senador Almir Gabriel, teve importância crucial para a definição dos rumos que tomou o projeto da seguridade social, principalmente porque ele contou com a colaboração de vários especialistas que estiveram presentes no grupo de trabalho antes mencionado, tais como Custódio A. de Matos, Fernando Resende e Maria Emilia Rocha Mello¹³.

O Senador Almir Gabriel, por sua vez, elaborou o anteprojeto que lhe competia, aprofundando e sistematizando o que havia recebido, no sentido de instituir um sistema de proteção social pautado pelos princípios universalistas e solidaristas da seguridade social. Esse anteprojeto, cuja espinha dorsal foi preservada durante a tramitação pela comissão de sistematização e após as votações em plenário, que verdadeiramente deu origem ao texto hoje vigente da Constituição de 1988.

E, apesar de todas as etapas de discussão de votação, a Carta de 1988 acabou por apontar a seguridade social como instrumento de realização da proteção social pelo Estado brasileiro, sem, contudo, conceituá-la, limitando-se a descrever o modelo implantado (artigos 194 a 204).

Como já mencionado, o artigo 194 fala em “conjunto integrado de ações”, cuja iniciativa é dada aos Poderes Públicos (isto é, ao Estado, através do Poder Executivo nas diversas esferas da federação) e à sociedade, consistindo, portanto, num empreendimento social que objetiva assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Cada uma dessas vertentes da seguridade tem seus objetivos e diretrizes fixados na Constituição em seções próprias, dentro do capítulo II do Título VIII. Todas, porém, devem em tese ter por fundamento os princípios (ou objetivos, na dicção do constituinte) arrolados no parágrafo único do artigo 194. E, em vista da relevância chamados princípios próprios da seguridade social, sobretudo em relação ao tema de que se está a tratar, eles serão objeto de análise mais pormenorizada em item próprio.

¹² Outros aspectos da proteção social foram incluídos de forma fragmentada em diferentes subcomissões, como a dos direitos dos trabalhadores e servidores públicos e a da família, menor e idoso.

¹³ Conforme narrativa de CARBONE, Célia Opice. *op. cit.*, p. 82-83.

Passando para o exame da disciplina de cada um dos vértices da seguridade social, convém seguir a ordem que a própria Constituição adotou.

A **saúde** consta da seção II, abrangendo os artigos 196 a 200. É direito subjetivo público, exigível do Estado, o qual deve atuar de forma preventiva e curativa. As ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema único, regionalizado e hierarquizado, admitida a atuação da iniciativa privada de forma complementar, mediante convênios. A regulamentação infraconstitucional desses preceitos é constituída, basicamente, pela Lei nº 8.080, de 19.09.90, chamada Lei Orgânica da Saúde.

A Constituição definiu a saúde, enquanto vértice da seguridade social, como “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” (art. 196). A amplitude desse conceito e o seu nítido caráter de direito subjetivo público mostram a indubitável filiação do constituinte à idéia contemporânea de seguridade social, sobretudo por conta da universalidade de acesso à proteção.

Aliás, o que é mais marcante na disciplina constitucional a respeito da saúde é a constante referência à precedência desse direito e à responsabilidade do poder público por sua garantia. Tanto é assim que a iniciativa privada tem papel secundário na proteção da saúde, pois, a teor do art. 199, § 1º, as instituições privadas são autorizadas a participar do sistema único de saúde apenas de forma complementar.

Por um lado, pode-se dizer que a primazia da saúde pública foi uma opção ética do constituinte pela justiça social, expressamente referida como objetivo da ordem social (art. 193). Por outro lado, Ferreira Filho, ao comentar o art. 197 da Constituição, faz um esclarecimento que diz respeito a toda a regulamentação da saúde na Carta de 1988, ao asseverar que

não compreenderá este texto quem não tiver presente o fato de que, na Constituinte, uma corrente radical de esquerda pretendia a estatização integral da medicina. Com o que as ações de saúde somente seriam prestadas pelos serviços públicos, ou, excepcionalmente, por médicos ou instituições conveniadas¹⁴

Outro ponto a destacar é o conteúdo do art. 199, § 4º, que trata de questões relacionadas também com a bioética: a política de transplantes e de transfusão de sangue, pela qual se busca evitar a comercialização do corpo humano, em respeito à dignidade da pessoa, bem como a automutilação prejudicial à saúde e à mesma dignidade da pessoa humana.

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2.ed. atual e reform. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 225.

22 No tocante ao sistema único de saúde, é preciso iniciar a análise pela Constituição (arts. 198 e 200) e completá-la com a legislação infraconstitucional (em especial a Lei nº 8.080/90), não sem antes contextualizar a escolha dessa técnica de gestão da saúde pública no cenário internacional.

De fato, a adoção do sistema único de saúde no Brasil se insere na tendência latino-americana de dirigir a padrões mais redistributivistas os sistemas de bem-estar social através de programas universalistas. Já nos anos 80, o Brasil (assim como a Costa Rica, a Bolívia e o México) tentou superar a dicotomia e fragmentação de seus serviços de saúde e universalizar a atenção médica através de sistema único e descentralizado de saúde.

Esse processo foi iniciado em 1984, mediante os convênios celebrados entre o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social) e diversos órgãos públicos (estaduais e municipais). Em 1987 foi criado o SUDS (Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde), que a Constituição de 1988 redesignou de SUS (Sistema Único de Saúde) e reaproveitou como instrumento de implementação da política de saúde pública extraída da adoção do conceito (inovador para a tradição jurídica brasileira) de seguridade social.

