

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação em Direito

**PELA PROTEÇÃO DO PACTO FRATERNAL PREVIDENCIÁRIO:
análise da efetivação dos direitos previdenciários de sujeitos hipervulneráveis**

Roberto de Carvalho Santos

Belo Horizonte
2022

Roberto de Carvalho Santos

**PELA PROTEÇÃO DO PACTO FRATERNAL PREVIDENCIÁRIO:
análise da efetivação dos direitos previdenciários de sujeitos hipervulneráveis**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: História, Poder e Liberdade

Projeto Coletivo: Direito e Justiça Política

Área de Estudo: Direito Político

Orientador: Prof.^a. Dr.^a Mariah Brochado
Ferreira

**Belo Horizonte
2022**

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

S237p Santos, Roberto de Carvalho
Pela proteção do pacto fraterno previdenciário [manuscrito]: análise da efetivação dos direitos previdenciários de sujeitos hipervulneráveis / Roberto de Carvalho Santos. 2022.
110 f.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 102-110.
1. Previdência social - Legislação - Brasil - Teses. 2. Seguridade social - Teses. 3. Legislação social - Teses. I. Brochado, Mariah. II. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 36(81)



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO ROBERTO DE CARVALHO SANTOS

Realizou-se, no dia 07 de dezembro de 2022, às 10:30 horas, Virtual, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *PELA PROTEÇÃO DO PACTO FRATERNAL PREVIDENCIÁRIO: análise da efetivação dos direitos previdenciários de sujeitos hipervulneráveis*, apresentada por ROBERTO DE CARVALHO SANTOS, número de registro 2021652852, graduado no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Mariah Brochado Ferreira - Orientador (UFMG), Prof(a). Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz (Universidade Federal do Ceará), Prof(a). Fabricio Bertini Pasquot Polido (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Luiz Carlos Garcia (Universidade Federal do Tocantins).


A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada, tendo obtido a nota 100.


Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 2022.

Documento assinado digitalmente
 MARIAH BROCHADO FERREIRA
Data: 07/12/2022 13:06:07-0300
Verifique em <https://verificador.iti.br>


Prof(a). Mariah Brochado Ferreira (Doutora) nota 100.

MARCIO AUGUSTO DE
VASCONCELOS DINIZ:20246480378  Assinado de forma digital por MARCIO AUGUSTO
DE VASCONCELOS DINIZ:20246480378
Dados: 2022.12.07 16:26:09 -03'00'

Prof(a). Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz (Doutor) nota 100.

FABRICIO BERTINI PASQUOT  Assinado de forma digital por FABRICIO
BERTINI PASQUOT POLIDO:28330873811
POLIDO:28330873811
Dados: 2022.12.07 18:01:15 -03'00'

Prof(a). Fabricio Bertini Pasquot Polido (Doutor) nota 100.

Documento assinado digitalmente
 LUIZ CARLOS GARCIA
Data: 08/12/2022 09:20:37-0300
Verifique em <https://verificador.iti.br>

Prof(a). Luiz Carlos Garcia (Doutor) nota 100.

AGRADECIMENTOS

É com extrema alegria que chego ao presente momento de minha vida acadêmica, coincidente com a apresentação de minha tese de mestrado, representando o final deste ciclo de estudos, que foram tão proveitosos para mim enquanto entusiasta do direito previdenciário, na perspectiva do estudante e do advogado militante na área.

Primeiramente, é necessário prestar um agradecimento a Deus.

Registro também minha gratidão à minha mãe Maria Diana, pelo amor incondicional e pelo exemplo de resiliência e inteligência. Jamais também esquecerei os ensinamentos do meu pai Mauricio Augusto Simões dos Santos, pessoa voltada aos estudos e que sempre nos estimulou em estudar em escolas públicas de qualidade.

Aos meus irmãos, deixo meus agradecimentos, pelas inúmeras lições aprendidas em função da convivência, desde a infância, que estão presentes comigo até hoje e influenciam minha maneira de enxergar a vida. Agradeço também à minha orientadora Dra. Mariah Brochado, exímia professora e talentosa doutrinadora, sem a qual seria impossível desenvolver a presente dissertação. Essencial também expressar minha gratidão ao Dr. Márcio Augusto Vasconcelos, meu co-orientador, brilhante docente, que contribuiu de forma necessária para este trabalho.

Agradeço ao Lucas Magno, ao Ítalo Leijoto e à Maria Gabriela, colegas de profissão que muito me apoiaram nas pesquisas, conversas e reflexões sobre o Mestrado, concorrendo diretamente para o produto final.

Imperioso destacar minha gratidão à Ana Paula Fernandes, vice-presidente do Instituto de Estudos Previdenciários, que de forma notável e eficiente divide grandes responsabilidades comigo, na condução das atividades do IEPREV. Aos meus sócios Pedro Santos e Wagner Souza, bem como toda a equipe do escritório de advocacia, deixo meus agradecimentos, especialmente nos momentos nos quais precisei dedicar-me com mais afinco ao Mestrado.

Sigo no caminho para me tornar profissional cada vez mais atuante dentro da militância dos direitos sociais e vivo o presente momento com muita satisfação e ansioso pelos próximos passos, que serão dados com muita responsabilidade, humildade e amor.

RESUMO

Trata-se de dissertação de mestrado que tem como tema uma análise da efetivação dos direitos previdenciários dos sujeitos hipervulneráveis, sob a ótica do pacto fraterno previdenciário. Os destinatários da Seguridade Social, geralmente, são sujeitos hipervulneráveis, no sentido de serem atravessados por marcadores sociais e econômicos de diferença. Diante dessa condição, não raras são as situações nas quais esses sujeitos se encontram em uma posição de dificuldade para verem seus direitos sendo efetivados, seja por obscuridade da legislação, seja por decisões judiciais controversas, seja por posturas administrativas do INSS que não condizem com o espírito do direito previdenciário, que é permeado pela noção de fraternidade e solidariedade, de forma que há um pacto intergeracional na direção de garantir uma vida digna a todos, incluindo as prestações da Seguridade Social. O objetivo do presente trabalho é demonstrar um recorte de qual é o tratamento legal e jurisprudencial, em matéria previdenciária, dado aos sujeitos hipervulneráveis, em uma perspectiva analítica e crítica. A metodologia utilizada no presente trabalho consiste no estudo da legislação previdenciária e seus motivos, além da análise do tratamento jurisprudencial conferido aos sujeitos hipervulneráveis em algumas situações nos quais seus direitos fundamentais não são amplamente garantidos, seja pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Conclui-se que há um cenário de injustiça que permeia o contexto de alguns dos destinatários da Seguridade Social e que tal situação, em certa maneira, obsta a efetivação de direitos sociais garantidos à coletividade, numa perspectiva constitucional e filosófica.

Palavras-chave: Pacto Fraterno Previdenciário; Sujeitos hipervulneráveis em matéria previdenciária; Efetivação de direitos para a Previdência Social

ABSTRACT

This is a master's thesis whose theme is an analysis of the effectiveness of the social security rights of hyper-vulnerable subjects, from the perspective of the fraternal social security pact. Social Security recipients are generally hyper-vulnerable subjects, in the sense of being crossed by social and economic markers of difference. Faced with this condition, it is not uncommon for these subjects to find themselves in a difficult position to see their rights being enforced, either due to the obscurity of the legislation, or due to controversial judicial decisions, or due to Brazil's social security institute (INSS) administrative postures that do not comply with the spirit of social security law, which is permeated by the notion of fraternity and solidarity, so that there is an intergenerational pact in the direction of guaranteeing a dignified life for all, including Social Security benefits. The objective of the present work is to demonstrate a clipping of what is the legal and jurisprudential treatment, in social security matters, given to hyper vulnerable subjects, from an analytical and critical perspective. The methodology used in this work consists of studying the social security legislation and its reasons, as well as analyzing the jurisprudential treatment given to hypervulnerable subjects in some situations in where their fundamental rights are not fully guaranteed, by the Executive, Legislative or Judiciary branches. It is concluded that there is a scenario of injustice that permeates the context of some of the recipients of Social Security and that this situation, in a way, prevents the realization of social rights guaranteed to the community, from a constitutional and philosophical perspective.

