

ORGANIZADORES

**Carlos Luiz Strapazon
Clarice Mendes Dal Bosco
Barbara Moesch Welter**

*Série
Ensaio*

**DIREITO FUNDAMENTAL
DE SEGURANÇA SOCIAL:
SAÚDE, ASSISTÊNCIA E
PREVIDÊNCIA**



Editora Unoesc



ORGANIZADORES

**Carlos Luiz Strapazon
Clarice Mendes Dal Bosco
Barbara Moesch Welter**

*Série
Ensaio*

**DIREITO FUNDAMENTAL
DE SEGURANÇA SOCIAL:
SAÚDE, ASSISTÊNCIA E
PREVIDÊNCIA**



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Projeto Gráfico: Simone Dal Moro

Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E59 **Direito fundamental de segurança social: saúde, assistência e previdência / organizadores: Carlos Luiz Strapazzon, Clarice Mendes Dal Bosco, Barbara Moesch Welter. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. - (Série Ensaios)**
182 p. ; 23 cm

ISBN: 978-85-8422-078-6

1. Direitos fundamentais. 2. Seguridade social. 3. Previdência social. I. Strapazzon, Carlos Luiz, (org.). II. Dal Bosco, Clarice Mendes, (org.). III. Welter, Barbara Moesch, (org.) IV. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*

Campus de Chapecó

Ricardo Antonio De Marco

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Antonio Carlos de Souza

Campus de Xanxerê

Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação

Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fábio Lazzarotti

Débora Diersmann Silva Pereira

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Glauber Wagner

Eliane Salete Filipim

Carlos Luiz Strapazzon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 5

**TRÊS MODELOS DE PROTEÇÃO DO DIREITO HUMANO À
SEGURANÇA SOCIAL..... 7**

Upon three models of protection to the human right to social security

Clarice Mendes Dalbosco

**ASPECTOS CONCEITUAIS DA EXPRESSÃO ATIVISMO JUDICIAL
E SUA IMPORTÂNCIA NA CONCREÇÃO DO DIREITO À SAÚDE..... 35**

***Aspects of the expression judicial activism and its importance
for the realization of the right to health***

Fábio Biasi Pavão

**A GRATUIDADE DO ACESSO À SAÚDE E A JUDICIALIZAÇÃO
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SUA EFETIVAÇÃO 49**

***Free access to healthcare and the judicialization of policies as a
mean to guarantee its implementation***

Juliana de Oliveira

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ERRO MÉDICO77

The State liability for medical errors

Rose Maria dos Passos

**A ESTREITA RELAÇÃO ENTRE EDUCAÇÃO E SEGURANÇA SOCIAL
NO PROGRAMA DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA BOLSA FAMÍLIA 89**

***The tight relation between education and social security:
the “bolsa família” conditional cash transfer program***

Sônia Maria Cardozo dos Santos

A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO FORMA DE INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA107

The social assistance as tool for implementing the right to housing

Ana Paula Goldani Martinotto Reschke

DIREITO À SEGURANÇA SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS CONTRIBUTIVOS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....131

Right to social security and public policies: aspects of the Brazilian Law for social inclusion to the effectiveness of the persons with disabilities social insurance rights

Darléa Carine Palma Mattiello

O FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO E A DIMINUIÇÃO DOS ACIDENTES DE TRABALHO 155

The Accident Prevention Factor and the reduction in the incidence of accidents at work

Elizabete Geremias

ANÁLISE DO PROGRAMA DE PROTEÇÃO AO EMPREGO SOB A ÓTICA DA FLEXISSEGURANÇA.....169

Consideration to the Employment Protection Program from a flexicurity perspective

Ludmila Cavalli

APRESENTAÇÃO

Este livro é o resultado de uma etapa de estudos e pesquisas destes mestrandos. Na realidade são trabalhos elaborados ao final dos encontros de estudos da disciplina por mim dirigida, sobre Direitos Fundamentais de Segurança Social.

Todos os “ensaios” aqui publicados foram aprovados por mim e respondem aos primeiros estudos avançados realizados por estes mestrandos, no campo do direito humano de segurança social. É por isso que o leitor vai encontrar uma boa concentração de temas em três campos de análise: a saúde, a assistência social e a previdência. Todavia, notará que os trabalhos ainda têm acentuado caráter exploratório, tanto de literatura quando das bases normativas relativas a esses três direitos e suas conexões com o direito do trabalho e com o direito à moradia.

A publicação dos textos assim, nesta fase de construção da pesquisa não é iniciativa comum em Programas de Pós-graduação. Mais frequente, e usual, é publicar apenas os trabalhos que correspondem aos resultados finais das pesquisas. Todavia, depois de serena avaliação em reunião de colegiado, o PPGD da Unoesc decidiu publicar, na forma de livro de “Ensaio” todos os trabalhos aprovados em disciplinas, mesmo que representem o estágio inicial das pesquisas. E por dois motivos principais: o primeiro é a preocupação com a transparência e o dever de prestação de contas. Assim como estão, são mesmo ensaios. E iniciais. Mas são o resultado de um progresso, de um passo que pode ser aferido por qualquer instância ou interessado que desejar acompanhar o desenvolvimento de nossos mestrandos. O segundo motivo é a criação de uma cultura de seriedade científica. A publicação, ou a expectativa de que todos os trabalhos aprovados serão publicados tem gerado um positivo efeito em termos de estímulo e zelo da parte dos estudantes. É por isso, também uma forma de premiar, sem

grandes pretensões de progresso real na pesquisa científica a esta altura, mas de premiar os bons resultados que vamos colhendo ao longo das muitas etapas que marcam o processo de formação pós-graduada.

Espero, sinceramente, que este tipo de iniciativa favoreça o florescimento de boas práticas científicas entre todos os presentes e futuros mestrandos da Unoesc.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazon
Chapecó, SC, Out 2016

TRÊS MODELOS DE PROTEÇÃO DO DIREITO HUMANO À SEGURANÇA SOCIAL¹

Upon three models of protection to the human right to social security

Clarice Mendes Dalbosco*

INTRODUÇÃO

Este texto tem por finalidade analisar os mecanismos estruturantes para a proteção do direito humano à segurança social², especialmente no que tange à análise acerca de diferentes modelos de segurança social presentes na contemporaneidade, sem abandonar certos aspectos históricos e evolutivos desses sistemas.

Dentro dessa perspectiva de estudo, o objetivo desse trabalho é avaliar como cada um desses sistemas de segurança protegem direitos fundamentais sociais e, se tais direitos, assim reconhecidos, são os mesmos em cada um dos sistemas.

Na primeira parte analisar-se-ão alguns instrumentos jurídicos internacionais acerca do tema da segurança social, demonstrando a vincu-

* Mestranda em Direitos Fundamentais no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc, Chapecó/SC.

¹ Paper apresentado como requisito parcial de avaliação da disciplina de Direito Fundamental à Seguridade Social: Saúde, Previdência e Assistência Social, ministrada pelo Professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon, mar-jul de 2016, Unoesc, Chapecó-SC.

² No Brasil, direito humano de segurança social aparece com o nome de seguridade social. A utilização imprecisa do termo 'seguridade' acaba gerando confusões entre os leitores sobre o efetivo significado da existência ou não desse direito. Tendo em vista que o direito humano à segurança social é reconhecido pelo artigo 9º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais – PIDESC, e pelo artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, optamos por reforçar a existência desse direito e fazer a discussão a seguir com base nessa concepção orientada, especialmente, pela linguagem dos direitos humanos.

lação que existe entre tais documentos e a estruturação do plano legislativo alinhado à temática no Brasil.

Outrossim, no Brasil, o modelo de Segurança Social balizado pela Constituição Federal de 1988 congrega direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, importantes bens jurídicos que são, também, objeto de proteção em outros sistemas, não guardando, necessariamente, estrita paridade e sintonia.

Na segunda e terceira partes discutir-se-ão alguns dos sistemas de segurança social institucionalizados em certos países e sobre o modelo de segurança social brasileiro.

Os sistemas de segurança social, incluindo sistemas de previdência social, já provaram ser mecanismos eficientes de redução da pobreza e de controle da desigualdade mas, os níveis de cobertura e proteção, demonstram certa limitação na maioria dos países.

O presente estudo revela-se importante ao passo que discutir o tema da segurança social implica no fortalecimento do discurso inclusivo e visa assegurar um patamar mínimo de direitos fundamentais a todos os indivíduos. O relatório desenvolvido pelo Grupo Consultivo que trata dos *Pisos de Proteção Social para uma Globalização Equitativa e Inclusiva*³, da OIT, publicado em Genebra no ano de 2011, apresenta dados preocupantes. O texto aponta que, das cerca de 7 bilhões de pessoas no mundo 5,1 bilhões não têm acesso à proteção social adequada. Em relação à segurança de renda para as pessoas desempregadas, os subsídios (ou seguro) de desemprego geralmente baseiam-se em contribuições, sendo portanto disponíveis apenas para as pessoas que possuem emprego formal. Nesse sentido, em todo o mundo, pouco mais de 15% do total de desempregados recebem alguma es-

³ O Relatório do Grupo Consultivo presidido por Michelle Bachelet, constituído pela OIT com a colaboração da OMS, foi criado em agosto de 2010 pela OIT para fornecer orientações para o desenvolvimento e implementação do conceito de Piso de Proteção Social, bem como para promovê-lo no plano global. O documento pode ser visualizado na íntegra no endereço eletrônico: < http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/pub_relatabachelet.pdf > Acesso em 22 fev 2016.

pécie de subsídio capaz de mantê-lo na situação de risco que o desemprego representa. Níveis elevados de desigualdade de renda fazem com que uma importante parcela da população sujeite-se a uma maior privação e acabe por gozar de menos oportunidades para o desenvolvimento. Os padrões de polarização e segregação que resultam de tal contexto tem impacto profundo e negativo na sociedade e na estabilidade política.

Diante dessas circunstâncias e dos dados acima apresentados, falar sobre pisos de proteção social e aspectos que modelam os sistemas de segurança social ampliam o rol de direitos humanos fundamentais e alargam a discussão sobre dignidade humana. Quanto ao método, o estudo será sobretudo conceitual e de análise crítica e comparativa de alguns diferentes modelos de seguridade social, sob a luz da teoria de Célia Kerstenetzky e Gosta Esping-Andersen.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGURANÇA SOCIAL

Um dos primeiros registros históricos referente a um marco legislativo acerca da temática da segurança social foi a Lei de Amparo aos Pobres (*Poor Relief Act*), na Inglaterra, em 1601, que instituiu a contribuição obrigatória para fins sociais. Mais tarde, no ano de 1883, veio a chamada Lei Bismarck, na Alemanha, que criou o seguro social e tornou obrigatório que trabalhadores que recebessem até certa quantia se filiassem às sociedades seguradoras ou entidades de socorros mútuos. A igreja também teve sua contribuição neste assunto. Visando prevenir contingências futuras, adotou posturas fortemente marcadas pelo ideal de solidariedade. Tal postura fica muito clara na Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII (1891), e na *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI (1931), sem, contudo, que tais documentos previssem uma forma de como o seguro social seria efetivamente instituído (MARTINS, 2015, p. 04).

Em período ulterior, em 1917 e 1919, respectivamente, foi a vez das Constituições do México⁴ e de Weimar⁵ (Alemanha), ficarem marcadas por inaugurarem a fase do constitucionalismo social e alçarem ao ápice do ordenamento jurídico dos seus países direitos trabalhistas, econômicos e previdenciários.

A criação da OIT – Organização Internacional para o Trabalho, fundada em 1919, evidenciou perante a comunidade internacional a necessidade de se criar um programa que tratasse de previdência social. Atualmente, OIT atua diretamente em uma ação legislativa internacional voltada às questões de trabalho, marcada como uma justificação política e especialmente social, no sentido de implementar a justiça social e promover meios de universalizar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. No termo de constituição da OIT está consignado o princípio de que “não pode haver paz social duradoura sem justiça social” (PAMPLONA FILHO; BRANCO, 2014, p. 80).

O Brasil é país membro da OIT e ratificou diversas convenções, dentre elas a Convenção n. 102, uma das mais importantes para o tema, que trata das normas mínimas de segurança social e estabelece patamares internacionais básicos para a organização dos sistemas de segurança social de cada Estado signatário. A Convenção n. 102 foi aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, no ano de 1952 e entrou em vigor no plano internacional em 27 de abril de 1955. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 269, de 19 de setembro de 2008, do Congresso Nacional e ratificada em 15 de junho de 2009.

⁴ O artigo 123 da Constituição do México previa que os empresários eram responsáveis pelos acidentes do trabalho e pelas moléstias profissionais dos trabalhadores, em razão do exercício da profissão ou do trabalho que executassem. E ainda, que os patrões deveriam pagar a indenização correspondente, conforme a consequência decorrente fosse a morte, ou simplesmente a incapacidade temporária ou permanente para o trabalho (MARTINS, 2015, p. 05).

⁵ A Constituição de Weimar criou um sistema de seguros sociais para poder, com concurso dos interessados, atender a conservação da saúde e da capacidade para o trabalho, à proteção, à maternidade e à previsão das consequências econômicas da velhice, da enfermidade e das vicissitudes da vida (art. 161). Definiu que ao Estado compete prover a subsistência do cidadão alemão, caso não possa proporcionar-lhe a oportunidade de auto-sustentar-se com um trabalho produtivo (art. 163) (MARTINS, 2015, p. 05).

O texto da Convenção n. 102 é constituído de diversas partes que tratam desde disposições gerais até prestações as quais os Estados signatários se comprometem a instrumentalizar. De acordo com o que dispõe o art. 2º do texto, os membros que a ratificarem devem necessariamente aplicar três, ao menos, das partes II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX e X, compreendendo uma ao menos das partes IV, V, VI, IX e X. Também devem aplicar as disposições correspondentes das partes XI, XII e XIII e XIV, além de especificar na ratificação quais as obrigações das partes II a X que aceitam.

A Convenção n. 102 da OIT guarda estrita relação com a Recomendação n. 202 também da OIT⁶. Embora a convenção e a recomendação apresentem natureza jurídica distinta⁷, ambas fornecem as diretrizes necessárias para a estruturação dos Pisos Nacionais de Proteção Social.

O consenso obtido a partir de discussões de três conferências internacionais do Trabalho dos anos de 2001, 2011 e 2012, resultou na recomendação da n. 202 da OIT. As principais mensagens apresentadas neste texto são as de que (i) a segurança social é um direito humano e de todos, onde quer que vivam, deve ser garantido pelo menos um piso social de proteção base; (ii) A segurança social é uma necessidade social e econômica para o combate à pobreza e à exclusão social e a promoção do desenvolvimento, da igualdade e da igualdade de oportunidades; (iii) Um piso de proteção social é acessível e economicamente pode ser introduzido, complementado ou mantido em todos os lugares, de acordo com as circunstâncias de cada país; (iv) Um piso de proteção social deve ser composto de, pelo menos, quatro

⁶ A íntegra do texto da Recomendação n. 202 da OIT pode ser consultada pelo site: < http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao_202.pdf > Acesso em 21 fev 2016.

⁷ Conforme Arnaldo Sússekind, citado por Fontoura e Gunther, as convenções da OIT, quando ratificadas pelo Brasil, constituem autênticas fontes formais de direito. No entanto, as recomendações aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho atuam apenas como fontes materiais de direito, porque servem de inspiração e modelo para a atividade legislativa, simples sugestões que visam dirigir os Estados signatários na formulação de um caminho legislativo nacional. Ao contrário das convenções, as recomendações, não estão sujeitas a ratificação pelos Estados-membros (FONTOURA; GUNTHER, 2001, p. 199)

garantias básicas de segurança social para todos residentes e todas as crianças: cuidados essenciais de saúde, segurança de renda básica na infância, idade adulta e velhice. (v) Todas as empresas também devem desenvolver estratégias para elevar o seu nível de segurança social em conformidade com as orientações e as normas de segurança social da OIT, à medida que suas economias amadurecem e o espaço fiscal se amplia.

Como se depreende, o que pretende esse organismo internacional (OIT) é que se construa um novo patamar internacional de direitos da pessoa humana no que se refere à Segurança Social, a construção de um arcabouço legal que permita a visão social do bem-estar individual e garanta a fruição dos direitos humanos. O texto da Recomendação n. 202 explicita que os pisos de proteção social “constituem um conjunto de garantias mínimas para todos os cidadãos, com o objetivo de reduzir os níveis de pobreza e exclusão social”, pois reconhece que o progresso dos direitos sociais torna o indivíduo capacitado para gozar de uma vida digna e apto a interagir com o meio impulsionando o desenvolvimento social (TEIXEIRA, 2014, p. 365).

Há outros instrumentos internacionais que trazem à baila a temática da segurança social, cujo conceito ganhou diferentes e amplos contornos com a evolução da sociedade e o reconhecimento de direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, emprega a expressão bem-estar no seguinte contexto de segurança

Artigo 25. 1 Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2 A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

O PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸ dedica especial atenção à previdência e segurança social⁹.

Artigo 9º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

Artigo 10. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.
2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

Em razão do encontro da Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável ocorrido em 2015, elaborou-se um acordo que contempla 17 objetivos (chamados de Objetivos para Desenvolvimento Sustentável – ODS) e 169 metas, envolvendo temáticas diversificadas, como erradicação da pobreza, segurança alimentar e agricultura, saúde, educação, igualdade de gênero, redução das desigualdades, energia, água

⁸ O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, com o objetivo de conferir obrigatoriedade aos compromissos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O Congresso Nacional aprovou o texto do PIDESC por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991. A Carta de Adesão ao Pacto Internacional foi depositada em 24/01/1992. O documento foi ratificado pela Presidência da República do Brasil através do Decreto 591, de 06/07/1992. (Fonte: <http://www.planalto.gov.br>).

⁹ A tradução oficial feita para o integrar o texto legal no âmbito do sistema jurídico brasileiro padece de qualidade técnica. A expressão seguridade, importada do espanhol ‘seguridad’, é uma palavra opaca. Os serviços de saúde, assistência social e seguro social (ou previdência) integram o que a legislação brasileira chamou de seguridade social. Neste sentido, na tradução oficial do artigo 9º do PIDESC há nítida confusão entre as expressões seguro social e previdência, que no contexto da boa doutrina internacional, querem dizer a mesma coisa.

e saneamento, padrões sustentáveis de produção e de consumo, mudanças climáticas, cidades sustentáveis, proteção e uso sustentável dos oceanos e dos ecossistemas terrestres, crescimento econômico inclusivo, infraestrutura e industrialização, governança e, meios de implementação. Merece destaque, na temática aqui discutida, o objetivo 3, que se refere a necessidade de assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.

Os tratados internacionais de direitos humanos ostentam um caráter singular, diferenciando-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto os tratados comuns atentam para o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, os tratados de direitos humanos superam os triviais compromissos bilaterais entre os Estados pactuantes. “Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados” (PIOVESAN, 2013, p. 123).

Nessa perspectiva, o Brasil e muitos outros países encontram-se comprometidos e envolvidos com a ordem internacional, razão pela qual adotam políticas públicas voltadas à segurança social, e promovem ajustes no ordenamento jurídico interno de tal sorte a contemplar esse prisma de proteção.

Diante do panorama apresentado, é possível afirmar que os direitos trabalhistas e previdenciários estão fortemente entrelaçados e confirmados no plano internacional, de forma a envolver cada vez mais os Estados na adoção de medidas de reconhecimento e proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, confirma PIOVESAN (2012, p. 256) que o processo de internacionalização dos “direitos humanos, conjugado com o processo de multiplicação desses direitos, resultou em um complexo sistema internacional de proteção, marcado pela coexistência do sistema geral e do sistema especial de proteção”.

Por fim, antes de adentrar ao próximo ponto, faz-se necessário aclarar certas expressões que são aqui utilizadas, especialmente o termo

“seguridade social”. A autora Célia Kerstenetzky, na obra “*O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão*” (2012), estabelece algumas premissas que esculpem esse tema, cuja interpretação será aqui adotada. A autora trata especificamente do *welfare state*, e enuncia que esse conceito é carregado de indecisão, e que muitos são os nomes que o designam – “sistema de proteção social, seguridade social, políticas sociais, estado-providência, bem-estar social, bem-estar público, administração social, serviços sociais”, dentre outros. Há, como alerta Kerstenetzky (2012, p. 02) definições adjetivas, como a apresentada no *Oxford English Dictionary*, onde *welfare state* significa “um país no qual o bem-estar dos membros da comunidade é garantido por meio de serviços sociais organizados pelo Estado”. Entretanto, não é sob esta conotação simplista que o tema é aqui tratado, que não explicita de que Estado se está falando, quais contingências estão sendo consideradas ou em que sentido se compreende o que é bem-estar. Como alerta a autora, o “estado de bem-estar sucumbe a considerações práticas”. Nesse sentido, a concepção de *welfare state*, ou de segurança social que adotaremos, adequa-se ao período histórico ao qual pertencem, e demarca a ruptura com um estado de coisas anterior.

A despeito de toda a problemática que envolve o vocabulário utilizado para se tratar do tema da seguridade no Brasil, o presente estudo vincula *welfare state* e segurança social.

3 ALGUNS SISTEMAS DE SEGURANÇA SOCIAL NO MUNDO

Não é possível dissociar, a segurança social e a economia do Estado-providência quando se busca compreender as diferenças entre os modelos de *welfare state*. Tampouco é possível abandonar questões relativas ao trabalho, capacidade de gerar renda, as taxas de desemprego, proces-

tos de mercantilização e desmercantilização¹⁰, a composição das famílias, estratificação social, variáveis políticas dentre outros vários aspectos. As ações adotadas por uma política de segurança social num determinado Estado são capazes de influenciar, tanto provocando melhorias como criando algumas dificuldades, todos os setores da Administração Pública, da sociedade, ao passo que também refletem as escolhas realizadas perante a comunidade internacional.

Descrever um sistema de segurança social adotado em determinado Estado, ou Estados, significa fazer uma leitura completa do contexto político desse país, ou conglomerado de países que comungam de sistemas semelhantes. Este texto não tem a pretensão de esgotar este assunto, ou mapear todos os sistemas de segurança social adotados no mundo. Ademais, não é objetivo deste raso estudo apresentar leituras numéricas e estatísticas profundas, mas fazer alguns recortes pontuais que demonstrem como os sistemas se constituíram, quais bens jurídicos receberam prioridade na composição desses regimes e de que forma cada país desenvolveu seu sistema de proteção social. Congregam eles previdência, assistência e saúde como o modelo brasileiro? O custeio é feito em maior parte pelos governos ou pelos trabalhadores? Como está organizada a estrutura de financiamento? São muitas as questões cabíveis ao se promover um estudo comparativo, razão pela qual considerar-se-ão características centrais dos regimes. Uma grande dificuldade ao apresentar diferentes modelos de welfare state, no sentido de sistema de segurança social, é selecionar quais autores referenciais serão utilizados para embasar o estu-

¹⁰ Esping-Andersen (1991), modernizou o estudo das políticas de proteção social sob a ótica das possibilidades de desmercantilização das relações sociais. Na concepção deste autor a inserção de direitos sociais acarreta a diminuição da dinâmica mercadológica. Assim, “a desmercadorização ocorre quando a prestação de um serviço é vista como uma questão de direitos ou quando uma pessoa pode manter-se sem depender do mercado” (p.102). Perseguindo o enunciado de que a força de trabalho foi artificialmente transformada em mercadoria, Esping-Andersen (1991) indica que as medidas sociais são maneiras efetivas de partilha de poder, propiciando a desmercantilização da força de trabalho, e, por sua vez, aumento da autonomia frente às contingências do trabalho.

do. No presente texto, de forma especial, os autores selecionados foram Célia Lessa Kerstenetzky e Gosta Esping-Andersen.

Welfare State é uma expressão, cunhada inicialmente nos Estados Unidos e depois também utilizada na Inglaterra, que designa uma determinada espécie de política pública de proteção social coletiva. Esta política está calcada em duas importantes premissas. A primeira delas refere-se a garantia de renda mínima para sobrevivência das pessoas, e a segunda denota a preocupação na proteção da saúde. Diante dessas concepções básicas, a sociedade organiza-se, por meio do Estado, criando verdadeira engenharia administrativa para garantir que todos terão acesso à saúde e uma renda mínima para sobrevivência, convergindo verdadeira reunião de um pacto social e um pacto político, pressuposto do princípio da autoproteção¹¹. É, na verdade, uma decisão especialmente democrática, que reflete as escolhas que determinadas sociedades fizeram para institucionalizar o direito humano à segurança social.

Em que pese algumas iniciativas extemporâneas isoladas, os regimes de *Welfare State* foram sendo construídos a partir do século XIX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial e a grande crise do petróleo, na década de 70. As teorias políticas de autores como Roosevelt, Beveridge, Keynes e a própria doutrina social da igreja influenciaram fortemente os Estados a adotarem medidas de proteção social ao cidadão, especialmente proporcionando segurança física e econômica (PASSOS, 2013, p. 69-70).

Não obstante ao fato de que cada país desenvolveu um conjunto de medidas de proteção social, considerando certas especificidades e ritmo de implantação pelas nações, Kerstenetzky (2012, p. 97) apresenta algumas formas de catalogação de regimes de bem-estar. Este estudo abordará uma destas classificações, que, segundo a autora, por haver

¹¹ Segundo John Stuart Mill o princípio da autoproteção consiste na única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de outrem. Quer dizer, o único propósito com o qual se legitima o poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem (SILVA, 2009, online).

razões de superposição factual entre as regiões, famílias e regimes teóricos, chamou-os de: (i) regime liberal; (ii) regime conservador-corporativo e (iii) regime social-democrata.

3.1 O REGIME LIBERAL

O regime liberal, ou modelo anglo-saxão, possui como representantes típicos deste modelo os Estados Unidos, Canadá, Austrália, Reino Unido e Nova Zelândia. É um modelo que predomina a assistência aos comprovadamente pobres, cujos benefícios atingem, de maneira especial, uma população de baixa renda que, normalmente, compõe a classe de trabalhadores ou dependentes do Estado. O mercado é o principal pilar de bem-estar, razão pela qual este modelo de regime se apoia fortemente no pleno emprego e na força de trabalho abrangente, incluindo jovens, mulheres e idosos. A pretensão da intervenção pública ocorre no sentido de “apoiar o mercado como pilar de bem-estar, seja por meio de isenções tributárias a empregadores ou a consumidores de planos e serviços privados, seja pela provisão residual de bem-estar apenas aos que não se inserem” (KERSTENETZKY, 2012, p. 105).

É um regime baseado, muito claramente, no mercado, uma vez que o Estado somente complementa a segurança social mínima provisionando a assistência social de forma limitada e temporária. Como o próprio nome do sistema já indica, este é um modelo caracterizado pelo alto grau de liberalismo. Em termos de dinâmica social, este modelo conta com uma grande taxa de participação e desemprego baixo. Como destaca a autora, o sistema também reflete uma baixa taxa de mobilidade social. A mobilidade social é caracterizada por uma espécie de repetição no padrão de comportamento daquele meio social, que consiste basicamente que jovens de famílias pobres vinculem-se a um mercado desregulamentado, “com baixa compensação pecuniária e baixo nível de sindi-

calização”, razão pela qual dificilmente migram para ocupações distintas, mais qualificadas ou valorizadas. Esse comportamento previsível acaba por gerar famílias pobres, cujas crianças terão acesso limitado às oportunidades de desenvolvimento e gerando um ciclo de reprodução de pobreza e exploração. As taxas de fecundidade não são atingidas, entretanto, os serviços de proteção à criança apresentam qualidade muito distinta. Há creches para crianças pobres, cujo serviço de atenção e cuidado é de baixa qualidade, geralmente utilizado por filhos de mães beneficiárias de algum programa assistencial. Ademais, há creches para filhos de famílias ricas, cujo atendimento é mais profissional e qualificado.

O estudo aponta que, entre os três modelos, este é onde ocorrem os menores gastos públicos em serviços de cuidado, excetuando-se desta análise os gastos com saúde. Há baixos níveis de gasto público social bruto, direitos sociais de cidadania e carga tributária. O mercado de trabalho é desregulamentado, fator de dificuldade a estratégia de redistribuição da renda nos países, tendente a manter ou reproduzir a estratificação social já instituída.

Kerstenetzky (2012, p. 108-109) destaca ainda que certas reformas promovidas em países integrantes deste *cluster*, que consistiram basicamente na redução da folha de pagamentos da assistência, trouxe como consequência o aumento da pobreza, seja entre pobres empregados ou entre desempregados a longo prazo. Como destaca a autora, a despeito da “ênfase em políticas e transferências focalizadas nos mais pobres e em impostos progressivos, esse regime foi o que gerou os maiores níveis de pobreza relativa e absoluta e de desigualdade no bloco, seja em termos da renda de mercado, seja da renda disponível”.

Análises desenvolvidas por outros autores¹² que complementam a obra de Kerstenetzky demonstram que “há forte evidência de que quanto menos universais as políticas, menos redistributivo é o regime porque

¹² Gelbach & Pritchett, 1997; Korpi e Palme, 1998; Esping-Andersen, 1990; Esping-Andersen & Mayles, 2008)

menor tende a ser o gasto social”. Os países integrantes deste grupo promoveram, no final do séc. XX e início do século XXI alguns ajustes na política de bem-estar social, efetuando repasses ao setor, ora mais, ora menos universais. Essa oscilação acarretou resultados distintos em termos de desigualdade de renda, ampliando essa diferença em alguns países de forma mais acentuada do que em outros, como ocorreu com Estados europeus continentais, por exemplo.

3.2 O REGIME CONSERVADOR-CORPORATIVO

Os representantes emblemáticos deste regime são todos países europeus continentais: Alemanha, Áustria, França, Bélgica e Holanda, que possuem a comum característica de incluírem o direito à segurança social como um dos principais mecanismos de provisão de bem-estar. O sistema, em si, muito se baseia em formas coletivas de solidariedade ocupacional para o fim de cobrir os riscos sociais. Outra importante característica é a adoção de uma vasta gama de benefícios, obtido, sobretudo, pela benevolente política de aposentadorias e pensões, sustentada pela contribuição obrigatória de trabalhadores regulares e seus empregadores, controlada pelos parceiros sociais. O arranjo político-jurídico é marcado “pela importância diminuta do segmento privado de provisão de bem-estar, da assistência social focalizada e dos serviços sociais públicos, e por um baixo grau de desfamiliarização” (KERSTENETZKY, 2012, p. 113).

Considerando que neste modelo o emprego feminino e de idosos é baixo, se pode dizer que no regime conservador-corporativo se protege o chefe de família, pois é baseado no trabalho, emprego pleno e na duração da contribuição, devendo-se levar em consideração que os benefícios são proporcionais aos ganhos passados e atingem os demais familiares vinculados ao instituidor na condição de dependentes. Este regime está calcado na hipótese de estruturas familiares estáveis, com um homem ocupando

a qualidade de chefe de família, deixando de serem assistidos os que possuem desemprego duradouro, jovens, famílias disfuncionais ou pessoas com maior vulnerabilidade ao desemprego e a insegurança econômica. É patente que a alocação dos benefícios fica adstrita a proporcionalidade das contribuições, razão pela qual, mesmo existindo uma política de cobertura universal ela é segmentada, heterogênea. Em detrimento de tais escolhas pode se observar uma segmentação na força de trabalho, com pontuais diferenças entre os benefícios voltados aos trabalhadores urbanos e servidores públicos e os trabalhadores rurais, autônomos e imigrantes. Outra questão importante é a constatação de que os benefícios recebidos pelas mulheres são menores do que os ganhos plenos recebidos por seus maridos (KERSTENETZKY, 2012, p. 115).

Como explica Esping-Andersen (1991, p. 103), no regime conservador-corporativo, os benefícios dependem quase que totalmente de contribuições e, assim, de trabalho e emprego. “Em outras palavras, não é mera presença de um direito social, mas as regras e pré-condições correspondentes, que dita a extensão em que os programas de bem-estar social oferecem alternativas genuínas à dependência em relação ao mercado”.

Com o jovem fora do mercado formal e regular, especialmente após a crise de 1970 e a respectiva redução de oferta de trabalho e apoio, faz nascer uma segmentação no mercado de trabalho, com alta sujeição ao desemprego e baixa profissionalização dos seus membros.

Diferentemente do Brasil, neste *cluster* o modelo de financiamento da seguridade é realizado, em sua maior parte, pelas contribuições de empregados e empregadores. A gestão desses recursos não é realizada pelo governo, tampouco pelo setor privado, mas a partir de fundos de segurança social coletivos compulsórios.

Com o amadurecimento do sistema, a equalização dos fundos de segurança passou a depender ainda mais da análise e do equilíbrio atuarial. Nesse sentido, ocorreram a perda de alguns benefícios. Entretanto, o

Estado passou a contribuir com o financiamento do sistema, momento em que alguns benefícios não contributivos foram adotados. Estabeleceu-se “um mínimo social para os idosos, incapazes e desempregados de longa duração, e fixado um montante de crédito referente a contribuições pelos períodos fora do emprego devidos a desemprego, formação de famílias e outras contingências” (KERSTENETZKY, 2012, p. 115).

Nesse ponto cabe a lição de Esping-Andersen (1991, p. 101) que enfatiza a necessidade de ampliação na compreensão do que é, de fato, um *welfare state*, cujo entendimento extrapola a discussão sobre direitos e garantias, mas passa a considerar a maneira com que as “atividades estatais se entrelaçam com o papel do mercado e da família em termos de provisão social”.