A descentralização não é característica essencial dessa técnica de proteção social. No entanto, ela foi introduzida como elemento-chave no Brasil não só em vista do caráter federal do Estado e das imensas desigualdades regionais, mas também por recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Organização Panamericana de Saúde (OPAS)¹⁵.

Na Constituição de 1988, a previsão e a descrição do sistema único de saúde está no art. 198, que o define como uma rede regionalizada e hierarquizada das ações e serviços públicos de saúde, regida por 3 (três) diretrizes: descentralização (com direção única em cada esfera de governo), atendimento integral (com prioridade para as atividades preventivas) e participação da comunidade. O custeio do sistema é amplo, reunindo recursos do orçamento da seguridade social e dos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes.

Já o artigo 200 detalha quais as atribuições precípua do sistema único de saúde, a serem regulamentadas por lei. Como o sistema é único e descentralizado, as tarefas contidas nos oito incisos comprometem o poder público nas esferas federal, estadual, distrital e municipal. Em linhas gerais, as medidas previstas tendem a diminuir ou eliminar o risco que existe na vida em sociedade e, com exceção dos incisos

¹⁵ Conforme DRAIBE, Sônia Miriam. A política social na América Latina: o que ensinam as experiências recentes de reforma? In: DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de. (Orgs.). **Reforma do estado e democracia no Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 222.

III e V, se constituem em medidas preventivas, conforme a primazia definida no artigo 196.

A amplitude e a preventividade dessas atribuições vão ao encontro do sentido de saúde definido pela OMS, no preâmbulo da sua constituição, descrito como

estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.¹⁶

No plano infraconstitucional, a Lei nº 8.080/90, chamada Lei Orgânica da Saúde, organizou e implantou o sistema único de saúde, desdobrando, em seu artigo 6º, o conteúdo do artigo 200 da Constituição. Em síntese, são definidas as atribuições de competência exclusiva do SUS enquanto sistema central e aquelas em que o SUS atua em colaboração ou em parceria com outros órgãos governamentais, nas três esferas, e mesmo com o setor privado.

Fundamental é o conteúdo do artigo 7º da referida lei que, ainda com base nos princípios e direitos constitucionais, enuncia e delimita o alcance dos princípios e diretrizes do sistema único de saúde, pautado em linhas gerais pela universalidade e pela descentralização.

Por derradeiro, convém frisar a gratuidade dos serviços de saúde (públicos e privados contratados), estabelecida no art. 43 da Lei nº 8.080, com a ressalva de eventuais cláusulas de contrato ou convênio celebrado com as entidades privadas.

Essa norma suscitou polêmicas pois ela explicitou uma garantia constitucional não prevista literalmente, mas extraída da própria noção de seguridade social e do art. 196 da CF, que coloca a assistência à saúde como dever do Estado e garante o acesso universal e igualitário de cada pessoa aos serviços e ações para sua promoção. Ademais, a ressalva quanto aos convênios com entidades privadas é uma contradição com a garantia geral da gratuidade e não pode prevalecer, mormente em face do art. 7º, IV, da mesma lei e do art. 196 da CF. Ambos garantem a igualdade de assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, e em face do princípio de que os serviços privados, depois de contratados pelo Poder Público, são como se públicos fossem nos termos do art. 4º, § 2º da Lei nº 8.080/90. Essa é a interpretação que mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Ao adotar a técnica de proteção representada pela seguridade social, o Brasil busca assegurar aos seus cidadãos uma ampla proteção contra os riscos, sem o vínculo custeio-benefício.

¹⁶ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Orgs.). **Mini-código de direitos humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 206.

Já a **previdência social** tem seus lineamentos na seção III, compreendendo os artigos 201 e 202 da Constituição, nos quais fica clara sua natureza essencialmente contributiva, o que decorre da sua base securitária. Regulamentando os mencionados artigos, foram editadas a Lei nº 8.213/91, consistente no plano de benefícios da Previdência Social, e a Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre a organização e o custeio da seguridade social, com ênfase na Previdência, e é denominada Lei Orgânica da Seguridade Social.

Insta realçar que são justamente os citados artigos constitucionais que mais sofreram emendas nos últimos anos, representativas das reformas antes mencionadas. O mesmo ocorreu com as leis que os regulamentam, incessantemente alteradas, praticamente desde a sua promulgação¹⁷.

Na redação original, o artigo 201 era basicamente voltado a definir os riscos cobertos pelos planos de previdência social, bem como quem poderia participar desses planos e mediante quais condições.

Também nesse artigo se manifestou a preocupação do constituinte em assegurar a correção monetária na forma de cálculo dos benefícios e o seu reajustamento periódico, o que é fruto do contexto econômico em que a Constituição foi elaborada, no qual, por força da inflação, o valor real dos benefícios sofria forte compressão. É que “num contexto de inflação alta e sustentada, a manipulação tecnocrática de valores se constituía num mecanismo privilegiado de negação de direitos”¹⁸, situação que o constituinte buscava a todo o custo evitar.

Já o artigo 202 tratava especificamente do principal benefício oferecido pela previdência social, que é a aposentadoria, estipulando a forma de cálculo do seu valor inicial e as idades e tempo mínimos de serviço para a aquisição do direito a esse benefício.

Após a emenda constitucional nº 20/98, esses dois artigos foram de certo modo unificados, com seus conteúdos condensados no art. 201; o artigo 202 passou a tratar do regime complementar de previdência privada, com especial atenção para as entidades fechadas de previdência privada.

