V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

MARIO GARMENDIA ARIGÓN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenador: José Ricardo Caetano Costa, Mario Garmendia Arigón – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-258-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência social. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

Em 09 de setembro de 2016, foram apresentados 12 trabalhos, dos 13 aprovados no GT de DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, cujos debates fomentaram a discussão e intercâmbios de variadas questões de relevância e aderência ao Grupo de Trabalho: saúde, benefício assistencial, educação, previdência e os direitos sociais trabalhistas, com reflexo na previdência social. Desejamos uma boa leitura e reflexão a todos.

No artigo de Aline Marques Marino, Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino, denominado A LEI Nº 13.135/2015 E A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO, analisam as modificações na Lei nº 8.213/1991, na busca da demonstração dos argumentos acerca da constitucionalidade e inconstitucionalidade da referida Lei.

No artigo "A REFORMA ADMINISTRATIVA TRAZIDA PELA MP 726/16: AS SUCESSIVAS REFORMAS PARAMÉTRICAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL INSERIDAS NO PROJETO NEOLIBERAL", de José Ricardo Caetano Costa, Marco Aurélio Serau Junior, os autores investigam o processo histórico, de feição neoliberal, que vem alterando significativamente o sistema previdenciário brasileiro, especialmente a partir da Reforma Administrativa trazida pela Medida Provisória n. 726/16.

No artigo "A TEORIA DO RECONHECIMENTO SOCIAL DE AXEL HONNETH APLICADO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO", de Júlia Francieli Neves de Oliveira, Leonel Severo Rocha, analisam quais as formas de reconhecimento no campo social e familiar no direito previdenciário, trazendo o processo de reconhecimento e a influência de sua estrutura cultural e a complexidade de fatores.

No artigo "ENSINO FUNDAMENTAL NO MARANHÃO: ANÁLISE DO DIREITO À EDUCAÇÃO A PARTIR DO PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO", de Renata Caroline Pereira Reis Mendes a autora analisa a relação entre direito à educação e a obrigatoriedade escolar no ensino fundamental, com base nos dados pelo Plano Estadual de Educação de 2013.

No artigo denominado “LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES PRECARIOS CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS AUTÓNOMOS. ANÁLISIS COMPARADO ENTRE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y BRASILEÑO”, de Mirian Aparecida Caldas, Susana Rodríguez Escanciano, realizam a decadência do Estado de Bem Estar Social, apontando como exemplo o caso dos trabalhadores autônomos, dado seu trabalho precário e atípico, alertando sobre a possibilidade da existência de fraudes e dissimulações nas relações laborais.

No artigo “O AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL À LUZ DO REGIME CONSTITUCIONAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL” de Igor Ajouz, o trabalho pretende analisar a compatibilidade do benefício previdenciário de auxílio-doença parental com as disposições constitucionais que versam sobre a seguridade social, diante da falta de previsão legal para este benefício, apontando os empecilhos no regime constitucional.

No artigo “O BENEFICIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA ASSISTENCIAL NO BRASIL: UM DIREITO UNIVERSAL?” de Ana Maria Correa Isquierdo , Priscilla Brandão Peter, as autoras levantam a problemática trazida pela não concessão do benefício de prestação continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), aos estrangeiros residentes no Brasil, diante da interpretação hermenêutica de quem é o “cidadão”.

No artigo “O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE VERSUS O USO DA FOSFOETANOLAMINA (PÍLULA DO CÂNCER): PARTICULARIDADES E PROPOSTAS DE “LEGE FERENDA”, de Lívia Dias Barros, Ney Rodrigo Lima Ribeiro, os autores objetivam analisar a efetivação do direito à saúde a partir da utilização da fosfoetanolamina sintética a partir da propostas de “lege ferenda” ao Art. 2º da Lei nº 13.269 /2016, avaliando os problemas do uso indiscriminado destes medicamentos.