Keywords: Fraternal Social Security Pact; Hyper-vulnerable subjects in social security matters; Effectiveness of Social Security rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO SOCIAL SOBRE AS CONCEPÇÕES SOCIAIS QUE EMBASARAM OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR	12
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA PROTEÇÃO E SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL.....	25
4 A FRATERNIDADE E A SOLIDARIEDADE EM UMA ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR.....	37
4.1 A fraternidade em algumas bases filosóficas relevantes que contribuíram para a construção de uma ideia de direito fraterno	37
5 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE DO PONTO DE VISTA JURÍDICO E CONSTITUCIONAL	45
5.1 A fraternidade e sua inserção nos grupos de direitos de segunda e terceira dimensão.....	45
5.2 O pacto fraterno previdenciário e julgados do Supremo Tribunal Federal que foram embasados na concepção de uma sociedade solidária	53
6 FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE NO CONTEXTO DA SEGURIDADE SOCIAL	55
6.1 Os princípios gerais do direito previdenciário e sua dimensão fraterna	55
6.2 Sobre os princípios informadores da Seguridade Social e sua relação com a ideia de fraternidade e solidariedade.....	57
7 SOBRE OS SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO.....	63
8 DO TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA EM RELAÇÃO AOS SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS	72
8.1 Sobre o Tema 692 DO STJ – Necessidade de devolução dos valores recebidos por litigante beneficiário do Regime Geral de Previdência Social – RGPS em virtude de decisão precária, que venha a ser posteriormente revogada	72

8.2 Sobre o tratamento previdenciário conferido às pessoas transexuais.....	84
8.3 Sobre a exigência do início de prova material para comprovação da união estável	97
9 CONCLUSÃO.....	103
REFERÊNCIAS	109

1 INTRODUÇÃO

Cuida a presente dissertação de uma análise sobre a efetivação dos direitos previdenciários de sujeitos hipervulneráveis, sob o enfoque do pacto fraterno previdenciário. O referido pacto parte da premissa que é responsabilidade de todos os brasileiros o financiamento e o dever de cuidado para com os destinatários da Seguridade Social, que engloba a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social.

Os sujeitos hipervulneráveis são aqueles atravessados por marcadores sociais de diferenças, em uma perspectiva socioeconômica, de modo que é dever constitucional da Seguridade Social realizar o amparo destes, diante das inúmeras contingências sociais aos quais os humanos estão sujeitos, como velhice, morte, doença, maternidade, reclusão, dentre outros.

O pacto fraterno previdenciário é uma ideia que traz consigo a evolução dos conceitos de fraternidade e solidariedade desde os tempos aristotélicos, ante a constatação de que é apenas em sociedade que o ser humano atinge sua plena potencialidade, uma vez que não é possível sua sobrevivência sem a formação de algum tipo de coletividade que especialize e divida as funções entre o maior número de pessoas possíveis.

A partir de intensa pesquisa bibliográfica, a presente dissertação pretende dar um panorama geral de como os conceitos de solidariedade e fraternidade evoluíram ao longo do tempo, de forma a moldar condutas estatais, filosóficas, legislativas, até culminar em sua incorporação plena pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial o direito previdenciário.

Buscou-se desenvolver uma cronologia que permita ao leitor perceber como a ideia de fraternidade foi se alterando conforme o tempo e como ganhou maiores contornos sociais, uma vez que a história mostrou a falha dos sistemas liberais no cuidado com os indivíduos, especialmente mais deficitários do ponto de vista socioeconômico.

A fraternidade foi tratada como um valor que foi gradualmente sendo incorporado não apenas pelos sistemas jurídicos, mas também por políticas públicas paradigmáticas, que moldaram o direito previdenciário em território brasileiro.

A Seguridade Social apresenta papel relevantíssimo no que diz respeito à busca pela qualidade de vida, revelando um caráter de distribuidor de renda, essencial para a consecução do mínimo existencial, que caminha lado a lado com o princípio da dignidade humana, princípio descrito em diversos dispositivos constitucionais, representando claramente um objetivo da República Federativa do Brasil.

Mediante uma análise ampla e contemplativa, a presente dissertação traz perspectivas filosóficas, jurídicas, constitucionais, humanistas, orçamentárias e oferece uma análise sobre

qual é o tratamento jurídico oferecido aos destinatários da Seguridade Social, fazendo uso de decisões relevantes dentro da jurisprudência pátria, relacionando-as com a evolução legislativa e doutrinária dos institutos previdenciários que são importantes para a efetivação dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo trata da evolução histórica da proteção social e sobre as concepções que embasaram os sistemas de proteção ao trabalhador, sendo seguido por análise pormenorizada de como esse processo se deu no Brasil, conforme o capítulo três.

O item quatro oferece uma abordagem multidisciplinar sobre a fraternidade, no intuito de demonstrar sua influência na formação de sistemas jurídicos e estatais. O capítulo cinco aborda a definição dos sujeitos hipervulneráveis, para fins dessa dissertação.

O item seis aborda a ideia da solidariedade em uma perspectiva constitucional, enquanto o capítulo sete explora os pontos de interseção da fraternidade com o direito previdenciário.

O capítulo oito cuida de analisar e detalhar casos paradigmáticos dentro da seara previdenciária, de uma perspectiva crítica, de forma destrinchar os fundamentos e as decisões proferidas nos casos concretos, dentro do conceito de fraternidade e demonstrando a importância do pacto fraterno previdenciário para que a sociedade brasileira se torne mais justa, igualitária e para que tenha seus direitos fundamentais efetivados.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO SOCIAL SOBRE AS CONCEPÇÕES SOCIAIS QUE EMBASARAM OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

O ser humano, desde que surgiu no planeta, tem se organizado de forma a compor grandes grupos, nos quais verificou-se a divisão de tarefas e a designação de funções diferentes dentro da própria coletividade. Visando sua subsistência, o homem aprendeu a produzir bens, a agregar valor às suas atividades, notadamente mediante a troca de excedentes de sua produção individual por outros produtos.

Nesse contexto, criou-se a noção da importância do trabalho, ou seja, do desenvolvimento de alguma atividade que fosse apta a gerar retorno econômico ou social para quem estivesse ali a desempenhando. Com o desenvolvimento das sociedades, inicialmente o trabalho era visto como uma ocupação ruim, digna de ser evitada, conforme literatura da Antiguidade Clássica. Muitos afirmam que foi na Antiguidade Clássica que surgiu a etimologia do termo trabalho, sendo derivada do latim *tripalium*.¹

Com o transcurso do tempo, especialmente na Idade Média, no contexto dos sistemas feudais, verificou-se o surgimento dos primeiros agrupamentos que se identificavam em função do desenvolvimento de uma atividade em comum, as chamadas corporações de ofício, “que tinham como finalidade conceder assistência a seus associados em caso de doença e prover as despesas funerárias de seus membros.”²

Conforme se depreende das lições de *Russomano* não havia a sistematização de qualquer forma de prestação estatal. “Até o século XVII, a proteção em face do infortúnio era feita pela família, por vizinhos, por instituições religiosas, pelo município, pelos proprietários de terra ou pelas corporações de ofício”³. Há exceção que deve ser mencionada: a *Poor Law*, datada de 1601, na Inglaterra, que instituía contribuição obrigatória para fins sociais, com intuito assistencial.⁴

Grande parte das ações dos grupos da sociedade civil que se destinavam à proteção social do trabalhador possuíam caráter de caridade, conforme definiu *Andrade*: “o primeiro tipo de proteção social que podemos reconhecer no mundo é o tipo liberal, em que predomina a

¹ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 6.ed.rev.atual. São Paulo: Ltr, 1993, p.17

² HORVATH JÚNIOR, MIGUEL. *Direito Previdenciário*. 13ª Ed: São Paulo: Rideel, 2022, PG4.