¹⁷ Na obra **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina**. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 215. Laura Tavares Ribeiro SOARES, registra que: “apenas dois meses após a aprovação das Leis que regulamentavam o plano de benefícios e o custeio da Seguridade Social, foram encaminhados oito projetos pelo INSS – Instituto Nacional de Seguro Social que alteravam radicalmente a Seguridade Social”.

¹⁸ MELO, Marcus André B. C. de. As reformas constitucionais e a previdência social (1993-1996). In: DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de. (Orgs). **Reforma do estado e democracia no Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 296.

Também a emenda constitucional nº 41/2003 alterou o artigo 201, mas apenas para lhe acrescentar o parágrafo 12, o qual criou um “sistema especial de inclusão previdenciária” para trabalhadores de baixa renda, a ser regulamentado por lei ordinária, e que visava garantir a essas pessoas benefícios de valor igual a um salário-mínimo, exceto nos casos de aposentadoria por tempo de contribuição.

Igualmente a Emenda Constitucional nº 47/2005 alterou o artigo 201, modificando a redação do anteriormente acrescentado parágrafo 12, complementado pelo parágrafo 13, introduzido nessa ocasião. Ambos tratam com mais detalhes do sistema especial de inclusão previdenciária, que passou a ter também como destinatários os cidadãos de baixa renda dedicados exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de suas próprias residências. Ficou ainda definido que o sistema especial de inclusão previdenciária deve ter alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.

A redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 ao *caput* do artigo 201 (a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o mecanismo financeiro e atuarial) faz aflorar com mais clareza os conceitos e características fundamentais da previdência social no Brasil.

Assim a previdência social, ao contrário dos outros dois vértices da seguridade social (saúde e assistência), é contributiva. Ademais, ela é obrigatória, ou seja, de filiação compulsória, o que pressupõe a solidariedade social.

A contributividade decorre do fato de ser a técnica de base da previdência social essencialmente securitária, como se viu exaustivamente no exame da evolução histórica da proteção social. Com efeito, o seguro social, sinônimo de previdência social, é uma técnica de proteção caracterizada por ser custeada mediante contribuições dos segurados, dos empregadores e do Estado.

Já a obrigatoriedade de filiação ou participação significa que todos os que exercerem uma atividade econômica devem ser necessariamente filiados ao regime geral de previdência social¹⁹, exceção feita, por ora, aos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de suas autarquias e fundações, filiados obrigatoriamente a outro regime (art.

¹⁹ PEREIRA NETTO, Juliana Presotto. op. cit., p. 164-165. A autora explica que o princípio da obrigatoriedade é tradicionalmente justificado pelos argumentos da miopia social, segundo os quais muitos trabalhadores sofrem de uma incapacidade psicológica de poupar para a aposentadoria; e da proteção dos prudentes, pelo qual o Estado deve buscar proteger os membros prudentes da sociedade, que se acautelam para o futuro, daqueles imprudentes, que conscientemente decidem não poupar por conta própria e acabam por onerar os gastos públicos com a assistência social.

26 40 da Constituição). Também significa esse princípio que todos os empregadores e empresários em geral também devem contribuir para o seguro social.

A obrigatoriedade de participação é, pois, condição de viabilidade financeira da previdência social e requer, por outro lado, a interveniência do Estado, como único agente capaz de impor tal obrigação²⁰.

Correlacionado com a obrigatoriedade está o princípio da solidariedade social, que informa a previdência social desde sua raiz e tem íntima relação com o regime financeiro da repartição, majoritariamente adotado nos sistemas previdenciários de cunho estatal.

Trata-se, na verdade, de uma solidariedade financeira imposta pelo Estado e que se traduz no fato de que, por razões demográficas, atuariais e mesmo sociais, alguns acabam contribuindo em favor de outros. É o que mostra Pereira Netto ao descrever situações em que a solidariedade se expressa:

na contribuição daqueles que não serão diretamente beneficiados por qualquer prestação (as empresas e os tomadores de serviços, em geral), ou quando, apesar de ter contribuído por toda a vida, um segurado recebe benefícios por muito menos tempo do que outro que contribuiu por um período muito reduzido, mas que se acidentou ou adoeceu precocemente. Há ainda a hipótese dos benefícios para os quais não se exige carência, e a daqueles beneficiários que são contemplados sem nunca terem contribuído, como é o caso dos dependentes²¹.

Tendo essas características em vista, o artigo 201 da Constituição previu também que a previdência social fosse organizada sob a forma de regime geral e observasse critérios tendentes a preservar o seu equilíbrio financeiro e atuarial.

De acordo com os incisos desse artigo, os eventos que devem ser necessariamente cobertos pelo regime geral são a doença, a invalidez, a morte e a idade avançada. Outras coberturas devem ser asseguradas, tais como proteção à maternidade e à gestante, proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

Os parágrafos do artigo 201, com as alterações promovidas pela Emenda constitucional n° 20/98, como já se disse anteriormente, revelam algumas normas detalhadas sobre cálculo e atualização dos valores dos benefícios (parágrafos 2°, 3°, 4°, 6° e 11), bem como definição da idade e da contribuição mínimas para a aposentadoria (parágrafos 7° e 8°). Há também a previsão da cobertura do risco de acidente

²⁰ Conforme Id. Ibid., p. 165.

²¹ PEREIRA NETTO, Juliana Presotto. op. cit., p. 166.

do trabalho, cujo atendimento deve ser concorrentemente prestado pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado (parágrafo 10). Inclui-se igualmente a vedação da adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (parágrafo 1º).