No artigo “O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL”, de Carla Batista Baralhas Anna Candida da Cunha Ferraz, as autoras analisam o “mínimo existencial” como direito fundamental do beneficiário da previdência social, propondo demonstrar a diferença entre o mínimo existencial e mínimo vital para o fim de garantir a efetividade do direito fundamental à previdência.

No artigo denominado “O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL COMO BARREIRA DE CONTENÇÃO À ONDA REFORMISTA QUE ATINGIU OS SISTEMAS PREVIDENCIÁRIOS DO BRASIL E DE PAÍSES DA AMÉRICA LATINA NAS ÚLTIMAS DÉCADAS”, de Juliana Toralles Dos Santos Braga , Pâmela Cristine

Bolson, as autoras pretendem demonstrar que o princípio da vedação ao retrocesso social pode servir como barreira para o imperante discurso neoconservador que tem influenciado as reformas estruturais operadas nos sistemas previdenciários do Brasil e de países da América Latina nas últimas décadas.

No artigo denominado “SEGURIDADE SOCIAL DO BRASIL: SAÚDE, PREVIDÊNCIA SOCIAL E ASSISTÊNCIA SOCIAL: ANÁLISE CONCEITUAL E CONJUNTURAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988”, de Angelica Denise Klein , Luiza Weigel, as autoras buscam avaliar a ações de iniciativa dos poderes públicas e da sociedade brasileira para assegurar os direitos à Seguridade Social, avaliando as alterações normativas de proteção social.

No artigo “SINDICATOS E A POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE TRABALHADORES EM PROGRAMAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR”, de Denise Poiani Delboni, Clayton Vinicius Pegoraro de Araújo, abordam a questão da necessidade de repensar outros mecanismos de Previdência Social Complementar, apontando uma maior viabilidade financeira, ampliando a participação dos sindicatos nesse processo.

Desejamos uma boa leitura e proveito à todos.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa - FURG

Prof. Mario Garmendia Arigón - CLAEH

O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL

THE EXISTENCIAL LEAST AS LAW WARRANTY FUNDAMENTAL TO SOCIAL SECURITY

Carla Batista Baralhas
Anna Candida da Cunha Ferraz

Resumo

O objetivo do presente trabalho é analisar o “mínimo existencial” como direito fundamental do beneficiário da previdência social. Além de se sustentar o direito à previdência social como direito constitucional fundamental. A discussão envolve o conceito da expressão “mínimo existencial” e a sua fundamentalidade. Propõe demonstrar a diferença entre mínimo existencial e mínimo vital para o fim de garantir a efetividade do direito fundamental à previdência. Analisa-se também, por necessário, a distinção daquele entre a “reserva do possível”, e que não deve ser utilizada para relativizar a aplicabilidade do mínimo existencial na relação beneficiário-previdência social.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Mínimo existencial, Previdência social

Abstract/Resumen/Résumé

The objective is to analyze the "existential minimum" as a fundamental right of the recipient of social security. In addition to supporting the right to social security as a fundamental right. The discussion involves the concept of the term "existential minimum" and its fundamentality. It proposes to demonstrate the difference between existential minimum and minimum vital to ensure the effectiveness of the fundamental right to security. It analyzes the distinction between the " reservation of the possible" and should not be used to relativize the applicability of the existential minimum pension in relation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Existential minimum, Social security

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar que o direito à previdência social constitui um direito fundamental estabelecido pela Constituição brasileira e que, como direito fundamental, tem garantias específicas para o seu exercício, também fixadas pela Constituição.

Partindo da na análise do conceito e do conteúdo dos direitos fundamentais, busca-se, como afirmado na Constituição, ratificar a noção de que a previdência social constitui um direito fundamental social ao qual, como ocorre relativamente aos demais direitos, oferece a Lei Maior garantias genéricas e específicas para sua efetiva aplicação. Anota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um vetor e uma garantia genérica para todos os direitos fundamentais e, por óbvio, também para o direito à previdência social. Por outro lado, procura-se demonstrar que a que a "garantia do mínimo existencial", consagrada pela doutrina, está inserida no discurso constitucional como forma de tornar efetivo o exercício desse relevante direito social, pelo que deve se sobrepor à chamada "reserva do possível".