No regime conservador corporativo há uma significativa diferença em termos de repasses financeiros, pois as aposentadorias e pensões recebem, em média, três vezes mais do que as transferências feitas em relação às outras espécies de benefícios. Tal política é fortemente contrastada com o modelo que veremos a seguir, o social-democrata, que equilibra as transferências efetuadas em razão de aposentadoria e pensões e demais benefícios instituídos no sistema de segurança social dos países que o adotam.

Dentre as análises finalísticas desta espécie de regime de *welfare state*, realizada por Esping-Andersen, o autor chama a atenção para a tradicional composição familiar do *cluster*, pois entende que a ideia de emprego formal exclusivo do chefe de família, personagem masculino, amplia o risco de pobreza infantil. Sustenta sua opinião no fato de que o Estado acaba por não disponibilizar creches em tempo integral e de acesso universal, deixa de investir em serviços sociais, impossibilitando que as mulheres ocupem o mercado de trabalho. Essa escolha feita pelos países inseridos no modelo conservador-corporativo caminha na direção contrária daquela apontada

por estudos empíricos, que demonstram que o emprego feminino é a melhor forma de proteção ao risco de pobreza na infância.

Sob essa ótica vale citar o caso da Holanda, que embora pertença a esse regime, adotou como medida de reação à crise do desemprego em 1990, emprego em tempo parcial. Além de reduzir a taxa de desemprego de forma geral, a medida fez com que aumentasse a participação das mulheres no mercado contribuindo para a redução significativa das desigualdades.

3.3 O REGIME SOCIAL-DEMOCRATA

O terceiro regime aqui apresentado tem como representantes países como a Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia, por isso é também chamado de ‘Modelo Nórdico ou Escandinavo’. Como explica Passos (2013, p. 71) este modelo de *welfare state* é reconhecido como um estágio avançado de Estado de Bem-Estar Social, que se caracteriza por promover a combinação entre universalidade de proteção, impostos gerais, prestações básicas de qualidade e fortes esquemas de seguro social.

O regime social-democrata se caracteriza por um alto grau de desmercadorização¹³, com direitos sociais universais abrangentes e abundantes. Em comparação com os demais regimes este é o que possui a maior cobertura. Em franco contraponto com o modelo anterior, o que se observa neste *cluster* é um alto grau de desfamiliarização¹⁴, o que se justifica pelo

¹³ Esping-Andersen (1991, p. 102) explica que a desmercadorização ocorre quando a prestação de um serviço é vista como uma questão de direito ou quando uma pessoa pode manter-se sem depender do mercado. O *welfare state* escandinavo tende a ser o mais desmercadorizante, já o modelo liberal tende a ser menos.

¹⁴ Dando continuidade a contribuição dos estudos de Esping-Andersen, o Autor explica que a desfamiliarização pressupõe a redução das dependências familiares em relação a proteção e ao bem-estar. Assim, quanto menor o grau de familiarização maior a capacidade das mulheres efetuarem escolhas individuais quanto ao ingresso no mercado de trabalho ou não. O autor completa o conceito explicando que desfamiliarizar não significa opor-se à família; ao contrário, o termo desfamiliarização pretende descrever em que medida as responsabilidades de atenção, cura e bem-estar das famílias foram reduzidas, e quanto a política pública no núcleo familiar para que este seja o primeiro responsável pelo bem-estar dos seus membros.

elevado número de domicílios com dois trabalhadores. Há significativo índice de emprego de mulheres e idosos. O Estado atua na provisão pública de serviços sociais, transferências universais para as famílias, aposentadorias e pensões básicas iguais, diminuindo, inclusive, o papel da igreja na provisão do bem-estar. O universalismo é premissa de solidariedade social e plataforma de políticas públicas (KERSTENETZKY, 2012, p. 119).

As características gerais que definem este modelo de bem-estar social dependem de um conjunto de intervenções e medidas, das quais Kerstenetzky (2012, p. 119 – 122) destaca algumas delas e que serão brevemente comentadas de ora em diante. Em primeiro lugar este modelo cobre um vasto rol de riscos sociais, que visam garantir o máximo de bem-estar e igualdade, afastando o paradigma de que a proteção social é necessária apenas aos pobres. A classe média se dispõe a pagar altos impostos porque também se beneficiam da segurança promovida pelo sistema. Um segundo ponto refere-se às políticas de conciliação da vida familiar com o trabalho, o que intensificou o processo de desfamiliarização e oportunizou que mulheres integrassem o mercado de trabalho de maneira formal. Foram instituídas licenças parentais remuneradas, benefícios para as crianças, provisão pública de serviços sociais de cuidado (creches e serviços de cuidado para idosos), imposto de renda individualizado, dentre outras medidas. Este conjunto de ações amplia sobremaneira a segurança econômica das famílias, a igualdade de gênero, e propicia o planejamento familiar no que concerne a taxa de fecundidade.

Kerstenetzky destaca que no *cluster* social-democrata cerca de 10% do PIB é investido em serviços sociais, especialmente os que se destinam ao cuidado com crianças e idosos. No longo prazo verificou-se que creches e educação infantil públicas são essenciais para os bons resultados educacionais. Diminuiu a diferença entre o nível educacional nas classes sociais e este efeito repercute de forma positiva no desenvolvimento social gerando o aumento no número de empregos, especialmente o emprego

feminino, e a redução das desigualdades econômicas. O retorno econômico, em termos da receita pública decorre do emprego feminino permitido por essas políticas, é estimado em 43% sobre o gasto inicial em 10 anos. Outro aspecto característico do regime social-democrata é a interação entre as políticas sociais clássicas – as de transferências e serviços, como as políticas de mercado de trabalho. Trata-se, em suma, da associação dessas duas formas de política com vistas a apoiar a mobilidade ocupacional, quer dizer, a facilidade de migração de um emprego temporário ou não emprego para um programa de treinamento ou reciclagem, e finalmente para um emprego. O que essas medidas procuram atacar é a redução nos riscos sociais do desemprego permanente, da emboscada dos empregos precários e da baixa qualificação profissional que usualmente atingem os mais jovens (KERSTENETZKY, 2012, p. 123).

Por fim, uma última característica marcante deste regime se refere a redistribuição fortemente marcada no gasto social. Enquanto que no modelo conservador-corporativo o peso das aposentadorias e pensões é mais elevado que o das transferências, neste *cluster* acontece justamente o contrário. Aqui o gasto social com serviços/transferências é o mais alta de todos os modelos, o que demonstra a prioridade das políticas públicas de segurança que buscam alterar a estrutura de oportunidades na direção de maior igualdade social.

Em que pese a existência de características muito particulares em cada um dos modelos de *welfare state* aqui apresentados, Kerstenetzky (2012, p. 131) destaca que vários trabalhos discutem uma possível convergência entre os regimes. Ao que parece, “tendências comuns ao aumento da provisão privada estariam sendo absorvidas dentro dos parâmetros dos regimes existentes e ocorrendo junto com a expansão do segmento público em setores subdesenvolvidos ou novos”. Completa dizendo que o regime social-democrata é o que possui o melhor resultado, talvez em decorrência da ampla política de emprego e a inserção de personagens

nessa dinâmica, como mulheres, idosos e jovens, que não contam com atenção especial nos outros regimes. Ademais, o cluster social-democrata desperta grande interesse decorrente da conciliação alcançada entre a prosperidade econômica e equidade, resultado das escolhas políticas que os países do bloco realizaram e conseguiram implementar.

4 ASPECTOS DO SISTEMA DE SEGURANÇA SOCIAL BRASILEIRO

A despeito de posições contrárias, o entendimento fixado aqui neste texto é de que os direitos de segurança social são direitos sociais subjetivos, exigíveis judicialmente e possuem autêntica condição de direitos fundamentais. Desde a Constituição de 1988 os direitos fundamentais sociais assumiram posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, e o sistema de segurança social constituiu-se como forma de superação das deficiências da previdência social (como espécie de seguro social) e um meio de “garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população” (SILVA, 2005, p. 308).

A concepção de segurança social¹⁵ adotada pela Constituição de 1988, nos termos do art. 194, refere-se a um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar aos indivíduos os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social. Entretanto, cada uma das áreas abrangidas pela seguridade possui princípios próprios e papéis singulares dentro do sistema. A saúde pauta-se na necessidade, a previdência considera a condição de trabalho e a assistência volta-se à incapacidade (FLEURY, 2005, p. 454).

O artigo 196 da Carta de 1988 preconiza que a saúde é direito de todos e dever do Estado garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Já o artigo 201, que

¹⁵ Como explicitado alhures, a Constituição Federal de 1988 e, de forma geral, o ordenamento jurídico brasileiro, chama de seguridade social o que estes autores compreendem como segurança social.

baliza os fundamentos da previdência social, impõe a participação do indivíduo mediante contribuição ao regime geral que instituiu os benefícios. Outrossim, o art. 203 apresenta como princípio básico da assistência social a gratuidade da prestação e se destina a proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice, assim como os deficientes e também os que necessitam de reintegração ao mercado de trabalho.

Nas palavras de Strapazzon e Savaris (2013, p. 497), o sistema de seguridade social brasileiro pode ser concebido a partir de três diferentes etapas, sendo um anterior à Carta de 1988, outro decorrente das discussões entabuladas por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte e, uma terceira etapa, ainda em fase de construção, que procura dar concretude aos tratados de direitos humanos que integram o ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase dos direitos de segurança social, uma vez que se extrai do texto constitucional que tais direitos possuem conexão material com os direitos humanos, já que guardam estreita relação com documentos internacionais, e com os direitos fundamentais, conforme se observa no Título II, art. 6º e art. 194 da Constituição do Brasil (STRAPAZZON; SAVARIS, 2013, p. 505), e indicam que a assistência social deve ser reconhecida como um dever do Estado no campo da Segurança Social. Ademais, a configuração dada à previdência social, com características de seguro social, e a universalidade da saúde demonstram a ruptura com o modelo de seguridade anterior a Carta de 1988.

Como destacado por Fleury (2005, p. 453) o modelo de seguridade proposto pela Constituição de 1988 busca gerar mecanismos mais solidários e redistributivos, calcados nos princípios da justiça social, e afirma que o recente padrão constitucional da política social denota-se pela “universalidade da cobertura, o reconhecimento dos direitos sociais, a afirmação do dever do Estado, a subordinação das práticas privadas à regulação em função da relevância pública das ações e serviços nestas áreas”, uma visão

publicista de gestão interativa governo/sociedade, sob um arranjo organizacional descentralizado.

Entretanto, o modelo de segurança social como proposto atualmente pela Constituição Federal, implica a reunião, nem sempre pacífica, de múltiplas institucionalidades e dispositivos que não possuem práticas integradas, tampouco possuem princípios similares (SPOSATI, 2010, p. 173). Se pode observar que os princípios orientadores do direito humano de segurança social, sob essa designação generalizada que contempla elementos da saúde, da assistência e da previdência, promovem uma auto-contaminação das áreas. Entretanto, subordinam-se a dois princípios básicos: a descentralização político-administrativa e a participação da sociedade. Destaca-se que a articulação entre as políticas nos três níveis de governo demonstra a originalidade do sistema de segurança social brasileiro, salvo o caso da previdência, cujo modelo descentralizado não se aplica inteiramente.

Em termos práticos organizacionais, o único responsável pela gestão da saúde no Brasil é o Ministério da Saúde, que absorveu a rede de atenção à saúde da Previdência, antigo Inamps, e criou o SUS – Sistema Único de Saúde. O Ministério da Previdência é responsável pelas áreas da previdência e da assistência. Administra a concessão de todos os benefícios de natureza previdenciária, através do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, e também do benefício de assistência social (destinado a idosos e deficientes incapazes de trabalhar).

As demais ações de natureza assistencial são geridas pelo SUAS - Sistema Único de Assistência Social. Criado em 2005, o SUAS é um sistema descentralizado e participativo, que tem por função a gestão do conteúdo específico da Assistência Social no campo da proteção social brasileira. O SUAS visa consolidar o modo de gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica entre os três entes federativos. O objetivo é que estes entes, de modo articulado e complementar, operem a proteção social não contributiva de segurança social no campo da assistência social.

O custeio do sistema de proteção do direito humano de segurança social é de responsabilidade de toda a sociedade, e tem previsão constitucional no art. 195 que expressamente prevê que: “a seguridade social será financiada por toda 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”. Restou clara a intenção do legislador constituinte que a sistemática de financiamento procurou estabelecer mecanismos de solidariedade e de estabilização do sistema, afastando a histórica e prejudicial relação entre obrigatoriedade de contribuição e garantia de benefício (FLEURY, 2005, p. 456).

Entretanto, para Strapazzon e Cavalheiro (2013, p. 254) a lógica da proteção da dignidade no modelo brasileiro, derivado do sistema internacional de direitos humanos, parecem não estar em consonância, já que para o direito constitucional brasileiro, sob uma interpretação liberal, prioriza-se o princípio da contribuição em detrimento da efetiva proteção.

Sem prejuízo das perspectivas apresentadas no texto no que se referem ao desenho do sistema de garantia do direito humano de segurança social no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, importa citar as observações feitas por JULIOS-CAMPUZANO (2009, p. 62) no que se refere a dimensão garantista da Constituição em tempos de globalização, ao afirmar, citando Ferrajoli, que “a eficácia das normas constitucionais está associada à existência de garantias que assegurem sua materialização social”. Por essa razão, o direito hodierno é desafiado pela falta de um sistema amplo de garantias, cuja ausência compromete a eficácia das normas ao se deparar com dificuldades de ordem técnica ou econômica, que não raras vezes, se chocam com a força normativa dos preceitos jurídicos.

Se pode dizer, portanto, que o princípio da universalidade, tal como apresentado no texto constitucional, ainda carece de inúmeras condicionalidades e da convergência da verdadeira política de inclusão na agenda pública.

A verdadeira segurança social somente se concretiza pela existência de um pacto social que ultrapassa interesses setoriais e classistas (FL-EURY, 2005, p. 459), que permita o desenho de um padrão civilizatório inovador edificado por políticas e instituições de seguridade democraticamente constituídos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto procurou demonstrar que as temáticas relacionadas ao direito humano fundamental de segurança social teve seus contornos modificados com a passagem do tempo. Os primeiros marcos legais apontam para um direito restrito, segregante, distante do discurso da universalidade que hoje se propaga.

Estudos realizados pelo Banco Mundial e presentes no Relatório do Grupo Consultivo da OIT apontam para os reflexos de uma desigualdade social elevada, de forma especial a instabilidade política, que aumenta os riscos de investimento num país e compromete, de forma significativa, o seu potencial econômico. Assim, quanto maior o número de insatisfeitos com a desigualdade e a insegurança social, tão mais distante será o consenso político das classes com maiores e menores rendimentos.

As políticas de segurança social são, muitas vezes, concebidas como excessivamente caras aos Estados instituidores, que acabaram por transferir, como se observa em alguns regimes, o custo e a administração para a iniciativa privada. Entretanto, estudos da OIT apontam que 1,3 bilhão de pessoas pobres no mundo tem pouco ou nenhum acesso aos serviços de saúde, tão somente porque não podem pagar no momento em que necessitam destes serviços.

O discurso atual de proteção aos direitos fundamentais, é incompatível com esse aspecto de sujeição do ser humano às condições de um mercado regular de trabalho, que permite somente aos que gozam de um

pleno emprego o acesso aos bens e serviços sociais, razão pela qual, o modelo de *welfare state* como o social-democrata, por exemplo, busca proteger o ser humano e zelar pela sua dignidade, independentemente de sua vinculação com o mercado formal de trabalho.

Se pode observar que há diferentes tipos de *Estado de Bem-estar*, e que cada um desses modelos adotou políticas muito características de combate à pobreza, a inserção da mulher, do jovem e do idoso no mercado de trabalho, a forma de reduzir os riscos sociais ou mesmo enfrentar as mudanças demográficas experimentadas pelos países.

A classificação dos modelos de segurança ultrapassou a análise dos gastos sociais, procurando fazer uma leitura da dinâmica social considerando fenômenos como a mercantilização, a desfamiliarização, taxas de emprego e fecundidade e o mix de provisão em termos de benefícios instituídos pelos Estados.

Pelas linhas gerais apresentadas no modelo Conservador-corporativo, conforme demonstrado, as pessoas em maior situação de vulnerabilidade, sejam jovens sem qualificação profissional ou colocação definida no mercado de trabalho, famílias que adotam uma estrutura onde o homem não é o chefe ou famílias que contam com membros vulneráveis ao desemprego são excluídos dos benefícios ofertados pelo sistema de segurança social. O Estado não controla ou se vincula aos fundos de seguridade, o que leva a crer que o direito fundamental à segurança social não é universal, tampouco promove a desejada segurança social inerente a este tipo de política pública, pois transfere a gestão dos recursos para um sistema coletivo compulsório eximindo-se da tutela referente ao bem-estar social, não assegurando o nível de eficiência protetiva desejado.

No Brasil o sistema de seguridade é uma mescla de seguro, assistência e serviços de saúde e, embora já demonstre uma significativa evolução em comparação com os modelos pré-Constituição de 1988, a ideia de universalidade ainda não é efetiva. A interação entre o direito in-

ternacional e o direito interno, no entanto, explicita a necessidade de promover a inclusão social, a inclusão econômica e a proteção da dignidade da pessoa humana para todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 jun 2015.

_____. DECRETO No 591, DE 6 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em 04 de agosto de 2015.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. **As três economias políticas do Welfare state**. In: Lua Nova. Rio de Janeiro, n°. 24, 1991.

FLEURY, Sonia. **A Segurança Social e os Dilemas da Inclusão Social**. RAP – Revista de Administração Pública 3, n. 39, p. 449-469, maio/jun. 2005.

FONTOURA, Jorge; GUNTHER, Luiz Eduardo. **A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT**. In: Revista de informação legislativa: v. 38, n. 150 (abr./jun. 2001). Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/689>> Acesso em 21 fev 2016.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (*Die normative Kraft der verfassung*). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. Trad. José Luis bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. **O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão: A Reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

OIT – Brasil: Organização Internacional para o Trabalho. Convenções Ratificadas. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>> Acesso em 20 fev 2016.

_____. Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justiça social para una globalización equitativa. Oficina Internacional del Trabajo, 100ª Reunión. Informe III. Ginebra: ILO, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRANCO, Maurício de Melo Teixeira. Estrutura da Organização Internacional do Trabalho: Aspectos Histórico-Institucionais e Econômicos. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Org.). **Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT**. São Paulo: LTr, 2014. Cap. 4. p. 75-82.

PIOVESAN, Flávia. **Democracia, Direitos Humanos e Globalização**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_iglobal.html> Acesso em 17 de nov de 2015.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos** In: Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 107-185

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

SPOSATI, Aldaíza. Seguridade e Inclusão: bases institucionais e financeiras da assistência social no Brasil. In: LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; FLEURY, Sonia (Org.). **Seguridade Social, Cidadania e Saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2010. Cap. 10. p. 173-188. (Coleção Pensar em Saúde).

STRAPAZZON, Carlos Luiz; SAVARIS, José Antônio. A Terceira Fase da Seguridade Social. In: ALEXY, Robert et al (Org.). **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. Cap. 4. p. 497-542.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **Nova Fase dos Direitos de Seguridade Social: Um Recomeço**. In: Direitos Fundamentais em Estados Compostos/Carlos Luiz Strapazzon, Mercè Barcelò i Serramalera (orgs.); tradução de: Débora Diersmann Pereira. Chapecó: Editora Unoesc, 2013. Págs. 231 – 263.

TEIXEIRA, Érica Fernandes. **Piso Mínimo de Proteção Social Internacional: Análise sobre a Convenção N. 102 e a Recomendação N. 202 da OIT**. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Org.). **Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT**. São Paulo: LTr, 2014. Cap. 34. p. 359-366.

ASPECTOS CONCEITUAIS DA EXPRESSÃO ATIVISMO JUDICIAL E SUA IMPORTÂNCIA NA CONCREÇÃO DO DIREITO À SAÚDE¹

Aspects of the expression judicial activism and its importance for the realization of the right to health

Fábio Biasi Pavão*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de apurar a compreensão dos significados da expressão “ativismo judicial” difundidos no Direito e nas obras acadêmicas sobre o tema. Faz-se necessário, para tanto, analisar a origem do termo e algumas definições práticas e teóricas de autores que as utilizam ou simplesmente tratam sobre seu conceito (ou ausência).

Para tanto, buscou-se trazer a esse artigo a conceituação de autores que utilizam o termo “ativismo judicial”, bem como escrevem de forma mais aprofundada sobre o tema, como também fez-se necessário apresentar a posição mais crítica de autores que contrariam firmemente sua utilização científica.

Tal intento em dirimir dúvidas sobre o significado e o conceito do termo é um empenho necessário para quem objetiva escrever sobre um ou alguns dos significados da expressão “ativismo judicial” e carece de pesquisa científica para aprofundamento de conhecimentos.

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unoesc.

¹ Paper apresentado como requisito parcial de avaliação da disciplina de Direito Fundamental à Seguridade Social: Saúde, Previdência e Assistência Social, ministrada pelo Professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon, mar-jul de 2016, Unoesc, Chapecó-SC.

É um empenho necessário para evitar o uso equivocado do termo em situações específicas, bem como evitar a compreensão equivocada do trabalho de autores que a utilizam.

Nessa seára, abre-se espaço a uma utilização mais prática dessa pesquisa sobre o significado da expressão, para compreender sua utilidade como meio de concreção do direito à saúde.

Pretende-se analisar o direito à saúde em seu aspecto individual e a viabilidade de sua concreção. Para tanto far-se-á uso do posicionamento de John Rawls sobre o tema e de como um atuação menos contida do judiciário pode viabilizar o acesso à saúde.

1 ASPECTOS CONCEITUAIS DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é tratado de formas variadas e com várias acepções há bastante tempo no mundo ocidental. De forma genérica, relaciona-se o ativismo judicial à ideia de mutação normativa e social por meio de solução de casos concretos pelo Poder Judiciário. (Leal, 2010, p. 13)

Barroso aborda o temo falando sobre a judicialização definida como o fenômeno que permite que questões de grande repercussão política ou social sejam decididas por órgãos do Poder Judiciário ao invés das vias tradicionais. Ocorre aí a transferência do poder oriunda do Executivo para o Poder Judiciário, o que gera profunda alteração na interpretação, argumentação e participação social quanto aos temas. (Barroso, 2012, p. 03)

Para o autor, judicialização e ativismo judicial são próximos, mas distintos. São da mesma família, estão presentes nos mesmos lugares, mas têm origens diferentes, como primos. A judicialização é um fato inevitável no contexto brasileiro, que faz com o que o judiciário decida porque é o que lhe cabe fazer. O ativismo por sua vez é definido pelo autor como “atitude, escolhe de um modo específico e proativo de interpretar a Consti-

tuição, expandindo o seu sentido e alcance”. É normalmente identificado no vácuo que pode surgir entre a sociedade e o legislativo por ela eleito.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a magistratura viu-se fortalecida e tornou-se um poder político apto a impor as leis e a Constituição. Segundo o autor, A revitalização da cidadania, que qualificou o incentivo à informação e consciência de direitos aos populares, fez com que aumentassem as demandas aos juízes e tribunais. (2012, p. 03)

Outra causa compreendida pelo referido autor para intensificação da judicialização foi o aumento da abrangência da Constituição Federal, que incorporou o tratamento de matérias que antes eram destinadas para o processo político majoritário e legislação infraconstitucional.

Para Barroso (2012, p. 06), o ativismo judicial relaciona-se a uma ideia de atuação do judiciário “mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Caracteriza-se então por promover a aplicação direta da Constituição em casos que não previam expressamente essa interpretação, bem como também pela declaração de inconstitucionalidade de “atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição. Por fim, caracteriza também o ativismo judicial pela imposição de atuação ou abstenção do Poder Público em matérias de políticas públicas.

Defende Barroso que, por mais que a judicialização de demandas seja prevista no nosso ordenamento e, portanto, instrumento necessário para obtenção e satisfação de direitos, pode haver uma situação de “desarrumação” que culmina na desordem do sistema, quando se vê, por exemplo, secretários de saúde amendrotados por estarem sujeitos à prisões arbitrárias ou ação de improbidade.

Sendo a judicialização uma característica inevitável no Brasil, há que se analisar quando o Poder Judiciário precisa ser ativista e quando ele deve se mover com autocontenção.

Sobre o termo “ativismo judicial”, sabe-se que é utilizado de forma bastante diversificada na academia. Strapazzon, Goldschmidt (2013, p. 584), destaca diversas formas distintas que a referida expressão tem sido utilizada em obras científicas.

Segundo Leal (p. 13, 2010), a expressão “ativismo judicial” ganhou força nos Estados Unidos em 1947, quando foram analisados casos julgados por 9 membros da Suprema Corte norte-americana.

O primeiro uso público da expressão “ativismo judicial” data de 1947, quando Arthur Meier Schelesinger Jr realizou uma análise não-científica da atuação dos juízes da Suprema Corte norte-americana. Seu texto fora publicado na Revista Fortune, publicação não especializada dedica ao público de leitores comuns (STRAPAZZON, GOLDSCHMIDT, p. 580, 2013).

Naquela ocasião, o historiador classificou os juízes da Suprema Corte norte-americana em blocos, fazendo então o uso da expressão para rotular quatro deles: juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge como *Judicial Activists*; Frankfurter, Jackson e Burton como *Self-Restrained*; juízes Reed e Chief Justice Vinson como *those falling in the middle* (LEAL, 2010, p. 13).

Explicou o autor, na mesma publicação, que aquela expressão tem sido utilizada para invalidar arguições constitucionais, recusar a adesão a um precedente, atuação similar ao poder legislativo ou quando não adere uma posição interpretativa majoritariamente aceita (LEAL, 2010, p. 14).

Destaca Strapazzon (2013, p. 580), que na publicação que ora abordamos o termo “juízes ativistas” não recebeu uma depuração mínima necessária para qualificar a expressão como uma categoria conceitual. Considera, além disso, que a expressão foi utilizada de forma analógica ao conceito sociológico de ativismo. A novidade consiste no uso dessa analo-

gia a um novo ator social, quais seriam os juízes da Suprema Corte (STRAPAZZON, 2013, p. 581).

O uso do texto de Schelesinger deixou claras grandes dicotomias presentes no contexto norte-americano da época, quais eram: poder judiciário e governos democráticos; aplicação estrita dos precedentes e seu uso criativo; decisões orientadas pelas consequências e decisões orientadas por princípios; democracia e direitos fundamentais; direito e política. (STRAPAZZON, 2013, p. 581).

Seguindo o escopo da análise do termo sob o ponto de vista do direito norte-americano, cumpre relacionar algumas formas de conceituação que Strapazzon, Goldschmidt (2013, p. 585) colacionam.

Para os autores, e de forma bastante sucinta, o termo ativismo tem sido utilizado na doutrina norte-americana de forma relacionada a decisões judiciais que anulam escolhas legislativas ou administrativas, quando juízes anulam decisões discricionárias dos demais poderes; a decisões judiciais que não observam os precedentes jurisprudenciais; em decisões que tem efeito de norma geral, ou seja, decisões que geram efeitos *erga omnes*; a decisões que não seguem os cânones da interpretação jurídica; que aplicam a lei, mas visando objetivos distintos para os quais ela fora criada; e por fim, decisões que revelam a arbitrariedade judicial, tentativa do judiciário de impor sua interpretação a despeito da história constitucional construída no Estado, conceituação essa constante na obra de Ronald Dworkin.

O ativismo judicial, ou aquilo que é assim rotulado por ser a expressão de uma postura mais ativa do judiciário na promoção de direitos que se vêem ignorados pelos demais poderes, tem importância fundamental na realização do direito à saúde, seja de forma coletiva ou individual. Na sequência, quis abordar a visão da saúde como direito individual e a necessidade de atuação para sua concreção.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO UM DIREITO INDIVIDUAL

A previsão do direito à saúde no art. 6º da Constituição Federal caracteriza-o como um direito destinado a toda a coletividade, vez que alocado no rol de direitos sociais.

Essa visão é corroborada pelo art. 196 da Constituição, vez que enfatiza as políticas sociais e econômicas que visam a prevenção de riscos de doenças, promoção, proteção e recuperação da saúde.

Entretanto, compreender o direito à saúde dessa maneira é insuficiente, pois é um assunto que envolve cada indivíduo pertencente à sociedade.

Ignorar esse fato seria compreender a questão da saúde como um dado estatístico, deixando de lado toda a manifestação de problema que ocorre de forma individualizada, como se os problemas relacionados à saúde fossem comuns a todos e não se dessem de maneira profundamente particular.

Nesse contexto, ensina Sarlet (2011, p. 141):

O que satisfaz o mínimo existencial guarda relação com necessidades físicas e psíquicas que, embora comuns às pessoas em geral, não podem levar a uma padronização excludente, pois o que o direito à saúde assegura – mesmo no campo dos assim designados direitos derivados a prestações, não é necessariamente o direito ao tratamento limitado a determinado medicamento ou procedimento previamente eleito por essa mesma política, mas sim, o direito ao tratamento para a doença.

Por essa razão, o direito à saúde deve ser compreendido, além de um direito social, também como direito individual, pois cabe ao particular cobrar do Estado satisfação para cuidados quanto à sua saúde.

Natural portanto que, quando não satisfeito o atendimento de promoção à saúde por parte do Estado a um indivíduo, esse possa buscar satisfação com a judicialização da demanda negada pela via administrativa.

Mendes (2011, p. 709), explica que tem sido crescente a tendência dos tribunais na satisfação do atendimento à saúde pela via judicial, não excluindo disso o Supremo Tribunal Federal.

Scaff (2010, p. 29), reconhece que, quando urgente, é correto que o judiciário intervenha para salvar vidas ou resolver situações emergenciais, mesmo não sendo seu papel substituir o legislativo. Resta clara portanto a necessidade de se discutir a discricionariedade administrativa quando resta por ela afetada a individualidade do cidadão. Tendo sido prejudicada a saúde de um indivíduo, não há razão para que não seja discutida, judicialmente e de forma individual a situação daquele que possa vir a ser profundamente lesado pela decisão tomada.

Entendo o direito à saúde como também um direito individual, importante a análise do mesmo sob o prisma da Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls.

Segundo Streck, a atuação do Judiciário restrita ao zelo por procedimentos democráticos é pouco para a construção de um Estado Social no Brasil (2006, p. 25).

Subordinar o papel do estado impede que os direitos humanos tomem uma concepção que veja a pessoa humana através de sua individualidade.

Na obra Teoria da Justiça como Equidade, Rawls critica a tese utilitarista por ignorar a característica de cada indivíduo pertencente à sociedade ter inviolabilidade própria fundada na justiça. A tese utilitarista ignoraria então as diferenças existentes entre as pessoas. (Rawls, 2002, p. 24)

A compreensão do direito à saúde como direito que se destina a coletividade como um todo, ignorando as necessidades particulares e individuais, é a forma de visão que se coaduna à tese utilitarista, vez que,

nesse caso, “suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido da soma das participações individuais de todos os seus membros”. (RAWLS, 2002, p. 25)

Em sua obra, Rawls afirma que o “utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas.” (2002, p. 24).

Ao expor sua visão sobre a *posição original*, Rawls busca criar um processo equitativo, no qual os princípios aceitos possam ser justos. Fala então de um véu de ignorância, que cobririam as partes envolvidas na sociedade. As várias alternativas de regramentos não são mais visualizadas pelos interessados, que não conhecem mais quem serão os beneficiados, nem suas necessidades particulares (2002, p. 147).

Rawls então explica que cada pessoa “deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.”

Não obstante, as desigualdades sociais e econômicas deve ser ordenadas de forma que “tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo as restrições do princípio da poupança justa” e “sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condição de igualdade equitativa de oportunidades.” (2002, p. 133).

Rawls então expõe o que chama de *regras de prioridade*, estabelecendo então a prioridade da liberdade, razão pela qual os princípios da justiça precisam ser classificados de forma lexical e as liberdades básicas só podem ser restritas também por respeito à liberdade (2002, p. 334).

Explica então que é viável reduzir a liberdade quando se busca fortalecer o sistema total de liberdades partilhadas por todos. Os que têm menos liberdade devem aceitar uma liberdade desigual (2002, p. 334).

Para Fleischacker (2006, p. 12), buscando explicar a ideia de justiça distributiva trabalhada por Rawls, todos os indivíduos são possuidores de um bem que merece respeito, bem como merecem possuir certos direitos e proteções que busquem aquele bem. Alguns bens materiais fazem par-

te do que cada indivíduo é merecedor. A distribuição desses bens é praticável, possível, e que é de competência do Estado sua realização.

Por meio da visão exposta por Rawls, resta concluir que obstar que o judiciário intervenha na efetivação do direito à saúde dos indivíduos que demandam judicialmente, faz privilegiar as vantagens do Estado por sua prática de previsões orçamentárias.

Segundo Rawls, ninguém pode ter tudo e também ninguém pode padecer da falta de tudo, vez que um mínimo precisa ser garantido a todos.

Logo, um mínimo de saúde não deve ser o mínimo que possibilite uma vida precária, mas sim “saúde plena, no limite do que for possível, considerando o conhecimento disponível.” (BRITO FILHO, p. 143).