Dentre tais parágrafos merecem referência em separado o 5º (que veda a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência. Destaca-se também o 9º que assegura, para efeito de aposentadoria, a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente.

O que a leitura desses dispositivos mostra, em conjunto com o artigo 40 da Constituição, é a bipartição da previdência estatal básica em dois regimes: o geral, destinado a cobrir todos os trabalhadores, empresários, autônomos e servidores públicos não titulares de cargos efetivos e é o regime de que trata o art. 201 da Constituição; e o funcional, que se destina a cobrir os servidores públicos, titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e é objeto do artigo 40 da Constituição.

Este último regime, por sua vez, pode ser dividido em tantos regimes próprios quantos forem os instituídos pelos entes federativos²², com base na competência concorrente para legislar sobre previdência social, prevista no art. 24, XII, da Constituição de 1988²³, e com base igualmente no art. 3º da Lei nº 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social). As normas gerais sobre os regimes próprios funcionais são as constantes da Lei nº 9.717/98. Embora editada antes da Emenda constitucional nº 20/98, ela está imbuída do mesmo espírito dessa emenda, no sentido de se pautarem os regimes próprios pela contributividade e pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

E os servidores de entes federativos que não tenham estruturado regime próprio de previdência devem se vincular ao regime geral. Até a Emenda constitucional nº

²² BORGES, Mauro Ribeiro. **Previdência social e regimes próprios de previdência**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 110. O autor registra a existência atualmente de mais de dois mil regimes próprios de previdência em todo o Brasil, envolvendo estados e municípios.

²³ Id. *Ibid.*, p. 113. O autor considera ainda que, como o regime geral da previdência social integra a seguridade social (título VIII da CF), a competência para legislar sobre o regime geral e o complementar é privativa da União, conforme o art. 22, XXIII. Assim, “a Previdência Social de que trata o inc. XII do art. 24, não é a Previdência Social da Seguridade Social, vinculada ao Regime Geral, mas sim a Previdência Funcional decorrente das normas insertas no art. 40 da Constituição Federal que compõem o Título III, relativo à organização do Estado e, especificamente seu capítulo VII, relativo à Administração Pública e seus servidores”.

28 41/2003, por força do art. 40, §§ 3º e 8º, da Constituição (com a redação da pela EC nº 20/98), os respectivos entes eram obrigados a complementar, com recursos próprios, os benefícios de seus servidores que tivessem remuneração superior ao teto estabelecido pelo regime geral.

O fundamento para a existência de um regime previdenciário diferenciado para servidores públicos é, justamente, a peculiaridade da relação que se estabelece entre o Estado e o servidor público. Não se trata de uma relação trabalhista no sentido convencional, mas uma relação de administração, ou seja, uma “relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma realidade cogente”²⁴.

Essa peculiaridade foi reconhecida pelo constituinte de 1988, quando previu em sua redação original o regime jurídico único para os servidores públicos. Nesse contexto, a existência de regimes próprios de previdência funcional era não só razoável, como necessária.

Ocorre que, sobretudo por razões orçamentárias, a Emenda constitucional nº 19/98 veio a abolir ou descaracterizar esse regime jurídico único, com a permissão de contratação de empregados públicos, sujeitos ao regime geral de previdência. A mesma emenda, ainda, previu uma distinção entre os servidores públicos titulares de cargo efetivo, dando garantias especiais àqueles que desenvolvem atividades exclusivas de Estado (art. 247 da Constituição).

A tendência manifestada em tais alterações é a busca por mais igualdade de tratamento entre servidores públicos e trabalhadores da iniciativa privada, em matéria previdenciária.

Em continuidade desse processo, a Emenda constitucional nº 20/98 estabeleceu a observância dos requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social, no que coubesse, ao regime funcional próprio de previdência (é o teor do § 12, acrescentado pela emenda ao artigo 40). E a Emenda constitucional nº 41/2003 veio a suprimir a aposentadoria com proventos integrais dos servidores públicos, sendo que seu cálculo passa a levar em conta as contribuições dos servidores e as normas do artigo 201 da Constituição, relativas ao regime geral (é o que se dessume da nova redação dada ao parágrafo 3º do art. 40).

Por outro lado, a mesma Emenda constitucional nº 20/98 modificou totalmente a redação do artigo 202 da Constituição, que passou a tratar exclusivamente da pre-

²⁴ É a clássica definição de Ruy Cirne LIMA em **Princípios de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 51. Mais adiante, na mesma obra, ele esclarece que “característicos diversos singularizam a noção de trabalho público. Avulta, dentre todos, porém, a sua unilateralidade econômica” (p. 159). E assim é porque toda função pública “representa uma porção determinada de execução continuada e permanente da tarefa, incumbente ao Estado, para realização de seus fins” (p. 163).

vidência privada. Esta é um instrumento de proteção social a cargo da sociedade, mais precisamente de instituições financeiras; cujo funcionamento, entretanto, é intensamente regulado e fiscalizado pelo Estado, conforme se observa já na redação do caput e dos parágrafos do artigo 202. Ambos fixam várias diretrizes quanto à transparência dos planos privados de previdência e ao seu custeio, sendo que a regulamentação do sistema ficou a cargo de leis complementares.

Tais leis foram editadas no prazo assinalado pela Emenda e constituem a Lei Complementar nº 108/2001, que regula a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar. E a Lei Complementar nº 109/2001 dispõe sobre o regime de previdência privada complementar.

O mais importante a sublinhar, contudo, são as características da previdência privada: complementaridade em relação à previdência básica e pública, facultatividade e contratualidade, características essas indissociáveis entre si.