Assim, de início, examinar-se-á o conceito e o conteúdo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira de 1988. A seguir, cuidar-se-á de demonstrar que o direito à previdência social é inserido no texto constitucional como direito social e que as garantias de efetividade do exercício desse direito mereceram do constituinte um tratamento específico no Título VII, que cuida da Ordem Social, institucionalizando a forma de seu exercício no Capítulo II, que dispõe sobre a Seguridade Social. Finalmente examina-se a garantia do mínimo existencial frente às demais versões teóricas que se remetem ao exercício dos direitos sociais, buscando demonstrar que a mesma constitui uma garantia específica do direito à previdência social e uma consequência necessária para o seu exercício, pelo que o mínimo existencial constitui, também, uma garantia fundamental para o exercício desse direito.

Para se chegar ao objetivo final desse artigo será utilizado, além do método dedutivo e a interpretação constitucional, que permitirão o exame acurado (ainda que

forçosamente resumido) dos conteúdos e conceitos constitucionais sobre direitos fundamentais e direitos sociais e a pesquisa bibliográfica lançada sobre a matéria.

1 – O DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

Os direitos sociais são considerados direitos basilares do Estado Democrático de Direito, pois solidificam a dignidade da pessoa humana que é princípio vetor dos Direitos Humanos e da Democracia.

Bem por essa razão estão inseridos no Título II "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", da Constituição brasileira de 1988, cuja conceituação é apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet nos termos seguintes:

> Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo) [1]

Os direitos fundamentais são classificados pela doutrina, como forma didática de se conhecer seu desenvolvimento, em gerações ou dimensões, categorias que facilitam a compreensão ou aplicação dos vários tipos de direitos considerados como fundamentais. Não se trata, porém, como o termo poderia sugerir, de substituição de direitos ao longo dos tempos, ou fases subsequentes de direitos. Ao contrário, na contemporaneidade, os direitos das várias gerações ou dimensões convivem nos textos constitucionais, em regra sob o rótulo de direitos fundamentais. Segundo salienta FERREIRA FILHO[2]:

---

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11ª** ed., revista,atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 77.

[2] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p 6.

> "As três gerações, como o próprio termo *gerações* indica, são os grandes momentos de conscientização em que se reconhecem "famílias" de direitos. Estes têm assim características comuns e peculiares".

A tais considerações é possível acrescentar que essas "famílias" de direitos convivem no texto constitucional pátrio, sendo que as duas primeiras gerações são complementares entre si, como se exporá.

É relevante, pois, examinar, ainda que resumidamente, os direitos que compõem cada geração para indicar o "*locus* constitucional" em que se encontra o direito à previdência social, objeto desse trabalho.

Os direitos ditos da primeira dimensão são direitos do indivíduo frente ao Estado, ou direitos de defesa contra o poder estatal e são caracterizados pelo princípio da não-intervenção ou da limitação da intervenção estatal na esfera da liberdade. São, pois, os direitos inerentes à liberdade, ou seja, os direitos civis e políticos, que passaram a ser objeto de preocupação a partir do século XVIII. Esses direitos já se consolidaram em toda parte onde são reconhecidos os direitos fundamentais, estando presentes em todas as Constituições civis democráticas. [3]

Os direitos da segunda dimensão eclodiram no final do século XIX, após a Segunda Guerra Mundial, e com o advento do Estado Social. Surgem principalmente diante do fato de que o Estado, embora assegurasse o direito à liberdade e consequentemente à igualdade, não garantia o pleno exercício desses direitos, já que o direito à igualdade era tão somente visto na sua face formal. Em outras palavras, a igualdade em seu sentido material - que verdadeiramente assegura o efetivo exercício dos direitos - não permeava as constituições modernas e nem inspirava interpretação que conduzisse a essa finalidade. Ora, os direitos sociais exigem mais do que um Estado abstencionista: demandam um Estado que efetivamente proteja o gozo e o exercício dos direitos fundamentais. Em uma primeira visão pode-se afirmar que os direitos sociais devem ser considerados como direitos instrumentais,