³ *Ibidem*, p. 5

⁴ LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; *Manual de Direito Previdenciário*. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 5

assistência aos pobres enquanto uma preocupação do Estado, [que] então, [...] dá assistência; e o mercado, o resto”.⁵

Conforme Marx⁶, é a partir da Revolução Industrial que se deu origem à noção de trabalho como hoje concebemos. O que separava os empregados dos empregadores era o fato de que os primeiros sobreviviam em função da sua força de trabalho, ao manejar teares mecânicos, invenções à base de vapor e máquinas recém-criadas, enquanto os últimos eram os detentores dos meios de produção.⁷

Marx afirma que o desenvolvimento do sistema de produção capitalista é facilitado pela produção de bens por meio do trabalho humano e sua troca no mercado. Esse é o movimento fundamental desse sistema em todas as suas fases, ainda que permeado pelas modificações mais pródigas e disruptivas.⁸

O tipo de trabalho que interessa ao capitalismo como fonte de riqueza e exploração é o que Marx⁹ chama de “trabalho produtivo”, que está diretamente conectado ao sistema capitalista. Marx¹⁰ afirmou que o valor pago pelo mercado de trabalho, também conhecido como salário na sociedade atual, é o valor pago para manter a sobrevivência do trabalhador e não reflete integralmente a quantidade de tempo trabalhado ou o valor total produzido durante esse tempo. Assim, ao longo do vínculo empregatício, o empregado recebe apenas o equivalente em dinheiro para se sustentar e suprir suas necessidades físicas básicas, como moradia, alimentação, entre outras. É isso que é representado pelo salário, o pagamento feito aos trabalhadores para possibilitar sua capacidade de sobrevivência, que, além de possibilitar a reprodução de seu trabalho, também permite que o dinheiro circule por meio da compra de bens.

Marx¹¹ afirma que um trabalhador produz muito mais durante uma jornada de trabalho do que o necessário para cobrir seu salário. Tendo em vista que o tempo gasto no trabalho é o tempo não remunerado que ocorre quando um funcionário trabalha além do número de horas necessárias para produzir um valor igual ao seu salário. Segundo Harvey¹²: “O mais-valor

⁵ ANDRADE, Eli Iôla Gurgel. “Estado e Previdência no Brasil”. In: MARQUES, Rosa Maria [et al.]. *A Previdência Social no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, p.18

⁶ MARX, Karl. *O Capital: crítica da Economia Política*. Livro 1: O processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ MARX, Karl. *O Capital: Crítica da economia política*. Volume 1: Livro primeiro – O processo de produção do capital. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda. 1996.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² HARVEY, David. *Para entender O Capital: Livro I*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Editora Boitempo, 2013.

resulta na diferença entre o valor que o trabalho integra nas mercadorias numa jornada de trabalho e o valor que o trabalhador recebe pelo entregar ao capitalista a força de trabalho como uma mercadoria.

Nesse contexto, nos primórdios da relação de emprego, o que se verificava era uma submissão do trabalhador ao empregador. Uma vez que as atividades laborais eram desenvolvidas sem regulação protetiva, não havia cobertura para os riscos das atividades laborais.

Naquele momento, as garantias dos trabalhadores se limitavam ao que estava prescrito em seus contratos de trabalho, ausente qualquer tipo de intervenção estatal para oferecer segurança aos operários, no que se referia ao desenvolvimento da atividade laboral.

Não raras foram as situações nas quais os trabalhadores eram substituídos por outros, que aceitavam receber menos para desenvolver as mesmas funções, ou então contextos nos quais ocorriam acidentes de trabalho, que impossibilitavam o desempenho das atividades empregatícias, sem que os trabalhadores obtivessem qualquer tipo cobertura ou proteção.

A história evidenciou que a insatisfação da classe operária invariavelmente gerou contextos nos quais eclodiram manifestações sociais, a partir dos ideais de igualdade da Revolução Francesa, de modo que se buscava a melhoria pelas condições de trabalho e de subsistência.

A revolta dos trabalhadores, ressaltada e amplificada pelas manifestações que ocorreram durante o *Estado Moderno*, foi violentamente reprimida em diversas ocasiões. Diante de uma crise social instituída, sob esse prisma surgiram as primeiras preocupações com a proteção do trabalhador.

Na Idade Moderna, sobretudo no período do liberalismo econômico, a intervenção estatal se limitava às prestações assistenciais, ou seja, na oferta de pensões pecuniárias e abrigos aos indivíduos carentes, a partir do qual se notava um caráter de mutualidade.

Fato é que as manifestações operárias se deram ao longo de todo o século XIX, crescendo de forma gradual, contexto que permitiu o surgimento das primeiras normas protetivas voltadas ao trabalhador, situação que integrou um novo conceito de Estado, o Estado Social e, posteriormente, Estado de Bem-Estar Social.¹³

¹³ Para efeitos didáticos, é importante diferenciar os dois conceitos supramencionados. O Estado Social nasce com o *New Deal* (1933-1938), apresentando ideias progressistas, com inspiração keynesiana e admitia a intervenção estatal na economia, visando a diminuição das tensões sociais. Já o Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) coincide com o final da Segunda Guerra Mundial (1945-1947), a partir do Plano Marshall (plano de ajuda econômica dos EUA em relação aos países europeus assolados pela guerra). Além da diferença no que tange ao momento e o contexto do surgimento do Estado de Bem-estar Social e do Estado Social, importante destacar que o primeiro foi desenvolvido por idealistas americanos e apresenta padrão cultural específico, enquanto o segundo

Nesse sentido, é interessante analisar a afirmativa de *Otto Von Bismarck*, governante alemão que estabeleceu várias diretrizes e bases para o Segundo Império Alemão, que durou de 1871 a 1918: “Por mais caro que pareça o seguro social, resulta menos gravoso que os riscos de uma revolução”.¹⁴

Apesar dos antecedentes da Antiguidade, da Idade Média e da Idade Moderna, relativos à proteção social dos trabalhadores, verifica-se que o primeiro sistema de proteção e amparo que apresentou repercussão geral, de modo a vincular o poder estatal instituído, foi estabelecido na Alemanha, a partir de 1883, por iniciativa de Bismarck, a seguir descrito por *Tsutiya*:

Com o intuito de arrefecer a revolta da classe trabalhadora, Bismarck, em 1883, principiou a introdução de uma série de seguros sociais. Iniciou com o seguro-doença, destinado aos operários da indústria e do comércio, criando um sistema novo, que mais tarde seria adotado por outros países. Seguiu-se, em 1884, o seguro-acidentes do trabalho. Em 1889, o seguro contra a velhice e invalidez. Assim, o marco inicial da Previdência Social, de acordo com a maioria dos autores, foi em 1883, com a Lei do seguro-doença na Alemanha.¹⁵

O referido modelo *bismarckiano* é tido como o termo inicial da proteção de natureza social, em função da ideia de ingerência estatal, diante da possibilidade de os trabalhadores incorrerem em infortúnios próprios da vida humana.