A idéia subjacente ao tratamento privilegiado da previdência privada complementar na Constituição Federal, após a Emenda constitucional nº 20/98, foi sintetizada com propriedade por Balera:

O escopo do regime geral de previdência, cuja gestão se encontra em mãos do Poder Público, não é o de garantir a renda integral para os beneficiários. Só lhe cabe destinar certa renda básica correspondente à média nacional dos ingressos per capita. Quanto aos planos privados, seu móvel é a complementação da proteção previdenciária concedida pelo sistema público²⁵.

Essa idéia parece ter também norteado as modificações inseridas pelas Emendas nº 20/98, 41/03 e 47/05 no regime previdenciário próprio do funcionalismo público. Elas permitiram aos entes da Federação não oferecer a aposentadoria com proventos integrais aos seus servidores, desde que fosse instituído um regime de previdência complementar em benefício destes (Emenda nº 20/98), prestado por entidade fechada de previdência complementar, de natureza pública (Emenda nº 41/03).

Por fim, a **assistência social** está definida na Seção IV, artigos 203 e 204 da Constituição, e tem como nota distintiva o fato de não depender de contribuição específica, sendo custeada pelos impostos em geral. É o que deflui do caput do art. 203, que prevê que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. Assim, o fato que gera o direito

²⁵ BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2002; p. 73.

30 à prestação assistencial é a necessidade, que deve ser comprovada, nos termos da lei, sendo que a regulamentação requerida veio através basicamente da Lei nº 8.742/93, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social.

Houve preocupação em detalhar os objetivos da assistência social, fixando no texto constitucional quem seriam os destinatários prioritários dessa proteção não contributiva que, à primeira vista, são muito indefinidos. Assim, são objetivos da assistência social a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (inciso I), o amparo às crianças e adolescentes carentes (inciso II), a promoção da integração ao mercado de trabalho (inciso III). Inclui-se ainda a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (inciso IV), a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, que devem comprovar não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (inciso V).

Nesse rol são, portanto, descritas situações que indicam claramente os destinatários indispensáveis da assistência social, cuja escolha representa os valores constitucionalmente prestigiados, sobretudo a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o primado do trabalho (art. 193) e a proteção especial da criança e do adolescente (art. 227) e do idoso (art. 230). É por esse motivo que Balera considera que a enumeração do art. 203 não é taxativa²⁶, mas deve ser vista como uma lista de prioridades, ressaltando que outros objetivos podem surgir e ser incorporados ao conjunto do verdadeiro programa de ação delineado no citado artigo.

Tendo em conta a descrição constitucional, Pereira Netto identifica cinco características da assistência social, que a distinguem da previdência social²⁷, e que são as seguintes: a) clientela indefinida (pois é prestada a “quem dela necessitar”) e não contributividade; b) prestações não definidas previamente em lei, sendo o campo da regulação casuística por excelência e do predomínio das prestações in natura, com prestação de auxílios financeiros vista como um mal necessário; c) atualidade da situação atendida e sujeição do interessado a comprovações de pobreza; d) disponibilidade de meios financeiros, pelo órgão que presta a assistência, a qual compõe o princípio da incerteza na provisão social; e) adoção do critério da menor elegibilidade, pelo qual todo benefício assistencial deve ser sempre menor do que o pior salário, a fim de não ferir a ética capitalista do trabalho.

Fornecer meios para que a assistência social, como direito subjetivo público, seja minimamente implementada e possa ser exigida pelos que dela necessitarem. Com

²⁶ Id. **A seguridade social...** p. 114.

²⁷ PEREIRA NETTO, Juliana Presotto. *op. cit.*, p. 143-145.

este objetivo o artigo 204 da Constituição previu, no caput, a sua forma de custeio e, nos dois incisos, as suas diretrizes de organização, sempre considerando as ações governamentais, isto é, dos poderes públicos, como preferiu dispor o artigo 194.

Assim, os recursos alocados para a assistência social devem provir do orçamento da seguridade social (na forma prevista no artigo 195), bem como de outras fontes. No entanto, não foi constitucionalmente definido quanto do orçamento global da seguridade social deve ser destinado à assistência, ao contrário do que ocorreu com a saúde, cujo percentual daquele orçamento foi definido em trinta por cento, a teor do art. 55 do ADCT.

Em se tratando de um vértice não contributivo da seguridade social, a assistência acaba sendo severamente atingida, pois os objetivos que se propõe a atingir dependem de abundantes e bem definidos recursos, os quais, não sendo desde logo destinados, ficam na dependência do comprometimento social do governo. E isso foi melhor esclarecido por Balera, em seguida da promulgação da Constituição de 1988, quando afirmou que:

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.

As novas e urgentes necessidades humanas exigem que os socorros públicos tenham papel preponderante na solução dos conflitos sociais. Todavia, a ausência de uma clara definição das fontes de recursos a serem alocados a esse importante setor, traz como consequência a descrença generalizada das reais possibilidades de socorro por parte do Estado, com que poderá contar a população pobre²⁸.

Desse modo, considerando a preocupação que norteou o constituinte em inserir na Carta Magna dispositivos que assegurassem a efetividade das normas referentes à seguridade social, como se viu no exame dos dispositivos que tratam da previdência social, é de se estranhar e mesmo lamentar a ausência de fixação do percentual orçamentário a ser destinado à assistência social. Tal omissão é particularmente incoerente porque o próprio artigo 203 define políticas assistenciais prioritárias com clareza e, no seu inciso V, prevê que o Estado tenha a obrigação de pagar um benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo mensal, a deficientes e idosos em estado de necessidade.