[3]Cf. entre outros BONAVIDES Paulo, **Curso de Direito Constitucional**.São Paulo: Malheiros, 2008, p. 570 Também GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais – Análise de sua concretização constitucional**, Curitiba: Juruá, 2ª. tiragem, 2004, p 58-59

porque asseguram a plenitude do exercício dos direitos de primeira geração, sendo essa sua principal função.[4]

O termo "direitos sociais" engloba os direitos econômicos, sociais e culturais que devem ser prestados pelo Estado por meio de políticas de justiça distributiva.

Ainda dentro desse contexto, Sarlet pondera:

> O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. [5]

Já os direitos da terceira dimensão são resultado das novas reivindicações da sociedade, despontadas no final do século XX, em virtude do impacto tecnológico, entre outras causas, e suas consequências, não se destinando especificamente à proteção dos direitos ou interesses de um indivíduo, nem de um grupo, mas à proteção de direitos de titularidade coletiva ou difusa, própria do gênero humano, tidos como valores supremos existenciais. São os direitos de fraternidade, de solidariedade (que reafirmam o terceiro valor exaltado no famoso lema da Revolução Francesa: "*liberté, egalité e fraternité"*), traduzindo-se num meio ambiente equilibrado, no avanço tecnológico, na autodeterminação dos povos, na comunicação social, na paz, entre outros.[6] Pela sua especificidade e pelo evidente caráter internacionalizante desses direitos, não são usualmente contemplados ou plenamente reconhecidos nas constituições estatais.[7] São, em princípio, direitos dedutíveis dos textos formais constitucionais, por interpretação. A Constituição de 1988, segundo aponta a

[4] Cf., por todos. GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais – Análise de sua concretização constitucional**, Curitiba: Juruá, 2ª tiragem, 2004, p. 62
[5] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamental: uma perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª tiragem, 2011, p. 41
[7] Cf. SARLET, cit. 2009, p.28

[7] Ver FERREIRA FILHO, 2011, cit., p. 6

doutrina, contempla, para exemplo, o direito ao meio ambiente, que pode ser enquadrado como direito coletivo de terceira geração.[8]

Em resumo, os direitos sociais, para o que interessa a esse texto, constituem direitos fundamentais, inserem-se na segunda dimensão dos direitos fundamentais e são indicados no ordenamento constitucional brasileiro no artigo 6º da Constituição Federal. Constituem direitos sociais, prescreve a Constituição: "a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados". Todos esses direitos, assegurados como cláusula pétrea, não modificável mesmo por emenda constitucional pelo art. 60, §3º, IV da Constituição de 1988, são considerados como mínimos indispensáveis para garantia de uma vida digna.

Por sua especificidade no que diz respeito à sua efetivação esses direitos mereceram tratamento diferenciado em vários tópicos constitucionais, sempre com vistas à sua possível e necessária realização.

É o que se comprova diante da disciplina constitucional do direito à previdência social, para cuja realização a Lei Maior cuida de estabelecer um sistema integrado de ações que contempla sob o rótulo da Seguridade Social, neste inserindo os subsistemas da Previdência Social, da Saúde e Assistência Social. (arts. 193-204.).

Em suma, a Seguridade Social, combina em seu texto o tratamento e a concretização de determinados direitos fundamentais sociais prescrevendo as garantias e os limites mínimos desses direitos que devem ser respeitados, assegurados e prestados pelo Estado. Em outras palavras, configura o texto constitucional o direito à previdência social como prestação estatal que tem como premissa a justiça e o bem-estar social e como garantia a preservação de um núcleo mínimo de realização estatal.