Trata-se de um modelo paradigmático, na medida em que foi estabelecido no seio de um Estado Liberal. Apesar de tal situação, cabe mencionar que, mesmo diante desse contexto fundamentado quase que na total ausência de intervenção estatal, o modelo *bismarckiano* rompeu com essa tradição, estabelecendo um sistema contributivo do ponto de vista tributário.

Nesse cenário desponta o que se denominou o *constitucionalismo social*, evidenciado por Marcel Gauchet e José Afonso da Silva a partir de perspectivas pautadas nos direitos sociais contidas na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919.

Relativamente à natureza dos direitos sociais, assim leciona *Bobbio*¹⁶:

foi experimentado em realidades diferentes, a exemplo da Alemanha, México e Rússia. Ou seja, verifica-se uma diferença relevante no que tange ao aspecto da relação espaço-temporal que envolve os dois conceitos. Relativamente à ideologia própria dos dois conceitos, é importante ponderar que o Estado Social apresenta fortes ideias socialistas, foi baseado em políticas socializantes e que muitas vezes coincidiam com demandas da classe operária. Já o Estado de Bem-Estar Social apresenta núcleo capitalista e surgiu como resultado capitalista contrário ao avanço do socialismo advindo do Leste Europeu. Verifica-se que os objetivos do Estado Social e do Estado de Bem-Estar Social são distintos e apresentam base jurídica diferente. Em relação ao primeiro, cabe menção à Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de 1919 e a Declaração Dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, oriunda da Rússia e datada de 1917-1918.

¹⁴ MORENO, Angel Guillermo Ruiz; *Nuevo derecho de la seguridad social*. México: Porrúa, 1997, p. 49

¹⁵ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridad Social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.5.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*; Apresentação de Celso Lafer. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; 2ª Ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, Atlas, 2022.

A mais fundamentada razão da sua aparente contradição, mas real complementariedade, com relação aos direitos de liberdade é a que vê nesses direitos uma integração dos direitos de liberdade, no sentido de que eles são a própria condição do seu exercício efetivo. Os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna.

Cabe ressaltar também que o advento da Primeira Guerra Mundial deve ser lido como um fator relevante para a caracterização de um novo sistema estatal. Nesse sentido, afirma “Leo Wolman, [que] as consequências econômicas e sociais da Guerra Mundial foram causa de uma aceleração na marcha e possivelmente uma revisão nos próprios princípios da legislação social. O Estado interveio na questão social, por necessidade mesma de sobrevivência.”¹⁷

Concomitantemente aos avanços em matéria de proteção social ocorridos na Europa, importante traçar um paralelo com o movimento que se desenvolvia nas Américas. Trata-se do *New Deal* no governo dos Estados Unidos da América (EUA). O então presidente Roosevelt implementou um novo modelo de proteção social, por meio do qual reforçou a intervenção estatal no mercado, sob o fundamento do *Welfare State* (Estado de Bem-Estar).

Importante mencionar que a Revolução Soviética de 1917 também representou movimento político social relevante para a construção do contexto no qual surgiu o Estado de Bem-Estar, marcado por maior grau de intervencionismo estatal. Cabe destaque para a análise de Russomano:

A superação do liberalismo, começada pelos Socialistas, foi, igualmente, obra dos movimentos de direita, como o fascismo e o nazismo. Destruídas, na II Grande Guerra, essas concepções totalitárias, não ressuscitou, porém, a ideia do Estado Liberal. Ao contrário, o intervencionismo do Estado se foi acentuando cada vez mais [...]. Nesse quadro, rapidamente esboçado, os discípulos do liberalismo recuaram: abandonaram a ideia do Estado Liberal puro e admitiram que ele, sem deixar de ser democrático, pode e deve intervir, não apenas na organização, mas igualmente, na direção do processo econômico-social.¹⁸

Nesse contexto, verifica-se a partir de meados do século XIX, o liberalismo começou a expor as falhas que cresceram até a Primeira Guerra Mundial e as guerras subsequentes. Na realidade, a tensão nunca diminuiu entre os defensores da liberdade individual como objetivo final e os reformistas sociais que defendem um bem comum¹⁹.

Essa dilapidação, que reduziu a unidade do liberalismo a um mito é o que levou à longa *crise do liberalismo* que durou de 1880 a 1930 e viu a revisão gradual dos princípios do

¹⁷ MORAES FILHO, Evaristo de e MORAES, Antônio Carlos de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 6. Ed. Ver. Atual. São Paulo: LTr, 1993., p. 62

¹⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 6.ed. rev. Ampl. Curitiba: Juruá, 1997, p. 15

¹⁹ Para a apresentação dessas duas formas de liberalismo, ver Michael Freedon, *Liberalism Divided: A Study in British Political Thought 1914-1939* (Oxford, Clarendon, 1986).

liberalismo em todas as nações industrializadas, em que os reformistas sociais ganharam terreno. Nesse sentido, podemos apontar o rol de direitos sociais insculpidos na Constituição de Weimar que identificam essas mudanças:

Entre os direitos de segunda dimensão – que conferem o caráter social à Constituição de Weimar –, devem-se destacar as seguintes garantias: proteção e assistência à maternidade (art. 119, § 2o e 161); direito à educação da prole (art. 120); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129); direito ao ensino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); gratuidade do material escolar (art. 145); direito a “bolsa estudos”, ou seja, à “adequada subvenção aos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores, a fim de que possam cobrir a despesa, especialmente de educação, até o término de seus estudos” (art. 146, § Brasília a. 43 n. 169 jan./mar. 2006 117 2o); função social da propriedade⁴⁹; desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, § 1o); direito a uma habitação sadia (art. 155); direito ao trabalho (art. 157 e art. 162); proteção ao direito autoral do inventor e do artista (art. 158); **proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (art. 161 – previdência social); direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais” (art. 162); seguro-desemprego (art. 163, § 1o)** e direito à participação, mediante Conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165).²⁰

Esta revisão cria o pano de fundo intelectual e político para a emergência do neoliberalismo na primeira metade do século XX, que atrita com as ideias socialistas sobre os rumos da economia.²¹ O que temos por “crise do liberalismo”, na realidade, traduz-se em uma crise de governabilidade liberal, segundo o conceito de Michel Foucault, ou seja, um problema com a intervenção política em questões econômicas e sociais, bem como a justificativa doutrinária para essa intervenção.²²

Com efeito, o que se verificou foi a necessidade de intervenção governamental, de maneira a regular as mudanças relevantes que o capitalismo impunha à sociedade, considerando os conflitos de classe, por sua vez representavam ameaça à ideia de propriedade privada.

²⁰ PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. A constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496901/RIL169.pdf?sequence=1#page=100>. Acesso em: 28 nov. 2022.

²¹ DARDOT, P. LAVAL, C. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Editora Boitempo, 2016, p. 36

²² FOUCAULT, Michel. *Naissance de la biopolitique* (Paris, Seuil/Gallimard, 2004), p. 71

O capitalismo norte americano e o alemão, que representaram duas grandes potências liberais do século XIX não conseguiram manter suas bases puramente liberais com o passar do tempo. Segundo *Dardot e Laval*²³

O modelo atomístico de agentes econômicos independentes, isolados, guiados pela preocupação com seus próprios interesses, é claro, e cujas decisões eram coordenadas pelo mercado concorrencial quase não correspondia mais às estruturas e às práticas do sistema industrial e financeiro realmente existente. Este último, cada vez mais concentrado nos ramos principais da economia, dominado por uma oligarquia estreitamente imbricada com os dirigentes políticos, era regido por “regras do jogo” que não tinham nada a ver com as concepções rudimentares da “lei da oferta e da procura” dos teóricos da economia ortodoxa.