O utilitarismo, sendo aplicado à nossa sociedade no que tange à promoção da saúde, torna o atendimento precarizado a todos, sob a justificativa de impossibilidade de um atendimento adequado a cada um. Restaria então àqueles com maior poder aquisitivo o atendimento médico particular. Aos pobres, padecer pela ausência de tratamento adequado.

O direito à saúde pode ser concebido individualmente, como direito fundamental individual, de acordo com a ideia de justiça distributiva proposta por Rawls.

Entretanto, o entendimento de Gesta Leal, quando defende o estabelecimento de critérios para o atendimento à saúde, ao invés da busca por um atendimento universal e indiscriminado, faz sentido diante da teoria de Rawls se consideramos a escassez de recurso como absoluta.

Não existindo recursos para o atendimento de todos, coerente sob o prisma da teoria de Rawls que o direito de alguns seja limitado parcialmente para que se proporcione direito à saúde a sociedade como um todo.

3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Barroso, ao considerar que a judicialização é um fenômeno indiscutível nas questões que envolvem a saúde, vez que direito constitucionalmente estabelecido ao cidadão de recorrer ao judiciário quando negada sua pretensão administrativamente, reconhece alguns problemas que podem ser atenuados.

Para o autor, ao aceitarmos a necessidade de judicialização de demandas, vemos um grande problema na jurisprudência quando pacífica no sentido de que o polo passivo nas ações que demandam saúde pode ser qualquer um dos três entes federativos: (União, estado ou município).

Entende o autor que, visualizando a natureza da demanda, compreendendo, por exemplo, o tipo do medicamento que é necessário, se relacionado a atendimento básico, estratégico ou excepcional, é mais racional e eficiente que se saiba qual ente deve ser especificamente demandado.

Não obstante, sugere o autor que demandas que envolvam medicamentos ou tratamentos de saúde que não sejam atendidos por políticas públicas devem não apenas resultar no deferimento da demanda judicial em favor do postulante, mas também no ensejamento da obrigação de ser deflagrado um diálogo institucional que possa compelir a autoridade pública a desenvolver alguma política relativa àquela demanda.

Quer portanto o autor que a judicialização não somente resulte no deferimento do pleito, mas que o judiciário transborde sua atuação de forma possivelmente denominável de ativista, dentre os significados que são ligados a expressão.

Para Barroso, a transformação de uma ação individual em coletiva faz com que sejam atendidas aquelas pessoas que não dispõem de facilidade de acesso ao judiciário, que são sempre esquecidas no caso da ação individual. Fazer transbordar o caso individual para toda a sociedade que

padece do mesmo problema que gerou a demanda individual resolve o problema com maior amplitude.

A sugestão do autor seria a de que, quando o juiz recebesse a demanda de prestação individual, oficiasse o Ministério Público para que então transformasse numa ação coletiva, intimando as partes que ele reputar interessadas. Aí então seria aberta a possibilidade de debate e de criação de política pública suficiente para atendimento das necessidades similares a do postulante inicial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se durante esse trabalho uma presença indiscutível e inafastável da judicialização, vez que fortalecida com o advento da Constituição Federal de 1988, promovendo direitos e garantias fundamentais.

É intrínseco ao contexto brasileiro a judicialização de demandas pelo postulante que não tem seu pleito atendido administrativamente, o que traz consigo aspectos positivos e negativos.

Uma das consequências é a possibilidade de interferência do judiciário num campo em que naturalmente seria tratado pelo executivo e pelo legislativo, como no caso das políticas públicas de saúde e do direito do cidadão à saúde.

Surgem nesse contexto a necessidade da compreensão dos fenômenos judiciários de atuação além daquela que não se faz dúvida sobre sua contenção. A atuação do judiciário passa então a ser chamada de ativista, fortalecendo e dando significados múltiplos à expressão ativismo judicial.

Independentemente da fraqueza gerada pelos conceitos múltiplos que se estabelecem e das formas diversas com que é utilizada a expressão, vê-se um movimento claro do judiciário para preencher lacunas de atendimento do executivo e do legislativo ao cidadão naquilo que lhes caberia.

Vislumbram-se portanto possibilidades para que, diante da ineficiência daqueles que originariamente deveria promover o direito à saúde conforme estabelecido pela Constituição Federal, o judiciário possa ser promotor da concreção do direito à saúde, abrindo mão da contenção e agindo ativamente para o bem estar social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. alemã. Ed. Malheiros. São Paulo, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2012. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 29.08.2016

---. O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário. In: Audiência Pública – Saúde. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barr oso.pdf.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário**. A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, v. 5, p. 143.

CARVALHO, K.G. **Direito Constitucional Didático**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 76

LEAL, Aurelino. História constitucional do Brasil. Ed.fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

LEAL, Rogerio Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: Aspectos introdutórios.** Porto Alegre, 2010. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/pdf/impactos_economicos_sociais.pdf
Acesso em 26.07.2016

LEMONS, Fábica de Castro. **Saúde como direito fundamental à vida: uma análise do direito à saúde e sua concepção atual na sociedade brasileira/** Fábica de Castro Lemos – Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/8726> Acesso em: 26.07.2016

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Urá Lobato. **A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls.** Revista Brasileira de Políticas Públicas. UniCeub. Volume 5. Número Especial – 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. **A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização.** In: Scaff, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOARES, Nina Rosa Ferreira; MOTTA, Mnoel Francisco Vasconcelos. **As políticas de saúde, os movimentos sociais e a construção do Sistema Único de Saúde.** Disponível em: http://www.ufmt.br/revista/arquivo/rev10/as_politicas_de_s.html Acesso em: 30.07.2016

STRAPAZZON, Luiz Carlos; Goldschmidt, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político: Problema de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais.** Disponível em: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2359/2102> Acesso em: 30.06.2016

A GRATUIDADE DO ACESSO À SAÚDE E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SUA EFETIVAÇÃO¹

Free access to healthcare and the judicialization of policies as a mean to guarantee its implementation

Juliana de Oliveira*

INTRODUÇÃO

O direito a saúde teve grandes avanços na sociedade brasileira após a constituição de 1988, que salienta a sua importância no exercício da vida digna. Novas descobertas tem possibilitado cada vez mais a melhoria da qualidade de vida de pacientes com graves doenças, mas, a oferta de tratamentos aos pacientes sem possibilidade de obtê-los por conta própria acaba causando um grande aumento nos custos de saúde da população.

Tal problemática vem criando uma discussão sobre a responsabilidade e a limitação dos direitos fundamentais referentes à vida e a saúde por parte do Estado, tendo em vista a verba orçamentária destinada à saúde e as intervenções do poder judiciário.

Reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de caráter social, tal direito exige do Estado prestações para sua efetividade. Ademais, quando aliado ao caráter fundamental social emana diversas consequências em relação às políticas públicas, separação de poderes e o caráter subjetivo das prestações. Assim, a presente pesqui-

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais, Universidade do Oeste de Santa Catarina | Unoesc

¹ Paper apresentado como requisito parcial de avaliação da disciplina de Direito Fundamental à Seguridade Social: Saúde, Previdência e Assistência Social, ministrada pelo Professor Dr. Carlos Luiz Strapazon, mar-jul de 2016, Unoesc, Chapecó-SC.

sa busca discutir acerca da gratuidade do acesso à saúde, políticas públicas para sua efetivação em contraponto com a intervenção judiciária.

Neste dilema, procurar-se-á, neste artigo, a partir do método hipotético-dedutivo, verificar se estamos diante de um Estado de Coisas Inconstitucional na seara da efetivação do Direito Social à Saúde.

1 SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Inicialmente, importante considerar que todo ser humano nasce com direitos e garantias, não devendo estes ser considerados como concessão do Estado, tendo em vista que, “alguns estes direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros são criados através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas.” (SILVA, 2006). Ainda, é válido ressaltar que as pessoas como um todo devem exigir que a sociedade respeite e garanta sua dignidade e necessidades básicas fundamentais.

Nesse sentido, de acordo com Silva (2006) os direitos fundamentais compreendem um conjunto de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade tutelar a dignidade, o respeito à vida, à liberdade e à igualdade para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Partindo dessa prerrogativa, é importante, considerar que os direitos fundamentais, e, principalmente os direitos fundamentais sociais, tem ocupado posição de destaque no contexto constitucional brasileiro.

Para Dallari (2003), a sociedade deve estar organizada de modo que busque condições que permitam a cada homem e grupo social ter o que precisa para seus fins particulares. A organização da sociedade deve ter uma finalidade, que é visar o bem de todos, bem como sendo esse um conjunto de condições da vida social que melhorem o desenvolvimento da personalidade humana, obtido de forma harmônica e garantindo a liberdade de todos.

Os direitos sociais surgiram na crise do Estado liberal, na busca por uma maior igualdade social, dando aos indivíduos prestações sociais necessárias para viver com dignidade. Distingue-se o direito social do direito de defesa, ao ponto que estes representam uma omissão do Estado, uma prestação negativa, enquanto aqueles exigem uma prestação positiva por parte do Estado, assegurando aos indivíduos um mínimo existencial, e pressupõem uma realização de igualdade (ASSIS, 2012).

Passaram a se desenvolver a partir do século XX, quando se percebeu que os direitos individuais não eram suficientes, pois sem as condições mínimas como educação, alimentação e saúde, os direitos individuais não podiam ser exercidos. Assim, observa-se que as dimensões de direitos completam-se, contribuindo todos para a realização da dignidade humana (BARCELLOS, 2011).

Parece aceita a ideia de que para ser denominado direito humano, esse precisa preencher algumas condições como a universalidade, a justiça e exigibilidade, ou seja, ser garantido a todos os grupos, ter pleno acesso à justiça, e clareza de quem tem a obrigação de realizá-lo. Existe dificuldade no entendimento de que os direitos sociais, econômicos e culturais estejam qualificados nessa categoria. Há quem pense que seria possível exigir do Estado apenas que não maltratem ou dizime os cidadãos, mas não seria apropriado requerer garantia de um padrão de vida para todos, sendo que tais direitos requereriam um aumento consequente nos impostos, sendo um atrevimento requerer a satisfação dos direitos humanos quando não há possibilidades de realizá-los e concretizá-los (BONVENUTO 2010).

Os direitos sociais são previstos na Constituição Brasileira de uma forma ampla e abstrata, sendo necessária a atuação do poder público para estabelecer meios adequados de implementação. Observado isso, não há como negar o vínculo entre a efetivação dos direitos e os recursos públicos para o financiamento das prestações, necessitando de regulamentação através das políticas públicas como caracteriza a Constituição, elab-

oradas pelo poder legislativo e poder executivo, por meio das quais são estabelecidos objetivos a serem alcançados para a melhoria econômica, social e política, garantindo o acesso às camadas menos favorecidas. Definem assim, metas e meios pelos quais serão aplicados (ASSIS, 2012). Através delas, o governo faz o planejamento da forma mais adequada, para que as áreas sociais que mais precisam sejam atendidas, e assim sejam alcançados os objetivos desejados.

No contexto marcado pela globalização econômica e pela integração regional, há a urgência de incorporar a agenda social na pauta da integração regional de blocos econômicos, bem como na nova arquitetura financeira internacional.

O ordenamento jurídico brasileiro conferiu, após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana o caráter de princípio fundamental e de norma embasadora do sistema constitucional, tendo assim valor máximo, sendo a dignidade humana dotada de eficácia plena em todas as relações (BERNARDI, 2007).

Durante as últimas décadas a sociedade contemporânea tem acompanhado a situação da saúde pública no país, onde a população encontra-se abandonada pelo Estado, à mercê da sorte ou de condições particulares de custear tratamento médico.

Segundo teoria desenvolvida por Campos (2006, p. 37), o termo “saúde pública” é entendida como prática social exercitada por inúmeras instituições do aparelho estatal, desde as universitárias até aquelas diretamente vinculadas ao Poder Executivo e diretamente responsáveis pela criação de condições favoráveis ao desenvolvimento econômico a partir da perspectiva do bloco político e economicamente dominante, e ao mesmo tempo, “*encarregadas de administrar a saúde coletiva dentro de limites que facilitem a legitimação deste bloco frente à sociedade*”.

De acordo com ensinamentos de Schwartz (2001, p. 52), “*a saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pres-*

suposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim a saúde se conecta ao direito à vida”.

Os textos constitucionais, anteriores à Constituição de 1988, não garantiam o direito à saúde na concepção atual, limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica e sanitária (Dallari, 1995).

No ano de 1988, de acordo com L’Abbate (2010), a soma de forças políticas e sociais resultou em uma conjugação favorável para que a saúde e outros direitos sociais adquirissem o estatuto constitucional no país.

Segundo doutrina defendida por Sarlet (2008), no âmbito da evolução jurídica brasileira, um dos principais marcos do direito à saúde a serem lembrados é a inserção da saúde como bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988, na condição de direito e dever fundamental de titularidade universal, isto é, na condição de direito de todos e de cada um e dever do Estado, da sociedade e da própria pessoa para com os outros e consigo mesma.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trabalho do Poder Constituinte originário, outros direitos fundamentais surgiram no país, em uma tentativa de compensar os abusos do período ditatorial e com o objetivo de limitar os Poderes do Estado, que é representado por indivíduos eleitos pela vontade popular.

No que se refere ao direito à saúde, que dentre os direitos assegurados pela Seguridade Social, é o objeto desta pesquisa, o art. 196 da Carta Magna dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Por sua vez, o art. 197 da Carta Constitucional (BRASIL, 1988) prevê que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao poder público editar legislação para regulamentar, fiscalizar e controlar estas ações e serviços relativos à saúde.

O art. 198 da Constituição (BRASIL, 1988) dispõe que as ações e serviços públicos de saúde integram um sistema único, que deverá obedecer as diretrizes da descentralização; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O Poder Público editou, para regulamentar o Direito à Constitucional à Saúde, conforme previsão do art. 197, em 1990 a Lei 8.080/1990 que *“Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”* (BRASIL, 1990), chamada de Lei do SUS – Sistema Único de Saúde, que tem como objetivo regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Há de ser frisado, ainda, que na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde encontra fundamento jurídico em conformidade com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – Organização das Nações Unidas, que desde 1948 constam na agenda internacional.

Indiscutivelmente, com a promulgação da carta constitucional 1988 obteve-se uma grande conquista para os brasileiros, entretanto, a Constituição por si só não assegura a efetividade dos direitos e deveres constituídos (L’ABBATE, 2010).

São necessárias ações do poder público, de todas as esferas federativas, com ênfase à efetivação de tão importante direito, que se dará a partir das chamadas políticas públicas.

2.1 DIREITO À SAÚDE: UM DIREITO SOCIAL

A República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, conforme previsão na Carta Constitucional fundamenta-se em aspectos como: cidadania, dignidade e soberania popular. Assim, a saúde

passa a ser declarada como um direito fundamental de cidadania, cabendo ao Estado a obrigação de provê-la a todos os cidadãos, indistintamente (SILVA; TANAKA, 2012).

Conforme doutrina de Ibanhes (2010), historicamente, a responsabilidade do Estado pela vida de seus cidadãos era resultado do reconhecimento de problemas sociais e de saúde no âmbito da produção e reprodução da força de trabalho, ou seja, o acesso aos serviços de saúde estava restrito aos trabalhadores formais.

Dallari e Fortes (1997) afirmam que o quadro de injustiça social, resultado da postura do Estado, resultou em manifestações de ordem política que influenciaram no olhar e no comportamento diante de direitos sociais.

Desta forma, o Estado de Direito passa do modelo tradicional de Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático de Direito, resultando em um aprofundamento dos direitos humanos e fundamentais, que ganham novos valores, e a atuação do Estado passa a ser reivindicada positivamente (LUIZ; KAYANO, 2010). Segundo Dallari e Fortes (1997), o direito à saúde, antes entendido como obrigação moral, passa a ser transformado em obrigação legal.

Assim, o direito à saúde foi classificado pelo constituinte originário e pelo derivado como sendo um direito social. Segundo Moraes (2008, p. 198), o direito à saúde, classificado como direito social, é norma de ordem pública, inviolável e imperativa, cabendo ao Estado a concretização de tal direito.

Portanto, partindo de uma análise do período pré e pós Constituição Federal de 1988, o Brasil evoluiu significativamente no que se refere ao Direito à Saúde, tendo em vista que antes da Constituição não era dever constitucional do Estado (em todas as esferas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurar os direitos relativos à saúde e hoje deve

fazer parte das políticas públicas do governo, inclusive com orçamento mínimo a ser destinado para políticas públicas relativas à saúde.

A partir da análise do texto constitucional, infere-se que o Direito à Saúde foi classificado pelo constituinte originário como um direito social, que merece especial proteção do Estado, de forma que fosse a todos os brasileiros assegurado um patamar de subsistência digna, garantindo a efetivação das normas programáticas, através de políticas públicas.

2 DIREITO À SAÚDE E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais. “Enquanto os direitos individuais, ditos de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes [...]” (BUCCI, 1997, p. 90).

A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais (BUCCI, 1997).

“As políticas hoje são instrumentos de ação dos governos – o government by policies que desenvolve e aprimora o government by law” (BUCCI, 1997, p. 90 apud COMPARATO, 1989, p. 102) – fenômeno que se explica também pela maior importância da fixação de metas temporais para a ação dos governos republicanos. A função governar seria, portanto, o fundamento imediato das políticas públicas.

As grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza em forma de leis de caráter geral e abstrato, para a execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação

de poderes de Montesquieu. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou programa implica na permanência de uma parcela da atividade “formadora” do direito nas mãos do governo, Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação de poderes entre os dois centros de atribuição (BUCCI, 1997).

“[...] Governar não significa tão-só a administração do presente, isto é, a gestão de fatos conjunturais, mas também e sobretudo o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas de médio e longo prazo” (BUCCI, 1997, p. 96 apud COMPARATO, 1989, p. 102).

As políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vistas a objetivos determinados. As políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados. “*Princípios são proposições que descrevem direitos: políticas (policies) são proposições que descrevem objetivos.*” (BUCCI, 2001, p. 10 apud DWORKIN, p. 90).

A questão-chave nessa matéria é partir da política pública como atividade, composta de atos, decisões e normas de natureza heterogênea, esses submetidos a regimes jurídico distintos. Toda política pública pode ser considerada, nesse sentido, ao mesmo tempo política social. (BUCCI, 2001)

Quando o texto constitucional refere-se ao direito à saúde, prevê em seu art. 196 que “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido (...) acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*” (BRASIL, 1988). Portanto, da análise do texto constitucional concluímos que saúde é direito de todos e dever do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios de forma solidária), que se efetiva por meio de políticas públicas, ou seja, opções do governante.

De acordo com Bobbio (1992), a concorrência entre os direitos é um dos entraves na sua garantia reconhecimento do direito de alguns é o conseqüente suprimimento do direito de outros. No que se refere ao direito

à saúde, classificado entre os direitos sociais, faz parte do conjunto de direitos mais difíceis de serem protegidos, se comparado aos direitos civis e políticos. O reconhecimento dá saúde como direito universal e integral esbarra no estágio de desenvolvimento insuficiente do Estado para sua garantia.

Quando fala-se em Políticas Públicas do Direito à saúde, deve-se considerar que o Brasil evoluiu muito desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Passamos de uma realidade de Estado Negativo, que nada fazia pela saúde de seu povo para um Estado Positivo, que tem o dever constitucional de garantir a saúde à todos.

Apesar de a exequibilidade da Constituição depender de quanto o seu texto corresponde ao equilíbrio real de forças políticas e sociais em determinado momento há possibilidade de se travar, pelas vias do direito e com base na Constituição, uma batalha própria, capaz de melhorar as condições sociais, por meio da garantia do exercício de direitos individuais e de cidadania a todos, da forma mais abrangente possível (BUCCI, 2001).

Os doutrinadores Nogueira e Pires (2004) consideram fundamental o debate acerca do alcance e conteúdo do direito Social a saúde afirmando que os interesses e a capacidade organizativa viabilizam a inclusão e efetivação do direito à saúde com um perfil democrático.

No entanto, analisando a trajetória da saúde no período pós constitucional, verifica-se que os problemas enfrentados pelo setor no campo do financiamento, principalmente a insuficiência de recursos, inviabilizam a realização de uma política social mais efetiva (MENDES; MARQUES, 2009).

Assim, muito há de se fazer ainda no que se refere à concretização do direito à saúde. Qualquer leigo no assunto, que já precisou de assistência à saúde do SUS (médica, hospitalar ou referente à distribuição de medicamentos), em qualquer esfera de poder (federal, estadual, distrital ou municipal), e em qualquer região do país, poderá “contar-nos” sua experiência negativa de vida.

É visível a todos que, infelizmente, temos um SUS precário e que não funciona conforme prevê a sua lei instituidora, que muitas políticas públicas na área da saúde não deixam de ser formais, ou seja, não saem do papel; que as estruturas são precárias; que há falta equipe médica (médicos, enfermeiros, técnicos em enfermagem...etc.); que o acesso à medicamentos contínuos para tratamento de patologias não é acessível à todos; que as pessoas ficam anos na fila aguardando exames, tratamentos médicos, cirurgias, entre outros.

3.1. CONTROLE JUDICIAL DAS POLITICAS PÚBLICAS

Historicamente, podemos afirmar que o caso mundial que inaugurou a interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo no processo de formulação e elaboração das políticas públicas está no famoso caso norte-americano, chamado de leading case, Marbury versus Madison, julgado pelo juiz Marschall, que inaugurou também a discussão da supremacia da constituição federal e o controle difuso de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 expandiu significativamente o reconhecimento de direitos e pretendeu contribuir para a concretização dos direitos fundamentais. Streck (2002) nos afirma que enquanto carta prospectiva, “a constituição acena para o futuro e é uma garantia formal ou, pelo menos, promessa da construção de um Estado social livre, robusto e independente”. No entanto, para que estes direitos sejam concretizados, faz-se necessária a ação positiva do Estado por meio de políticas públicas.

Assim, quando as políticas públicas não são efetivadas para garantia dos direitos fundamentais, o julgador, na interpretação jurisdicional e solução do conflito no caso concreto, está legitimado a adotar o compromisso com os princípios constitucionais, visando a proteção da dignidade da pessoa humana, na concretização das políticas públicas, principalmente no que se refere à saúde (STRECK, 2002).

Os direitos humanos, como é o caso do Direito à Saúde, expressam-se mais em princípios que em regras, isto é, eles em geral são valores que devem “compôr o espírito” das demais normas (BUCCI, 2001).

Um dos grandes dilemas em relação aos princípios – e o mesmo ocorre com os direitos que exigem prestações do Estado – diz respeito exatamente à sua justiciabilidade, isso é, à possibilidade de o indivíduo exercer o direito de ação e exigir do Poder Judiciário medidas em relação ao descumprimento do princípio jurídico ou ao desatendimento ao direito (BUCCI, 2001).

As políticas públicas atuam num plano, por assim dizer, mais “operacional” no direito. O problema da justiciabilidade dos direitos sociais se alarga muito, passando a abarcar todo o caminho de efetivação de um direito, desde o seu nascimento, quando é previsto na norma, até a sua emancipação, quando é encartado em determinado programa de ação de um governo e passa a integrar medidas de execução (BUCCI, 2001).

Bonavides (1993) informa que nos países de terceiro mundo, como o Brasil, é mais comum, por motivos pragmáticos, a judicialização das políticas públicas.

De acordo com Streck (2002), a Constituição substantiva considera que o Judiciário, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, deve assumir o papel de interprete do direito positivo, transcendendo as funções do *checks and balances*.

Observa-se que na teoria defendida por Canotilho (2002, p. 25-40), destaca-se que as políticas públicas estão invariavelmente ligadas à efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que políticas públicas refletem a realização de programas (normas constitucionais programáticas²), contemplando dispositivos de largo espectro e de notável densidade eficaz, a exemplo do art. 196 da Constituição Federal.

² Ao contrário da posição substancialista que defendia, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO apresenta hoje um posicionamento diferenciado do que adotava, dando a entender que se esgotou o

Mais do que nunca as demandas pelo acesso à saúde têm abarrotado o judiciário brasileiro. O cenário de judicialização é crescente e dinâmico, na medida em que há multiplicação das demandas judiciais, existe um contexto de avanços na medicina e tecnologia, aumentando a necessidade de resposta acadêmica (MOREIRA, 2013)

Os tribunais, por vezes, ignoram as normas infraconstitucionais relativas as políticas públicas que envolvem prestações positivas do direito à saúde, que procuram regular de modo racionalizado o acesso à saúde, sob o fundamento de que o direito à saúde previsto na Constituição Federal garante ao indivíduo imediatamente a prestação de que necessite (MOREIRA, 2013).

Canotilho (2000) afirma que os direitos sociais estão submetidos às crises e recessões estruturais e conjunturais, entretanto, as restrições devem sofrer limitações no respeito à dignidade humana, o que chama de Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Afirma Canotilho (2000) que a proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas, mas limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, constituindo-se um limite jurídico do legislador e ao mesmo tempo uma obrigação de garantir políticas concretas. Já no que se refere ao Princípio da Reserva do Possível, Canotilho (2000) reconhece a limitação da disponibilidade econômica do Estado, devido aos gastos elevados com implementação das políticas públicas. Questiona o argumento do Estado de insuficiência de recursos afirmando que o Princípio da Reserva do Possível deve estar submetido ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social, sendo este uma limitação fática.

constitucionalismo dirigente (ou *textos constitucionais dotados de programaticidade*). Para o jurista, o pensamento liberal e vários olhares políticos, doutrinários e teóricos, proclamam a falência dos “códigos dirigentes”, pois o mundo é caracterizado pela conjuntura, riscos e particularismos. Assim, a Constituição programática, é o “rosto normativo da utopia”. Essas Constituições “conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas”. Assim, a idéia de diretividade constitucional tem sentido se inserida no chamado “*constitucionalismo moralmente reflexivo*”. Sobre assunto: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. In: Revista da procuradoria-geral do estado. v. 25, n. 56, 2002, p. 25-40.

Barroso (2009, 2007 p. 107) demonstra certa simpatia ao ativismo judicial de acesso à saúde afirmando que o ativismo judicial teria vindo em “boa hora”. Entretanto, afirma o autor em outras obras, preocupação com a definição de critérios para a atuação judicial, devendo ser adotada a teoria dos princípios e da ponderação para não ocorrer uma absolutização de direitos fundamentais.

A negativa aos serviços de saúde corresponde “*a aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isso, habitualmente sem qualquer processo.*” (SARLET, 2009, p. 325). Alega ainda que para a efetividade da norma constitucional disciplinadora do direito à saúde constitui exigência de qualquer Estado (social ou não) que inclua em seus valores essenciais a humanidade e a justiça.

3 DIREITO À SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL?

O novo modelo, criado pela Constituição Federal de 1988, articulou solidariamente as áreas da Previdência Social, Saúde e Assistência Social ao Sistema chamado de Seguridade Social.

Entretanto, simultaneamente à implementação do novo modelo, iniciou-se a separação progressiva dos universos do seguro e da solidariedade, o que trouxe um grande problema ao coração do sistema que havia sido projetado: seu financiamento (RIBEIRO, 2010, p. 28).

As demandas para efetivação do direito à saúde, em específico, são ilimitadas e infinitas, pois o constituinte originário optou pela gratuidade e universalidade do custeio de tal direito social no art. 196 da Carta Magna de 1988.

De acordo com Ribeiro (2010, p. 28), a grande instabilidade gerada pelo financiamento da seguridade social, e a dificuldade de implemen-

tação de políticas públicas destinadas à saúde, motivou o surgimento, na segunda metade da década de 90, de um movimento político para elaboração e aprovação de uma Emenda Constitucional que vinculasse parcela dos recursos orçamentários de cada ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para o financiamento das despesas com ações e serviços públicos de saúde.

Em 13 de setembro de 2000, 10 anos após a institucionalização do SUS, foi aprovada a EC – Emenda Constitucional 29/2000, que altera o texto constitucional para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

O art. 34, VII da CF/88, após a EC 29/2000, passou a vigorar com a seguinte redação “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] e) para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.” (BRASIL, 1988).

A EC 29/2000 deu nova redação ao art. 198 da CF/88, incluindo os §§ 2º e 3º, entre outros, que em síntese dispõem que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão em ações e serviços de saúde recursos mínimos, que no caso da União será um percentual mínimo de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro; no caso dos Estados e do Distrito Federal, será o produto da arrecadação dos impostos previstos no art. 155 e dos recursos dos arts. 157 e 159 (I, a e II) e no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos previstos nos arts. 158 e 159 (I, b e § 3º).

Previu-se ainda que lei complementar iria estabelecer os percentuais, os critérios de rateio dos recursos da União e dos Estados, bem como as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

A lei complementar prevista para regulamentar o § 3º do art. 198 foi promulgada somente em 2012. Trata-se da Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, que dispõe “sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo”. (BRASIL, 2012)

Entre outros aspectos, a Lei Complementar 141/2012 é importante porque fixa os valores mínimos a serem aplicados, anualmente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços de saúde, conforme exige o dispositivo constitucional. A lei define, de forma detalhada, o que serão e o que não serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde em seus arts. 3º e 4º.

Infelizmente, apesar de ter um aparato legislativo muito grande para fins de implementação das políticas públicas de ações e serviços na área da saúde, inclusive com orçamento mínimo a ser destinado para tais políticas públicas, existe ainda uma grande dificuldade prática de atender toda a demanda existente com os recursos orçamentários disponibilizados pelo governo.

Em consequência de tal realidade, começaram a surgir demandas judiciais pela efetivação do direito social à saúde, com pedidos para determinar ao Estado (União, Estados e Municípios) que forneça determinado medicamento, cirurgia, exame, consulta médica especializada, tratamento médico específico...etc.

No entanto, mesmo com determinações judiciais para efetivação individual do direito à saúde, o Estado vem descumprindo as liminares e sentenças, fazendo com que o Poder Judiciário determine o sequestro de valores para garantia do tratamento médico-hospitalar, conforme orçamentos apresentados pelo Autor da Ação Cominatória.

Neste sentido, a partir da decisão do STF – Supremo Tribunal Federal na ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, aplicável aos presídios no Brasil, procura-se analisar se a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional se aplica à questão da Saúde Pública no Brasil.

4.1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando verifica-se a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional (CAMPOS, 2015).

A ideia de que pode existir um Estado de Coisas Inconstitucional e que a Suprema Corte do país pode atuar para corrigir essa situação surgiu na Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, com a chamada “*Sentencia de Unificación (SU)*”. *Foi aí que primeiro se utilizou essa expressão. Depois disso, a técnica já teria sido empregada em mais nove oportunidades naquela Corte. Existe também notícia de utilização da expressão pela Corte Constitucional do Peru.*

Segundo aponta Campos (2015), citado na petição da ADPF 347, para reconhecer o estado de coisas inconstitucional, exige-se que estejam presentes as seguintes condições: a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou

formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

O Estado de Coisas Inconstitucional gera um “litígio estrutural”, ou seja, existe um número amplo de pessoas que são atingidas pelas violações de direitos. Diante disso, para enfrentar litígio dessa espécie, a Corte terá que fixar “remédios estruturais” voltados à formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais tradicionais.

A Corte adota, portanto, uma postura de ativismo judicial estrutural diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, que não tomam medidas concretas para resolver o problema, normalmente por falta de vontade política.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo e, considerando que “confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas.” (STF, ADPF 347).

O primeiro caso no Brasil de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional ocorreu quando em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em face da União e de todos os Estados-membros pedindo que o STF – Supremo Tribunal Federal declare que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal

e, em especial, direitos fundamentais dos presos. Em razão disso, requer que a Corte determine à União e aos Estados que tomem uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos.

Na petição inicial, que foi subscrita pelo constitucionalista Daniel Sarmento, defende-se que o sistema penitenciário brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”. Foram apontados os pressupostos que caracterizam esse Estado de Coisas Inconstitucional: a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; c) situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.

O Plenário do STF reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas.

Diante disso, o Tribunal Constitucional declarou que diversos dispositivos constitucionais, documentos internacionais; como por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos; e normas infraconstitucionais estão sendo desrespeitadas.

Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentam o aumento da criminalidade, pois transformam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves.

Vale ressaltar que na decisão liminar o STF reafirmou que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

O Ministro Relator, Marco Aurélio, consignou que a vontade política de um único órgão ou poder não resolverá o quadro de inconstitucionalidade:

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira “falha estrutural” que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação (STF, ADPF 347).

Assim, cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados. A intervenção judicial faz-se necessária diante da incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. (STF, ADPF 347).

No entanto, o Plenário entendeu que o STF não pode substituir o papel do Legislativo e do Executivo na consecução de suas tarefas próprias. Em outras palavras, o Judiciário deverá superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar, porém, esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Nesse sentido, não lhe incumbe definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados (STF, ADPF 347).

A violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais. Essa prática explica parte do fracasso das políticas públicas existentes.

Como assevera o professor Eduardo Bastos de Mendonça, citado na ADPF 347, “políticas públicas são definidas concretamente na lei orçamentária, em função das possibilidades financeiras do Estado”, de forma que “a retenção de verbas tende a produzir, na melhor das hipóteses, programas menos abrangentes”. Segundo o autor, a medida mostra-se ainda mais prob-

lemática tendo em conta “que os cortes têm atingido programas relacionados a áreas em que, para além de qualquer dúvida, a atuação do Estado tem sido insatisfatória ou insuficiente”, como é o caso do sistema penitenciário nacional (MENDONÇA, 2010, p. 97-98).