[8] ALEXY, citado por Christian Magnalis de Marco e Janaína Reckziegel no artigo "Direitos Individuais e bens coletivos" In **Direitos Fundamentais & Justiça**," Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, HS Editora, n. 20 (out./dez. 2014), p. 139 sustenta "que é mais fácil exemplificar do que conceituar bens coletivos. E exemplifica com os direitos: "segurança, prosperidade, meio ambiente equilibrado, alto nível cultural".

Assim, já adiantando uma primeira conclusão, o Estado tem obrigação de promover diretamente prestações individuais a pessoas que necessitam de alguma atividade relativa à Previdência Social como forma de promover a justiça social no país.

Entende Paulo Bonavides que admitir a previdência social como direito fundamental é necessidade. Muitos criticam esse enquadramento, mas poucos conseguiriam viver em uma sociedade sem a garantia desse direito. O seguro social é o meio necessário e eficaz de garantia da vida digna, firmada sua posição em todas as sociedades desenvolvidas. Indo além, pode-se dizer que a previdência social, na dimensão objetiva, seria uma garantia institucional, pois supera a solidão individualista da concepção clássica dos direitos fundamentais. [9]

Cabe acrescentar que o texto constitucional, no art. 201, contém os parâmetros conceituais éticos e econômicos indicativos do mínimo essencial a ser observado na concessão dos direitos previdenciários. Para melhor entendimento, cabe registrar especialmente o disposto no *caput* e nos parágrafos 1º, 2º e 4º [10] *verbis*:

> 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:
>
> I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
>
> II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
>
> III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
>
> IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
>
> V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no §2º.
>
> §1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos definidos em lei complementar.
>
> §2º Nenhum beneficio que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.
>
> [...]
>
> §4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real conforme critérios definidos em lei;

[9] BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 566/567.

[10] Os demais parágrafos deste artigo também indicam critérios conceituais para a conceituação do mínimo existencial e a eles remete-se o leitor para compreensão do tema.

Apenas para argumentar, registre-se que a lei infraconstitucional que regulamentar tais temas não poderá reduzir ou eliminar os parâmetros fixados constitucionalmente. Para exemplo, a lei deverá sempre **reajustar** os proventos da aposentadoria dos beneficiários em valor igual àqueles que percebem os trabalhadores da ativa e nunca menor do que aquele que percebem desde a respectiva aposentadoria, especialmente se consistir em valor fixado pelo salário mínimo (necessário às necessidades vitais), que é considerado como o mínimo existencial para a manutenção de uma vida digna.

2- MÍNIMO EXISTENCIAL COMO GARANTIA DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL: MUITO ALÉM DO MÍNIMO VITAL

A noção do chamado "mínimo existencial" data de 1795, surgida na Inglaterra segundo registra Wagner Balera[11], com um caráter nitidamente assistencial, caráter esse que permeou a primeira legislação brasileira, em 1971 (PRORURAL- Programa de Assistência ao trabalhador rural, Lei 11/71) e em 1974, com a criação de um programa de renda vitalícia aos idosos e às pessoas com deficiência física, ainda segundo o mesmo autor. Sua concepção moderna conforme registra Balera se encontra na obra Uma Teoria da Justiça, de John Rawls. Trata-se de um procedimento "que conduz à equidade entre as pessoas, de modo que cada um obtenha um resultado mais justo ou menos injusto" necessário para "garantir, a cada um, mínimas condições materiais de existência". [12]

A Constituição de 1988 traz, entre nós, essa nova concepção do mínimo existencial. Na linha adotada pelo Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Constituição busca garantir o máximo (ou um mínimo) de recursos disponíveis para assegurar o exercício dos direitos sociais que arrola[13] e, na feliz expressão de Wagner Balera constitui um "verdadeiro direito público subjetivo ao incremento dos direitos sociais"[14], ou seja um direito às condições mínimas de uma vida digna que o Estado (e eventualmente a sociedade)

[11] SARLET, Ingo Wolfgang, nos Comentários ao artigo 6º da Constituição, In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 545-547, lembra que, na Alemanha, a noção de mínimo existencial teve importante elaboração dogmática com Otto Bachoff, 1954.