Fato é que o capitalismo, até aquele presente momento, não conseguiu promover a adequação das fórmulas liberais às necessidades de sistematização das condições salariais e lidava de forma insuficiente em relação às iniciativas de reformas sociais, situação que representou outro fator de crise do liberalismo.

Desde o século XIX esteve presente na Europa um movimento crescente no sentido da consagração de normas, regulamentações ou leis que possuíam a finalidade de garantir melhores condições aos trabalhadores assalariados, especialmente inovações em matéria de trabalho infantil, controle da jornada de trabalho, direitos de greve, associação e aposentadoria para operários, além das indenizações por acidente de trabalho.

Na Europa ainda se desenvolveu um conceito de Estado que recebeu o nome de “Vigia Noturno”, tendo sido disseminado pela Escola de Manchester, da Inglaterra. Na França seus valores foram difundidos especialmente pelos economistas doutrinários que sucederam a Jean-Baptiste Say. De maneira geral, a referida concepção transmitia uma ideia de que o Estado deveria ser responsável por garantir tão somente a a) manutenção da ordem; b) cumprimento dos contratos; c) eliminação da violência; d) proteção dos bens e das pessoas; e) defesa do território; e f) sustentar uma concepção individualista da vida social e econômica.

Assim lecionam Laval e Dardot²⁴:

Essa concepção, fortemente restritiva até mesmo em relação aos campos de intervenção das “leis de polícia” imaginadas por Adam Smith e aos domínios de administração do Estado benthamiano, parecia cada vez mais defasada em relação às necessidades de organização e regulação da nova sociedade urbana e industrial do fim do século XIX. Em outras palavras, os liberais não dispunham de uma teoria das práticas governamentais que haviam se desenvolvido desde meados do século.

²³ DARDOT, P. LAVAL, C. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Editora Boitempo, 2016, p. 39

²⁴ *Ibidem*, p.42

Diante do período no qual houve várias crises, dentro dessa perspectiva liberal, o *laissez-faire* (deixe estar), expressão própria do liberalismo, foi se tornando gradualmente ultrapassado. Os Estados Nacionais se viram na necessidade de oferecer alguma resposta para as questões sociais que se desenhavam.

A quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, foi importantíssima para que o intervencionismo estatal tomasse feições definitivas, na medida em que esse evento escancarou diversas fraquezas e defeitos do sistema puramente liberal, gerando o contexto para o surgimento do *New Deal* e consolidando-se as premissas para o *Welfare State*.

Desde o fim do século XIX, nos EUA, o significado os termos *liberalism* (liberalismo) e *liberal* (liberal) foram sendo redesenhados, de forma a caracterizar uma nova doutrina que negava o *laissez-faire* (a não-intervenção) e tinha como objetivo reformar o capitalismo.²⁵ Nesse contexto nasce um “novo liberalismo”, que pretendia cuidar das questões sociais ao mesmo tempo que impulsionasse o mercado e seus agentes, visando também a manutenção dos mais diversos fins de natureza liberal.

Keynes, em 1926, publicou *O fim do laissez-faire*, ao expor diversos fundamentos que condenaram o liberalismo, ante sua incapacidade de evitar os problemas de ordem social. Uma dúvida existente à época foi: quais os fundamentos que deveriam orientar a intervenção governamental, nesse novo contexto de superação do liberalismo?²⁶

Procurou-se estabelecer uma forma de julgamento, por parte do Estado, do que seria sua *agenda e não agenda*²⁷, ou seja, sobre quais os pontos da sociedade que os gestores públicos deveriam intervir ou regular e sobre quais seriam os outros segmentos que poderiam ficar a cargo da iniciativa privada.

Em 1935 tem-se o surgimento do *Social Security Act* (Ato da Seguridade Social), que definiu que todo norte americano que nascesse teria que se filiar ao sistema, surgindo, dessa forma, a ideia de seguridade social, tendo sido universalizada por meio do *Plano Beveridge*, de 1942, que se desenvolveu na Inglaterra. Vale o destaque:

²⁵ Alguns autores veem esse deslocamento como uma traição ou “desvirtuamento” do liberalismo. É o caso de Alain Laurent, *Le liéralismo américain: histoire d’un détournement* (Paris, Les Belles Lettres, 2006).

²⁶ Gilles Dostaler apresenta da seguinte maneira a visão política de Keynes: “A visão política de Keynes se delinea, num primeiro momento, em termos negativos. Ela é mais clara naquilo que rejeita do que no que prega. De um lado, Keynes trava uma luta contra o liberalismo clássico, que se tornou apanágio de um conservadorismo e que, em sua forma extrema, pode transformar-se em fascismo. Por outro, ele rejeita as formas radicais do socialismo, que ele denomina ora leninismo, ora bolchevismo, ora comunismo. Trata-se, portanto, de navegar entre a reação e a revolução. Essa é a missão de uma ‘terceira via’, alternadamente denominada novo liberalismo, liberalismo social e socialismo liberal, do qual ele se faz propagandista.” Gilles Dostaler, *Keynes et ses combats* (Paris, Albin Michel, 2005), p. 166

²⁷ KEYNES, John Maynard, *The End Of Laissez-faire*, (Marselha, Agone, 1999), p. 26

em meio às agruras da ocupação de Londres, pelos nazistas, o Lord Beveridge idealizou um sistema universal de proteção social, tendo como fundamento a proteção do berço ao túmulo. Uma proteção básica, suficiente para que o trabalhador e sua família pudessem sobreviver sem maiores desconforto, o período do desemprego, doença, morte, etc.”²⁸

Dentro desse contexto de evolução da Previdência Social, cabe destacar *Paulo Cruz*, que citando Jean Touchard, apresentou quatro fases evolutivas da proteção social ao trabalhador: “a) experimental; b) de consolidação; c) de expansão; e, de acordo com autor brasileiro. d) de redefinição, com seu início na década de oitenta e se encontra em curso.”²⁹

Em relação à fase experimental, especialmente durante os anos de 1883 a 1889, destaca-se *Bismarck*, com sua política social, a partir da qual houve a vigência de um conjunto normativo tido como o embrião do que se entende por Previdência Social, que gerou cobertura contra doenças, acidentes do trabalho e a velhice.

No que tange à fase da consolidação, foi nesse momento histórico que começou o movimento de constitucionalização dos direitos sociais e políticos, notadamente com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919. Eis o que preconizava o art. 161 deste último diploma constitucional: “O império promoverá a criação de um sistema geral de segurança social, para conservação da saúde e da capacidade para o trabalho, proteção da maternidade e prevenção de riscos de idade, da invalidez e das vicissitudes da vida.”³⁰

Uma vez iniciada a constitucionalização dos direitos sociais

Abandonou o Estado, nestes últimos três quartos de século, o seu papel negativo, absenteísta, ausente, para se transformar em Estado positivo, procurando conscientemente equilibrar as forças econômicas da sociedade, mitigando as consequências do próprio princípio individualista de produção (...). Interveio decididamente no domínio econômico e no mercado de mão de obra, com novos princípios de Estado de Direito e de Bem-estar.³¹

Dentro dessa fase de consolidação da proteção social, é importante mencionar a experiência norte americana, por meio do *New Deal*, mediante forte intervenção estatal no domínio econômico.