Talvez pretendendo amenizar essa lacuna a Emenda Constitucional nº 42/2003

²⁸ BALERA, Wagner. **A seguridade social...** p. 123-124.

32 acrescentou ao art. 204 um parágrafo único, facultando aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida. Todavia, trata-se apenas de faculdade atribuída a esses específicos entes federativos, e não de obrigação constitucional. O que se tem na hipótese é a autorização para mais uma opção de custeio para ações de assistência social, fora do orçamento da seguridade social.

No tocante às diretrizes, o artigo 204 prioriza a descentralização político-administrativa (inciso I) e a participação popular (inciso II). A rigor, porém, esses dois preceitos são redundantes, pois o artigo 194, VII, já previu como princípio da seguridade social como um todo o caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade.

Ainda assim, o art. 204, inciso I, ao fixar como diretriz a descentralização político-administrativa da assistência social, explicitou que a coordenação e a execução dos respectivos programas cabem às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social.

Ora, essa redação parece, à primeira vista, restritiva e excludente da atuação da União. Mas não é essa a sua melhor interpretação, pois deflui do art. 194, parágrafo único, que é à União que incumbe organizar a seguridade social, estabelecendo suas normas gerais, a teor do art. 22, XXIII da Constituição, cabendo aos estados e municípios executar as medidas prefiguradas pela União, com a colaboração facultativa das entidades beneficentes privadas. Cardone apresenta com clareza essa linha de interpretação:

O que, na verdade, o inciso quer significar, porque trata basicamente da descentralização, é que o planejamento será federal e a execução e a coordenação deste será em nível de Estado e Município contando, inclusive, com os equipamentos estaduais e municipais, num sistema unificado. Não podemos nos esquecer de que a segurança social é um conjunto **integrado** de ações (art. 194), que conta com recursos da União, dos Estados e dos Municípios (art. 195, caput e § 1º)²⁹.

O artigo 204, inciso II, ao prever a participação da população por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis, fomenta, como se viu, um mecanismo de democracia participativa na seguridade social.

Contudo, a questão que se coloca na hipótese é referente a quem seriam os representantes legítimos, para o fim colimado na norma, da população-alvo da assistência social. No exame dessa questão, Balera defende que o Estado deve incentivar a criação de diversas organizações representativas dos grupos considerados

²⁹ CARDONE, Marly A. op.cit., p. 94.

como prioritários na prestação da assistência social, as quais deveriam participar da formulação das políticas respectivas e do controle das ações. Acrescenta o referido autor que tais organizações devem ser de cunho local, pois a participação, na assistência social, é corolário da descentralização³⁰.

Por derradeiro, convém destacar que é na assistência social que, por razões históricas, predomina a atuação complementar das entidades privadas, reconhecida pela própria Constituição, nos artigos 194, *caput*, e 204, *caput* e inciso I. E atualmente, com a grande retração nos gastos sociais, por conta dos ajustes fiscais que são exigidos a título de compromissos externos do Brasil, vem ocorrendo um fenômeno de transferência da responsabilidade (ou, no mínimo, de grande compartilhamento), de atendimento dos mais carentes aos entes privados, ao chamado terceiro setor, de que são exemplo as leis de regulamentação dos serviços de voluntários e das organizações de interesse social.

Essa prática não é condenável em si, mas não pode representar um retrocesso, chegando ao ponto de desfigurar a assistência social como direito subjetivo público, como adverte severamente Pereira Netto:

(...) seria insano pensar em se desprezar qualquer tipo de iniciativa tendente a colaborar para a efetivação da proteção social. (De onde se conclui pela relevância e oportunidade dessas medidas de proteção social alternativas). Apenas não se pode admitir que a pretexto da maior atuação da iniciativa privada (que por mais eficiente que seja é facultativa, eventual, arbitrária, não gera direito subjetivo), o Estado se afaste de suas responsabilidades consagradas através dos direitos sociais, dentre os quais se inclui a assistência social³¹.

O que deve ficar claro é que o Estado assumiu, através da enunciação dos incisos do artigo 203 da Constituição, a obrigação de promover apoio a setores específicos da população sem lhes exigir contrapartida. E, ao menos na hipótese do inciso V do referido artigo, tem o particular o direito subjetivo de exigir a prestação prometida.

Esse e outros compromissos do Estado levaram o artigo 195 da Constituição a se ocupar do ponto nevrálgico da seguridade social, que é o seu **financiamento**, pois atingir as metas propostas em termo de seguridade social implica a necessidade de arcar com o custeio desse sistema amplo e global.

Assim, dispôs a Constituição que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, em razão da solidariedade que informa o sistema, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de uma série de contribuições sociais, elencadas

³⁰ BALERA, Wagner. **A seguridade social...** p. 126.

³¹ PEREIRA NETTO, Juliana Presotto. Op. cit., p. 148.

34 nos incisos I a III do artigo 195: do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada pela lei, incidentes sobre folha de salário, receita, faturamento e lucro, do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, bem como contribuições sobre receita de concurso de prognósticos.

As variadas contribuições delineadas em tais incisos, como também o teor do parágrafo 4º do mesmo artigo³² demonstram a aplicação do princípio da diversidade da base de financiamento, fixado como objetivo da seguridade social no art. 194, parágrafo único, inciso VI, da Constituição.