O Ministro Relator, Marco Aurélio, em seu voto na ADPF 347 para fins de concessão da liminar pleiteada, citou a questão da saúde pública, afirmando que existem defeitos estruturais, mas também existe vontade política em resolvê-los, ou seja, existe “apelo democrático”:

Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não pautar a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional.

Entretanto, contrário ao posicionamento do Ministro do STF Marco Aurélio, na seara da saúde pública estamos vivendo um período hostil de omissão estatal e não atendimento das demandas sociais, afrontando diretamente os direitos humanos dos indivíduos que necessitam de atendimento médico-hospitalar, isso em um dos momentos mais difíceis das suas vidas: quando ausente a saúde!

CONCLUSÕES

O direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida, e indissociável do Princípio de Dignidade da Pessoa Humana. Possui pre-

visão constitucional, na condição direito social, com status privilegiado, sendo direito de todos, devendo ser efetivado mediante políticas públicas emitidas por parte do Estado, englobando neste termo todos os entes da Federação.

No entanto, o Estado, por questões de gestão e orçamentárias, não consegue ainda atender todas as demandas relacionadas ao direito à saúde, levando muitos indivíduos recorrem ao Poder Judiciário para solucionar a omissão do Estado e garantir o tratamento médico, hospitalar ou assistencial necessário ao atendimento do direito integral à saúde.

O Poder Judiciário, em sede de ativismo judicial, antes de proferir uma decisão condenando o Estado a garantir o direito integral à saúde ou isentando o da responsabilidade, depara-se com um dilema criado entre os Princípios Constitucionais da Reserva do Possível e da Vedação ao Retrocesso, também chamado de Mínimo Existencial.

A saúde no Brasil é um assunto polêmico amplamente pleiteado nos tribunais, isto por que, sem dúvida, é o pressuposto base para o pleno exercício dos direitos. O direito a saúde é de máxima importância para o desenvolvimento do ser humano e para uma vida digna, devendo ser respeitado seu grau mínimo a todos os cidadãos, cabendo ao Estado efetiva-lo por meio de políticas públicas que garantam condições saudáveis e dignas ao indivíduo, tratando e prevenindo possíveis enfermidades.

Observados os limites encontrados na efetivação do direito a saúde, tendo em vista as necessidades da população e a escassez de recursos, assim como a observância de princípios como o mínimo existencial, que deve ter sua garantia efetivada para que sejam garantidas as condições mínimas de existência e a grande necessidade da população frente aos escassos recursos de que dispõe o Estado para realiza-los. Assim, mesmo não tendo infinitos recursos, tem o Estado o dever de prover ao menos as condições mínimas e dignas a todos, não podendo deixar de forma alguma os indivíduos a mercê da própria sorte.

No que se refere ao dever do estado de fornecer saúde de qualidade a todos, relacionando este ao de fornecer tratamentos médicos e medicamentos de altos custos. Assim como os não relacionados na lista do Sistema Único de Saúde. Rompendo as barreiras para a efetivação dos direitos sociais, e sabido da dificuldade de prover tudo a todos o Estado deve respeitar o mínimo, e caminhar sempre em direção ao máximo na medida do possível.

A constituição impõe ainda que este é direito de todos, por tanto, considera-se também direito à igualdade, igualdade de tratamento a todos os cidadãos. Dando especial atenção àqueles que não possuem condições financeiras para arcar com os altos custos de tratamentos. Assim não podemos esquecer, que quando falamos em direito a saúde, falamos da dignidade da pessoa humana e do direito maior de todo ser humano, a vida. A vulnerabilidade dos pacientes que sofrem por graves doenças pede um judiciário ativo, que lute pela realização da sua dignidade.

Neste sentido, entende-se que a efetivação do direito à saúde está vivendo uma situação muito semelhante ao sistema carcerário no país, sendo possível a aplicação da Teoria de Estado de Coisas Inconstitucional, para fins de reestruturação de políticas públicas e mudanças de paradigmas para fins de garantir o acesso à saúde para todos, efetivando-se em contrapartida a dignidade da pessoa humana e evitando um retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Interesse Público. Velo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, 2007.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL, **Constituição. República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **Lei 8.080. República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BERNARDES, Edilene Mendonça; VENTURA, Carla Aparecida Arena. **A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os casos de violação dos direitos humanos relacionados à saúde envolvendo o Brasil no período 2003-2010.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 107-128, janeiro/junho de 2013.

BUCCI, Maria Pala Dallari. **Buscando um conceito de Políticas Públicas para a concretização dos Direitos Humanos.** In Direitos Humanos e Políticas Públicas. São Paulo, Pólis, 2001.

_____. **Políticas Públicas e Direito Administrativo.** Revista de Informação Legislativa. Brasília: 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Estado adjetivado e a teoria da Constituição.** In: Revista da procuradoria-geral do estado. v. 25, n. 56, 2002, p. 25-40.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAMPOS, C.E.A. **O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família.** *Ciência e Saúde Coletiva*, v.8, n.2, p.569-84, 2006.

CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.* Postado em 01.set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>, Acesso em 27.mar.2016.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004)

DALLARI, S.G.; FORTES, RA.C. Direito sanitário: inovação teórica e novo campo de trabalho. In: FLEURY, S. (Org.). **Saúde e democracia: a luta do CEBES.** São Paulo: Lemos, 1997. p.187-202.

IBANHES, L.C. A constitucionalização dos direitos sociais no Brasil: difusos e coletivos ou confusos e seletivos? **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, v.12, n.3, p.213-9, 2010.

L'ABBATE, S. **Direito à saúde: discursos e práticas na construção do SUS.** São Paulo-Hucitec, 2010.

LUIZ, O.e.; KAYANO, J. Saúde e direitos: princípios para ação. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, v.12, n.2, p.115-21, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Nova York, 1949.

MENDES, Aquilas; MARQUES, R.M. **Crônica de uma crise anunciada: o financiamento do SUS sob a dominância do capital financeiro**. In: **Encontro Nacional de Economia Política, 14., 2009, São Paulo. Anais**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.apufpr.org.br/artigos/trabalho_eroniea_deuma_crise_anunciada_financiamento_sus_aquilas_mendes_e.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2010.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Pedro da Silva. **O Imponderável direito À saúde: uma discussão jurisprudencial a partir do marco teórico de Robert Alexy**. Acesso em: https://www.academia.edu/4819187/O_Imponder%C3%A1vel_direito_%C3%A0_sa%C3%BAde_uma_discuss%C3%A3o_jurisprudencial_a_partir_do_marco_te%C3%B3rico_de_Robert_Alexy. 22.03.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível**. In: SAMPAIO, José Adécio Leite(coord.). *Constituição e Crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.

_____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 15/09/2009, p. 25.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. André Doederlein. **Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Keila; TANAKA, Oswaido Yoshimi. **Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação.** *Revista Interface: Comunicação Saúde Educação*, V.16, n.40, p.249-259, an./mar.2012.

STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015.

STRECK. Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ERRO MÉDICO¹

The State liability for medical errors

Rose Maria dos Passos*

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca analisar, sob a ótica dos direitos fundamentais, a responsabilidade Estado, decorrente do seu dever constitucional de preservar/possibilitar a saúde de todos, diante de situação de erro médico ocorrida em nosocômio que age em seu nome, por delegação, na prestação de serviços de saúde pública.

O objetivo desta pesquisa é analisar, com base nas garantias constitucionais, o dever de indenizar – ou não – em caso de óbito por culpa objetiva do Estado conforme premissas legais.

O que se busca é mostrar que a realidade da saúde pública brasileira está muito aquém de atender as necessidades sociais, seja pelo seu não funcionamento ou pelo seu funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento. Por óbvio que o tema não será esgotado.

A pesquisa foi realizada sob o método qualitativo, com a realização de pesquisas em sites especializados, revistas, anais de eventos, reportagens jornalísticas e livros relacionados à temática. Em síntese, a pesquisa propõe-se a analisar uma linha de entendimento doutrinário e jurisprudencial que abarca o direito do paciente a uma chance.

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc, Chapecó/SC. Bolsista PROSUP/CAPES

¹ Paper apresentado como requisito parcial de avaliação da disciplina de Direito Fundamental à Seguridade Social: Saúde, Previdência e Assistência Social, ministrada pelo Professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon, mar-jul de 2016, Unoesc, Chapecó-SC.

1 A SAÚDE ENQUANTO UM RAMO DA SEGURANÇA SOCIAL, NOS TERMOS DA RECOMENDAÇÃO NÚMERO 69 DA OIT²

A recomendação n. 69 da OIT, de 1944, que trata sobre a assistência médica, lembra que a possibilidade de disfrutar de assistência médica adequada constitui um elemento essencial da segurança social.

Nesta recomendação, a assistência médica foi definida como um ramo específico da segurança social e, além disso, se postulou o princípio segundo o qual a natureza e a extensão da assistência prestada deveriam estar estabelecidas na legislação.

Entre os princípios específicos da organização e da gestão da atenção médica se incluem:

1. A assistência médica deveria ser completa (preventiva e curativa) e estar disponível de imediato e em qualquer momento e lugar para todas as pessoas, nas mesmas condições e sem obstáculos ou barreiras de natureza administrativa, financeira, política ou de outra natureza que não guarde relação com seu estado de saúde;
2. A assistência médica deveria responder as necessidades de cuidado de cada paciente, por uma duração ilimitada, e prover uma atenção da melhor qualidade e ao nível mais elevado de conhecimentos e competência profissional que sejam possíveis, a fim de manter, reestabelecer e melhorar a saúde das pessoas protegidas, havendo tão somente as limitações razoáveis que podem ser impostas pela organização técnica do serviço;

² Segundo o estudo geral relativo aos instrumentos da segurança social à luz da declaração de 2008 sobre a justiça social para uma globalização equitativa. Informativo III, parte 1B. Oficina Internacional do Trabalho – Genebra. OIT. 2011 (tradução livre)

3. Toda a atenção médica deveria organizar-se racionalmente em todo o país, com o objetivo de alcançar a maior economia e eficácia possíveis, e estar submetida ao controle de um organismo central e coordenar-se estritamente com os serviços de saúde gerais do país.

Dentre as direções estratégicas que os governos devem orientar a atenção médica, destacamos o princípio da inclusão social e da cobertura universal, segundo o qual, o serviço de assistência médica deveria abarcar a todos os membros da comunidade, independente de terem ou não um serviço remunerado e de que possuam os meios necessários para pagar a assistência médica.

Ou seja, de acordo com a Recomendação número 69 da OIT, da qual o Brasil é signatário, todos, sem distinção, deverão receber a completa e imediata assistência médica a fim de garantir, restaurar e melhorar sua condição de saúde.

Dentre a legislação brasileira, destacam-se as normativas do CFM – Conselho Federal de Medicina, que dizem respeito aos profissionais médicos e, em atenção à população em geral, as normas dispostas no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, que dão tratamento especial à responsabilidade civil do profissional e dos estabelecimentos de saúde.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO

A responsabilidade civil decorrente da ação humana tem como pressupostos a existência de uma conduta subjetiva ou objetiva do agente, o dano a terceiro e a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente.

A responsabilidade civil específica do profissional médico tem como pressuposto o ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, imputável a título de culpa, causador de um dano injusto, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial.

O Código de Ética do Conselho Federal de Medicina assim assevera: “É vedado ao médico: [...] causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

Comumente a doutrina distingue a responsabilidade civil derivada de um negócio jurídico, cujo descumprimento caracterizaria o fato ilícito civil gerador do dano, e aquela extracontratual, que prescinde a existência de um contrato previamente celebrado e decorre de um ato ilícito absoluto, violador das regras de convivência social e causador de um dano injusto. A primeira encontra seu fundamento no artigo 389 do Código Civil de 2002, que prevê que não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos; por sua vez, a segunda, prevista no artigo 186 do mesmo Código Civil remete a obrigação daquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. A diferença entre essas duas tipificações de responsabilidade se encontra na carga da prova atribuída às partes: enquanto por um lado, na responsabilidade contratual basta ao autor (aquele que foi lesado) provar a existência do contrato, o fato do inadimplemento e o dano, com o nexo de causalidade; por outro, nas situações que envolvem a responsabilidade extracontratual, compete ao autor da ação provar além daqueles requisitos, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa). Ou seja, faz-se necessário identificar se a obrigação é de resultado ou de meio.

No caso da prestação de serviço médico, a obrigação é de meio, ou seja, o profissional assume a responsabilidade de prestar um serviço ao qual dedicará atenção, diligência e cuidados adequados, cabendo ao

paciente (ou aquele que sofrer o dano) demonstrar que há culpa do médico, seja porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia; o que lhe causou um dano.

O ato médico deve ser praticado de tal sorte que atenda aos deveres de cuidado próprios da profissão, seja no diagnóstico, na indicação terapêutica, na intervenção cirúrgica e/ ou no prognóstico.

O diagnóstico consiste na determinação da doença do paciente, seus caracteres e suas causas. O erro no diagnóstico por si só não gera responsabilidade civil indenizatória ao profissional, salvo se este erro for decorrente de falta de atenção e a tomada das devidas precauções, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro.

Ao violar seus deveres, o médico pratica ação que brota como o primeiro pressuposto para a caracterização da sua responsabilidade civil; devendo a este ser somada a caracterização da culpa, seja ela por imprudência (agir com descuido), por negligência (deixar de adotar as providências recomendadas) ou por imperícia (descumprimento de regra técnica da profissão).

Ou seja, constituindo-se em obrigação de meio, o descumprimento do dever contratual deve ser provado mediante a demonstração de que o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia, assim como está previsto na Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que no seu artigo 14, § 4º, manteve a regra de que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”.

Em síntese, para que possa subsistir alegação de erro médico e de conseqüente responsabilidade civil deste profissional, os eventuais prejuízos suportados pelo paciente devem decorrer da culpa quando da realização do tratamento médico, identificada por imperícia, negligência ou imprudência.

José de Aguiar Dias³ abordou o tema da responsabilidade civil dos médicos:

O que se torna preciso observar é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de serviços conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência, na fórmula da Corte Suprema de França. [...] Do fato de ser o contrato de tratamento médico uma obrigação de meio e não de resultado, decorre, como vimos, que ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa. Na apuração dessa responsabilidade há que atender a estas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário, será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico que acarreta responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja mediato.

Conforme bem apresentado por Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁴:

A apuração da culpa do profissional médico obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta,

³ Da responsabilidade civil, Vol. I, Ed. Revista Forense, RJ, 1950, 2ª ed., p. 274/275

⁴ www.stj.jus.br/.../RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20MÉDIC...

fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave.

A culpa médica é apreciada como qualquer outra, desde que o juiz entenda que um médico prudente, nas mesmas circunstâncias, teria tido comportamento diverso do acusado.

Esclarecida a responsabilidade do profissional médico, faz-se necessário atentar para a responsabilidade derivada dos atos de tratamento realizados em hospital.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL

O hospital é uma universalidade de fato, formado por um conjunto de instalações, aparelhos e instrumentos médicos e cirúrgicos destinados ao tratamento da saúde, vinculado a uma pessoa jurídica - sua mantenedora - mas que não realiza ato médico. Sobre ele são aplicáveis os princípios comuns da responsabilidade civil⁵.

O hospital firma com o paciente contrato hospitalar, tomando para si a obrigação de meio, consistente em fornecer hospedagem e prestar serviços médicos. Nos termos do artigo 933 do Código Civil, o hospital responde pelos atos culposos de médicos que sejam seus empregados, ou de seu pessoal auxiliar.

Em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados; é preciso observar se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado. Se assim ocorreu, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este.

⁵ FRANCISCO, Caramuru Afonso. Responsabilidade civil de hospitais, clínicas e pronto-socorros. In: *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, p. 177 et. seq.

A responsabilidade pela ação do integrante do corpo clínico explica-se porquanto a responsabilidade por ato de outro abarca as situações em que não existe uma relação de emprego, bastando que a pessoa jurídica utilize serviços de outra por meio de uma relação de subordinação. É o caso do hospital, que para seu funcionamento carece do serviço do médico, o qual, por sua vez, fica submisso, enquanto integrante do corpo clínico, aos condicionamentos do estabelecimento.

Neste sentido a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Para tanto, faz-se necessário demonstrar a culpa do médico integrante de seu quadro clínico, pois mesmo com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, o hospital não responde objetivamente.

Impende ressaltar que a Constituição Federal de 1988 consagrou a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6º), a qual se funda no risco administrativo, ou seja, para a aferição da responsabilidade civil do Estado e o conseqüente reconhecimento do direito à reparação pelos prejuízos causados, é suficiente que se prove o dano sofrido e o nexo de causalidade entre a omissão/conduta atribuíveis ao Poder Público, ou aos que agem em seu nome, por delegação, e o aludido dano.

A responsabilidade que surge para o Poder Público é de natureza extracontratual, submetida às regras do Direito Administrativo, posto que na relação entre paciente e hospital, ainda que não haja contrato formal, deve ser perfilhada a existência de uma relação contratual de fato entre o paciente e a organização hospitalar. Por sua vez, os deveres de cuidado e de amparo que derivam do comportamento típico da internação decorrem do princípio da boa-fé, e o seu descumprimento fixa o dever de indenizar os danos decorrentes de atos praticados com negligência, imprudência ou imperícia (ilícito absoluto).

Diante da dificuldade que decorre da constituição de prova do nexo de causalidade, a jurisprudência tem aceitado a teoria da perda de uma chance, originária da jurisprudência francesa⁶. De acordo com essa teoria, o juiz, mesmo não estando seguro de que o evento teria ocorrido pela ação do médico, conclui que a falta de ação (ou erro médico) facilitou o resultado danoso.

Em atenção ao disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil das entidades hospitalares apura-se de forma objetiva, pois que se colocam na posição de fornecedores de serviços sob a teoria do risco.

Necessário se faz, portanto, demonstrar a culpa lato sensu, a existência do dano e o nexo de causalidade, para que esteja configurada a tríade necessária à configuração da obrigação indenizatória.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Quando o dano ocorre por omissão do Estado que deveria ter agido e não o fez - seja pelo seu não funcionamento ou pelo seu funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento - necessária se faz a comprovação da culpa do agente para a configuração do dever de indenizar, assim como, por óbvio, o nexo de causalidade com o dano suportado pela vítima.

Rui Stoco⁷ leciona que:

[...] consiste a responsabilidade subjetiva na obrigação do Estado em indenizar em razão de um procedimento contrário ao Direito, de natureza culposa ou dolosa, traduzido por um dano causado a outrem, ou em deixar de impedi-lo, quando devia assim proceder. [...]. Em resumo, a ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso, até mesmo pelo retardamento, é quantum satis para configurar

⁶ Em um julgamento de 1965, a Corte de Cassação admitiu a responsabilidade médica porque o erro de diagnóstico levou a tratamento errado, privando a vítima de uma chance de cura.

⁷ STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pg. 504. [...]

a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em desfavor dos administrados

O artigo 2º da Lei nº 8.080/90, em consonância com artigo 196 da Carta Magna assegura a todas as pessoas o direito à saúde, visando objetivamente a preservação da vida, devendo, até mesmo, em casos de indisponibilidade ou inexistência de vaga para atendimento em hospital da rede pública e, constatada a emergência do caso, principalmente quando caracterizado o risco de morte do paciente, realizar o atendimento em hospital particular, custeado pelo Estado.

Quanto ao dever do Estado de promover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde e à vida, vale destacar, em atenção a integral assistência à saúde prevista na Constituição Federal, o conteúdo da Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, que expressamente explicita:

Art. 2º Toda pessoa tem direito ao acesso a bens e serviços ordenados e organizados para garantia da promoção, prevenção, proteção, tratamento e recuperação da saúde. [...]

§ 3º Em caso de risco de vida ou lesão grave, deverá ser assegurada a remoção do usuário, em tempo hábil e em condições seguras, para um serviço de saúde com capacidade para resolver seu tipo de problema. [...]

Art. 3º Toda pessoa tem direito ao tratamento adequado e no tempo certo para resolver o seu problema de saúde.

Parágrafo único. É direito da pessoa ter atendimento adequado, com qualidade, no tempo certo e com garantia de continuidade do tratamento, e para isso deve ser assegurado:

I – atendimento ágil, com tecnologia apropriada, por equipe multiprofissional capacitada e em condições adequadas de atendimento;

Inconcebível será aceitar a tese, muitas vezes aventada, de que os dispositivos constitucionais invocados são de caráter meramente programático, isto porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos; sendo o fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

O Estado, através de seus agentes, não pode omitir-se, agindo com culpa, na modalidade de negligência, quanto ao dever de providenciar condições para que o paciente seja atendido em tempo hábil para, ao menos, conceder-lhe uma chance de recuperação, ainda que outro fosse o resultado final.

Em relação à indisponibilidade de vaga em nosocômio, conforme ressalta o ilustre Ingo Wolfgang Sarlet⁸, “A denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte, sem crime, sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, [...]”

Cediço é que o Estado, ao administrar direta ou indiretamente os interesses públicos a seu cargo, se sujeita a respeitar a incolumidade pessoal e a vida dos administrados. Nesse passo, uma atuação grosseiramente desatenta do Poder Público que prejudique outrem, é objetivamente injurídica mercê a teoria do risco administrativo e o faz responsável pelo dano civil causado.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Editora livraria do Advogado, 1998. p. 298.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais. Editora Revista dos Tribunais, 1993, pg. 220

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pg. 20/21

Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde <http://www.use.ufscar.br/direitos-e-deveres-dos-usuarios/carta-direitos-usuarios>

Estudo geral relativo aos instrumentos da segurança social à luz da declaração de 2008 sobre a justiça social para uma globalização equitativa. Informativo III, parte 1B. Oficina Internacional do Trabalho – Genebra. OIT. 2011 (tradução livre)

FRANCISCO, Caramuru Afonso. Responsabilidade civil de hospitais, clínicas e pronto-socorros. In: Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar. São Paulo: Saraiva, p. 177 et. seq.

José de Aguiar Dias Da responsabilidade civil, Vol. I, Ed. Revista Forense, RJ, 1950, 2ª ed., p. 274/275

Ruy Rosado de Aguiar Jr. www.stj.jus.br/.../RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20MÉDIC...

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Editora livraria do Advogado, 1998. p. 298.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pg. 504.

A ESTREITA RELAÇÃO ENTRE EDUCAÇÃO E SEGURANÇA SOCIAL NO PROGRAMA DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA BOLSA FAMÍLIA¹

The tight relation between education and social security: the “bolsa família” conditional cash transfer program

Sônia Maria Cardozo dos Santos*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolvido no contexto do programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina tem como objetivo analisar a relação entre a segurança social e a educação no contexto do programa de transferência de renda Bolsa Família.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988² traz a educação como direito fundamental e estabelece que a educação é dever do Estado, dos pais e responsáveis. A importância da educação tem sido reconhecida também por instituições internacionais.

Na concepção da Organização Mundial do Trabalho - OIT, as pessoas devem ter certa renda mínima mesmo que não tenham acesso ao trabalho ou em complemento a este, e recomenda que os Estados garantam pisos mínimos de acordo com suas possibilidades.

Existem países em que se executam programas de transferência de renda incondicional e outros que o fazem com condicionalidades, como

* Mestranda em Direitos Fundamentais no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc, Chapecó/SC.

¹ Paper apresentado como requisito parcial de avaliação da disciplina de Direito Fundamental à Seguridade Social: Saúde, Previdência e Assistência Social, ministrada pelo Professor Dr. Carlos Luiz Strapazon, mar-jul de 2016, Unoesc, Chapecó-SC

² A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 será doravante tratada indiferentemente como Constituição de 1988, Constituição do Brasil, Constituição brasileira ou Carta constitucional.

é exemplo o Brasil. O programa brasileiro de transferência de renda é o Bolsa família que tem exigência de contrapartida do beneficiário na área da saúde e educação.

No que se refere a educação há exigência de frequência escolar de 85%, superior aos não beneficiários que devem frequentar ao menos 75%. Busca-se, por meio de um pagamento mensal, alcançar não somente a sobrevivência da família, mas principalmente, assegurar a educação para as crianças e adolescentes. A oferta de educação pelo Estado para crianças e adolescentes, visa combater a pobreza³ intergeracional⁴ e contribuir para que a família possa ter melhor renda no futuro.

O tema desta pesquisa trata do direito fundamental à educação e do direito fundamental à segurança social, ambos direitos sociais que necessitam de políticas públicas para a sua efetivação. O recorte do tema é a relação entre a educação e a segurança social por meio do programa de transferência de renda denominado Programa Bolsa Família - PBF.

Justifica-se esta pesquisa pela relevância da educação e da segurança social para o desenvolvimento do país e de cada pessoa nos vários âmbitos como social, econômico, político, dentre outros. Esta pesquisa é relevante, pois a educação e a segurança social trazem indiscutíveis benefícios para o desenvolvimento socioeconômico individual e do Estado.

Neste estudo, será utilizado o método analítico-interpretativo, a partir da pesquisa bibliográfica e documental. Tem-se em conta que para ocorrer o desenvolvimento, faz-se necessário a liberdade e para isso, é imprescindível que cada pessoa possa fazer suas próprias escolhas a partir de condições proporcionadas por políticas públicas de acesso à educação e à segurança social com qualidade.

³ A mensuração do que pode-se considerar como pobreza, pode utilizar distintos critérios, mas não é objeto desta pesquisa.

⁴ Convencionou chamar de pobreza intergeracional o fato de que muitas famílias pobres reproduzem a pobreza para os seus descendentes em um círculo vicioso aparentemente interminável que perpassa geração após geração. Destaca-se, porém que essa reiterada reprodução de miséria pode ser interrompida por meio de políticas públicas adequadas e eficientes.

O problema de pesquisa é analisar a relação entre o direito fundamental à educação e o direito fundamental à segurança social e para tanto apresenta, no desenvolvimento do trabalho, três tópicos principais nos quais se trata, em primeiro lugar, da segurança social: o trinômio saúde, previdência e assistência; em segundo lugar do problema - o Programa Bolsa Família e a compatibilidade do duplo papel assistencial e promocional e finalmente da assistência em espécie e em incentivo ao estudo: resultados pela educação como ferramenta de escape da situação de pobreza.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 A SEGURANÇA SOCIAL: O TRINÔMIO SAÚDE, PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA

Os direitos humanos são tidos como de caráter universal, independentemente da vinculação de determinada pessoa a um Estado. Por sua vez, os direitos fundamentais foram positivados na Constituição de muitos Estados. Para Sarlet (SARLET, 2012, p. 29), os direitos fundamentais são os direitos da pessoa humana que integram o direito positivo de determinado Estado.

Alexy (2015, p. 446) conceitua os direitos fundamentais como “posições que são tão importantes que a decisão de garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.” Não cabe essa decisão ao legislativo ordinário, mas somente a Constituição que, no Estado Democrático de Direito, vincula o legislador quanto a sua competência para legislar. Dos vários direitos fundamentais existentes, são de grande relevância, o direito à segurança social e o direito à educação.

Ambos os direitos, retro colacionados, são tidos como direitos sociais, porém, por este mesmo motivo, em certas situações, os mesmos

encontram embaraços a sua concretização. O modo mais frequente para a realização dos direitos sociais ocorre via política pública, mas em muitos casos há necessidade de sua defesa na via judicial. Diante do cabimento ou não da busca do Poder Judiciário para a efetivação destes direitos, Strapazzon e Quadros (2016, p. 3) asseveram que os direitos sociais são direitos jurídicos e somente são plenos ante políticas públicas e controle judicial de proteção suficiente.

A Constituição Federal de 1988 dispôs a seguridade social⁵ como um trinômio⁶ abrangendo a saúde⁷, a previdência⁸ e a assistência social⁹. A segurança social trata de ações empreendidas pelo Estado sociedade para assegurar a efetivação dos direitos nas três áreas que a integram.

De sobremaneira relevância, para as pessoas que não obtêm uma renda mínima que lhes assegure uma existência digna, é uma das facetas da segurança social consubstanciada na assistência social. Apesar da sua reconhecida importância, muitas vezes tem enfrentado obstáculos para a efetivação do direito à segurança social por meio da assistência social.

Fleury (2005, p. 256-257) aponta que a crise fiscal e endividamento do Estado, a partir de 1990, levou a reformas no Brasil e América Latina quanto à segurança social. Na área de assistência foi sentida a maior difi-

⁵ A seguridade social encontra-se estabelecida na Constituição Federal, no art. 22, inciso XXIII quanto à competência da União para legislar e quanto a sua estruturação e demais disposições, nos artigos 194 a 204, compondo o segundo capítulo do Título VIII: da ordem social.

⁶ 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. [...]

⁷ Art. 196. 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.

⁸ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, [...]

⁹ 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.

culdade de negociação para manutenção dos direitos, em virtude em virtude da baixa possibilidade e poder de reivindicação dos usuários.

Os profissionais da assistência social realizaram forte movimento e obtiveram a aprovação da lei orgânica da Assistência Social (Loas) apenas em 1993, enquanto a área da previdência havia sido regulamentada em 1991 e da saúde em 1990.

Isso representou avanço considerável, porém a assistência social continua a defrontar-se com muitos desafios, pois seu público é constituído exatamente por aquelas pessoas que tem maior vulnerabilidade social e que tiveram historicamente negado o seu acesso a serviços públicos com qualidade.

Nessa população, há carência de efetivação de muitos dos direitos sociais como direito à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho digno, à previdência social, à moradia digna, dentre outros, portanto necessitando ainda mais de condições para superação desse quadro de exclusão social.

Na segurança social, as dificuldades não se restringem à assistência social, Menicucci (2014, p. 40) analisa obstáculos quanto a operacionalização do Sistema Único de Saúde - SUS. Aponta, dentre outros, entraves para a realização de pactos federativos, especialmente no que tange ao financiamento do SUS e na insuficiência de disponibilidade de recursos humanos para atendimento nas várias regiões dos entes federados, dada a concentração de recursos nas capitais dos estados brasileiros.

No âmbito da previdência existe projeto para buscar o equilíbrio orçamentário da mesma. O aumento de expectativa de vida da população e os crescentes *deficits* previdenciários são apontados para que se efetue reforma na previdência social. Argumenta-se que busca-se torná-la sustentável, ou seja, que os custos e as receitas mantenham-se adequados, não só no presente, mas com um sistema estável ao longo dos anos. Esse tema, porém, gera muitas controvérsias diante de sua complexidade.

A limitação financeira de recursos estatais nominada de reserva do possível para Strapazzon (2012, p. 520-521) possui duas dimensões: uma negativa e outra positiva. A face negativa coaduna-se com a primazia da realidade para a limitação de bens e serviços. O sentido positivo relaciona-se ao orçamento da segurança social e as expectativas dele advindas vinculando-se a proibição de retrocesso quanto aos direitos fundamentais. A face positiva mostra-se protetora em relação aos recursos do orçamento público da segurança social opondo-se a ineficiência ou má gestão.

A relevância da segurança social está amplamente disposta em documentos internacionais onde denota-se que a mesma é fator de coesão social, solidariedade, ampliação da resolução de conflitos por meios negociados. Corroborar para a ampliação da paz social, da saúde, da valorização do Estado Democrático de Direito e também para a diminuição dos riscos sociais. É de grande pertinência que cada Estado possua e mantenha um sistema de segurança social que possa garantir os direitos fundamentais relacionados à saúde, previdência e assistência social.

A educação básica para as pessoas, e principalmente para crianças e adolescentes é um passaporte para a vida. É indispensável para se alcançar a igualdade e a liberdade. A educação torna-se vital para superar ou atenuar as distorções entre diversos grupos humanos como população rural; marginalizados nas periferias urbanas; mulheres; minorias étnicas como negros, índios, etc.; e milhões de crianças sem acesso a escolarização devido ao trabalho infantil (DELORS, 2003, p. 125).

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 2007, p. 10) dispõe que a segurança social precisa ocorrer com igualdade e sem discriminação e prevê no parágrafo 29, a obrigação dos Estados de promover as condições de igualdade entre homens e mulheres. Não deverá ocorrer discriminação em razão de raça, cor, sexo, idade, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, posição econômica, nascimento, deficiência física ou mental, estado de saúde (inclusive

aidéticos), orientação sexual, estado civil ou qualquer condição política e social que diminua a fruição da segurança social.

Estas disposições revelam-se amplas e direcionadas no sentido de coibir qualquer tipo de discriminação a indivíduos ou grupos humanos. É corrente que nestas situações específicas, geralmente há a maior necessidade de atuação do Estado diante da vulnerabilidade a que estão sujeitos.

O Comitê (ONU, 2007, p. 2,9) na Observação Geral nº 19, ao tratar da segurança social, enfatiza que esta deve proporcionar proteção social e ter caráter redistributivo para a diminuição da pobreza e a promoção da inclusão social, especialmente para os grupos marginalizados e desfavorecidos.

A promoção da igualdade e a não discriminação deve permear todas as políticas e programas destas decorrentes, objetivando que essa proteção dos grupos e pessoas forneça ferramentas para ultrapassar essa situação de vulnerabilidade, incluindo-os na perspectiva de desenvolvimento pessoal e de contribuição para o desenvolvimento do próprio Estado.