Em relação à fase de expansão, obteve destaque a teoria do economista inglês John Maynard Keynes, que disciplinava, resumidamente, o crescimento econômico num contexto de

²⁸ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio. *Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001, cit, p. 219

³⁰ ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social na perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33

³¹ MORAES FILHO, Evaristo de; e MORAES, Antônio Carlos Flores de; Op. Cit., p. 48

intervenção estatal no sentido de melhor distribuir – ou até mesmo redistribuir – a renda nacional.³².

Até esse momento histórico, o que se verificava era um tipo de seguro chamado *bismarckiano*, ou de *capitalização*, a partir do qual os segurados e empregadores contribuía, em uma poupança compulsória, situação que só fornecia proteção a quem contribuísse com salário, sem qualquer sentido de solidariedade social.

Baseado nos ideais de Keynes, Lord *Willian Henry Beveridge* foi designado pelo governo britânico para ser o responsável pela reformulação do sistema de previdência da Inglaterra. Em 1944 foi instituído o *Plano Beveridge*, a partir do qual criou-se um sistema universal, que englobava todos os indivíduos³³, de participação obrigatória de toda a sociedade.

Assim preconiza *Borges*,

Em seu trabalho, Beveridge, usando as teorias de Keynes e revendo o conjunto das *poor laws*, propôs um amplo sistema de proteção ao cidadão, chamado de “Sistema Universal de Luta Contra a Pobreza”. Esse sistema propiciou a universalização da previdência social na Grã-Bretanha, já que a proteção social se estendia a toda a população, não apenas aos trabalhadores, e propiciava um amplo atendimento à saúde e um sistema de proteção ao desemprego.³⁴

Desse processo, verificou-se a formação de duas correntes a respeito da proteção social e de como esta deveria se desenvolver. A primeira apoia-se na lógica de Bismarck, com conotação securitária, a partir da qual apenas os trabalhadores, que vertessem as contribuições para o sistema, teriam acesso à proteção social. Tal corrente teve mais força em países como Alemanha, França, Bélgica, Holanda e Itália.

Já a segunda corrente, em contraposição à primeira, partiu do trabalho de Beveridge, ao se estabelecer na ideia de que a proteção social deveria ser destinada a todos os cidadãos, não apenas ao trabalhador, independentemente de qualquer contribuição para o fundo previdenciário. Dentro dessa perspectiva, a responsabilidade do Estado seria maior, utilizando-se dos recursos públicos para garantir a proteção social dos envolvidos.

³² CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder ... cit.*, p. 233

³³ “A expressão seguridade social é aqui usada para designar a garantia de um rendimento que substitua os salários, quando se interrompem estes pelo desemprego, por doença ou acidente, que assegure a aposentadoria na velhice, que socorra os que perderam o sustento em virtude da morte de outrem, e que atenda a certas despesas extraordinárias, tais como as decorrentes do nascimento, da morte e do casamento. Antes de tudo, segurança social significa segurança de um rendimento mínimo; mas esse rendimento deve vir associado a providências capazes de fazer cessar, tão cedo quanto possível, a interrupção dos salários” (BEVERIDGE, William. *O Plano Beveridge*. Trad. Almir Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1943, p. 189)

³⁴ BORGES, Mauro Ribeiro. *Previdência Funcional e Regimes Próprios de Previdência*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 31

Assim preconizou Afonso³⁵, “um sistema previdenciário cuja característica mais relevante seja a de funcionar como um seguro social pode ser designado como *Bismarckiano*. Um sistema que enfatize funções redistributivas, objetivando também a redução da pobreza pode ser qualificado como *Beveridgeano*”.

No pós-Segunda Guerra Mundial, verificou-se a difusão do modelo de proteção social concebido por *Beveridge*, ante um contexto no qual a busca pela efetivação dos direitos sociais estava em pleno vapor, estando recentes os prejuízos da guerra. Ocorre que, nos anos seguintes, os sistemas de segurança social sofreram retrações do ponto de vista da proteção.

Nas lições de Filipe Carreira da Silva se observa que:³⁶

O consenso político do pós-guerra em torno do modelo de Estado-Providência, porém, assenta numa premissa. Esta premissa é de que as economias nacionais têm a capacidade de gerar cada vez mais excedentes que sustentem as (também crescentes) exigências de financiamento do Estado Social. (...) O crescimento econômico é a base das políticas keynesianas para induzir o investimento do capital, assegura o estímulo da atividade econômica que garante o pleno emprego e é, no fim das contas, a fundamental fonte de receitas para pagar as crescentes despesas sociais.

Ao passo que Lazzari e Castro apontam que:³⁷:

entretanto, em países – tais como o Brasil – que não atingiram o mesmo nível de proteção social que os dos continentes precursores de tais ideias – Europa, América do Norte e Oceania – o período atual gera problemas de outra ordem: a redução de gastos públicos com políticas sociais, o que, em verdade, significa o não atingimento do prometido Bem-Estar social.

Existem diversas críticas à expressão Estado de Bem-Estar, oriunda de uma sistemática econômica ligada a *Keynes* e *Beveridge*, na Grã-Bretanha, e do *New Deal*, nos Estados Unidos, uma vez que vários estudiosos defendem que não ocorreu de fato um Estado de Bem-Estar em várias localidades nas quais tentou-se implementar o referido sistema.

Após o momento histórico marcado pelas concepções próprias do Estado de Bem-Estar Social, se verificou um movimento de retomada dos valores liberais, o chamado neoliberalismo. Tinha como premissa a mínima intervenção do Estado e, em alguns casos, até mesmo a sua ausência total.

³⁵ AFONSO, Luís Eduardo; FERNANDES, Reynaldo. *Uma estimativa dos aspectos distributivos da previdência social no Brasil*. São Paulo: mimeo, FEA-USP, 2004, p. 23

³⁶ SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado Social*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013, p. 23

³⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 14

Sua implantação pelos principais governos teve como marco inicial a década de 70, tendo aparecido como uma resposta à crise do petróleo. Em relação a tal movimento, assim se manifesta Nunes³⁸

É preciso rejeitar a lógica neoliberal, que deixa de fora da análise econômica e social da realidade o poder, as relações de poder e as estruturas do poder, e sustenta que tudo aquilo de que a humanidade precisa é um mercado livre, que o resto vem por si. Ao contrário: o mercado (com as suas pretensas leis 'naturais' aprioristicamente capazes de resolver todos os problemas da humanidade) é precisamente um dos mecanismos fundamentais da estrutura de direitos e poderes que se admite ser necessário modificar.

Importante demonstrar que, dentro de uma perspectiva fraterna, não se trata de abolir as bases capitalistas ou de promover uma revolução socialista, mas tão somente considerar uma figura do Estado Providência, de inspiração keynesiana, como afirma Nunes³⁹

Basta pensar no Estado-providência de inspiração keynesiana. Defendê-lo não significa defender a destruição, a subversão do capitalismo, a sua substituição por um outro sistema. Embora conscientes disto mesmo (o Estado-providência não é o caminho para a revolução socialista!), uns defendem-no porque entendem que ele é um factor de 'humanização' do capitalismo e de melhoria das condições de vida e de trabalho da grande massa dos trabalhadores. Outros defendem-no porque compreendem que ele é um elemento de regulação estrutural do capitalismo contemporâneo, permitindo que o Estado capitalista assegure, nas condições actuais, a conciliação das duas condições essenciais à sua sobrevivência e à sobrevivência do próprio sistema: garantir a acumulação do capital e salvaguardar a sua legitimação social.