[12] BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. In MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antonio Marques da.(org.) **Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana**.São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 1354- 1355.

[13] Idem supra, p. 1136.

[14] Idem, ibidem.

deve propiciar a todos. Distinguindo, na institucionalização da Seguridade Social, de um lado, a Previdência Social e de outro a Assistencial Social, a Constituição retira do mínimo existencial o caráter de procedimento assistencial. Sua função, no âmbito da previdência social, é atender, do melhor modo possível, as necessidades básicas da pessoa: esse o substrato do "mínimo existencial".

Convém acentuar, pela importância de que se reveste o tema, que se deve distinguir o mínimo existencial do mínimo vital. O conteúdo do mínimo existencial não poder ser confundido com o mínimo vital porque este diz respeito às condições mínimas ou à garantia da vida humana. O mínimo existencial abrange "mais do que a garantia da sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta e não se reduzindo à mera existência"[15], vale dizer, propugna pelo exercício de uma vida digna cuja compreensão passa exatamente pelo efetivo exercício dos direitos sociais arrolados no texto constitucional. Já o mínimo vital significa garantir a vida, o direito fundamental à vida, que também pressupõe todo um aparato público no que respeita à segurança, à saúde etc.

Destarte, o Estado, sujeito ao principio basilar da dignidade humana não pode se omitir na concretização de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, ou reduzir o conceito de mínimo existencial à noção de mínimo vital. Vale lembrar que se o mínimo existencial fosse garantia apenas do mínimo necessário à sobrevivência não seria preciso constitucionalizar os direitos sociais, ainda mais como direito fundamentais. Bastaria, portanto, a garantia constitucional do direito à vida.

O mínimo existencial, no campo da previdência social, representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. A noção do mínimo existencial como garantia fundamental dos direitos à previdência, ou seja, de um conjunto de prestações estatais assegura a cada beneficiário da previdência uma vida digna[16]. Assim, a noção de direito-garantia do mínimo existencial permeia toda a dicção dos artigos 6º e 201 da Constituição Federal e a lei infraconstitucional que deve regulamentar essas disposições constitucionais.

[15] Cf. SARLET, cit. 2013, p. 546.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (Da Pessoa) Humana, Mínimo Existencial E Justiça Constitucional: Algumas Aproximações E Alguns Desafios: **Revista Cejur TJSC: prestação jurisdicional**, 2013, p 29-44

Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados[17] .

Em resumo**, é** possível afirmar, diante do exposto, que o mínimo existencial é uma garantia intrínseca da vida humana digna, deduzida diretamente do texto constitucional em vigor, e que não pode ser objeto de intervenção estatal de forma a relativizar a sua aplicação sob a ótica de outras teorias, como por exemplo, a reserva do possível a ser examinada a seguir.

3 – A RESERVA DO POSSÍVEL E A LIMITAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS AOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Várias teorias ou posicionamentos são construídos com a finalidade de, diante da escassez de recursos públicos, fixar limites ao entendimento da concretização do exercício dos direitos sociais e, no caso, especialmente, à garantia do mínimo existencial[18].

A concretização dos direitos sociais fundamentais, por serem de caráter prestacional, ou seja, de obrigação institucional, demanda recursos financeiros, o que traz à discussão a chamada "reserva do possível". A "reserva do possível" fundamenta a limitação da prestação estatal relativa a um direito fundamental social. É usualmente utilizada pelo Poder Público para justificar o não cumprimento dos preceitos constitucionais sociais e, muito especialmente, para não se sujeitar a concretizar o mínimo existencial como garantia dos direitos sociais.