Por seu turno, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho - OIT, na Recomendação sobre pisos de proteção social, 2012 de nº. 202 (OIT, 2012, p. 36-38) orienta que os Estados utilizem pisos mínimos para proteção social levando em conta ao menos certas garantias básicas de proteção social como o direito à saúde e segurança social que proporcione às crianças renda básica que atenda a alimentação, a educação e os cuidados e outros bens e serviços necessários. Tendo como horizonte reais mudanças para o futuro, a OIT dedica uma atenção especial para garantir os direitos das crianças.¹⁰

A implantação de pisos mínimos não é um fato isolado de um determinado Estado, mas fruto de decisão tomada por um conjunto de países

¹⁰ 5. Los pisos de protección social mencionados en el párrafo 4 deberían comprender por lo menos las siguientes garantías básicas de seguridad social: [...] b) seguridad básica del ingreso para los niños, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios; [...] (OIT, 2012, p. 37).

nas organizações internacionais, diante da pungente realidade de pobreza e falta de assistência em que se encontram milhões de pessoas no mundo. A preocupação para que esta realidade de miséria não se perpetue é a busca da transformação da situação, em especial, em relação às crianças.

Quando o Estado define as garantias básicas para a segurança social, segundo a OIT (2012, p. 37-38) deve levar em conta, dentre outros, que a renda básica permita viver com dignidade. Os níveis mínimos de renda podem corresponder ao valor de um conjunto de bens e serviços necessários, limites de renda previstos para o acesso à assistência social ou estabelecidos pela legislação.

O Brasil em consonância com o previsto nos documentos internacionais sobre segurança social também implementa programa de transferência de renda buscando assegurar um piso mínimo para aqueles que se encontram em maior vulnerabilidade social, conforme se verá a seguir.

1.2 PROBLEMA: O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA E A COMPATIBILIDADE DO DUPLO PAPEL ASSISTENCIAL E PROMOCIONAL

Na realidade socioeconômica brasileira fez-se necessária a utilização de políticas públicas para diminuir as disparidades e a pobreza existentes. Após a Constituição de 1988, isto ocorreu com maior frequência com a implementação de diversos programas de cunho social, com diferentes nomenclaturas, mas com maior abrangência ao ser criado o Programa Bolsa Família¹¹- PBF.

O Programa Bolsa Família- PBF, criado em 2004, respalda-se na Lei nº 10.836 em 9 de janeiro de 2004, e é um programa de renda mínima¹², a ex-

¹¹ O Programa Bolsa Família foi criado por meio da Lei nº 10.836 em 9 de janeiro de 2004. O Decreto que regulamentou essa lei foi o de nº 5.209 de 17 de setembro de 2004.

¹² Na Europa, do ano de 1933 em diante, vários países instituíram programas de renda mínima. Os programas de renda mínima surgiram no século XX, nos países desenvolvidos, como uma consolidação do Estado de bem estar. O objetivo dos programas de renda mínima é criar uma proteção

emplo dos existentes em outros países em seguimento a recomendações de organismos e documentos internacionais. O PBF está em consonância com a Constituição Brasileira de 1988¹³ objetivos fundamentais, a erradicação da pobreza.

O Programa Bolsa Família além de ser um programa que busca erradicar a situação de extrema miséria da população também tem as chamadas condicionalidades. Ou seja, para permanecer no programa a pessoa e/ou família precisa preencher alguns requisitos na área de educação e saúde.

Estes mecanismos denominados condicionalidades estão previstas no artigo 3º da Lei 10.836/2004 que criou o PBF.¹⁴ Os beneficiados deste programa, conforme suas características, deverão realizar o exame pré-natal, realizar acompanhamento nutricional, acompanhamento de saúde, ter frequência escolar de 85% (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento de ensino regular e outras se previstas em regulamento.

No que tange ao direito à educação, o que impacta diretamente é o mecanismo de exigência da frequência escolar. Ela é de 85%, isto é acima dos demais alunos que tem que apresentar a frequência mínima de 75%. Infere-se que este maior tempo do aluno no estabelecimento de ensino resultará em melhores condições de ensino-aprendizagem.

No ano de 2007, os municípios confirmaram o seu compromisso no acompanhamento da condicionalidade em educação, comprometendo-se com o envio dos registros da frequência escolar regularmente ao Ministério da Educação e Cultura - MEC. Isso ocorreu por meio do Plano

social para as populações mais necessitadas por meio de uma transferência de renda complementar (ZIMMERMANN; SILVA, 2008, p. 1-3).

¹³ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁴ Art. 3º - A concessão dos benefícios dependerá do cumprimento, no que couber, de condicionalidades relativas ao exame pré-natal, ao acompanhamento nutricional, ao acompanhamento de saúde, à frequência escolar de 85% (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento de ensino regular, sem prejuízo de outras previstas em regulamento.

de Metas “Compromisso Todos Pela Educação” consubstanciado no decreto nº 6.094 de 24 de abril de 2007.

O decreto nº 6.094/2007,¹⁵ em seu artigo 2º, dispõe sobre as diretrizes para participação da União com incentivo e apoio à implementação, por Municípios, Distrito Federal, Estados dos respectivos sistemas de ensino. Esse diploma legal traz no item II sobre frequência escolar e no V referente o combate à evasão. Frisa-se que a escola deverá efetuar o acompanhamento individual da frequência escolar, bem como buscar os motivos da não-frequência e empreender esforços para superá-los, buscando combater a evasão escolar.

O PBF concilia no mesmo programa ações para efetivação da segurança social e da educação. Está contribuindo para a efetivação do direito à educação, por meio da prevenção à evasão escolar e complementado valores na busca da garantia de renda mínima, objetivando combater a fome e promover acesso a outros serviços públicos como, por exemplo, o direito à saúde.

As condicionalidades revelam-se de suma importância por exigir, mas ao menos tempo proporcionar às famílias a sua efetiva participação no Programa Bolsa Família. Se por um lado os pais devem acompanhar a frequência escolar de seus filhos e as demais condicionalidades, na mesma perspectiva, é muito importante o acompanhamento realizado pelo Setor Público. Mais propriamente os municípios fazem o acompanhamento das famílias beneficiárias do PBF com outras vulnerabilidades sociais, e mais ainda as que não cumpriram as condicionalidades de saúde e educação, resultando em suspensão do benefício (IPEA, 2000, p. 57).

¹⁵ Art. 2o A participação da União no Compromisso será pautada pela realização direta, quando couber, ou, nos demais casos, pelo incentivo e apoio à implementação, por Municípios, Distrito Federal, Estados e respectivos sistemas de ensino, das seguintes diretrizes: [...] III - acompanhar cada aluno da rede individualmente, mediante registro da sua frequência e do seu desempenho em avaliações, que devem ser realizadas periodicamente; [...], V - combater a evasão pelo acompanhamento individual das razões da não-frequência do educando e sua superação;

A atuação dos entes públicos quanto ao monitoramento das condicionalidades podem reduzir as dificuldades que impedem ou tornam difícil o acesso das famílias aos serviços de saúde e educação. Dessa forma em muitos casos estas pessoas podem ser reinseridas no programa, bem como em outros que se apresentem necessários.

Mostra-se importante a inserção da condicionalidade da frequência escolar no Programa Bolsa Família, tendo em vista o benefício proporcionado pela segurança social e pela educação. Barbosa Filho e Pessoa (2008, p. 21) calcularam que a taxa interna de retorno (TIR) da educação ao ano é em torno de 15%. A educação contribui, dentre outros, com o aumento de renda das pessoas e proporcionando mais saúde.

Quanto à prevenção da evasão escolar relacionada com o PBF, encontram-se pesquisas com diferentes metodologias e prismas de análise. Brandão, Pereira e Dalt (2013, p. 215-232) realizaram pesquisa qualitativa e obtiveram o entendimento dos entrevistados referente o Programa Bolsa Família nas cinco regiões do Brasil. Quase a totalidade dos entrevistados apontou melhoras na frequência de crianças e adolescentes e diminuição da evasão escolar. Indicaram, dentre outros, como pontos positivos, as melhorias no controle da família sobre a frequência e a articulação inter-setorial entre diversas políticas públicas que podem favorecer o aluno.

Os estudos mostram aspectos positivos e negativos do PBF. Quanto ao Programa Bolsa Família, não há uma unanimidade dos pesquisadores, quanto ao mesmo. Embora nem todos avaliem positivamente o sucesso do Programa Bolsa Família, em geral, admite-se que há contribuição do mesmo para a permanência do aluno no sistema de ensino e para a diminuição da evasão escolar e portanto para a efetivação do direito à educação.

1.3 A ASSISTÊNCIA EM ESPÉCIE E EM INCENTIVO AO ESTUDO: RESULTADOS PELA EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA DE ESCAPE DA SITUAÇÃO DE POBREZA

A implantação de pisos de proteção social, quando da sua necessidade, tem sido recomendada internacionalmente. A própria globalização que muitas vezes provoca desemprego e perda de renda para as pessoas, tem sido elencado como motivo para que se implementem políticas públicas para mitigar estes efeitos.

A ocorrência de impactos sociais negativos derivados de mudanças provocadas advindas da globalização, pode tornar necessários esforços para minimizar seus impactos negativos. São exemplos, o desemprego e a desagregação das formas tradicionais de produção nas comunidades, por conta da globalização e tornando necessárias políticas públicas que requalifiquem as pessoas para inseri-las novamente no mercado de trabalho, além da montagem e fortaleça a rede de proteção social (IPEA, 2012, p. 27). Se em situações pontuais são necessárias políticas públicas de proteção social, quanto mais em situações crônicas observadas no Brasil, em que gerações e mais gerações estão desassistidas e sem oportunidade de acesso a uma renda que lhes assegure uma vida digna.

O Banco Mundial até o decênio de 1960 convergia a sua atuação na meta de promoção do crescimento econômico para o desenvolvimento dos países. Dessa forma, até o decênio de 1960, este órgão tinha a educação e a saúde como de menor importância. Isso foi alterado a partir do decênio de 1970 com George Woods (1963-1968) e decisivamente, na gestão de Robert McNamara (1968-1981). O Banco Mundial aumentou os investimentos em projetos sociais, especialmente no setor educacional, na saúde e no desenvolvimento agrícola, tidos como relevantes para o desenvolvimento (BUENO; FIGUEIREDO, 2012, p. 2-3).

Dada a importância da educação não somente para o desenvolvimento humano pessoal, mas também para o desenvolvimento econômico dos Estados no mundo, foi desencadeada essa mudança de postura pelo Banco Mundial com o direcionamento de investimentos para esta área.

A educação é um dos sustentáculos para a democracia. É inadmissível um Estado Democrático de Direito que não tenha na educação uma forma de assegurar a própria continuidade do Estado de Direito. A educação e a democracia acham-se intrinsecamente ligadas, sendo que uma corrobora para a existência da outra. Não somente a educação se vale da democracia, mas também a democracia ocorre por meio da educação (ALVAREZ, 2010, p. 222-223).

O PBF é um programa assistencial que inovou no Brasil, em consonância com outros países, ao possibilitar renda sem a prévia obrigação de vinculação ao trabalho. Há uma expressiva participação dos beneficiários do Programa Bolsa Família no mercado do trabalho, mas se trata de uma participação precária. Auferem uma renda insuficiente para sustentar-se e as suas famílias e o PBF funciona como uma complementaridade de renda (IPEA, 2014, p. 66).

Esta situação de baixa renda procurar ser combatida pelo PBF por um lado com o pagamento de determinado valor e por outro com a exigência do cumprimento de condicionalidades na área de educação e saúde. O valor em dinheiro destina-se a suprir algumas das necessidades da família beneficiada. Já as condicionalidades do Programa Bolsa Família buscam superar a pobreza intergeracional, proporcionando melhores condições de saúde e educação, há forte probabilidade que estas pessoas possam com um melhor nível de ensino auferir melhores salários e alcançar sua autonomia.

3 CONCLUSÃO

Apesar de dificuldades para a efetivação dos direitos sociais, verificou-se a grande relevância de que são providos a educação e a segurança social. Ambas são relevantes para o desenvolvimento humano, social e econômico e deveriam ser levados em alta consideração pelos diferentes Estados nacionais e principalmente pelo Brasil.

O sistema de segurança social deve ser implantado e mantido tendo por base a não discriminação por motivos de etnia, gênero, religião, opinião política ou de qualquer natureza e ainda buscando promover a igualdade de pessoas e grupos em estado de vulnerabilidade social.

No Programa Bolsa Família verificou-se a dupla finalidade. De um lado por meio da segurança social, a busca de inclusão social por meio de pagamento de valor visando a garantia de uma renda mínima, bem como a condicionalidade da saúde. Por outro, utilizando-se a condicionalidade da educação, objetiva-se garantir a frequência escolar de crianças e adolescentes.

O PBF paga um valor por família que se constitui em combate à pobreza, propiciando o acesso à alimentação e outros. Já a condicionalidade da saúde e da educação está a combater não só a miséria presente, mas buscando extirpar com a pobreza intergeracional que assola a vida de milhões de pessoas, geração após geração.

Resta incontroverso, a existência de uma estreita ligação entre a educação e a segurança social, especialmente no programa assistencial Bolsa Família. Ambos, o direito fundamental social à educação e o direito fundamental social à segurança integram-se no PBF para melhor garantir estes direitos.

A relação existente entre a educação e a segurança social é corroborada pela manifesta interdependência e indivisibilidade entre todos os direitos os direitos humanos. No caso do direito fundamental à educação e o direito fundamental à segurança social a interligação é tão estreita

que está expressa em um programa social que contempla ambos os direitos. Os *deficits* existentes em ambas as áreas são específicos, mas encontram-se interligados, assim como a solução por via de política pública que se buscou para solucioná-los.

Faz-se necessário estudar e corrigir as insuficiências das políticas públicas de educação e de segurança social não só no tangente ao Programa Bolsa Família, mas também quanto às demais, diante das desigualdades ainda existentes e para o cumprimento dos objetivos de aprimoramento das pessoas, de exercício da cidadania e de inserção no mercado laboral. O aperfeiçoamento e melhor investimento qualitativo e quantitativo é essencial, dado o protagonismo do direito fundamental à segurança social e do direito fundamental à educação na construção do desenvolvimento socioeconômico no Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

ALVAREZ, Leonardo Álvarez. **La educación en el Estado social y democrático de derecho**. El ideario educativo en la Constitución Española. In Los derechos sociales como instrumento de emancipación. Editores: Miguel Ángel Presno Linera, Ingo Wolfgang Sarlet. Espanha: Editorial Aranzadi, 2010.

BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda; PESSOA, Samuel. **Retorno da educação no Brasil**. Pesquisa e Planejamento econômico. v. 38, n.1, abr. 2008.

BRANDÃO, André; PEREIRA, Rita de Cássia; DALT, Salete da. **Programa Bolsa Família: percepções do cotidiano da escola**. Revista de Ciências Sociais, n. 38, Abril de 2013, pp. 215-232.

BUENO, Cristiane Aparecida Ribeiro; FIGUEIREDO, Ireni Marilene Zago. **A relação entre educação e desenvolvimento para o banco mundial:** a ênfase na “satisfação das necessidades básicas” para o alívio da pobreza e sua relação com as políticas para educação infantil. Agência Financiadora: CAPES. IX ANPED SUL 2012. Seminário de pesquisa em educação da Região Sul. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/ganpedsul/paper/view/1024/>>. Acesso em: 26 jul.2016.

DELORS, J. **Educação:** um tesouro a descobrir. 8. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: MEC: UNESCO, 2003. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI.

FLEURY, Sonia. “A seguridade social e os dilemas da inclusão social.” **RAP - Revista de Administração Pública** 3, no. 39 (Mai/Jun 2005): 449-469.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – **Políticas sociais** : acompanhamento e análise, v. 1 -(jun. 2000 -). – Brasília : Ipea, 2000 –v. : il.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada –Texto para discussão nº 1794. **As liberdades humanas como bases do desenvolvimento:** uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen. Maurício Mota Saboya Pinheiro. Econômica Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro: Ipea , 2012.

IPEA. **Políticas sociais:** acompanhamento e análise. Brasília, IPEA, 2014.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **A relação entre o público e o privado e o contexto federativo do SUS:** Uma análise institucional. Série políticas Sociais nº 196. CEPAL/Nações Unidas, 2014. Disponível em: < http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36759/1/S2014359_pt.pdf>. Acesso em: 15 jul.2016.

OIT - ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “**La seguridad social para todos.** La protección social suelos de construcción y sistemas de seguridad social.” Recomendación sobre los pisos de protección social), 2012, nº. 202. Organización Internacional del Trabajo, la Seguridad Social. Departamento. - Ginebra: OIT, 2012. Disponível em: < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_secSOC_34193.pdf>. Acesso em 31 jul. 2016.

ONU Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. **Observación General nº 19** - El derecho a la seguridad social (artículo 9). Comité de derechos económicos, sociales y culturales. 39º período de sesiones Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007. PIDESC, 2007. Disponível em < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_154235.pdf>. Acesso em 20 mar.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. P. 513-532. Âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais de seguridade social: o orçamento da segurança social. *In Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa/ Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva, Guido Smorto (orgs) Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.*

STRAPAZZON, Carlos Luiz; QUADROS, Francielly Glovacki de. **A exigibilidade dos direitos sociais:** Uma primeira análise da teoria de Christian Cortis. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=1fcd4doad-75c6f5c>>. Acesso em 25 mar.2016.

ZIMMERMANN, Clóvis; SILVA, Marina da Cruz. **As experiências internacionais de renda mínima na redução da pobreza.** Revista Espaço Acadêmico. nº 82, mensal, março de 2008.

A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO FORMA DE INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA¹

The social assistance as tool for implementing the right to housing

Ana Paula Goldani Martinotto Reschke*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho demonstrará a tutela jurídica referente à moradia no Brasil; a necessidade da atuação da Assistência Social para a realização desse direito; como o direito à moradia foi instituído na Constituição Federal de 1988; a existência implícita de assistência à moradia temporária nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal de 1988 no que se refere a assistência para com os desabrigados.

Qual é a dignidade que as pessoas possuem não tendo onde morar, não tendo condições para possuir uma casa que seja sua, mesmo que de forma provisória em um alojamento digno tendo em vista que essas pessoas vivem em condições de extrema pobreza? Para responder esta pergunta o estudo demonstrará as leis existentes no texto jurídico brasileiro, referente à moradia e à forma que este direito é garantido às pessoas, o programa governamental que atende a essa necessidade tão gritante na sociedade brasileira e a possibilidade da assistência social fornecer albergues e alojamentos temporários ou definidos para pessoas que vivem em situação degradante nas ruas do Brasil.

* Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc.

¹ Paper apresentado como requisito parcial de avaliação da disciplina de Direito Fundamental à Seguridade Social: Saúde, Previdência e Assistência Social, ministrada pelo Professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon, mar-jul de 2016, Unoesc, Chapecó-SC.

Em uma primeira parte se apresenta sinteticamente o conceito de moradia, como este direito era tratado na antiguidade, a forma como o direito à moradia veio a integrar o texto constitucional brasileiro e as leis esparsas e codificadas. Será esclarecido que apesar de o referido direito não ser um direito absoluto, possui amparo legal.

A importância deste trabalho decorre da possibilidade de se obter uma visão, mesmo que superficial, dos assuntos referidos a partir do texto legal de cada lei ou artigo, eis que por meio da conceituação apresentada pelos mesmos se busca formular um conceito de dignidade da pessoa humana na sociedade pós moderna relativamente às questões de moradia.

O direito à moradia é atendido e resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro de forma a atender os anseios e medos do cidadão desse país. Ter um lugar para permanecer e desenvolver-se está ligado aos anseios do indivíduo, pois para alcançar as necessidades básicas da vida - como relaxar, trabalhar, educar-se. Se faz necessário um lugar fixo e amplamente reconhecido por todos.

Nos primórdios qualquer lugar era local para estabelecer como abrigo: uma possível caverna, uma árvore. Contudo, o desenvolvimento da sociedade, a crescente globalização e o capitalismo desenfreado fez com que a cultura do povo brasileiro se modificasse e desse a ele a ideia de que todos necessitam de uma casa própria, acarretando uma segregação social em relação aos menos favorecidos.

Desse modo, o direito à moradia passou de direito de todos para apenas direito dos mais favorecidos. E quando fornecido à minoria, na maioria dos casos, não abrange o perfeito desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

1 A TUTELA DO DIREITO À MORADIA NO BRASIL: CONCEITO DO TERMO MORADIA

Conceituar o termo moradia é muito amplo e complexo. Não pode-se dizer que moradia é somente ter uma casa própria, pois a moradia precisa ser digna, precisa proporcionar o bem-estar das famílias, com conforto. Todo ser humano necessita de um local que lhe proteja das intempéries, chuva, vento, calor, frio, assim como um espaço para que a sua vida íntima esteja protegida do restante da sociedade². Francesco Carnelutti, “... e a casa é um interesse fundamental do homem, e até da sociedade, porque fornece o ambiente dentro do local a família, que é a célula da sociedade, pode realizar o milagre, não somente da propagação da espécie quanto indivíduo.”³ Dessa forma, entende-se que a moradia não basta ser um teto com paredes, mas sim um lugar provido de infraestrutura básica e com acesso aos meios necessários para o indivíduo se desenvolver. Vale ressaltar que dessa noção de abrigo, nascem outros direitos como o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à segurança, assim como os direitos sociais à saúde, educação, trabalho, lazer, etc.

Cabe ainda demonstrar que o direito à moradia, para ter eficácia jurídica e social, necessita da ação positiva do Estado, que deverá implementar políticas públicas habitacionais voltadas à concretização deste direito para garantir uma sadia qualidade de vida a toda população, como condição imposta pela Constituição Federal. Caminha-se, dessa forma, para consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, principalmente no que se refere à erradicação da pobreza, marginalização e diminuição das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CF).

² PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o direito à moradia: *um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia*. Porto Alegre. Editora EDIPUCRS, 2009. p. 118.

³ CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica (Editora Líder), 2003. p. 13.

O direito à moradia está diretamente ligado ao crescimento político, social e econômico da humanidade. O Código de Hamurábi já tratava do direito à moradia, no século XVIII a.C. Durante a época greco-romana, o urbanismo era limitado à construção de moradias em lugares próximos de fontes de água potável para o abastecimento básico da família. No continente europeu, no século XIII, as cidades tornaram-se centros comerciais e as muralhas serviam de proteção contra os inimigos e invasores. A Revolução Industrial, iniciada, na Grã-Bretanha, na década de 1780, fez com que a população rural fosse para a cidade, ocorrendo assim um crescimento desenfreado e sem precedentes⁴.

2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A busca pelo fim da desigualdade permite que as sociedades politicamente organizadas garantam um mínimo de bem-estar para todos, baseando-se basicamente na justiça social⁵. Dentre estes direitos proporcionados está o direito à moradia, inserido no artigo 6º da Constituição Federal pela EC nº 26/2000, que significa garantir a todos um lugar para morar, se abrigar. Dessa forma, a proteção da dignidade da pessoa humana evidenciada no artigo 1º da Carta Magna, como fundamento da República Federativa do Brasil, adquiriu robustez com a menção do direito à moradia inserido no artigo 6º da mesma Carta.

A Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2000 foi promulgada em virtude do caos social que o Brasil estava passando. O aumento de habitações irregulares de forma descontrolada nos grandes centros urbanos do país; a falta de saneamento básico; o inadequado sistema de educação e de saúde pública; e muitas outros fatores que não permitiam

⁴ CANUTO, Elza Maria Alves. Direito à moradia urbana

⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 10.

um ambiente salutar e agradável para a vida cotidiana destas pessoas socialmente excluídas foram algumas das causas desta reforma constitucional.

O direito à moradia veio a ser positivado com a emenda constitucional, que demorou doze anos para ser inserida no texto constitucional. O Brasil teve uma resistência muito grande em acrescentar o direito à moradia no rol dos direitos fundamentais, mesmo que este já estivesse implícito na Constituição Federal, tendo em vista o princípio da dignidade humana.

Além disso, tendo em vista o crescimento dos assentamentos urbanos, pessoas vivendo nas ruas sem ter o mínimo de segurança e dignidade, pois vivem em baixo de pontes, viadutos, etc. A falta de previsão constitucional fez com que a Agenda Habitat II⁶ exigisse, em caráter quase que emergencial uma Emenda Constitucional para incluir o direito à moradia entre os direitos sociais. Segue trecho do texto extraído da carta enviada ao Presidente da República pelos integrantes da Comissão Mista Especial de Combate a Pobreza para análise e aprovação da respectiva Emenda Constitucional:

Não foi sem razão, portanto, que a Comissão Mista Especial de Combate à Pobreza, instituída com a finalidade de estudar as causas das desigualdades sociais e apresentar soluções legislativas para erradicar a pobreza, concluiu, após ouvir dezenas de especialistas, inclusive autoridades governamentais, pela inclusão de programas habitacionais entre as atividades que deverão merecer recursos do Fundo Constitucional específico por ela proposta. De fato, prover o acesso dos brasileiros pobres a padrões adequados de segurança alimentar, de saúde, de educação, assim como assegura às famílias carentes condições de acesso à habitação condigna, significa reduzir a iniquidade na distribuição de renda nacional.

⁶ A Conferência Habitat II - ou Cúpula das Cidades - última das cúpulas mundiais deste século, realizou-se vinte anos após a primeira (Vancouver, Canadá, 1976). Ela teve como objetivo principal atualizar os temas e paradigmas que fundamentam a política urbana e habitacional, com vistas a reorientar a linha de ação dos órgãos e agências de cooperação internacional para estes temas, incluindo a do próprio Centro das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos – Habitat. <http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-anteriores/cidades-o-brasil-e-o-habitat-ii>, acessado em 19 de julho de 2016, às 10h e 57min.

Atualmente não existe mais dúvida de que o direito à moradia é um direito autônomo, considerado até mesmo um direito de personalidade, pois sem esse direito a pessoa humana teria dificuldades em desenvolver a sua personalidade, tendo por base o direito do mínimo existencial. Se faz necessário ressaltar que o direito à moradia não se confunde ao direito de propriedade, pois são direitos distintos⁷.

O direito à moradia, como integrante do rol dos direitos sociais. Precisa da ação positiva do Estado, através da execução das políticas públicas⁸, promovendo projetos habitacionais para atender a classe social que vive em condições de moradia precária.⁹ As políticas públicas atuam e intervêm na vida social com a finalidade de estender os direitos fundamentais a todas as pessoas de uma sociedade. Além da positivação dos direitos sociais nos textos jurídicos, faz necessária sua efetivação através de políticas públicas e demais instrumentos disponíveis...

Os direitos sociais somente serão realizados através de um conjunto de condições econômicas, sociais e culturais, tidos como pressupostos fundamentais. O autor português, Canotilho, com base na constituição portuguesa, demonstra que:

Os direitos são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas. Assim, o direito à segurança social (art. 63º), o direito à saúde (art. 64º), o direito à habitação (art. 65º), são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos e garantias¹⁰.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Ed. Sairava/Almedina, 2013.

⁸ A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição política de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. Op cit. GRAU, Eros Roberto.

⁹ GRAU, Eros Roberto. Ordem econômica na Constituição de 1988. 3. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 476.

Nesse sentido, pode-se dizer que o direito social e civil andam em compasso, pois os direitos de liberdade serão tão mais efetivos quanto mais estiverem amparados pelos direitos sociais: direito à saúde, à subsistência, à educação, à moradia, à informação, etc. Sem a satisfação desses direitos mínimos, os direitos políticos e os direitos de liberdade ficam fadados a permanecer apenas na teoria¹¹.

Após a inserção do direito à moradia na Constituição Federal de 1988, como um direito social fundamental, está garantida a sua inalterabilidade, com base no artigo 60, §4º, IV da Lei Fundamental, por ter se tornado cláusula pétrea¹².

Em pleno crescimento e evolução de direitos ao redor do mundo, o Estado tem a obrigação de reconhecer alguns deles, e ao que tange a habitação condigna, não poderia ser diferente. O Estado deve garantir que nenhuma medida seja tomada antes de observar os direitos fundamentais inerentes ao ser humano¹³. Esta obrigação de garantir tais direitos, implica também na implantação de medidas legislativas, conjuntamente com políticas adequadas que assegurem a moradia digna aos cidadãos brasileiros.

Tendo essa informação como base, seria óbvio afirmar que se a intenção de um Estado, é crescer e atender as necessidades básicas da sua população, seria conveniente proporcionar, principalmente às pessoas que vivem em habitações desfavoráveis ou sem ela, uma prioridade de tratamento. Afinal, proporcionando uma moradia adequada, vários outros direitos fundamentais serão protegidos.

Logicamente, é preciso lembrar que cabe primeiramente ao ser humano tomar conta de si mesmo, buscando por todos os meios possíveis

¹¹ MORAES, José Luis Bolzan de e Guilherme Valle Brum. Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional, entre direito, deveres e desejos. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2016, p. 34.

¹² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais.

¹³ ZANETTE, Valéria R. Direito humano à habitação condigna. Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris, 2014, p. 91.

para obter uma vida digna e não simplesmente esperar que o Estado faça tudo em seu favor.

No que se refere ao direito de defesa ou ação negativa, este impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outro cidadão comum, exemplo disso seria a impenhorabilidade do bem de família ou até mesmo a não intervenção na participação popular, na qual é exercido o direito fundamental de reunião e associação nas matérias relacionadas ao direito de habitação¹⁴.

Se, por acaso, essa violação à moradia, ocorrer de forma violenta ou injusta, cabe ao poder público competente atuarem de forma a impedir outras infrações, assim como garantir aos lesados acesso aos meios jurídicos que lhe permitam a reparação dos danos sofridos¹⁵.

Dessa forma, cabe ao Estado assegurar mecanismo de execução judicial, administrativos ou políticos, através de “Leis de auxílio”, que permitam o acesso daqueles que foram vítimas de violação em seu direito à habitação condigna.

Apesar de não ser permitido a invasão do Estado na vida privada do cidadão brasileiro, em muitas vezes isso se faz necessário: os casos de despejo forçado das residências que se encontram em locais de risco, ocupações irregulares em terrenos ou imóveis públicos ou particulares, a construção de hidrelétricas, dentre muitos outros aspectos que forcem o Ente a intervir em casos extremos. Entretanto, cabe ao Estado zelar, em caso de despejo forçado, pela dignidade das pessoas vulneráveis, sendo elas: mulheres, crianças, idosos, deficientes físicos, indígenas, minorias étnicas, entre outros¹⁶.

No que tange o direito positivo ou de ação, seriam as políticas públicas desenvolvidas pelos entes estatais que garantam a todos um direito de moradia digno ou minimamente garantido, podendo ser citado como

¹⁴ ZANETTE, Valéria R. Op. Cit.

¹⁵ ZANETTE, Valéria R. Direito humano à habitação condigna. Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris, 2014, p. 96.

¹⁶ ZANETTE, Valéria R. Op. Cit.

exemplo o Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10/07/2001) que visa oferecer a população diretrizes constitucionais sobre política urbana, contribuindo assim, com o verdadeiro direito à cidade politicamente organizada¹⁷. Ou, indo mais além, quanto à obrigação de proteção e ação positiva do Estado, é a questão referente à privatização de serviços públicos, devendo o Estado proteger a população contra manutenção arbitrária que dificulte o acesso da população em geral a serviços básicos como o fornecimento de água, energia elétrica, coleta de lixo, etc.

Os direitos sociais, conhecidos como os direitos de segunda geração, foram consagrados como direitos fundamentais, na passagem do Estado Liberal, “consagrado pela expressão francesa *laissez-faire, laissez-passer*, para o Estado de Bem-estar social, também conhecido como *Welfare State*.”¹⁸

Assim sendo, para a concretização efetiva do direito à moradia, que é um direito humano e estando ele positivado na legislação nacional e internacional, cumpre a todos zelar pela sua efetivação. Tanto governantes quanto sociedade civil devem, juntos, se articular na busca por soluções. Mobilização seria a palavra adequada. Todos fazendo sua parte para a realização dos direitos humanos.

3 FUNDAMENTOS LEGAIS DO DIREITO À MORADIA

Analisando os diplomas jurídicos existentes em nosso ordenamento jurídico, verifica-se que vários deles tratam do direito à moradia e tentam, de diversas formas, efetivar tal direito. Abaixo será tratado brevemente sobre as principais leis e políticas que versam sobre o tema.

Inicialmente, pode-se referir a garantia dada pelo Estado brasileiro através da Lei 8.009 de 29 de março de 1990, quanto à “*impenhora-*

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit.

¹⁸ MEIRELES, Ana Cristina Costa. A eficácia dos direitos sociais. Salvador: JusPodvim, 2008.

bilidade do bem de família”, segundo a qual o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, embora prevendo algumas exceções a tal impenhorabilidade, mas sem alterar os objetivos principais da legislação. Cabe referir que a jurisprudência ampliou os contornos dados ao instituto, a partir de um conceito extenso de família¹⁹. É oportuno salientar que essa impenhorabilidade se refere à moradia digna, necessária para suprir as necessidades básicas da família e oferecê-la o conforto necessário para a sua dignidade, diferente de quando o devedor residir em um “palácio” ou “mansão”, o que gera muitos debates sobre a matéria. Através disso, o Estado, “respeitará” o direito de moradia daqueles que já a possuem, impedindo sua indevida expropriação para pagamento de dívidas. Pode-se consignar que tal legislação representa espécie de sopesamento feito pelo legislador, segundo o qual o direito à moradia se mostrar superior ao direito de satisfação de determinados créditos.