Ainda assim, a adoção da técnica de custeio mediante contribuições sociais é criticada por Balera³³. Segundo ele, o modo de financiamento da seguridade social não acompanhou a diretriz de universalização da cobertura e do atendimento, veiculada pelo artigo 194, parágrafo único, inciso I. Esse objetivo só seria alcançado, em termos de custeio, por meio de financiamento indireto, isto é, pela cobrança de impostos, vertidos por toda a sociedade, e que comporiam o orçamento geral do Estado, de onde deveriam provir as receitas da seguridade social.

Entretanto, a sociedade acaba arcando indiretamente com o custeio da mesma forma, pois os empresários repassam aos consumidores dos produtos e serviços o custo do pagamento das contribuições sociais, as quais, no Brasil, são numerosas e de valor elevado. Somente no vértice da previdência social, o financiamento é direto, dado o seu caráter securitário

Como decorrência do fato de que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência comum para uma série de atribuições no âmbito da seguridade social (art. 23, II, IX e X da Constituição), as receitas correspondentes constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União (parágrafo 1º do artigo 195).

Na verdade, o orçamento da seguridade social é autônomo em relação ao orçamento da União, conforme consta expressamente do art. 165, § 5º, inciso III, da Constituição. Com efeito, a lei orçamentária anual compreende o orçamento fiscal, o de investimentos e o da seguridade social, descrito este como abrangente de todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público.

É por esses motivos que o parágrafo 2º do art. 195 prevê que a

³² Tal dispositivo textualmente prevê que “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”.

³³ Conforme BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade...** p. 37.

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.

Mesmo assim, será a lei que

definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos,

conforme dispõe o parágrafo 10 do art. 195, acrescentado pela Emenda constitucional nº 20/98.

Há igualmente no art. 195 normas que não precisariam estar na Constituição e que prevêem medidas tendentes a assegurar a eficácia da arrecadação destinada à seguridade social, como é o caso dos parágrafos 3º (que proíbe as pessoas jurídicas em débito para com o sistema da seguridade social de contratarem com o poder público ou dele receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) e 11 (que veda a concessão de remissão e anistia de determinadas contribuições sociais para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar).

Por sua vez, os parágrafos 8º e 9º do art. 195 prevêem a possibilidade de serem estipuladas alíquotas diferenciadas segundo as atividades dos contribuintes. E o § 7º confere isenção de contribuição para a seguridade social às entidades de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei, medida perfeitamente justificável diante do previsão do art. 204, I, da Constituição, que inclui as entidades beneficentes entre as coordenadoras e executoras de ações na área de assistência social.

Todavia, as normas constitucionais mais relevantes em matéria de custeio da seguridade social são as dos parágrafos 5º e 6º do artigo 195.

A primeira delas consagra o chamado princípio da contrapartida, segundo o qual nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. Esse dispositivo é extremamente salutar, pois, além de se constituir em “anteparo à demagogia”³⁴, serve sobretudo ao propósito de preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, diretriz expressamente prevista em relação à previdência social (art. 201, *caput*), mas que sem dúvida é válida para toda a seguridade social.

³⁴ Conforme a perspicaz observação de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2. p. 222.

36 A segunda delas institui, no fundo, uma garantia para o contribuinte, que é a anterioridade nonagesimal, significando que as contribuições sociais para a seguridade social 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” da Constituição de 1988.

Após essa visão panorâmica do tratamento da seguridade social, é forçoso reconhecer que, se de um lado a configuração estrutural do sistema é completa e coerente, de outro, o lado prático, há o predomínio da Previdência Social, que tutela a população economicamente ativa.

A tendência deveria ser de aglutinar os conceitos de saúde, previdência e assistência, a fim de promover o equilíbrio socioeconômico no país, propiciando condições dignas de vida a todos os indivíduos, o que transparece nos princípios elencados no parágrafo único do artigo 194, sintomaticamente chamados pelo constituinte de objetivos.

Desde o início, o Estado enfrentou uma dificuldade enorme para implantar na prática todo o arcabouço constitucional e legal da saúde, previdência e assistência sociais.

Por isso, já no começo da década de 1990, foi iniciado um processo de discussões sobre a necessidade de reformas no sistema de proteção social, em especial na previdência social³⁵, particularmente afetada pelos desequilíbrios demográficos e pelas dificuldades do mercado de trabalho: desemprego, subemprego, informalidade e flexibilização dos direitos trabalhistas, em virtude das crises econômicas e da globalização.

Evidentemente, as variáveis econômicas e políticas são essenciais e se refletem no processo democrático que atualmente rege a prática institucional brasileira, definindo as políticas públicas e acabando por gerar também alterações na decisão constituinte originária.

E, conforme já se viu incidentalmente nos parágrafos anteriores, as Emendas constitucionais nº 20/98, 41/03 e 47/05 são expressão dessa dinâmica.

De fato, a Emenda nº 20/98 acabou com a aposentadoria por tempo de serviço (integral e proporcional), substituindo-a pela aposentadoria por tempo de con-

³⁵ A incompatibilidade entre as diretrizes constitucionais para a área social e o projeto econômico de modernização liberal do Governo Collor, iniciado em 1990, resultou num malogrado projeto de reforma constitucional que previa, entre outras coisas, um sistema de previdência complementar para as rendas superiores a cinco salários-mínimos. As duas iniciativas do Congresso Nacional contribuíram para acentuar as discussões em torno de reforma previdenciária: a CPI da Previdência, de 1991, e a instituição de uma Comissão Especial do Sistema Previdenciário.

tribuição. Estabeleceu que os benefícios salário-família e auxílio-reclusão fossem devidos apenas aos segurados (e dependentes) de baixa renda, além de ter aberto uma brecha para a unificação dos valores das aposentadorias e pensões do regime funcional próprio e do regime geral, ao prever a possibilidade de, em sendo criado regime de previdência complementar, ser fixado como limite máximo de tais valores o estabelecido para os benefícios do regime geral.