Entende-se por "reserva do possível" a possibilidade de o Estado, tendo em vista que as necessidades são infinitas e as reservas orçamentárias finitas, pode realizar o

[17] TORRES. Ricardo Lobo. O mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista Direito Administrativo**, RJ: 1989, p.29-49. Lembra o autor que outra importante garantia de exercício dos direitos sociais constitui a chamada "proibição de retrocesso", tema relevante que, todavia, não é objeto desse texto. Sobre a relação da "proibição do retrocesso" e o "mínimo existencial" conferir SARLET, Ingo Wolfgang, "Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição do Retrocesso. Revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais" In CANOTILHO, J. J. Gomes, CORREIA, Marcus Orioni Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 03 e segts..

[18] BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. In MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antonio Marques da.(org.) **Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 1358.

possível dentro das condições materiais existentes e com isso, se necessário, limitar ou reduzir o campo do exercício dos direitos sociais. Não se pode exigir, alega-se, que um Estado - mesmo que responsável por zelar pelo bem-estar social - arque com obrigações extremamente onerosas e imprevistas no orçamento público. Alega-se, por outro lado, que cabe unicamente ao Poder Público estabelecer as políticas públicas para o cumprimento dos deveres constitucionais o que, portanto, justifica o uso que o Estado possa fazer para o cumprimento dos direitos sociais, tendo em vista a escassez dos recursos públicos.

Assim aberta, essa teoria pretende admitir que os entes públicos - embora sujeitos ao cumprimento da responsabilidade constitucional que lhes impõe o dever de assegurar a todos a previdência social, ou seja, uma vida digna - se afastem da obrigação de observar as normas constitucionais, em especial, os princípios basilares da Administração Pública e da Previdência Social, alegando falta de recursos[19].

No entanto cabe ponderar que, se a limitação dos recursos públicos é fato inegável, cabe à Administração fixar um orçamento adequado para cumprir, ainda que minimamente, mas de modo adequado e justo, todas as disposições constitucionais relacionadas ao exercício dos direitos fundamentais, exatamente por seu caráter de fundamentalidade, seja as referente à vida, à saúde, à educação, á previdência e assim por diante[20]. Assim, registra Sarlet[21], tem de ser encarada com reservas e não pode ser utilizada como argumento que justifique a omissão estatal na prestação dos direitos sociais.

Jorge Miranda, em sentido ligeiramente diverso, refere-se "à subordinação da efectividade concreta [dos direitos sociais] a uma *reserva económica do possível*, e também pondera que: "por regra, o conteúdo essencial de todos os direitos deverá ser sempre assegurado" observando ser este posicionamento próximo do emitido por Canotilho, "e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser em função do juízo que o legislador

[19] A problemática dos limites do legislador, dos direitos a prestações e imposições constitucionais é analisada por CANOTILHO, J. J., na obra **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 366 e segts.

[20] Jorge MIRANDA, na obra **Manual de Direito Constitucional,** Tomo IV Direitos Fundamentais**,** 2ª. ed., revista e actualizada,, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 348, menciona a subordinação da efetividade concreta dos direitos sociais a uma *reserva económica do possível*, citando CANOTILHO (grifos do autor).

[21] SARLET, 2013, p. 545

vier a emitir sobre a sua maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre suas condições de efectivação";[22]

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, tem enfrentado esse confronto entre a teoria do mínimo existencial e a reserva do possível. Em vários julgados a questão é levantada. Cabe mencionar, para exemplo, duas decisões emblemáticas a respeito:

Na ARE 639337, AgR/ SP – São Paulo, Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário, Relator Min. Celso de Mello (julgamento 23/08/2011)[23] lê-se na ementa, entre outros pontos, que:

> [...]
>
> Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de
>
> políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina**. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos [...] Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (g. n.).**

[22] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, , Tomo IV Direitos Fundamentais,** 2ª. ed., revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 349

[23] Cf. Jurisprudência do STF. Acesso em 29/05/2016. Outras decisões a respeito podem ser citadas. Para exemplo: ARE 745745 AgR/ Minas Gerais. Julgamento 02/12/2014; ARE 727864 AgR / PR – Paraná**.** Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo, 4/11/2014; ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO . Ag. Re. No Recurso Extraordinário com Agravo. Julgamento 23/08/2011, ambos tendo como Relator o Min. Celso de Mello.