Cite-se, também, a Lei 8.245, de outubro de 1991, Lei de locações, também se enquadra na tutela do direito à moradia no Brasil, tendo em vista que esta regula a forma de moradia em uma propriedade de terceiro. O motivo de citá-la como uma forma de direito à moradia é no sentido de que muitas vezes o cidadão não quer ser proprietário de um imóvel,

¹⁹ A impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º, da Lei n.º 8.009/90, visa resguardar não somente o casal, mas a própria entidade familiar. 2. A entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessearte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. (...) 3. Com efeito, no caso de separação dos cônjuges, a entidade familiar, para efeitos de impenhorabilidade de bem, não se extingue, ao revés, surge uma duplicidade da entidade, composta pelos ex-cônjuges varão e virago. 4. Deveras, ainda que já tenha sido beneficiado o devedor, com a exclusão da penhora sobre bem que acabou por incorporar ao patrimônio do ex-cônjuge, não lhe retira o direito de invocar a proteção legal quando um novo lar é constituído. 5. A circunstância de bem de família tem demonstração juris tantum, competindo ao credor a prova em contrário. (REsp 859937 SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2007, DJ 28/02/2008, p. 74)

achando mais conveniente viver de aluguel, em outros casos a ausência de recursos faz com que algumas pessoas sempre morem de aluguel. A referida lei estabelece requisitos que devem ser obedecidos para que o cidadão não tenha o seu direito à moradia lesado, exemplo é o aviso do direito de preferência que o locatário possui sobre o imóvel em caso de estar em oferta de venda.

O direito de preferência, disciplinado no artigo 27 da Lei de Locações, estabelece que o locatário terá preferência na aquisição do imóvel locado, em igualdade de preço e condições conforme o disposto no artigo 27 da referida Lei, no caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

Porém, para que essa preferência seja efetivamente respeitada, deve estar averbado na matrícula do imóvel. Caso o contrato não esteja averbado, o locador poderá vender o imóvel sem respeitar a preferência do locatário na aquisição, restando ao locatário reclamar perdas e danos. Uma vez averbado o contrato, com pelo menos 30 dias anteriores à venda, o locatário poderá, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, tomar o imóvel para si, num prazo de seis meses a contar do registro da transferência conforme previsto no artigo 33, da Lei nº 8.245/91.

Da mesma forma se o contrato tem tempo determinado, o proprietário não poderá pedir a devolução do imóvel ao locatário antes do final do prazo estipulado (salvo exceções), sem que tenha de restituir a ele valores devido a esta quebra do contrato.

Quando se encerra o prazo de um contrato por tempo determinado sem que o locador peça o imóvel de volta e sem que o locatário o devolva, entende-se que passou a ser um contrato por tempo indeterminado,

ficando o locador atrelado aos 30 dias de aviso prévio para que o locatário desocupe o imóvel.

No dia 09 de outubro de 2001 entra em vigor a Lei federal 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade – que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e estabelece diretrizes gerais da política urbana. A partir desse diploma normativo o Estado brasileiro passou a contar com diversos mecanismos legais para conter as moradias irregulares e garantir à população um lar digno²⁰.

Consigne-se que, dada a relevância do direito à moradia, em 1º de janeiro de 2003 foi criado o Ministério das Cidades²¹. O Ministério das Cidades é um ministério brasileiro criado com os objetivos de combater as desigualdades sociais, transformar as cidades em espaços mais humanizados e ampliar o acesso da população a moradia, saneamento e transporte. Este Ministério conta com quatro secretárias, que versam sobre: habitação, regularização fundiária, saneamento e transporte. O principal objetivo é, por fim, nas diversas formas de habitação e outras diferenças existente em uma mesma cidade/município, tentar buscar uma forma de política pública mais integrada.

Perante o clamor das famílias que vivem em zonas de risco, áreas invadidas, moradias irregulares, pessoas que não possuem uma garantia de quanto tempo terão um teto e uma habitação, movimentos de moradia, ONGs, sindicatos e federações de categorias profissionais (engenheiros, arquitetos, geógrafos, funcionários da Caixa Econômica Federal etc.), entidades acadêmicas e de pesquisa, dentre outras que integram o Fórum Nacional da Reforma Urbana, para subscrever o projeto de lei, esse infortuno fez com que algumas destas pessoas se reunissem e apresentassem um projeto de lei de iniciativa popular (cabe salientar que foi a primei-

²⁰ PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o direito à moradia: *um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia*. EdiPUCRS, 2009, p. 111.

²¹ <http://www.cidades.gov.br/habitacao-cidades/legislacao/leis>. Acessado em 24 de janeiro de 2015.

ra lei de iniciativa popular aprovada pelo Congresso Nacional desde a Constituição Federal de 1988), subscrito com mais de 1 milhão de assinaturas e apresentado ao Congresso Nacional em 19 de novembro de 1991, tendo sido aprovado por unanimidade em todas as Comissões da Câmara dos Deputados entre os anos de 1997 e 2001. Então o projeto de Lei recebeu o nº. 2.710/1992, tendo tramitado durante 13 anos até a sua sanção pelo Presidente da República, promulgando a Lei nº 11.124 e sendo publicada em 16 de janeiro de 2005²².

A lei supracitada se refere ao Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS e objetiva atender as necessidades e o acesso à moradia digna e sustentável para a população de menor renda, envolvendo o governo Federal, Estadual, Municipal e Distrito Federal. A referida Lei possui o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS, que é administrado por um Conselho Gestor com caráter deliberativo, sendo formado de forma paritária entre órgãos e entidades do Poder Executivo e representantes da sociedade civil, sendo a Presidência do Conselho gestor exercida pelo Ministério das Cidades²³. O objetivo do FNHIS é somar todos os recursos e aplicá-los em programas de habitação popular, seja para a compra da casa própria, financiamento de material para construção, urbanização, regularização fundiária, etc.

A Lei 11.481, de 31 de maio de 2007, oriunda de medida provisória, estabelece maneiras de reconhecimento do direito de posse da população de baixa renda, permitindo-a em terras da união, haja vista que existe no país uma parcela muito grande de pessoas que vivem de forma irregular em terras da União. Também previu que instrumentos como a concessão especial e a concessão do direito real de uso pudessem ser aceitos como garantia real de financiamento habitacional²⁴.

²² PAGANI, Elaine Adelina. Op.cit p. 112.

²³ PAGANI, Elaine Adelina. Op. Cit p. 113.

²⁴ PAGANI, Elaine Adelina. Op. Cit.

No Código Civil também se evidenciam temas correlatos ao direito à moradia. Dentre eles cite-se o artigo 1.473, inciso VIII, mostra que podem ser objeto de hipoteca o direito de uso especial para fins de moradia. Com isso demonstra-se mais uma vez que o direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro não é absoluto, apesar de estar assegurado como direito fundamental no artigo 5º, §2º, e no caput do artigo 6º da Constituição Federal e que se este direito for atendido, outros direitos serão regidos, como o princípio da cidadania e o da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista os verbos garantidores dos direitos fundamentais, trazidos pela Constituição Federal de 1988, com o nascimento do Estado Democrático de Direito, nas palavras de José Afonso da Silva, pode-se dizer que os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, proporcionando uma melhor condição de vida aos mais fracos²⁵. Se faz necessário lembrar de que o Direito Constitucional não é um direito estático, e a sua adaptação as normas constitucionais são necessárias conforme o crescimento e a realidade social do país.

Mesmo tendo o Estado, a obrigação de zelar pelos direitos fundamentais da sua população, muitas vezes Esse acaba ferindo-os. Citando como exemplo o despejo forçado realizado em desfavor da população menos favorecida que por falta de oportunidade e abastamento financeiro acabou invadindo terras ou edificações públicas que se encontravam abandonadas e sem zelo pelo Ente a quem pertence. Na maioria das vezes estas famílias, não possuem outro lugar para se instalar e o Ente Público, que deveria proporcionar este abrigo temporário, acaba suprimindo desses, os direitos fundamentais a eles inerentes. O Comentário Geral n.º 4 do Comitê, que trata do direito à habitação, ressalta a incompatibilidade dos despejos forçados com as determinações do Pacto Internacional sobre

²⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 199.

os Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais, sendo justificável apenas em situações excepcionais e em conformidade com os princípios de direito internacional²⁶. Essa prática atinge diretamente a dignidade da pessoa humana, não apenas por se tratar de ato degradante, mas por ser, infelizmente a realidade de inúmeros países ao redor do mundo.

Será que a realidade do Brasil, com tantas moradias irregulares em propriedades públicas, poderia ser alvo de despejo forçado? E quanto às pessoas que não tem onde morar, que vivem cada noite em lugares sujeitos a todos os tipos de perigo? Ferindo desta forma a dignidade que há essas pessoas pertence.

Se a efetividade na fiscalização pública fosse maior ou talvez eficiente, essa prática não chegaria a tal ponto. Na maioria das vezes, após anos da invasão irregular em áreas devolutas, tendo as famílias construído suas casas com o pouco orçamento existente, criado um vínculo com os demais moradores, etc, é que o Ente Público os procura para negociações. Tais negociações nunca vão de encontro ao que as famílias desejam ou necessitam, atendendo sempre os interesses públicos. Ocorrendo assim os despejos forçados. Deixando o cidadão, que naquela condição se encontra, sem “eira e nem beira”, (tradicional ditado português usado para quem é pobre, não possui absolutamente nada de bens materiais). E, ainda, aqueles que não possuem a sua habitação ficam na mesma forma que se encontram, cada dia em um lugar. Dentre todas as demonstrações de como o direito à moradia é tutelado no Brasil, tendo em vista ser um país democrático e que possui uma Constituição “paternalista”, preocupada com o bem-estar do seu povo, seria oportuno dizer que é obrigação do

²⁶ O CDESC (Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) é órgão das Nações Unidas criado em 1985, com a finalidade de avaliar o cumprimento do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) pelos países signatários. Constituído por 18 expertos em matéria de direitos humanos, tem por função primordial analisar os relatórios remetidos pelos Estados e emitir orientações, observações finais e observações gerais. Estas cumprem o papel de uma “jurisprudência” do órgão, conquanto nenhuma das ações do Comitê tenha efeito vinculante para os Estados. <http://www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/WhatWeDo.aspx>. Acessado dia 13/02/2016.

Estado, de forma interventiva e positiva proporcionar o direito à habitação, facilitando ou efetivamente proporcionando-a. Deve proporcionar o crescimento progressivo de sua população. Do compromisso do Estado para com a sociedade, nasce políticas públicas com a finalidade de promover o bem-estar e a igualdade de sua nação.

Em relação a isso, se faz necessário citar os artigos 203 e 204 da Constituição Federal de 1988, na seção IV que se refere à Assistência Social²⁷.

Tendo em vista ser a Constituição de 1988 fruto de uma renovação democrática, com o objetivo de “erradicar a pobreza, acabar com a marginalização e reduzir a desigualdade social”, os referidos artigos supracitados são capazes de atender as necessidades básicas dos cidadãos que vivem em extrema necessidade e pobreza, independente de contribuição previdenciária.

²⁷ 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.

Artigo 204 da Constituição Federal de 1988

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.

Parágrafo único. É facultado 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, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

^I - despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

^{II} - serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

^{III} - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

A política de segurança social permite a possibilidade dos Estados Federados e o Distrito Federal destinarem parte da arrecadação tributária líquida aos programas de assistência social.

Os direitos previstos nestes artigos não se tratam apenas de direitos fundamentais, mas sim de direitos obrigatórios para a existência humana. Estão vinculados ao mínimo existencial para a sobrevivência do ser humano, tratando-se de um direito social que abrange principalmente o grupo de social politicamente vulnerável.

Nesse caso a ação positiva do Estado por meio da assistência social com relação a segurança social de pessoas vulneráveis a certos direitos deve ser aplicada de forma individual, analisando a necessidade de cada pessoa e a situação em que se encontra. Mas ao mesmo tempo deve ser observado se existe algum impacto social causado à coletividade.

Nelson Saule Júnior²⁸, menciona que o Estado brasileiro no que diz respeito à política habitacional tem a obrigação de instituir organismos, constituir legislações, programas e planos de ações efetivos, para que seja possível garantir os direitos sociais para a população.

Nesse sentido, a efetivação do direito à moradia por meio de políticas públicas e programas sociais realizados pela Assistência Social seria fundamental para a erradicação de moradores de rua, pessoas que vivem em condições degradantes a cada dia.

Essa ideia é mencionada pelo fato de que muitos municípios brasileiros não possuem albergues e alojamentos municipais para abrigar as pessoas nas condições de desabrigados. Através dessa norma constitucional e a valorização dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana deveria ser obrigatória a existência dessa possibilidade de segurança social, mesmo que de forma temporária.

²⁸ SAULE JÚNIOR, Nelson. O tratamento constitucional do plano diretor como instrumento de política urbana. Direito Urbanístico. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

O Estado brasileiro conta com o programa “Minha Casa, Minha Vida”, que favorece pessoas de baixa renda. Programa regido pela Lei 12.424 de 16 de junho de 2011²⁹, que dispõe sobre a possibilidade das pessoas interessadas fazerem parte do programa que visa regularizar as moradias irregulares e até mesmo oferecer oportunidade para as famílias que vivem em condições desfavoráveis a uma vida digna, tanto na área urbana quanto rural.

Na modalidade urbana, existem duas faixas de renda contempladas. São elas: Famílias com renda até R\$ 1.600,00 na qual a Caixa oferece a vantagem de financiamento em até 120 meses, com prestações mensais de 5% da renda bruta da família, sendo o valor mínimo da parcela de R\$ 25,00. A garantia para o financiamento é o imóvel que você vai adquirir. Desta forma o imóvel não pode ser vendido ou alugado, pois estará alienada a Caixa Federal, ente financiador.

Já em uma modalidade mais avançada, famílias com renda até R\$ 6.500,00 a Caixa oferece diversas opções de financiamento para a família. Possibilitando o pagamento em até 30 anos, com taxas de juros baixos.

É necessário o cadastramento da família interessada, desde que tenha renda R\$ 1.600,00 na prefeitura da sua cidade ou numa entidade organizadora para iniciar o processo de seleção.

Quanto as famílias com renda mensal até R\$ 6.500,00, além de poder contratar por meio de uma entidade organizadora, pode também contratar de forma individual, para isso é só fazer a simulação, para saber quanto você poderá investir, entregar a documentação em um Correspondente Caixa ou na própria agência Caixa, posteriormente o cadastro será avaliado. As famílias selecionadas pelas prefeituras e validadas pela Caixa

²⁹ É uma iniciativa do Governo Federal que oferece condições atrativas para o financiamento de moradias nas áreas urbanas para famílias de baixa renda. Em parceria com estados, municípios, empresas e entidades sem fins lucrativos, o programa vem mudando a vida de milhares de famílias brasileiras. É oportunidade para quem precisa e mais desenvolvimento para o Brasil. <http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/urbana/Paginas/default.aspx>. Acessado em 14 de fevereiro de 2016.

serão comunicadas sobre a data do sorteio das unidades e da assinatura do contrato de compra e venda do imóvel.

Serão priorizados, independentemente de sua localização ou porte populacional do município, os projetos destinados a atender demanda habitacional decorrente de:

-Crescimento demográfico resultante do impacto de grandes empreendimentos.

-Situação de emergência ou de calamidade pública declarada por Decreto Municipal e reconhecida por Decreto Estadual e Portaria da Secretaria Nacional de Defesa Civil do Ministério da Integração Nacional. Representantes do Poder Público, de entidades sem fins lucrativos ou empreendedor da área de construção civil, pode ser parceiro do Minha Casa Minha Vida e ajudar a mudar a realidade do Brasil. Diante do todo o exposto é perceptível que o programa Minha Casa Minha Vida pode fazer muito pelos Estados ou Municípios.

Entidades sem fins lucrativos, também podem auxiliar no processo, ajudando e orientando as pessoas sobre os procedimentos necessários para desenvolver o contrato de adesão, contribuindo assumindo as funções de ordenar e apoiar as famílias durante todas as etapas do processo³⁰.

Com todas as informações narradas, pode-se afirmar que o direito à moradia digna vai muito mais além do que realmente parece. As leis existente são eficientes na escrita, mas na realidade de uma pátria patrimonialista, como é a brasileira, proporcionar uma moradia adequada, nas áreas públicas que a invasão tomou conta, vai muito além de simplesmente autorizar a concessão de posse para fins de moradia, mas sim proporcionar infraestrutura básica (rede de esgoto, abastecimento de água potável, transporte, saúde, educação, coleta de lixo, iluminação pública, etc.) para que as pessoas que ali residem possam ter a sua dignidade reconhecida.

³⁰ <http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/rural/Paginas/default.aspx>. Acessado em 14 de fevereiro de 2014.

Também é conveniente lembrar que o programa Minha Casa Minha Vida atende pessoas que possuem alguma renda para o pagamento das prestações mensais. Isso significa que ele não atende todos os que necessitam de uma moradia. Moradores de rua não são beneficiados pelo programa, pois não tem se quer comida, quem dera um emprego que possa auferir renda para pagar prestações.

Diante desses casos, a atuação da Assistência Social é muito importante, pois é o único meio de um indigente ou famílias desabrigadas moradores de rua conseguirem um local adequado para dormirem e realizarem as suas refeições.

4 CONCLUSÃO

Através de todas as informações acima citadas, referente a tutela jurídica que o direito à moradia está ancorado no Brasil, pode-se dizer que tal direito passou a integrar o rol dos direitos fundamentais sociais através da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou o art. 6º da Constituição Federal. Entretanto, antes mesmo do advento da referida Emenda Constitucional, este direito fundamental podia ser deduzido a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), como mínimo existencial dentro da concepção do mínimo vital, e da leitura de determinados dispositivos constitucionais que indiretamente tratam da sua proteção.

A Constituição Federal de 1988 é o alicerce e o fundamento de validade de todo ordenamento jurídico pátrio, verificando-se que os princípios que fundamentam este sistema funcionam como preceitos norteadores, condicionando toda e qualquer interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ao traçar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nossa Carta Magna reconheceu de maneira inequívoca em seu

texto a existência de um país onde grande parte da população ainda não possui fácil acesso ao direito à moradia, por mais que ele seja positivado no rol dos direitos fundamentais e que existam programas sociais que o proporcionam.

O acesso ou violação ao direito à moradia gera reflexos diretos sobre os demais direitos sociais como o direito à educação, saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados.

É preciso reconhecer que a falta de acesso à moradia é uma das causas preponderantes da pobreza e marginalização em nosso País, sendo imperioso agilizar o processo de reestruturação do setor habitacional para garantir efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os princípios e normas delineados pela Constituição Federal de 1988 oferecem o suporte necessário para a tutela do direito à moradia no Brasil, que em conjunto com as diretrizes e instrumentos estabelecidas pela legislação infraconstitucional constituem um grande avanço no processo de construção de cidades mais justas e democráticas, onde brasileiros e estrangeiros residentes no País possam viver com qualidade e com iguais oportunidades.

Mostrou-se que esse direito, embora seja definido como direito social, não tem caráter de segundo plano, muito pelo contrário, tem caráter de essencialidade para o ser humano, visto que é condição necessária para uma realidade tão desigual que se tem conhecimento.

Ressalta-se que são os direitos sociais também fundamentais, visa construir um Estado Democrático de Direito que afaste a desigualdade social instalando uma sociedade justa e acessível a todos os cidadãos.

Nessa linha, a sua aplicação está diretamente ligada com o princípio base da Constituição: a dignidade da pessoa humana. É certo que sem um lugar que lhe proporcione condições mínimas de vivência, o ser humano está fadado a viver na subumanidade, já que a ausência desse direito, impossibilita a própria existência física.

Ao final desse trabalho, conclui-se que os direitos sociais são tão fundamentais quanto às liberdades individuais, ao passo que a plena realização de um está intrinsecamente relacionada com a efetivação do outro; que o direito à moradia, garantido constitucionalmente dentre os direitos sociais, vai muito além do caráter secundário que lhe é atribuído, à mercê da conveniência de quem é responsável por sua aplicação. Este é direito necessário para que a pessoa usufrua de forma plena do princípio da dignidade humana, na medida em que a sua ausência infringe o mínimo existencial por não se desfrutar, ao menos, de uma vida razoável.

Sua fundamentalidade se respalda na necessidade que os outros tantos direitos possuem em relação à sua existência, pois, a sua prestação abarca direitos como a vida, a segurança, educação, saúde, desenvolvimento, dentre muitos outros.

Mais uma vez lembrando de que é fato de que este direito não é absoluto, mas no rico ordenamentos jurídico brasileiro é possível encontrar em palavras de grande cunho que o tutelam. Caso essa positivação for realmente efetivada, os problemas sociais relacionados a moradia terão grande chance de ser erradicados.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Ed. Sairava/Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CANUTO, Elza Maria Alves. Direito à moradia urbana

CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica (Editora Líder), 2003

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004

GRAU, Eros Roberto. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: JusPodvim, 2008.

MORAES, José Luis Bolzan de e Guilherme Valle Brum. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional, entre direito, deveres e desejos*. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2016

PAGANI, Elaine Adelina. *O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia*. Porto Alegre. Editora EDIPUCRS, 2009

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros.

ZANETTE, Valéria R. *Direito humano à habitação condigna*. Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris, 2014

DIREITO À SEGURANÇA SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS CONTRIBUTIVOS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA¹

*Right to social security and public policies: aspects of the Brazilian
Law for social inclusion to the effectiveness of the persons with
disabilities social insurance rights*

Darléa Carine Palma Mattiello*

INTRODUÇÃO

Dentre o rol de direitos insculpidos constitucionalmente no Brasil, encontra-se o direito fundamental à segurança social, destinado a assegurar garantias de saúde, previdência e assistência social. Nesse sentido, o direito à segurança social constitui-se em prerrogativa que deve ser garantida pelo Estado de forma efetiva e apta a propiciar o efetivo exercício da dignidade, assim considerada como sendo um princípio basilar que não se coaduna com a possibilidade de ponderação e que não pode sofrer impedimentos de acesso igualitário.

As pessoas com necessidades especiais têm, muitas vezes, mitigada a efetivação de alguns direitos. As dificuldades são diversas e perenes, impondo-se, permanentemente, a veiculação de políticas públicas para que sejam difundidas ações de promoção de direitos às pessoas com defi-

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc, Chapecó/SC.

¹ Paper apresentado como requisito parcial de avaliação da disciplina de Direito Fundamental à Seguridade Social: Saúde, Previdência e Assistência Social, ministrada pelo Professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon, mar-jul de 2016, Unoesc, Chapecó-SC.

ciência, de forma que se dissemine uma visão diferenciada e diminuam as condutas de exclusão.

Considerando-se que a simples previsão normativa não assegura a efetivação de direitos, é comumente por meio das políticas públicas que são implementados programas aptos a conferir efetividade às previsões normativas constitucionais. Nesse sentido, uma das recentes políticas estatais com vistas a promover o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência foi veiculada com a publicação da Lei n. 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência ou, simplesmente, Lei Brasileira de Inclusão (LBI).

Trata-se de medida legislativa que busca efetivar direitos para as pessoas com deficiência, de forma que se promova a dignidade e a igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Especificamente em termos de direito à previdência social, a LBI foi proposta de forma a se coadunar com a Lei Complementar n. 142/2013, já regente da matéria, anteriormente publicada para regulamentar o parágrafo primeiro do art. 201 da Constituição, quanto à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

As políticas legislativas asseguram a aposentadoria a quem figure como segurado do regime geral. Entretanto, verifica-se a contumaz dificuldade das pessoas com deficiência para inserção – ou inserção formal – no meio laboral, originando restrição plena – ou parcial – dessas pessoas no mercado de trabalho e, por consequência, obstáculos para a sua aposentadoria. Por meio de estatísticas, percebe-se que as pessoas com deficiência têm menos acesso ao mercado formal de trabalho, o que dificulta a efetivação do direito à previdência social, que possui caráter contributivo.

Constatado esse problema de pesquisa, o presente estudo objetiva identificar se a LBI prevê mecanismos de concretização do direito à previdência social para as pessoas com necessidades especiais, analisando

se a nova lei brasileira de inclusão constitui-se em uma política hábil para efetivação desse direito sob a perspectiva da igualdade consagrada constitucionalmente.

Justifica-se o estudo a partir da importância conferida ao tema pela própria Constituição da República Federativa do Brasil, que, ao prever a previdência social como um direito fundamental social, evidencia que a ofensa ao cumprimento dessas determinações culminará com a inefetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto como um dos fundamentos do Estado.

Para resolução do problema de pesquisa, o trabalho adota o método dedutivo comparativo, a partir de fontes bibliográficas e do texto normativo, analisando, a um, a relação existente entre as políticas públicas e a efetivação de direitos; a dois, as políticas de efetivação do direito à previdência social para as pessoas com deficiência; e a três, os aspectos relacionados à previdência na Lei n. 13.146/2015, a fim de que, por derradeiro, possa ser esmiuçada a relação dessa política legislativa específica com a efetividade do direito à previdência social para a pessoa com deficiência.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Desde que o Estado passou a agir como interventor das relações sociais, muito lhe foi atribuído no que tange à necessidade de satisfação de prestações positivas, a fim de que se alcançasse, cada vez mais, a melhoria das condições de vida da população subordinada ao poder estatal, por intermédio da aplicação efetiva das normas positivas cogentes.

No desempenho desse papel, o próprio Estado culminou por assumir, para si, obrigações prestacionais com caráter vinculativo, subordinadas a determinações legais e constitucionais. Tais determinações são atribuídas pelo Estado a si próprio, considerando-se que as esferas de atuação estatal manifestam-se com funções administrativas, jurisdicionais e legislativas.

No Estado social, as prestações positivas ocorrem, usualmente, em decorrência da busca pela efetivação dos direitos constitucionais fundamentais. Para alcançar esse fim, porém, o Estado age não apenas com a prestação dos serviços públicos, mas, inclusive, com a implantação de políticas públicas específicas.

Bucci (1997, p. 90) afirma, nesse sentido, que o Estado social caracteriza-se por um “agir dos governos sob a forma de políticas públicas”, o que abarcaria um conceito mais amplo que o de serviço público, por incorporar também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados.

Pode ser considerada fundamentação para esse “agir” a expressão adquirida por determinadas esferas de direitos no Estado social, ou seja, a própria existência dos direitos sociais afirma-se como fundamento mediato das políticas públicas e justifica o seu aparecimento.

Uma vez que compete ao Estado realizar as prestações que lhe são atribuídas legalmente², os entes públicos devem fazê-lo de forma plena, cumprindo as determinações constitucionais e correspondendo aos anseios da população. Até porque a função estatal de coordenar as ações para a realização de direitos dos cidadãos legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais (BUCCI, 1997, p. 90), o que inclui a prestação dos serviços públicos e a efetivação de direitos como saúde, moradia, previdência, trabalho, educação, segurança social, entre tantos outros.

Assim, é extremamente direta a relação existente entre políticas públicas e a realização de direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, em virtude da demanda de prestações positivas por parte do

² Utiliza-se, aqui, o conceito de “lei” *lato sensu*, da forma mais ampla e genérica possível, abrangendo toda e qualquer espécie normativa hábil a autorizar o agir do Estado, enquanto Administração Pública. É que foi denominado por FREITAS (2009, p. 70) de legalidade temperada, no sentido de que a Administração Pública deve pautar-se no Direito como “uma totalidade aberta, maior que o conjunto de regras legais”, considerando-se que “o conteúdo jurídico, por força da natureza valorativa, transcende o mera e esparsamente positivado”.

Estado a serem veiculadas e efetivamente implementadas por meio das políticas públicas.

Fala-se em prestações positivas no sentido de que se imponha um agir do Estado para garantia dos direitos sociais, porquanto a efetivação de direitos não pode dar-se, apenas, por intermédio de normas legais proibitivas de condutas lesivas e passíveis de infligir sanções. Na esteira dessa afirmação, preceitua Arzabe (2001, p.32) que se faz necessária a existência de leis, regulamentos e medidas públicas de promoção e fortalecimento dos direitos sociais.

E mais: segundo o referido entendimento (ARZABE, 2001, p. 32), os direitos sociais podem somente ser realizados por meio das políticas públicas, pois estas fixam de maneira planejada diretrizes e formas para a ação do Poder Público e da sociedade.

O Estado necessita de ações coordenadas e bem estruturadas, específicas para a resolução de determinada celeuma ou para atingir situações peculiares. Além da previsão teórica de prestações positivas, assim, impõem-se articulações entre as esferas de atuação estatal para que os objetivos sejam alcançados.

Segundo Procopiuck (2013, p. 14), a Administração Pública coloca-se como dispositivo executivo a serviço de todo o Estado, que se desagrega em um nível institucional e em um nível operativo. Ou seja, o Estado age como uma extensão da organização política que tem atuação condicionada pelo seu próprio arcabouço normativo geral. Por isso, se o perfil típico do Estado define-se pela composição articulada entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, dificilmente, lograr-se-á êxito na efetivação dos direitos fundamentais sociais sem a escorreita utilização de mecanismos como as políticas públicas.

Em âmbito conceitual, conforme Souza (2007, p. 68), não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Pode-se afirmar, assim, que o termo pode assumir abordagens diferentes conforme

venha a implicar em decisões ou em determinadas etapas, que vão desde a tomada inicial das deliberações até a implementação do que fora estipulado.

Trata-se, portanto, no entendimento de Souza (2007, p. 83), do campo do conhecimento que busca integrar alguns elementos, como a própria política pública (*policy*), a política (*politics*), a sociedade política (*polity*) e as instituições que regem as decisões, os desenhos e as implementações das políticas públicas, focalizando seu processo e seus resultados.

Certo é que as políticas públicas constituem-se de atividades cíclicas e interligadas; uma fase depende e influencia na outra, envolvendo a ação de diversos atores em busca do bem estar coletivo. Nesse ponto reside, provavelmente, o índice para o sucesso das políticas: a existência de fases interdependentes entre si, dependendo de diversos atores e ciclos exitosos para que se obtenha a efetivação dos direitos almejada.

Fator igualmente determinante para o sucesso das políticas é o sistema político federativo em que se inserem. Baptista e Rezende (2011, p. 161) esclarecem que, no caso brasileiro, a configuração do sistema político federativo traz algumas complicações a mais em análise desta natureza. Seria inviável, assim, falar de implementação de políticas nacionais quando estados e municípios exercem ou são chamados a exercer sua autonomia local.

Por essas questões, devem ser possibilitadas análises que reflitam o debate político em questão e que não são simples reproduções de modelos políticos nacionais e universais, importando saber em que contextos se inserem as políticas, suas especificidades e o arranjo que se constitui em cada caso (BAPTISTA; REZENDE, 2011, p. 161). Até porque a ideia de um ciclo da política com as fases delimitadas pode funcionar muito bem para o controle e a definição de políticas que subsidiem a tomada das decisões, mas não tão bem para a verificação do êxito dos processos que foram desencadeados.

Nos dizeres de Bobbio (2004, p. 203), “direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos

não existe democracia”. As políticas públicas, assim, por se constituírem utensílios de efetivação dos direitos sociais, tratam-se também de verdadeiros instrumentos de democracia e de empoderamento³, sendo isso que ocorre, por exemplo, com as políticas destinadas à efetivação do direito à segurança social.

Invoca-se, aqui, a consagrada concepção de Alexy (2015, p. 433-434), para quem os direitos sociais constituem o que é denominado “direito a prestações”, ou seja, os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem a um *status* positivo, em sentido estrito. Em contraponto, viriam os direitos de defesa do cidadão contra o Estado, constituindo-se direitos a ações negativas do Estado, impondo-se reconhecer que as expectativas de *status* constitucional são rígidas, duradouras, transcendentais de gerações e impossibilitadas de revogação (STRAPAZZON, 2012, p. 413).

No mesmo sentido, quanto à exigibilidade dos direitos sociais, seu reconhecimento constitucional e a relação com prestações positivas, Abramovich e Courtis (2009, pp. 4-5) sustentam que, por se tratar de direitos que estabelecem obrigações positivas, “su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer”, veiculando a prestação dos direitos sociais a prestações positivas, muitas vezes custosas ao Estado.

2 POLÍTICAS PREVIDENCIÁRIAS E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Promovendo-se a igualdade, a autonomia e a dignidade, reforça-se a lei universal que refuta a utilização do homem como meio para outro fim que não seja ele mesmo, tanto que a dignidade da pessoa humana

³ Segundo Barroso (2014, p. 01), “empoderamento legal é a tradução literal da expressão inglesa *legal empowerment*. Ela expressa a ideia de tomada de consciência e efetiva postulação dos próprios direitos”.

é prevista em várias declarações de direitos e costumeiramente inserida no rol dos direitos fundamentais⁴. Pode-se afirmar, assim, que a igualdade de direitos é crucial para o exercício da dignidade da pessoa humana, por ser o homem considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia (KANT, 2004), igualdade essa que vem preconizada no texto constitucional brasileiro.

Em decorrência de sua previsão constitucional, o direito à segurança social não pode ser implementado em condições de desigualdade, devendo alcançar todos os destinatários da atividade estatal. Significa dizer que não pode ser mitigado em decorrência de eventuais disparidades existentes entre as pessoas, incluindo, nesse contexto, as pessoas com deficiência.