A Emenda nº 41/2003, por sua vez, suprimiu a aposentadoria com proventos integrais dos servidores públicos que ingressaram após a publicação da emenda, reduziu os percentuais da pensão por morte de servidor público, além de ter submetido o teto máximo dos benefícios do regime funcional próprio ao valor fixado como teto para o regime geral, ficando o complemento a ser pago por entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública. Também foi estendida a cobrança da contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como foram estipuladas normas de desestímulo às aposentadorias precoces no serviço público e regras de transição (artigos 2º a 6º da emenda).

Como se percebe, a Emenda nº 41/03 trata principalmente da situação previdenciária dos servidores públicos, enquanto que a Emenda nº 20/98 havia trazido alterações mais genéricas, abrangentes tanto do regime geral quanto do regime próprio funcional.

Em 2005, sobreveio ainda a Emenda nº 47 que, entre outras regras, aumenta a faixa de isenção da contribuição incidente sobre as aposentadorias e pensões dos servidores públicos portadores de doenças incapacitantes. Permite a adoção de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, no âmbito das contribuições sociais. Permite ainda a adoção de critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria para portadores de deficiência e, finalmente, detalha o sistema especial de inclusão previdenciária, em relação às famílias de baixa renda.

4 Conclusão

A Constituição Federal de 1988 resultou de um momento histórico em que a sociedade brasileira ansiava por maior atenção aos direitos sociais e pela universalização da proteção social, como resultado da redemocratização do país e de um processo contínuo de unificação, em um sistema concatenado, dos diversos regimes protetivos até então existentes.

Assim, a Constituição de 1988 adotou a técnica abrangente da seguridade social como principal instrumento de proteção social, definindo-a como um conjunto in-

38 tegrado de ações do poder público e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, tendo por objetivo principal a universalidade de cobertura e atendimento.

Todavia, em decorrência de uma série de fatores econômicos, sociais e mesmo políticos, já no início da década de 1990, vários aspectos da ordem social constitucional passaram a ser objeto de reformas, tendentes a reduzir gastos públicos e a direcionar prioritariamente aos cidadãos mais necessitados quanto à proteção social. Essas reformas foram consubstanciadas em alterações constitucionais nos artigos correspondentes à seguridade social (em seus três vértices) e ao regime previdenciário dos servidores públicos, acompanhadas das necessárias adaptações na legislação infraconstitucional pertinente.

Embora tenha havido três principais emendas constitucionais sobre questões pertinentes à proteção social, verifica-se que não foi alterada a concepção de seguridade social adotada como principal técnica protetiva pela Constituição de 1988.

Isso porque as bases principiológicas e o mecanismo central de cada um dos vértices da seguridade social foram mantidos em sua essência. De fato, os ajustes e restrições trazidos por essas três principais emendas constitucionais representam apenas uma ligeira diminuição no campo objetivo de amparo, suprimindo-se certos tipos de benefícios, o que limita-se o seu alcance e aumenta os requisitos para a sua concessão. O mesmo ocorre quanto ao campo subjetivo de amparo, direcionado, de um modo geral, a priorizar a proteção às camadas da população consideradas de baixa renda, chegando a incluir mesmo aqueles que executam tarefas domésticas em suas residências. Tem-se como exemplo a restrição da percepção de certos benefícios apenas aos dependentes dos segurados de baixa renda, caso do salário-família e do auxílio-reclusão.

Porém, em nenhum momento a base universalista do sistema foi solapada, já que os ajustes feitos não afrontaram os princípios e as idéias centrais do sistema, afetando apenas, em algumas hipóteses, outros direitos individuais dos segurados, mas não os vetores organizacionais da seguridade social nos moldes inicialmente fixados. Ou seja, nenhuma dessas alterações constitucionais descaracterizou, na essência, o modelo de seguridade social originalmente desenhado pela Constituição de 1988.

5 Referências bibliográficas

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Sistema de seguridade social**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Orgs.) **Mini-código de direitos humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

BORGES, Mauro Ribeiro. **Previdência social e regimes próprios de previdência**. Curitiba: Juruá, 2003.

BRASIL, Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 de julho de 1985, p. 10393.

CARBONE, Célia Opice. **Seguridade social no Brasil: ficção ou realidade?** São Paulo: Atlas, 1994.

CARDONE, Marly A. **Previdência, assistência, saúde: o não-trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 1990.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil: promulgada em outubro de 1988. 41.ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008 (Coleção Saraiva de Legislação).

DRAIBE, Sônia Miriam. A política social na América Latina: o que ensinam as experiências recentes de reforma? In: DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de. (Orgs.). **Reforma do estado e democracia no Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 213-258.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2.ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELO, Marcus André B.C. de. As reformas constitucionais e a previdência social (1993-1996). In: DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de. (Orgs.). **Reforma do estado e democracia no Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 295-348.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** (Preliminares: o Estado e os sistemas constitucionais). 7.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, t. 1.

MORAES FILHO, Evaristo de. **A ordem social num novo texto constitucional: textos aprovados no plenário da comissão provisória de estudos constitucionais**. São Paulo: LTr, 1986.

PEREIRA NETTO, Juliana Presotto. **A previdência social em reforma: o desafio da inclusão de um maior número de trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2002.

SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina**. Petrópolis: Vozes, 2001.

VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: UCAM, IUPERJ, 2000.