A título de consolidação, também é necessário registrar a importância da seguridade social que, conforme Robert Métall⁴⁰,

não é apenas um instrumento econômico. Mas entre as suas funções econômicas não é uma das menos relevantes a que, garantindo a mútua colaboração entre as classes sociais, afiança para a economia o ambiente de paz e de estabilidade, na esfera nacional como na internacional, sem o qual nunca houve nem haverá ordem e progresso.

Além disso, o autor enuncia que a seguridade social possui as seguintes funções:

a) a educação econômica do povo; b) o fomento do espírito econômico; c) o reforço do poder de consumo; d) o aumento indireto dos salários; e) a orientação racional do mercado do trabalho; f) o amparo do poder produtivo; g) a criação de novas oportunidades de trabalho; h) a melhoria do nível do emprego; i) a regulamentação da circulação monetária; j) a influência sobre o mercado financeiro; l) a ascendência sobre a taxa de juros; m) a substituição à deficiência ou ausência de iniciativas do capital privado; n) a cooperação financeira com os poderes públicos; o) o nivelamento

³⁸ NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67596/70206>. Acesso em 28/10/2022.

³⁹ *Ibidem*, pg 34

⁴⁰ ALADÁR MÉTALL, R. . As funções econômicas do seguro social. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 31 - 38, 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/8173>. Acesso em: 28 nov. 2022.

na competição internacional; p) a garantia da estabilidade econômica e social; q) o estabelecimento das pressuposições para a segurança social da qual decorre a paz internacional, a liberdade política e a prosperidade econômica”.

Nesse sentido, uma das principais teses do autor no texto *As funções econômicas do seguro social* é no sentido de que os benefícios de previdência social devem ser pagos em espécie, diretamente ao trabalhador diante das hipóteses de necessidade, não em contraprestações alimentícias, a título de exemplo, tendo em vista a importância da seguridade social para a coesão política da população, além da sua influência direta na economia interna e externa.

Por fim, realizada a breve retomada histórica em matéria de proteção social, a dissertação agora cuidará da evolução do tema no Brasil, sob o enfoque das bases teóricas e legais que culminaram na ideia de Seguridade Social que se tem hoje.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA PROTEÇÃO E SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

A formação de um sistema de proteção social no Brasil, em comparação à Europa, se deu de forma mais lenta e muito tempo após a consolidação da seguridade social naquele continente. Surgiu também em um contexto no qual se tinha ciência de que o Estado deveria intervir na vida das pessoas, de forma a oferecer algum tipo de proteção em relação às contingências da vida em sociedade.

Para ilustrar tal situação, basta compararmos os momentos históricos nos quais se encontravam os Estados Nacionais. Exemplificativamente, enquanto a Inglaterra passava pela primeira revolução industrial (que perdurou entre 1820 e 1840), Brasil tinha acabado de se tornar um país independente (1822).

Nesse contexto, pode-se verificar que, antes mesmo do Brasil entrar em sua era industrial, o País já apresentava diversas e profundas desigualdades sociais, marcadas por uma distribuição de renda desigual.

Nas palavras de Rocha⁴¹:

Por conseguinte, a questão social, tão antiga quanto a história nacional do Brasil como nação independente, resultará complexa. Enquanto a primeira revolução industrial estava na sua fase de maturação na Inglaterra (1820 a 1830), o Brasil acabara de promover a sua independência, deixando de ser colônia, mas permanecendo com uma economia arcaica baseada no latifúndio e no trabalho escravo.

As primeiras regras gerais na temática da Previdência Social surgiram no Brasil no século XX. Em momento anterior, até havia a previsão constitucional de direitos securitários, entretanto, somente alguns diplomas legais isolados ofereciam proteção contra os infortúnios. Na Constituição de 1824, art. 179, XXXI, se dispunha sobre a garantia dos socorros públicos; no Código Comercial de 1850, em seu art. 79, a garantia de salário por três meses em caso de acidente e em 1835 existia o Montepio Geral da Economia dos Servidores do Estado (MONGERAL), o primeiro ente de previdência privada do país.

Seguindo a mesma lógica do movimento de evolução da proteção social no mundo, o Brasil, de início, apresentava normas protetivas de caráter eminentemente beneficente e assistencial, situação verificada pela atividade das Santas Casas de Misericórdia, das Irmandades de Ordens Terceiras e em função do Plano de Beneficência dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha.

⁴¹ROCHA, Daniel Machado da do. *O Direito Fundamental à Previdência Social na perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos Sistema Previdenciário Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.45

Cumpra destacar as lições de *Oliveira*⁴²:

O primeiro texto em matéria de previdência social no Brasil foi expedido em 1821, pelo ainda Príncipe Regente, Dom Pedro de Alcântara. Trata-se do Decreto de 1º de outubro daquele ano, concedendo aposentadoria aos mestres e professores, após 30 anos de serviço, e assegurado de ¼ (um quarto) dos ganhos aos que continuassem em atividade.

A Constituição de 1891, em seu art. 75, disciplinou a aposentadoria por invalidez dos servidores públicos. Em 1892, o Decreto nº 127, “criou a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte dos Operários do Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro”.

Muito embora as modalidades de aposentadoria supramencionadas estivessem garantidas, não se podia dizer que essas pertenciam robustamente a um regime previdenciário contributivo, vez que os destinatários na norma não vertiam contribuições durante seus períodos de atividade.

Marco importantíssimo da proteção social no país foi a Lei Eloy Chaves, de acordo com a doutrina majoritária, que considera o referido diploma legislativo como o primeiro da Previdência Social no Brasil. Trata-se do Dec. 4.682/1923, a partir do qual se criaram as Caixas de Aposentadoria e Pensões nas empresas de estradas de ferro existentes, por intermédio de contribuições dos trabalhadores, das empresas do ramo e do próprio Estado.

A referida lei garantia aos trabalhadores pensão por morte aos seus dependentes, além de assistência médica e redução no custo dos medicamentos. Fato é que a Lei Eloy Chaves possuía uma sistemática que se aproxima do que hoje temos como entidades de previdência complementar ou fundos de pensão. Nas palavras de *Stephanes*⁴³

Muitas vezes não se atingia o número necessário de segurados para o estabelecimento de bases securitárias – ou seja, um número mínimo de filiados com capacidade contributiva para garantir o pagamento dos benefícios a longo prazo. Mesmo assim, Eloy Chaves acolheu em sua proposta dois princípios universais dos sistemas previdenciários: o caráter contributivo e o limite de idade, embora vinculado a um tempo de serviço.

De maneira geral, o modelo estabelecido na Lei Eloy Chaves possuía três características relevantes: a) vinculação obrigatória por parte dos trabalhadores; b) contribuições pagas pelo empregado e pelo empregador; c) conjunto de prestações definidas por lei, relacionadas às

⁴² OLIVEIRA, Antônio Carlos de. *Direito do trabalho e previdência social: estudos*. São Paulo. LTr, 1996, p. 91

⁴³ STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 94

contingências sociais, quais sejam incapacidade temporária e pensão por morte. Assim, conforme ensina Rudolf Métall⁴⁴, ao ser

Rigorosamente aplicado, tal sistema exigiria a formação de uma instituição de seguro em cada empresa, qualquer que fosse o número de seus assalariados – resultado evidentemente absurdo e incompatível com os preceitos atuariais que não podem renunciar ao funcionamento da lei do grande número, base de todos seguro. Por isso, o sistema das caixas de empresa foi em seguida adaptado, agrupando-se em torno de uma caixa dos assalariados de várias empresas congêneres.