A outra decisão é citada por Wagner Balera[24] no excelente artigo já mencionado e em que cuida da temática. Trata-se da Ação de Descumprimento de Preceito fundamental, nº 45 (MC/DF), Relator Celso de Mello, cuja ementa contempla:

> A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". **Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da exigibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial"**. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento de no processo das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (g. n.)

Vê-se, portanto, que a chamada "reserva do possível" não deve se sobrepor à cláusula do mínimo existencial quando em cena o exercício de direitos fundamentais relativos à previdência, pois que esta encontra guarida no texto constitucional e é fundada na interpretação sistemática e teleológica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da fundamentalidade dos direitos sociais, pelo que esses direitos devem ser garantidos pelos Poderes estatais, seja na legislação, seja na implementação de políticas publicas.

.

[24] BALERA, Cit., p. 1359

CONCLUSÃO.

Este artigo propôs-se a demonstrar que o direito fundamental à previdência social, expressamente assim considerado entre os direitos sociais inscritos no art. 6º da Constituição brasileira de 1988, tem sua integralização concretizada no princípio da dignidade da pessoa humana e no Subsistema "Da Previdência Social" (arts. 201-201 da CF), que integra o Sistema da Seguridade Social integralizado na Constituição de 1988..

Diante desse núcleo constitucional, os direitos sociais estão sob o manto da garantia "mínimo existencial", que limita a atuação dos poderes estatais, seja do Legislativo, por intermédio de leis infraconstitucionais, seja do Executivo, mediante políticas públicas e mesmo do Judiciário. Os poderes constituídos, caudatários que são da Constituição, além de serem limitados, devem, necessariamente, cumprir os deveres que lhe são impostos por nossa Lei Maior. A concretização do exercício dos direitos fundamentais sociais, nos quais se inclui o direito à previdência social, é um inarredável dever do Estado Democrático brasileiro.

A teoria da "reserva do possível", construída diante da inegável escassez e limitação dos recursos públicos não pode, todavia, ser utilizada pelo Poder Público nos no que respeita aos direitos fundamentais sociais, prescritos na Constituição de modo a suprimi-los ou impor limites que venham a ferir o núcleo essencial ditado pela dignidade,a vida e a subsistência da pessoa humana.

Conclui-se, assim, que o mínimo existencial deve ser observado pelos poderes estatais como prioridade constitucional porque é condição estrutural - alicerce dos direitos fundamentais básicos.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. In MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antonio Marques da.(org.) **Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 1358

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes, na obra **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____, CORREIA, Marcus Orioni Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALINDO, Bruno. Direitos Fundamentais – Análise de sua concretização constitucional, Curitiba: Juruá, 2ª tiragem, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, , Tomo IV Direitos Fundamentais,** 2ª. ed., revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993

MARCO., Christian Magnalis de. Reckziegel Janaína. "Direitos Individuais e bens coletivos". In **Direitos Fundamentais & Justiça**, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, HS Editora, n. 20 (out./dez. 2014).

SARLET, Ingo Wolfgang. DIGNIDADE (DA PESSOA) HUMANA, MÍNIMO EXISTENCIAL E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: algumas aproximações e alguns desafios: **Revista Cejur TJSC:** prestação jurisdicional. 2013, p. 29-44

SARLET, Ingo Wolfgang, Comentários ao artigo 6º da Constituição, In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição do Retrocesso. Revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais **In Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE),** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em 01/06/16

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira**.** Porto Alegre: **Revista da Procuradoria Geral do Estado, 2002**, p. 29-77

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Décima ed. revista e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TORRES. Ricardo Lobo. **O** mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, RJ: 1989, p. 29-49,