Segundo Strapazzon (2012, p. 413-414), em não havendo promessas constitucionais inconsequentes, a teoria brasileira dos direitos fundamentais deve “reconhecer a natureza imperativa das expectativas prestacionais inerentes aos direitos fundamentais de seguridade social”. Assim, o direito à segurança social também deve ter como destinatárias as pessoas com deficiência, pois não há como se falar em um Estado evoluído, promotor do bem estar social, sem se cogitar a digna e igualitária promoção – ou prestação – de direitos sociais para todas as pessoas subordinadas à ação estatal.

Ao longo do tempo, políticas legislativas que objetivavam efetivar o direito à segurança social ganharam proporção no Estado brasileiro, definindo modos de ação, envolvendo os mais diversos atores e dependendo das diferentes esferas governamentais. Incluem-se, aqui, normas que podem se coadunar com a descrição de Sarlet (2012, p. 266), no sentido de estabelecerem programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma

⁴ No sentido de esclarecer que a dignidade da pessoa humana é ponto central (“núcleo duro”) dos direitos fundamentais para vários povos, consoante explicitado nas várias declarações de direitos, esclarecem Baez e Mozetic (2013) que devem ser examinados os valores propostos com uma visão intercultural, sem o condão de atribuir supremacia de uma nação sobre a(s) outra(s), haja vista a existência de culturas antagônicas que impossibilitaram, até a atualidade, o entendimento global sobre uma categoria universal de direitos fundamentais.

mediação legislativa, correspondendo a uma exigência do Estado social e democrático de Direito.

Trata-se, atualmente, de cumprir o objetivo de atender à justiça social, consoante o regramento instituído no título da Constituição que rege a ordem social⁵ e, especificamente, nas determinações específicas de segurança social, previstas constitucionalmente em capítulo destinado a esse fim. Ao antever que “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”⁶ (BRASIL, 1988), o texto constitucional abriu margem à implementação de políticas legislativas destinadas a esses fins.

A segurança social abrangendo previdência, saúde e assistência reflete a ideia de direitos sociais universais como parte integrante da condição de cidadania. Além disso, segundo FLEURY (2005, p. 453), esse padrão constitucional de política social distingue-se, dentre outros fatores, pela universalidade na cobertura, o reconhecimento dos direitos sociais e a afirmação do dever do Estado, com um arranjo organizacional descentralizado.

A Constituição possui diversas previsões destinadas a efetivar o direito à segurança social. No que tange à questão previdenciária, a atual redação constitucional, além de prever, em seu artigo 6º, que a previdência é um direito social⁷, preceitua também no artigo 7º que a previdência social

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art. 193. “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - 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.”

⁷

é um direito dos trabalhadores urbanos e rurais⁸, além de além de outros que visem à melhoria de sua condição social (BRASIL, 1988)⁹.

Ademais, a seção específica sobre a previdência social reflete, nos artigos 201 e 202 da Constituição (BRASIL, 1988), a preocupação do legislador constituinte com a proteção previdenciária, prevendo a organização sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, com a atual redação dada pelas Emendas Constitucionais n. 20, de 1998, e n. 47, de 2005.

No artigo 201, especificamente, como não poderia deixar de acontecer, foram resguardados os direitos previdenciários às pessoas com deficiência, restando vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar (BRASIL, 1988).

O atual texto constitucional possui redação dada pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005, e se atrela à regulamentação trazida pela Lei Complementar n. 142, de 8 de maio de 2013, a qual veio a regulamentar o parágrafo primeiro do art. 201 da Constituição no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Entretanto, segundo comprovam as estatísticas, as pessoas com deficiência costumam encontrar dificuldades para inserção no meio lab-

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 90, de 2015 - Art. 6º. “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Art. 7º. “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...]”

oral – ou, ainda, para que referida inserção no mercado de trabalho aconteça formalmente. Parte, daí, constata-se expressivo problema, ao restar configurada uma restrição plena ou parcial das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e, por consequência, os decorrentes empecilhos para sua aposentadoria.

De fato, é grande a vinculação das questões previdenciárias com o direito ao trabalho, consoante se percebe, inclusive, pela redação constitucional. Em se tratando de pessoas com deficiência, a oportunização do direito ao exercício de um trabalho digno (que lhes permita viver uma vida que valha a pena ser vivida) evoluiu em termos de positivação e proteção conferida pela lei, inclusive a partir do marco que foi a Constituição de 1988. Até porque o direito positivo incorpora, lentamente, as transformações havidas na sociedade e constitui-se, não raro, em um identificador da evolução dos tempos (GOLDSCHMIDT; PALMA, 2011, p. 250).

Reforça tal vinculação da segurança social da pessoa com deficiência e com o acesso ao trabalho a previsão da Observação Geral n. 19 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais

e Culturais da Organização das Nações Unidas, que trata do direito à segurança social (ONU, 2008).

No referido documento, abordando o Comentário Geral n. 5, datado de 1994, sobre as pessoas com deficiência, o Comitê salientou a importância de fornecer apoio adequado para as pessoas com deficiência que, por causa de sua condição, tenham temporariamente perdas ou reduzidas as oportunidades de emprego.

Segundo o Comitê, ainda, esse apoio deve ser fornecido de forma digna e refletir as necessidades especiais associadas à deficiência, com suporte estendido aos familiares e outras pessoas envolvidas com os cuidados com a pessoa com deficiência, prevendo-se, inclusive, o devido acesso físico aos serviços de segurança social, a fim de obter benefícios e informações, bem como para fazer as contribuições, se for o caso (ONU, 2008).

Em solo brasileiro, o Censo Demográfico de 2010 procurou identificar o acesso ao trabalho das pessoas com deficiências visual, auditiva e motora, considerando os graus de severidade das deficiências, por meio da percepção da população sobre sua dificuldade em enxergar, ouvir e locomover-se, e a deficiência mental ou intelectual. Os resultados apontaram 45.606.048 milhões de pessoas que declararam ter pelo menos uma das deficiências investigadas, correspondendo a 23,9% da população brasileira (IBGE, 2010)

Para avaliar a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, o referido censo utilizou vários indicadores, dentre os quais se situa a taxa de atividade. Considerando as taxas de atividade por sexo, observou-se que a condição de deficiência como fator limitante na inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho atinge mais a população masculina do que a feminina (IBGE, 2010). Comparando as taxas de atividade por tipo de deficiência investigada, observou-se que a deficiência mental ou intelectual exerceu uma maior influência sobre a participação na força de trabalho tanto para a população masculina quanto para a feminina (IBGE, 2010).

Outro importante indicador é o nível de ocupação, ou seja, o percentual de pessoas ocupadas. De acordo com os resultados do Censo Demográfico 2010, o nível de ocupação do total de pessoas de 10 anos ou mais de idade foi de 53,3%, enquanto que, para a parcela daquelas com pelo menos uma das deficiências investigadas foi de 46,2%. No que tange ao tipo de deficiência, a deficiência mental apresentou os menores níveis de ocupação (IBGE, 2010).

Considerando a posição na ocupação e a categoria do emprego no trabalho principal, verificou-se que a maioria das pessoas ocupadas com pelo menos uma das deficiências investigadas era empregada com carteira de trabalho assinada (40,2%), embora com percentual menor do que o daquelas sem nenhuma dessas deficiências (49,2%). No caso das empre-

gadoras, observou-se que o seu percentual na população ocupada com pelo menos uma das deficiências investigadas (1,8%) foi também menor do que o referente às pessoas sem qualquer dessas deficiências (2,1%) (IBGE, 2010).

Trata-se de dados que confirmam a estreita vinculação de deficiências com a dificuldade de acesso ao mercado formal de trabalho, seja pela não inserção ou pela inserção informal, sem Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) assinada ou sem qualquer outro identificador de formalização. Comprova-se, assim, uma restrição às pessoas com deficiência, seja de forma total (acesso inexistente ao mercado de trabalho) ou parcial (acesso informal).

Nesse contexto que relaciona o acesso ao trabalho e a previdência social, com o intuito de conferir efetivação aos direitos das pessoas com deficiência, foi publicada a Lei n. 13.146/2015, instituindo a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Ainda que sem adentrar nos precedentes históricos e legislativos, impende-se observar as contribuições desse texto legislativo para a efetividade do direito à segurança social, especificamente no que condiz com as questões previdenciárias relativas às pessoas com deficiência.

3 ASPECTOS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei n. 13.146/2015, também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência ou, simplesmente, Lei Brasileira de Inclusão (LBI) é datada de 6 de julho de 2015, com previsão de entrada em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial¹⁰. Trata-se de política legislativa “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exer-

¹⁰ Conforme disposto no artigo 125 da Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL, 2015a), foram disciplinados prazos diversos, a partir da entrada em vigor da Lei, para o cumprimento de alguns dispositivos, entre 24 (vinte e quatro) e 48 (quarenta e oito) meses.

cício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (BRASIL, 2015^a, artigo 1º, *caput*).

A Lei Brasileira de Inclusão possui como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, em vigor para o Brasil, no

plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

Ao definir, em seu artigo 2º, que pessoa com deficiência é aquela que possui “impedimento, de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015a), a LBI geraria, de qualquer maneira, reflexos para a efetividade dos direitos a essas pessoas. Todavia, ao defender uma plena participação na sociedade e a igualdade de condições para todas as pessoas, a LBI adota, expressamente, o compromisso de efetivar uma gama de direitos fundamentais, dentre os quais foi referido o direito à previdência social.

Há dispositivos que, explicitamente, contribuem para a efetivação do direito à segurança social para as pessoas com necessidades especiais, como, por exemplo, o artigo 4º (BRASIL, 2015a), segundo o qual todas as pessoas com deficiência possuem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas, sendo vedada qualquer espécie de discriminação; o artigo 8º, que preconiza ser dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação de direitos¹¹, den-

¹¹ Lei n. 13.146/2015 - Art. 8º. “É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à **previdência social**, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura,

tre os quais o direito à previdência social; e o art. 17, que prevê, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), o fornecimento de informações e orientações na área de previdência social que possibilitem à pessoa com deficiência exercer sua cidadania¹².

Além disso, a LBI relacionou o direito ao trabalho com o direito à previdência social das pessoas com deficiência. Com preceitos no artigo 37¹³ (BRASIL, 2015a), determinou-se que constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho.

Não obstante, a LBI dedicou o Capítulo VIII de seu Título II (dos Direitos Fundamentais), integralmente, ao direito à previdência social. O capítulo constitui-se do art. 41 da Lei, pelo qual “a pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) tem direito à aposentadoria nos termos da Lei Complementar n. 142, de 8 de maio de 2013” (BRASIL, 2015a).

Percebe-se, nesse ponto, a baixa normatividade da LBI, que, ao invés de trazer disposições específicas sobre a aposentadoria da pessoa

ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.” (grifo nosso)

¹² Lei n. 13.146/2015 - Art. 17. “Os serviços do SUS e do SUAS deverão promover ações articuladas para garantir à pessoa com deficiência e sua família a aquisição de informações, orientações e formas de acesso às políticas públicas disponíveis, com a finalidade de propiciar sua plena participação social. Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput deste artigo podem fornecer informações e orientações nas áreas de saúde, de educação, de cultura, de esporte, de lazer, de transporte, de **previdência social**, de assistência social, de habitação, de trabalho, de empreendedorismo, de acesso ao crédito, de promoção, proteção e defesa de direitos e nas demais áreas que possibilitem à pessoa com deficiência exercer sua cidadania.” (grifo nosso)

¹³ Lei n. 13.146/2015 - Art. 37, caput. “Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e **previdenciária**, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho.” (grifo nosso)

com deficiência, reforçou a necessidade de atendimento do que fora preceituado pela Lei Complementar já regente da matéria, veiculada para regulamentar o parágrafo primeiro do art. 201 da Constituição, quanto à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS.

Conforme já salientado, verifica-se a contumaz dificuldade das pessoas com deficiência para inserção, ou inserção formal, no meio laboral, originando restrição plena ou parcial dessas pessoas no mercado de trabalho e, por consequência, obstáculos para aposentadoria, já que a legislação complementar assegura a aposentadoria a quem figure como segurado do regime geral previdenciário.¹⁴

A Lei Complementar n. 142, de 8 de maio de 2013, ao regulamentar o parágrafo primeiro do art. 201 da Constituição, define quem pode ser considerado deficiente para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata a Lei. Segundo o artigo 2º do texto legal, é pessoa com deficiência aquela que possui “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”, referindo-se, especificamente, a impedimentos que, em interação com diversas barreiras, podem obstruir a participação plena e efetiva de tais pessoas na sociedade em igualdade de condições com as demais (BRASIL, 2013a, art. 2º).

A legislação prevê condições para a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, especificamente quanto ao tempo de contribuição e a deficiência apresentada (BRASIL, 2013a, art. 3º), subordinando a definição das deficiências grave, moderada e leve a Regulamento do Poder Executivo.

O tema foi regulamentado pelo Decreto n. 8.145, de 3 de dezembro de 2013, que, para dispor sobre a aposentadoria por tempo de con-

¹⁴ Não se pode confundir, aqui, a abordagem previdenciária trazida pela Lei Complementar n. 142/2013, com o Benefício da Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (BPC/LOAS), que possui natureza assistencial e independe de contribuição à seguridade social, também assegurada às pessoas com deficiência. O presente estudo aborda, especificamente, a concessão de políticas previdenciárias com caráter contributivo.

tribuição e por idade da pessoa com deficiência, alterou o Regulamento da Previdência Social (RPS), anteriormente aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999.

Segundo o Decreto n. 8.145, a aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade pode ser concedida ao segurado empregado, inclusive o doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual e facultativo, que tenha reconhecido, em avaliação médica e funcional realizada por perícia própria do INSS, grau de deficiência leve, moderada ou grave, desde que cumprida a carência do tempo de contribuição determinado (BRASIL, 2013b).

A legislação traz, portanto, regulamentação específica para a concessão de benefício previdenciário à pessoa com deficiência, na busca de assegurar a igualdade de oportunidades entre todas as pessoas. De fato, percebe-se que, para que possa ter direito às verbas previdenciárias, a pessoa com deficiência deve cumprir, assim como os demais, o requisito de ser segurado do RGPS, fator que depende, muitas vezes, na inserção no mercado de trabalho.

Nesse sentido, a LBI prevê que a colocação competitiva da pessoa com deficiência ocorra por meio de “trabalho com apoio”, observando-se algumas diretrizes, como, por exemplo, (a) prioridade no atendimento à pessoa com deficiência com maior dificuldade de inserção no campo de trabalho; (b) provisão de suportes individualizados que atendam a necessidades específicas da pessoa com deficiência, inclusive a disponibilização de recursos de tecnologia assistiva, de agente facilitador e de apoio no ambiente de trabalho; (c) respeito ao perfil vocacional e ao interesse da pessoa com deficiência apoiada; (d) oferta de aconselhamento e de apoio aos empregadores, com vistas à definição de estratégias de inclusão e de superação de barreiras, inclusive atitudinais; (e) realização de avaliações periódicas; (f) articulação intersetorial das políticas públicas; e (g) possibilidade de participação de organizações da sociedade civil (BRASIL, 2015a, art. 37).

Percebe-se, assim, que texto da LBI, por mais recente que seja, apresenta “soluções” preconizadas, há muito, pelos estudiosos da matéria. Ao mesmo tempo, consubstancia-se em uma política legislativa inovadora, ao compilar um complexo feixe de obrigações imputáveis a órgãos públicos e privados.

Barroso (2014, p. 05), referindo-se a deliberações judiciais, aduz que “há decisões dignas de nota em favor de ações afirmativas e de proteção dos direitos dos deficientes físicos

em relação à acessibilidade e direito ao trabalho”, defendendo o trabalho como importante meio de empoderamento. Agora, as decisões judiciais possuem um texto legislativo como forte aliado, incrementando as políticas estatais garantidoras da inserção formal dos trabalhadores deficientes no mercado de trabalho, propiciando-lhes a condição de segurados e aumentando suas chances de obter a concessão da aposentadoria, nos termos da Lei Complementar n. 142, de 2013.

Dessa forma, com vigência a partir de janeiro de 2016, vasta repercussão nos direitos sociais e polêmicas já geradas¹⁵, o Estatuto da Pessoa com Deficiência apresenta propostas que, dependendo das políticas a ele atreladas, podem se constituir em um grande passo na caminhada rumo à efetivação de direitos para as pessoas com deficiência, inclusive no que tange ao direito à previdência social, a fim de que essas pessoas considerem-se cada vez mais dignas e iguais.

4 CONCLUSÃO

O texto constitucional consagra como fundamentais direitos necessários ao pleno desenvolvimento do Estado brasileiro e de seu povo.

¹⁵ A título de exemplo, pode ser referida a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5357, ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF) pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) contra dispositivos da LBI que tratam de obrigações dirigidas às escolas particulares, figurando como Relator o Min. Edson Fachin (BRASIL, 2015b).

Não à toa, existem previsões basilares na quase totalidade das Constituições consideradas ínsitas à formação e ao desenvolvimento tanto do Estado quanto das pessoas subordinadas à atuação estatal. Tais oportunidades devem ser asseguradas a todos, independentemente de situações particulares que possam diferenciar uma pessoa da outra, o que se verifica, inclusive, no que concerne ao direito fundamental à segurança social.

O direito à segurança social deve ser assegurado a todas as pessoas, ante o seu caráter de fundamentalidade. Quando se trata de pessoas com necessidades especiais, entretanto, o tema adquire uma maior relevância, pois é muito comum àqueles com deficiência manterem-se à margem da efetivação de direito em condições de igualdade para com os demais.

Evidente é a importância do acesso das pessoas com deficiência à segurança social, bem como das oportunidades de escolha e de melhoria de vida que esse direito propicia, quando escorreitamente exercido. Fator importante nesse contexto é que a segurança social, em seus desdobramentos de saúde, previdência e assistência social, deve ser oportunizada como instrumento para fornecer às pessoas empoderamento e opções de escolha, tornando-as aptas a inserção, permanência e respeito no convívio social.

Por tudo isso, é estreita a relação existente entre políticas públicas e a realização do direito fundamental à previdência social. Além de se caracterizarem como instrumentos de ação, envolvendo processos decisórios, ciclos e diversos atores, as políticas públicas possuem como característica acompanhar as necessidades sociais, sendo essenciais para a efetivação de direitos.

Em âmbito legislativo, como forma de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, figura a Lei n. 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Lei Brasileira de Inclusão (LBI) é política legislativa que afeta, sobremaneira, as garantias das pessoas com deficiência, pois prevê dispositivos de atuação direta por entes públicos e privados, além de condutas repressivas para o caso de não cumprimento dos ditames trazidos pela Lei.

Com vigência a partir de janeiro de 2016, a LBI foi lançada em um contexto em que muito se debate a inclusão e acessibilidade, tanto pelos entes federativos quanto pela iniciativa privada – carecendo-se, porém, de resultados efetivos. Com vistas a esse fim, a LBI inovou em alguns dispositivos, como naqueles em que se prega o máximo desenvolvimento possível dos talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais das pessoas com deficiência, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem, seja para o fim laborativo ou para seu desenvolvimento pessoal.

No que tange ao direito à previdência social, a LBI dedicou um Capítulo do Título que trata dos Direitos Fundamentais integralmente, ao tema, preceituando que a pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) tem direito à aposentadoria nos termos da Lei Complementar n. 142, de 8 de maio de 2013.

Percebe-se, assim, a baixa normatividade da LBI no que tange a determinações específicas de previdência social, já que, ao invés de trazer disposições específicas sobre a aposentadoria da pessoa com deficiência, reforçou a necessidade de atendimento do que fora preceituado pela Lei Complementar já regente da matéria, veiculada para regulamentar o parágrafo primeiro do art. 201 da Constituição, quanto à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS.

Ao prever o direito à aposentadoria ao deficiente segurado empregado, inclusive o doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual e facultativo, a legislação específica pressupõe o acesso ao trabalho para as pessoas com deficiência – e, acima de tudo, ao trabalho formal. Verificando-se, na prática, que isso não ocorre tanto quanto seria necessário, per-

cebe-se que o atendimento da política previdenciária depende da efetiva inclusão do deficiente no mercado de trabalho.

Ou seja, para que possa ter direito às verbas previdenciárias, a pessoa com deficiência deve cumprir, assim como os demais, o requisito de ser segurado do RGPS, fator que depende, muitas vezes, na inserção no mercado de trabalho. Assim, a LBI, por se pautar na igualdade e na não discriminação, prevendo condutas de inserção no mercado de trabalho, contribui, nesse ponto, para assegurar o direito à previdência social das pessoas com deficiência, constituindo-se em política hábil à efetivação desse direito assegurado constitucionalmente.

Ao dedicar parte de suas previsões, direta ou indiretamente, à busca de efetivação do direito ao trabalho digno para as pessoas com deficiência, a LBI constitui-se, por si só, em importante mecanismo para assegurar o direito à previdência social. Independentemente do que o tempo demonstrará quanto ao cumprimento das suas determinações, o texto legal preceitua importantes medidas assecuratórias de direitos e a atuação repressiva em caso de descumprimento.

Para que haja a inclusão de pessoas com necessidades especiais e seu efetivo acesso ao trabalho digno, não basta tornar os empregos receptivos fisicamente, com rampas de acesso, banheiros e salas aptas a permitir a livre circulação das pessoas com deficiência física. Tampouco basta propiciar recursos físicos e estruturais para a inclusão dos deficientes no mercado, pura e simplesmente, o que resta evidenciado na LBI.

Necessário se faz promover a verdadeira inclusão, no sentido humano da palavra, vinculada a valores como igualdade e dignidade da pessoa humana. Assim, a LBI contribui de forma relevante para a efetivação do direito à previdência social ao promover o acesso dos deficientes ao mercado do trabalho de forma digna, determinando a atuação de entes públicos e privados de forma não discriminatória em toda e qualquer situação.

Revela-se, nesse ponto, o marco determinante da contribuição dessa política legislativa para a efetivação de direitos: uma desigual (e privilegiada) proteção aos desiguais, como forma de promoção do direito à igualdade no seu verdadeiro sentido, para assegurar a dignidade da pessoa humana com deficiência, por intermédio do acesso ao mercado de trabalho e, conseqüentemente, da efetivação do direito à previdência social, ante o caráter contributivo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: Courtis, Christian; Santamaría, Ramiro Ávila. **La protección judicial de los derechos sociales**. 1ª ed. V&M Gráficas. Quito, Ecuador: 2009. P. 3-29.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselhos de Direitos e Formulação de Políticas Públicas. In: **Direitos Humanos e Políticas Públicas**. São Paulo: Pólis, 2001. P. 32-43. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/handle/11465/441>. Acesso em: 06.ago.2015.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos Direitos Humanos Fundamentais. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

BAPTISTA, Tatiana W. F.; REZENDE, Mônica. A ideia de ciclo na análise de políticas públicas. In MATTOS, R. A.; BAPTISTA, T. W. F. **Caminhos para análise das políticas de saúde**, 2011. P.138-172. Disponível em: <http://www.ims.uerj.br/pesquisa/ccaps/wp-content/uploads/2011/09/Capitulo-5.pdf>. Acesso em: 29.out.2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Justiça, empoderamento jurídico e direitos fundamentais**. Discurso apresentado na ONU a convite do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e da Open Society, em New York, 16 jun.2014. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?p=1062>. Acesso em: 19 fev.2016

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198>. Acesso em: 05 ago.2015.

FLEURY, Sonia. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. In: **Revista de Administração Pública - RAP**, v. 39, n. 3, p. 449-469, mai./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6776/5358>. Acesso em: 30 jul.2016.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; PALMA, Darléa Carine. O Direito Fundamental do Deficiente Físico ao Trabalho Digno e sua Inclusão no Mercado de Trabalho. In: **Anais do 1º Seminário Nacional de Direito: dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais**, v. 1, n. 1, Chapecó (SC), 2011. Joazeira: Ed. Unoesc, 2011, p. 245-258.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico 2010**: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 30 jul.2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ONU - Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general n. 19 - el derecho de seguridad social (artículo 9). In: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. Ginebra: ONU, 2008.

PROCOPIUCK, Mario. Origens e Fundamentos da Administração Pública. In: Procopiuck, Mario. **Políticas públicas e fundamentos da administração pública**: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10-15.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: Hochman, Gilberto; Arretche, Marta; Marques, Eduardo. **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FioCruz, 2007, p. 65-86.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Expectativas Jurídicas e Direitos Fundamentais Sociais: Contornos Dogmáticos Aplicados à Seguridade Social. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (org.). **A Problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012, p. 397-421.

O FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO E A DIMINUIÇÃO DOS ACIDENTES DE TRABALHO¹

The Accident Prevention Factor and the reduction in the incidence of accidents at work

Elizabete Geremias*

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por tema o papel do fator acidentário de prevenção (FAP) na diminuição dos acidentes do trabalho.

O estudo do presente, se justifica, já que o FAP constitui-se de um importante instrumento relativo à saúde e segurança no trabalho, pois permite uma maior flexibilização da tributação coletiva dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT), desde que haja a diminuição dos acidentes de trabalho em uma empresa. Ou seja, é um incentivo fiscal/tributário para os empregadores, que colaborando para a não ocorrência dos acidentes de trabalho, pagarão uma menor carga previdenciária.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar de que forma o FAP traz reflexos sobre a contribuição previdenciária (RAT), e como este pode ser apontando como uma saída eficaz na diminuição dos sinistros laborais.

Quanto aos objetivos específicos, primeiramente, busca-se analisar a proteção jurídica relativa ao meio ambiente do trabalho; posteriormente, apresentar o conceito e os tipos/espécies de acidentes de trabalho, e por

* Mestranda em Direitos Fundamentais no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc, Chapecó/SC.

¹ Paper apresentado como requisito parcial de avaliação da disciplina de Direito Fundamental à Seguridade Social: Saúde, Previdência e Assistência Social, ministrada pelo Professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon, mar-jul de 2016, Unoesc, Chapecó-SC.

fim, o papel do fator acidentário de prevenção (FAP) na diminuição de tais sinistros.

A pesquisa foi realizada pelo método qualitativo, sendo que como suporte para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se principalmente a doutrina, bem como, a realização de pesquisas em sites especializados e bibliografias voltadas para a temática.

1 PROTEÇÃO JURÍDICA RELATIVA AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A Constituição Federal de 1988, tutela o meio ambiente de trabalho baseando sua proteção no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Júlio Cesar de Sá da Rocha (1997, p.30) dispõe que é possível conceituar o meio ambiente do trabalho como a ambiência na qual se desenvolvem as atividades do trabalho humano, não se restringindo apenas ao espaço interno da fábrica ou a empresa, mas se estendendo ao próprio local da moradia ou ao ambiente urbano.

Através da Convenção n. 155 da OIT, ratificada pelo Brasil e colocada em vigor pelo Decreto n. 1.254 de 1994, é que o meio ambiente de trabalho passou a assumir grande importância, quando se adotou a ideia de abordagem integrativa². Assim, a ocorrência do dano moral e/ou material emerge na razão direta das condições do meio ambiente laboral.

Ademais, além de sua expressa contemplação em norma constitucional, esse conceito nasce também da interpretação sistemática da Lei

² Dispõe o art.4º da Convenção n. 155 da OIT: Art. 4 - 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho.

Maior, conforme art. 1º, incisos III e IV³, e, ainda, do artigo 170, inciso IV⁴ da Constituição Federal, bem como, do artigo 7º, inciso XXVIII e XXIII⁵ do mesmo diploma legal.

A Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) em seu art. 3º, dispõe que a saúde tem como fatores determinantes o meio ambiente e o trabalho. Sendo assim, a ocorrência de um sinistro na esfera trabalhista fere o direito à saúde e o direito à vida, interferindo na preservação do meio ambiente laboral, que é um fator relevante na prevenção dos acidentes do trabalho para a efetivação de um trabalho digno.

A Constituição Federal em seu art. 225, destaca que todas as pessoas possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, saudável, impondo ao Poder Público e à **coletividade** o dever de defendê-lo e preservá-lo. Com isso, o empregador no contrato de trabalho deve observar, além das Convenções da OIT, as Normas Regulamentadoras que especificam as diretrizes gerais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, para que haja de fato a devida prevenção ou proteção à este ambiente. Em outras palavras, se o empregador descumprir tais normativas, poderá ser responsabilizado pelos danos provocados à saúde do trabalhador.

Com base nessa proteção, Bobbio (1992, p.12), aponta que os direitos fundamentais, inclusive, o de um meio ambiente de trabalho saudável,

³ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a dignidade da pessoa humana.

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

⁵ -Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

^{XVIII} -seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

^{XIII} - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

de nada serviria se não fossem efetivados. Logo, é dever do Estado e da sociedade proteger o meio ambiente do trabalho, cabendo ao empregador oferecer proteção, visando garantir qualidade de vida para o trabalhador, uma vez que se o ambiente de trabalho integra o meio ambiente geral, e o empregado tem o direito de encontrar condições que lhe assegurem uma boa qualidade de desempenho de sua atividade laboral com dignidade, buscando conjuntamente o devido desenvolvimento humano.

2 ACIDENTES DE TRABALHO E A PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR

No âmbito econômico, a empresa é obrigada a zelar pela saúde e integridade física do trabalhador, por meio de ações que assegurem uma condição digna de trabalho, com intuito de evitar os acidentes do trabalho.

No que diz respeito ao acidente de trabalho, este pode ser caracterizado, ou seja, definido como todo o acontecimento imprevisto ou de força maior que ocasiona dano a pessoa ou coisa. Sendo assim, a noção de acidente forçosamente nos conduz à ideia de algo ligado à desgraça, fatalidade, um acontecimento fortuito e anormal, que destrói, desorganiza ou deteriora, produzindo consequências de ordem material. Se afeta pessoas, converte-se em um acidente humano, e, se for em razão do trabalho, interessam as regras de infortúnica laboral (COSTA, 2013).

O artigo 19 da lei nº 8.213/91, define a infortúnica laboral como o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Igualmente, Oliveira (2013, p.45) destaca que o legislador não conseguiu formular um conceito de acidente de trabalho que abrangesse “todas as hipóteses” em que o exercício da atividade profissional pelo

empregado possa gerar uma incapacidade laborativa. Diante desta dificuldade conceitual, a lei definiu apenas o acidente de trabalho em sentido estrito, também denominado o acidente típico ou acidente-tipo. No entanto, acrescentou outras hipóteses que se equiparam ao acidente típico para os efeitos legais, tais como: enfermidades decorrentes do trabalho; acidentes ou doenças provenientes de causas diversas, conjugando fatores do trabalho e extralaborais (concausas); acidentes ocorridos no local do trabalho, mas que não tem ligação direta com o exercício da atividade profissional; acidentes ocorridos fora do local da prestação dos serviços, mas com vínculo direto ou indireto com o cumprimento do contrato de trabalho e acidentes ocorridos no trajeto de ida ou volta da residência, para o local de trabalho.

Na atualidade, as questões de medicina ocupacional e prevenção de acidentes no trabalho, ganham destaque no ambiente laboral, uma vez que não se preocupar com a saúde do trabalhador é não valorizar o trabalho por ele desenvolvido, e evitar qualquer tipo de acidente é visar ainda mais lucratividade, já que trabalhador afastado gera gastos ao empregador, bem como, possíveis indenizações de cunho moral e/ou material. Diante disso, a antiga denominação saúde ocupacional agora se tornou saúde do trabalhador e/ou medicina do trabalho, conforme menciona o título da NR 4 (Norma Regulamentadora) do MTE (Ministério Do Trabalho e Emprego), e que foi intitulada como serviços especializados em engenharia de segurança e em medicina do trabalho.

A CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas, 1943), prevê em seu art. 162 que as empresas, de acordo com normas a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, estarão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, estabelecendo a classificação das empresas segundo o número de empregados e a natureza do risco de suas atividades, o número mínimo de profissionais especializados exigido de cada empresa, segundo o grupo em que se classifique, a

qualificação exigida para os profissionais em questão e o seu regime de trabalho, e por fim, as demais características e atribuições dos serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, nas empresas. Percebe-se a exigência em lei da manutenção desse serviço em busca da proteção dos trabalhadores.

Nesse sentido, é preciso cuidar da saúde do trabalhador como um conjunto, visto que é preciso buscar o bem estar não apenas físico, mas oferecer condições para que a vida social do trabalhador também melhore, e como consequência, até a saúde mental deste trabalhador terá reflexos positivos. Pessoa saudável, feliz e de bem com o meio em que vive, produz mais. Deste modo, agindo com prevenção é possível obter melhores resultados tanto para o trabalhador quanto ao empregador.

3 O PAPEL DO FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO (FAP) NA DIMINUIÇÃO DOS ACIDENTES DE TRABALHO

O art. 120 da Lei nº 8.213 de 1991, traduz que nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, no qual deram origem ao acidente de trabalho, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Segundo a Recomendação Mínima de 1973 (n. 146), requer-se uma atenção especial, nomeadamente, “a proteção por regimes de segurança social”, incluindo benefícios em casos de acidentes de trabalho e doenças profissionais, assistência médica e benefícios para os casos de doença, quaisquer que sejam as condições de trabalho e emprego⁶.

⁶ Segundo o estudo geral relativo aos instrumentos da segurança social à luz da declaração de 2008 sobre a justiça social para uma globalização equitativa. Informativo III, parte 1B. Oficina Internacional do Trabalho – Genebra. OIT. 2011 (tradução livre)

Portanto, fica clara a obrigação da empresa quanto ao ressarcimento dos valores gastos pela previdência na ocorrência de acidente de trabalho por desatenção ou descuido do empregador.

Por força da lei nº 10.666/2003, mais precisamente no artigo 10⁷, houve um estímulo quanto a concorrência de livre mercado quanto às “práticas prevencionistas”, notadamente aquelas relacionadas à redução dos afastamentos por incapacidades laborais.

Referida “prática prevencionista”, já encontrava amparo na lei 7.787/89, no art.4^{o8}, ao dispor que a empresa cujo índice de acidente de trabalho fosse superior à média do respectivo setor sujeitar-se-ia a uma contribuição adicional de 0,9% a 1,8% para financiamento de um seguro para os trabalhadores que sofreram acidente de trabalho.

Segundo Paulo Rogério (2010, p.159), “se faz necessário o estabelecimento de uma metodologia de *bônus x malus* que privilegie e penalize as empresas de modo isonômico se faz premente.”

O RAT⁹ é um dos tipos de contribuição que são repassadas para a previdência social para cobrir os custos decorrentes dos acidentes de trabalho. A Alíquota referente ao RAT dependerá do Fator previdenciário acidentário (FAT), assim, quanto maior o número de acidentes de trabalho, maior será o valor devido pelo empregador ao INSS.

O RAT possui previsão constitucional, no art.7^o, inciso XXVIII, ao mencionar ser um direito do trabalhador urbano e rural receber o seguro

⁷ Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social

⁸ Art. 4^o. A empresa cujo índice de acidente de trabalho seja superior à média do respectivo setor, sujeitar-se-á a uma contribuição adicional de 0,9% (zero vírgula nove por cento) a 1,8% (um vírgula oito por cento), para financiamento do respectivo seguro.

⁹ Risco ambiental do trabalho - RAT

contra acidente de trabalho, em caso de ocorrência, bem como no art. 201, inciso I e § 10¹⁰ do mesmo diploma constitucional.

Para Pedrotti, (2006, p. 267) “está constitucionalmente garantido que todo dano decorrente de acidente de trabalho deve ser reparado, e que esse dano é coberto pelo seguro obrigatório acidentário a cargo do INSS”. Esses valores, o INSS obtém através da arrecadação das contribuições recolhidas, e variam de 1% para os trabalhos desenvolvidos com riscos leves, 2% para aqueles com risco moderado e 3% para os de risco grave. A percentagem é calculada sobre o valor total da folha de pagamento dos funcionários.

Logo, o RAT é uma contribuição com natureza de tributo que as empresas pagam para custear benefícios do INSS oriundos de acidente de trabalho ou doença ocupacional. A alíquota normal é de um, dois ou três por cento sobre a remuneração do empregado, mas as empresas que expõem os trabalhadores a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos que possui como consequência a aposentadoria especial, precisam pagar adicionais da seguinte forma: seis, nove e doze por cento na maioria das empresas de acordo com o tempo de contribuição para referida aposentadoria. Já para as cooperativas de trabalho: cinco, sete e nove por cento sobre a nota fiscal ou a fatura de prestação de serviços; cooperativas de produção: seis, nove e doze por cento sobre a remuneração dos cooperados, com base no art. 1º, § 1º, 2º e 3º da lei 10.666 de 2003.

Tais alíquotas normais variam conforme a atividade preponderante da empresa seja de alto, médio ou baixo risco; as alíquotas adicionais também variam conforme o risco. Quanto maior o risco, maior é a alíquota, conforme

¹⁰ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

¹ - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
[...]

§ 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

art. 22, II, alíneas a, b e c¹¹ da lei nº 8.212/91, mas atualmente o Ministério da Previdência Social pode alterar a alíquota se a empresa investir na segurança do trabalho, ante o exposto no art. 22, § 3^o¹² da lei referida.

Nesse sentido, o Ministério da Previdência Social (2015) estabelece que o Fator Acidentário de Prevenção - FAP fundamenta-se no disposto na lei mencionada (lei nº 10.666/2003), o qual permite a flexibilização da tributação coletiva dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) - redução ou majoração das alíquotas RAT de 1, 2 ou 3% segundo o desempenho de cada empresa no interior da respectiva subclasse da *Classificação Nacional de Atividades Econômicas* - (CNAE).

O FAP anual reflete a aferição da acidentalidade nas empresas relativa aos dois anos imediatamente anteriores ao processamento, ou seja, o FAP 2016 tem como período-base de cálculo janeiro/2015 a dezembro/2014. O FAP anual tem como período de vigência o ano imediatamente posterior ao ano de processamento (exemplo: o FAP 2016 terá vigência de janeiro a dezembro de 2015).

Esse fator acidentário (FAP) é um multiplicador, que varia de 0,5 a 2 pontos, a ser aplicado às alíquotas de 1%, 2% ou 3% da tarifação coletiva por subclasse econômica, incidentes sobre a folha de salários das empresas para custear aposentadorias especiais e benefícios decorrentes de ac-

¹¹ A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

¹¹ - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

¹² [...]

§ 3º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, o enquadramento de empresas para efeito da contribuição a que se refere o inciso II deste artigo, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes.

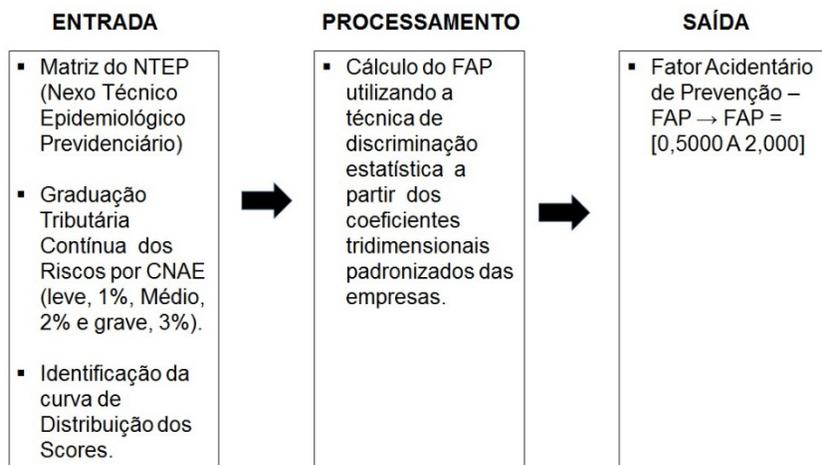
identes de trabalho. O FAP varia anualmente, e é calculado sempre sobre os dois últimos anos de todo o histórico de acidentalidade e de registros acidentários da Previdência Social, por empresa.

Pela metodologia do FAP, as empresas que registrarem maior número de acidentes ou doenças ocupacionais, pagam mais. Por outro lado, o Fator Acidentário de Prevenção aumenta a bonificação das empresas que registram acidentalidade menor. No caso de nenhum evento de acidente de trabalho, a empresa paga a metade da alíquota do RAT.

Nesse sentido, Paulo Rogério Albuquerque de Oliveira (2010, p.116) dispõe que designa-se Fator Acidentário Previdenciário – FAP o número, dentro do intervalo contínuo fechado $[0,5000; 2,000]$, que multiplica as alíquotas de 1%, 2% ou 3%, para cada uma das empresas empregadoras brasileiras, de forma a reduzir em até 50% ou majorar até 100%. O FAP é determinado por discriminação dos distanciamentos lineares de coordenadas tridimensionais em um mesmo CNAE (Classificação Nacional de atividade Econômica). O procedimento consiste em padronizar os coeficientes de frequência, gravidade e custo para cada empresa e, em seguida, atribuir o FAP.

Observa-se que o FAP será máximo (2,0000) se o score (soma dos coeficientes padronizados de frequência, gravidade e custo) for maior que o limite superior da distribuição dos scores de todas as empresas daquele CNAE- classe; e receberá o FAP mínimo (0,5000), se esse score for menor que o limite inferior dessa mesma distribuição, veja-se a tabela abaixo:

Fluxograma 1 – Fluxo para cálculo do FAP:



Fonte: Paulo Rogério Albuquerque de Oliveira (2010, p.117)

O fator incide sobre as alíquotas das empresas que são divididas em 1.301 subclasses da Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE 2.0)¹³.

Portanto, é possível determinar que Fator Acidentário de Prevenção - FAP constitui-se de um importante instrumento de proteção relativa à saúde e segurança no trabalho, pois permite uma maior flexibilização da tributação coletiva dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT), desde que haja a diminuição dos acidentes de trabalho em uma empresa.

¹³ A versão original da tabela de códigos e denominações CNAE-Fiscal, num total de 1301 subclasses, foi oficializada pela Resolução IBGE/CONCLA nº 01, de 25/06/98. A versão revisada da tabela CNAE-Fiscal 1.0 com acréscimo de códigos (total de 1146) e correção em algumas denominações, foi publicada pela Resolução CONCLA nº 03 de 07/05/2001. As alterações na CNAE-Fiscal 1.1 resultaram da atualização em relação à CNAE 1.0 e a ISIC/CIIU 3.1 e também de ajustes em função de dificuldades apontadas pela experiência de sua implementação. A CNAE-Fiscal 1.1, com 1183 subclasses, foi oficializada pela Resolução CONCLA nº 07 de 16/12/2002.

^A versão 2.0 da CNAE, com 1301 subclasses, foi aprovada e divulgada pela Resolução CONCLA nº 01, de 04/09/2006, entrou em vigor em janeiro de 2007. A versão revisada da tabela CNAE 2.1 -Subclasses com inclusões e exclusões de subclasses, alterações na denominação de códigos, sem mudança de conteúdo, foi publicada pela Resolução Concla nº 02 de 25/06/2010, entrou em vigor em dezembro de 2010.

Logo, o FAT é visto como um incentivo fiscal para que haja diminuição de tais sinistros.

Ademais, cabe ao próprio Estado trazer essa efetividade no que tange a proteção e efetividade dos direitos sociais (trabalho e sua proteção) com a elaboração inclusive de tais medidas como o FAT, buscando ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico.

Assim, o FAP, tem como objetivo trazer esses instrumentos na tentativa de soluções dos problemas sociais, aqui, um incentivo fiscal para a diminuição dos acidentes de trabalho. Conseqüentemente, com a diminuição de tais sinistros, poderemos ter um meio ambiente de trabalho mais saudável, com vista à proteção dos direitos fundamentais e garantias constitucionais do trabalhador, sob o viés de proteção da dignidade humana e do trabalho digno.

4 CONCLUSÃO

A partir da presente pesquisa é possível concluir que o Fator Acidentário de Prevenção - FAP constitui-se de um importante instrumento de proteção relativa à saúde e segurança no trabalho, pois permite uma maior flexibilização da tributação coletiva dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT), desde que haja a diminuição dos acidentes de trabalho em uma empresa.

A dignidade da pessoa humana só será respeitada quando forem respeitados e realizados os direitos fundamentais. Nesse sentido, para que de fato dentro das relações de trabalho esse princípio seja respeitado, é necessário trazer um meio ambiente de trabalho saudável, com intuito de se evitar qualquer tipo de acidente laboral, já que essa dignidade está

intimamente ligada com outros valores e deve ser preservada sempre, incluindo assim as relações de trabalho.

É dever do Estado e da sociedade proteger o meio ambiente de trabalho, cabendo ao empregador oferecer proteção a este ambiente, visando garantir qualidade de vida para o trabalhador, uma vez que se o ambiente de trabalho integra o meio ambiente geral, o empregado tem o direito de encontrar condições que lhe assegurem uma boa qualidade de desempenho de sua atividade laboral com dignidade, visando daí o correto desenvolvimento humano.

Ademais, cabe ao próprio Estado trazer essa efetividade no que tange a proteção e efetividade dos direitos sociais, e isso se dá com ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a inserção de toda sociedade, particulares, pois só assim se poderá galgar passos extensos para a diminuição dos acidentes de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE OLIVEIRA, Paulo Rogério. Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP e o Fator. Acidentário de Prevenção – FAP: Um Novo Olhar Sobre a Saúde do Trabalhador. 2º.ed. São Paulo: LTr, 2010.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 8. ed.trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.12.

COSTA, Hertz Jacinto. Manual de acidente de trabalho. 7ª Ed. Curitiba. Juruá. 2013.

OIT. Estudo geral relativo aos instrumentos da segurança social à luz da declaração de 2008 sobre a justiça social para uma globalização equitativa. Informativo Internacional do Trabalho – Genebra. OIT. 2011 (tradução livre)

OIT. Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seu anexo (Declaração de Filadélfia). Disponível em: <[http:// http://www.oitbrasil.org.br/node/504](http://www.oitbrasil.org.br/node/504)> Acesso em: 01 de jun. 2016.

OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de. Indenização por acidente de trabalho ou doenças ocupacionais. 7ª Ed. São Paulo. LTr. 2013.

PEDROTTI, Irineu Antônio. Acidentes de Trabalho. 4ª ed. São Paulo. Ed. Universitária de Direito, 2003.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997. p. 30.

ANÁLISE DO PROGRAMA DE PROTEÇÃO AO EMPREGO SOB A ÓTICA DA FLEXISSEGURANÇA¹

Consideration to the Employment Protection Program from a flexicurity perspective

Ludmila Cavalli*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o Programa de Proteção ao Emprego instituído pela Medida Provisória 680/2015, de 6 de julho de 2015, e convertido na Lei 13.189/2015, de 19 de novembro de 2015, a fim de identificar se referidos diplomas adotam ou não os elementos da flexisse-gurança.

Serão, inicialmente, delineados os contornos da chamada flexisse-gurança, com base em experiências de países europeus e nas recomendações de organismos internacionais. Pretendese abordar o conceito, traçando parâmetros para a definição do conteúdo da flexibilidade e também da segurança.

Tomado o contexto de crise econômica e os efeitos esperados pela opção por um sistema de flexisse-gurança, pretendese uma análise crítica quanto à efetividade do Programa de Proteção ao Emprego adotado no Brasil. O programa prevê a redução de até 30% da carga horária da jornada de trabalho, com o respectivo corte salarial, a fim de desonerar os empresários e garantir a manutenção dos empregos formais. Prevê também

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc, Chapecó/SC.

¹ Paper apresentado como requisito parcial de avaliação da disciplina de Direito Fundamental à Seguridade Social: Saúde, Previdência e Assistência Social, ministrada pelo Professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon, mar-jul de 2016, Unoesc, Chapecó-SC.

que o governo federal fica responsável por fornecer complemento de 50% da perda salarial, sendo o benefício limitado a 65% do valor correspondente à parcela máxima do seguro-desemprego. Consideradas tais premissas, cabe questionar quais as vantagens e desvantagens ao trabalhador e à classe operária resultantes da medida.

1) As “amarras” da proteção social

Quando se fala em direitos trabalhistas, direitos de seguridade ou outros instrumentos de proteção social é comum que se traga à baila o já desbotado argumento de que o custo de tais direitos é responsável por atrasar o desenvolvimento econômico do país. Todos já ouvimos, em especial em discussões especulativas promovidas por leigos, que o empresário no Brasil mal pode suportar a carga tributária vinculada a vantagens sociais e que o empregador acaba sendo vitimado pelo rigor das leis trabalhistas. O senso comum traz a firme convicção de que eliminar estes excessivos benefícios traria impulso ao crescimento econômico e que seria esta a panacéia indispensável ao desenvolvimento da nação.

Por outro lado, também é comum que se escute, especialmente em ambientes de orientação política socialista, que as leis de proteção ao trabalhador formam o último reduto de luta contra a exploração da mão de obra. Assim, direitos securitários e trabalhistas representariam o refúgio do homem comum diante da voracidade do capital.

Contudo, há possibilidade de leitura diversa acerca dos mecanismos normativos de proteção social. Segundo Claus Offe (1984) as medidas protetivas adotadas pelo governo servem de garantia à proletarianização passiva, propiciando, sob diversas formas, a manutenção da exploração dos trabalhadores pelo mercado. Trata-se de mera institucionalização de mecanismos que ao mesmo tempo impedem a autofagia capitalista e garantem a permanência pacífica dos operários em seus postos de trabalho.

visões aqui pinceladas não são realmente excludentes. É mais seguro concluir que a garantia de direitos trabalhistas atende a necessidades tanto de operários quanto de empregadores. Independentemente do ponto de vista adotado, parece inquestionável, frente à vasta experiência internacional, que os Estados que adotam normas de proteção aos trabalhadores acabam por beneficiar toda a sociedade, impedindo a migração em massa de cidadãos para a miséria em virtude de desemprego, doença, invalidez ou velhice. Por sua vez, a estabilidade do desenvolvimento humano se converte em impulso econômico, tanto pela manutenção dos índices de consumo como pela desoneração social face à garantia de independência econômica dos trabalhadores. Assim, a questão fundamental acerca da proteção social não reside na opção entre adotá-la ou não, mas sim dos níveis de proteção desejáveis e da forma de custeio destas prestações.

1 FLEXIBILIDADE NO MERCADO DE TRABALHO

A flexibilização da legislação trabalhista, em especial quanto à mobilidade do emprego, é almejada pelo patronato provavelmente desde a edição das respectivas normas. Os ciclos de crise econômica, por sua vez, costumam endossar esta reivindicação, pois em tais momentos é que ressurtem com força teses econômicas neoliberais, para as quais a restrição ou extinção de direitos sociais são pontos principais da agenda de combate à crise.

Há, na verdade, uma (proposital) confusão entre flexibilização e a modernização das relações de trabalho, esta sim necessária à adaptação dos trabalhadores e até mesmo do mercado a uma economia globalizada e repleta de inovações oriundas de processos culturais e tecnológicos. Significa dizer que os ajustes necessários à atualização dos ordenamentos jurídicos quanto às relações de trabalho não passam necessariamente pela restrição de direitos ao menos não sem qualquer contrapartida, tal como

se quer fazer crer. Na verdade, o implemento da flexibilidade pode e deve ser acompanhado de medidas de segurança social correspondentes. É o que apontou a Comissão das Comunidades Europeias já em 2006, quando da edição do Livro Verde Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI. O documento atribui à união da flexibilização da legislação trabalhista à proteção do emprego o nome de flexigurança (tradução portuguesa).

As Orientações Integradas para o Crescimento e o Emprego sublinham a necessidade de adaptar a legislação em matéria de trabalho e emprego em ordem a promover a flexibilidade em articulação com a segurança do emprego e a reduzir a segmentação do mercado de trabalho. O diálogo social desempenha igualmente um papel crucial na procura de soluções colectivas e/ou a nível das empresas, a fim de que tanto os «insiders» como os «outsiders», transitem com êxito entre as diferentes situações profissionais, permitindo simultaneamente que as empresas possam responder de maneira mais flexível às necessidades de uma economia orientada para a inovação e a alterações ao panorama concorrencial introduzidas por reestruturações. A dimensão política da «flexigurança» inclui a aprendizagem ao longo da vida, para que os indivíduos possam responder às necessidades de pedidas; políticas activas do mercado do trabalho, que incentivem os desempregados ou os inactivos a procurar novas oportunidades de emprego; e regras mais flexíveis no domínio da segurança social, para responder às necessidades daqueles que mudam de emprego ou abandonam temporariamente o mercado do trabalho (EUROPEIA, 2006).

A chamada flexicurity já vem sendo aplicada em países escandinavos há anos. Destacase, no ponto, a Dinamarca, que na década de 90 conseguiu diminuir drasticamente o índice de desemprego, mantendo, ao mesmo tempo, o equilíbrio fiscal e o controle inflacionário. O “milagre econômico” foi atribuído a um conjunto de medidas denominado “triângulo dourado”, que consiste na conjugação de: a) flexibilidade no

mercado de trabalho; b) sistema de segurança social forte e generoso; c) consistente programas de apoio ao trabalhador e reinserção no mercado de trabalho (MADSEN, 2002). Contudo, não se trata de figura estática, admitindo inúmeras modulações, adaptáveis à realidade jurídica de cada país. Assim, tanto a noção de flexibilidade como de segurança podem assumir diferentes conteúdos, a depender do contexto.

O que significa (ou deva significar) a flexibilidade para a empresa parece darse por sabido: essa ideia remete a uma situação em que as iniciativas empresariais não tropecem em obstáculos desnecessários, de forma que os titulares das organizações possam administrá-las com maior liberdade e eficiência, em um contexto normativo e institucional devotado a oferecer condições adequadas para que os empreendedores possam adaptar-se progressivamente às alterações dos mercados ou das competências. A construção da “adaptabilidade” dos empreendimentos econômicos erigese, assim, no principal expoente e, ao mesmo tempo, no principal justificante da flexibilidade.

Da segurança, em troca, oferecem-se apenas algumas pistas e pequenas indicações mais ou menos afortunadas (talvez porque o sentido mais genuíno do direito do trabalho não pode ser outro, mesmo nos tempos atuais, ou principalmente neles, que não a tutela do trabalhador). A ela se remetem, ao final, as considerações que no “Livro Verde” são feitas a propósito dos cuidados que merecem os trabalhadores com contratos atípicos, contratados temporariamente ou a tempo parcial, do amparo que deve ser dado especialmente aos trabalhadores que são contratualmente cedidos à empresa usuária por terceiras empresas ou por empresas de trabalho temporário, ou dos que participam de cadeias de subcontratação, da tutela que deve ser dada a quem se vê imerso em processos de mobilidade ou deslocamento transnacional por motivos de trabalho, ou do grau de amparo “trabalhistas” que vale a pena estender aos trabalhadores autônomos economicamente dependentes (SCHWARZ, 2008).

A depender do contexto histórico, social e econômico, a flexibilidade pode se manifestar em arranjos de mobilidade de emprego, contratações temporárias ou redução de carga horária na jornada de trabalho, entre outras possibilidades.

Nesta linha, para os fins deste estudo, entendese por “flexibilização” o movimento impulsionado pela ideologia neoliberal, que pretende suprimir ou relativizar as normas jurídicas que garantem a proteção do empregado na relação contratual com seu empregador, com vistas a “baratear” a mão-de-obra e o “custo” da produção, viabilizando, pretensamente, a competitividade das empresas no mercado globalizado (GOLDSCHMIDT, 2009).

Por sua vez, a contrapartida de segurança pode ocorrer por meio de sistemas estatais protetivos, como ampliação de seguro desemprego, programas de capacitação e reinserção no mercado de trabalho, compensações sob forma de outros benefícios ou ainda por meio de compromissos ou negociações coletivas, como a temporariedade de medidas com futuro ressarcimento, fixação de banco de horas, garantia do vínculo por tempo determinado e quaisquer outros arranjos (lícitos) ajustados pelas partes.

2 FLEXISSEGURANÇA EM CONTEXTO DE CRISE

Como é notório, o Brasil tem passado por uma crise econômica de grandes proporções, em especial desde o início de 2015. Após quase duas décadas de prosperidade e estabilidade, o país voltou a conviver com altos índices de inflação, recessão e desemprego.

Somada a tais circunstâncias, uma grave crise institucional se abate sobre a nação, expondo a ruína do orçamento público e a necessidade de revisão dos gastos governamentais.

Mais do que uma bravata de alguns setores conservadores da sociedade, a revisão de políticas públicas de efetivação de direitos sociais

passou a ser indispensável para a recuperação do país, inclusive de sua credibilidade frente a investidores internacionais. Os recentes rebaixamentos do Brasil quanto à sua nota de crédito perante agências de classificação de riscos são a prova disso, da repercussão direta do desequilíbrio das contas públicas na captação de investimentos de nossa economia.

Ocorre que períodos de crise trazem à tona um paradoxo na atuação estatal, pois em épocas de escassez o orçamento sofre abalos, mas é justamente nestes momentos que a coletividade mais necessita do amparo do Estado. A questão carece de minuciosa ponderação.

A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece plausível a objeção de que a existência de direitos sociais definitivos ainda que mínimos tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível (ALEXY, 2015).

Tomadas tais premissas, a flexissegurança parece trazer respostas para o enfrentamento da crise, à medida que visa conjugar a flexibilidade necessária aos ajustes decorrentes de restrições econômicas à segurança de que necessita o trabalhador para a manutenção dos níveis de desenvolvimento humano do país. É justamente pela conjugação de fatores essenciais ao crescimento que a fórmula vem sendo amplamente adotada

em países europeus e recomendada por organismos internacionais como a Organização Internacional do Trabalho OIT.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROGRAMA DE PROTEÇÃO AO EMPREGO PPE

Em julho de 2015, em meio ao agravamento da crise econômica e escalada do desemprego no Brasil, foi criado, por meio da Medida Provisória 680, o chamado Programa de Proteção ao Emprego PPE. O texto foi, posteriormente, convertido na Lei 13.189/2015, que dispõe em seu artigo primeiro:

Art. 1o Fica instituído o Programa de Proteção ao Emprego PPE, com os seguintes objetivos:

I possibilitar a preservação dos empregos em momentos de retração da atividade econômica;

II favorecer a recuperação econômico financeira das empresas;

III sustentar a demanda agregada durante momentos de adversidade, para facilitar a recuperação da economia;

IV estimular a produtividade do trabalho por meio do aumento da duração do vínculo empregatício; e

V fomentar a negociação coletiva e aperfeiçoar as relações de emprego. Parágrafo único. O PPE consiste em ação para auxiliar os trabalhadores na preservação do emprego, nos termos do inciso II do caput do art. 2o da Lei no 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

São, portanto, objetivos declarados do Programa de Proteção ao Emprego a preservação dos empregos formais, o auxílio à estabilização financeira das empresas, a manutenção da demanda de consumo e, por via oblíqua, dos indicadores econômicos nacionais e, por fim, o estímulo ao aperfeiçoamento de instrumentos de negociação coletiva.

Por sua vez, a exposição de motivos da Medida Provisória 680/2015 é bastante esclarecedora quanto ao modo de funcionamento do programa e as finalidades almejadas com sua implantação:

(...) 3. O PPE é um programa de redução temporária da jornada de trabalho. Nesse programa, o trabalhador tem seu salário proporcionalmente reduzido pela empresa, mas compensado parcialmente pelo governo. Esse programa tem vantagens para todas as partes envolvidas. Para as empresas, permite ajustar seu fluxo de produção à demanda e, ao preservar os empregos, possibilita a manutenção de quadros já qualificados e a redução de custos com demissão e admissão. Para os trabalhadores, preserva os empregos e a maior parte de seus rendimentos. Para o governo, permite a economia com os gastos do segurodesemprego e com outras políticas de mercado de trabalho ao mesmo tempo em que preserva a maior parte da arrecadação sobre a folha.

4. A proposta presente nesta medida provisória permite a redução temporária em relação à jornada habitualmente estabelecida em até 30% (trinta por cento), por meio de acordo coletivo específico, de todos os empregados ou de um setor específico da empresa. Ressaltase que os salários dos trabalhadores são reduzidos proporcionalmente e o governo complementa 50% (cinquenta por cento) da perda salarial, observado o

limite de 65% do valor máximo da parcela do segurodesemprego, durante o período máximo de 12 (doze) meses.

5. Assim, o PPE é um importante instrumento na manutenção dos empregos, pois atenua demissões em empresas que se encontram em dificuldades financeiras temporárias (MTE, 2015).

Como se vê, a implantação do Programa de Proteção ao Emprego se dá em duas fases, iniciando por uma negociação coletiva quanto aos termos da redução da carga horária, e, após, por um período de diminuição nos salários, acompanhado de uma contrapartida de manutenção do vínculo empregatício.

Embora o documento mencione inspirarse nas recomendações da OIT e na experiência de países europeus com programas semelhantes, percebe-se que o PPE brasileiro traz regras de flexibilidade ao empregador sem propriamente garantir segurança ao trabalhador. A conclusão se baseia em dois pontos:

I – A lei que institui o PPE determina que a jornada de trabalho pode ser reduzida em até 30%, com o correspondente corte salarial. Durante o período de vigência da medida, o trabalhador passa a receber do governo uma compensação de 50% da diferença salarial resultante da diminuição da carga horária, limitado ao índice de 65% do valor correspondente ao segurodesemprego. Ou seja, o arranjo prevê que a empresa mantenha o funcionário com um desconto de 30% na folha de salários. O governo, por sua vez, economiza com a concessão de segurodesemprego, visto que a cobertura nunca atingirá o valor de parcela integral de referido benefício. Já o empregado tem como única garantia a estabilidade do vínculo empregatício pelo equivalente a 1/3 do período total de redução da jornada.

Ou seja, caso a empresa adote o PPE por um ano, os empregados envolvidos serão beneficiados com quatro meses de estabilidade. Não há nenhuma menção à devolução dos valores subtraídos do salário e o período de manutenção obrigatória do emprego pouco se distancia dos períodos de concessão de segurodesemprego previstos em lei, razão pela qual é de se questionar se não seria mais vantajoso ao empregado obter a demissão (que lhe propicia inclusive a liberação de valores retidos do FGTS), gozar de segurodesemprego em valor total (com a possibilidade de utilização do tempo para reciclagem de sua qualificação) e posteriormente se reinserir no mercado de trabalho.

II – A lei do PPE não menciona a obrigatoriedade de que todos os trabalhadores da empresa participem do acordo de redução de jornada de trabalho. Assim, é possível, por exemplo, que apenas metade dos empregados sejam sujeitos à redução de salários, enquanto os demais permaneçam à margem do plano de proteção ao emprego. Isto significa dizer que a empresa pode efetuar as demissões que pretendia fazer originariamente, independentemente da adesão ao plano, e ainda ter uma economia na folha de salários pelo período de até dois anos.

III A redução da jornada de trabalho não significa necessariamente que haverá uma correspondente redução no trabalho e na produção. É possível que empregadores façam cortes nas pausas para descanso e alimentação ou ainda que exijam ritmo mais acelerado no desempenho das tarefas usuais dos operários, de modo a compensar o período menor de permanência nas fábricas e manter os níveis de produção.

Como se pode ver pela breve análise traçada, o Plano de Proteção ao Emprego traz flexibilidade ao empresariado quanto à modulação da folha de salários, permitindo ajustes nos gastos em resposta à recessão.

Parte do ônus é assumido pelo governo, sob a bandeira da garantia da segurança no emprego. Porém, a realidade dos fatos é que o PPE não apenas deixa de propiciar maior segurança ao trabalhador como também lhe priva de parte da verba destinada a seu sustento.

Apesar da inspiração em experiências de países europeus, o programa brasileiro deixa de trazer qualquer previsão quanto à reciclagem ou qualificação dos trabalhadores. Este é um dos ingredientes indispensáveis ao sucesso da flexissegurança, especialmente nos países escandinavos. A redução da jornada de trabalho poderia oportunizar a frequência a cursos e treinamentos, propiciando o refinamento da mão-de-obra. Contudo, este tempo será simplesmente desperdiçado

Definitivamente, o programa não adota termos de flexissegurança, mas apenas promove uma flexibilização transitória às expensas do governo e, principalmente, do trabalhador.

4 CONCLUSÃO

O Programa de Proteção ao Emprego PPE instituído no Brasil por meio da Medida Provisória 680, posteriormente convertida na Lei 13.189/2015, tem pouca ou nenhuma efetividade para frear a escalada do desemprego no país. Embora tenha sido criado com o objetivo de manter os índices de empregabilidade em uma época de recessão, percebe-se que os arranjos possíveis a partir da referida legislação permitem que as demissões continuem a ocorrer, acompanhadas de redução salarial daqueles funcionários que tiverem sido objeto de pactuação para redução da carga horária.

Embora o nome do programa se refira à proteção ao emprego, o que se observa é que as medidas adotadas servem principalmente à proteção das empresas, que terão uma considerável margem para diminuição da folha de pagamentos, além de plena liberdade para levar a

cabo as demissões que originariamente pretendiam implementar. A crise econômica tem diminuído a demanda no mercado nacional, afetando diretamente a indústria, que se viu subitamente em dificuldade para comercializar sua produção. A estratégia estatal certamente se direciona a corrigir este cenário. Assim, as empresas podem atravessar tranquilamente o período de instabilidade econômica sem que ocorra qualquer diminuição em sua margem de lucro.

Uma vez convencionada a adoção das restrições previstas no Programa de Proteção ao Emprego, ao trabalhador resta apenas a diminuição de seu poder de compra, o achatamento salarial justamente em um momento de maior inflação, em que os preços dos itens básicos para sua sobrevivência aumentam dia após dia. Mesmo com a participação do governo no arranjo, a fim de suavizar a perda de rendimentos dos operários, há claro prejuízo à classe, que terá apenas alguns poucos meses de estabilidade em troca da precarização de suas condições de vida.

Portanto, diante do cenário delineado, observase que o Programa de Proteção ao Emprego brasileiro parece ser a contraprova de que o regramento dito de proteção ao trabalhador em última análise se converte em mera institucionalização das formas de exploração da mão de obra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

EUROPEIAS, Comissão das Comunidades. Livro Verde Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI. Bruxelas: 2006.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: LTr, 2009.

MADSEN, Per Kongshøj. The Danish Model of “Flexicurity” – A Paradise with some Snakes. Bruxelas: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2002.

MTE Ministério do Trabalho e do Emprego. Exposição de Motivos n. 95/2015. Disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em 29/05/2016.

OFFE, Claus. Problemas estruturais do estado capitalista. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. A política europeia de emprego e a ideia de “flexissegurança”: um novo paradigma para a “modernização” do direito do trabalho? Belo Horizonte: Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., v. 48, n. 78, jul/dez 2008.