Essa expansão se deu por meio de diversos decretos. A título de exemplo: ocorreu a criação de outras Caixas de Aposentadoria em empresas pertencentes a vários segmentos da economia: o Decreto nº 5.109/26 estabeleceu a extensão aos portuários e marítimos; o Decreto nº 5.485/28 criou a Caixa para os trabalhadores dos serviços telegráficos e radiotelegráficos. Também foram marcos importantes a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, por meio do Decreto nº 19.433/30 e do Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos da União, instituído pelo Dec. nº 5.128/26.

Esse sistema foi alvo de diversas críticas, pois abria

a possibilidade de abusos, insuficiência numérica de segurados mormente nas ‘caixinhas’, o encarecimento das despesas administrativas devido à multiplicidade das instituições de seguro, a aversão dos associados contra a amalgamação da gestão da caixa com o serviço do pessoal da empresa e uma série de dificuldades técnicas e organizatórias resultantes dos casos de mudança de emprego não conseguem compensar as facilidades de fiscalização que a organização generalizada do seguro na base de caixas de empresas possa oferecer.

Importante destacar que foi durante a vigência do Governo Vargas (1930-1945) que o sistema previdenciário enfrentaria sua primeira crise. Diante de diversas denúncias de fraudes e episódios de corrupção, o governo suspendeu, via Decreto nº 19.540/30, pelo prazo de seis meses, a concessão de qualquer benefício e ainda determinou um pente fino nos benefícios concedidos até o presente momento, pois vários deles apresentavam indicativos de irregularidades.⁴⁵

A partir desse momento histórico surgiram os Institutos de Aposentadorias e Pensões. A primeira entidade brasileira de previdência social, de caráter nacional, foi o IAPM – Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos, instituída em 1933, pelo Dec. 22.872/33. Posteriormente criou-se o IAPC – o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, no ano de 1934. O IAPB (Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Bancários) também foi criado

⁴⁴ ALADÁR MÉTALL, R. . As bases de organização do seguro social. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 5 - 12, 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/8447>. Acesso em: 28 nov. 2022.

⁴⁵ SERRA E GURGEL, J. B. *Reforma de Previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 94.

em 1934 e o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários – o IAPI – foi criado em 1936. O IPASE (Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Servidores do Estado) e o IAPETEC (Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas) foi criado em 1938.

De acordo com Helvécio Xavier Lopes *apud* Rudolf Métall⁴⁶,

foi abandonado o regime, até então vigente, das Caixas, que protegiam os empregados de uma mesma empresa, distribuídos por um mesmo Estado ou região, e o Governo decidiu corajosamente agrupar na proteção dos Institutos, os empregados de atividades profissionais idênticas, semelhantes ou anexas, disseminados por todo território nacional.

Conforme Rudolf Métall⁴⁷, o período após a Segunda Guerra Mundial foi crucial para a consolidação de um plano de seguridade social no Brasil, o que coincide com a criação em 1949 o Poder Executivo criou o Regulamento Geral das Caixas de Aposentadoria e Pensões, mediante o Dec. 26.778/49, tendo padronizado a concessão de benefícios para todas as Caixas, que antes apresentavam regras próprias.

A Caixa Nacional foi criada, por meio do Dec. 34.586/53, tendo sido realizada a fusão de todas as Caixas que existiam à época. No que tangia aos funcionários públicos federais, foi criado o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, a partir da Lei nº 1.711/52, que regulou o direito à aposentadoria dos ocupantes dos cargos públicos federais e o direito à pensão por morte de seus dependentes, diploma normativo que perdurou até 1990. Em 1960, houve a criação do Ministério do Trabalho e Previdência Social e foi promulgada a Lei nº 3.807/60, chamada de Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS. Em 1963 foi instituída a Lei nº 4.266, que criou o salário família, destinado aos dependentes menores de idade dos beneficiários, e houve a instituição do décimo terceiro salário e do abono anual, que existe até hoje.

Em 1967, foram unificados todos os IAPs, a partir da criação do INPS – o Instituto Nacional de Previdência Social – tendo sido criado pelo Dec-lei nº 72, do ano anterior. Nas palavras de Borges⁴⁸ “a previdência brasileira, sob o argumento de controle e da segurança nacional, começou a perder seu rumo, pois todos os recursos dos institutos unificados foram carreados para o Tesouro Nacional, confundindo-se com o orçamento governamental”.

⁴⁶ ALADÁR MÉTALL, R. . As bases de organização do seguro social. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 5 - 12, 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/8447>. Acesso em: 28 nov. 2022.

⁴⁷ ALADÁR MÉTALL, R. . As funções econômicas do seguro social. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 31 - 38, 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/8173>. Acesso em: 28 nov. 2022.

⁴⁸ BORGES, Mauro Ribeiro. *Previdência Funcional e Regimes Próprios de Previdência*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 40

Em 1971, houve inovação legislativa importante para os trabalhadores rurais, a partir da criação do FUNRURAL, mediante a Lei Complementar nº11/1971. Em 1972 outro grupo de indivíduos foi inserido na legislação previdenciária, os empregados domésticos, por meio da Lei nº5.859/72.

Posteriormente, em 1977, instituiu-se a Lei nº 6.439, pela qual criou-se o SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – visando promover mudanças ao modelo previdenciário, no tocante à sua organização, uma vez que suas atribuições foram distribuídas entre várias autarquias.

No âmbito do SINPAS, podemos mencionar várias entidades que compuseram sua estrutura, notadamente o IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social), visando o controle da arrecadação e fiscalização das contribuições; o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), com a finalidade de atender os segurados e seus dependentes; manteve-se o INPS (que realizava a operacionalização dos benefícios previdenciários concedidos e novos requerimentos); a LBA (destinada ao atendimento de idosos e gestantes carentes); a FUNABEM (cuidava dos menores carentes); a CEME (para a fabricação e distribuição de medicamentos de baixo custo); e a DATAPREV, que tinha como objetivo o controle de dados do sistema.

O doutrinador *Antônio Carlos de Oliveira*⁴⁹ comentou a modificação administrativa que se deu mediante o SINPAS:

A Lei nº 6.439, que instituiu o SINPAS, alterou, portanto, apenas estruturalmente a previdência social brasileira, racionalizando e simplificando o funcionamento dos órgãos. Promoveu uma reorganização administrativa, sem modificar nada no que tange a direitos e obrigações, natureza e conteúdo, condições das prestações, valor das contribuições etc., como ficara bem claro na Exposição de Motivos com que o então Ministro da Previdência, Nascimento e Silva, encaminhou o anteprojeto.

As referidas normas indicam uma tendência existente desde o Império, segundo a qual a extensão de benefícios, no Brasil, parte sempre de uma categoria para a coletividade, e inicia-se no serviço público para depois se estender aos trabalhadores da iniciativa privada.⁵⁰ Contudo, conforme aponta Rudolf Métall, as modificações após-1945 é que demonstram uma postura de compreensão da seguridade social como

uma arma potente em prol da paz social e política, nacional e internacional. A insegurança na convivência entre os povos não tem outro motivo se não a insegurança na vida dos habitantes do país. O espectro lúgubre da miséria que ameaça o operário que perde o emprego e não dispõe dos meios necessários para recuperar sua única

⁴⁹ OLIVEIRA, Antônio Carlos de. *Direito do trabalho e previdência social: estudos*. São Paulo. LTr, 1996, p. 124

⁵⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*. 2. Ed. São Paulo: RT, 1981. Pg 7.

fonte de renda, seja a sua capacidade de trabalho, tem sido amíúde o leitmotiv da propaganda subversiva que atenta contra os próprios alicerces da nossa civilização e de nossas instituições políticas. Os perigos do desespero ocasionado pela miséria que paira sobre os lares operários, caso não possa o chefe da família prover as necessidades à vida dos seus, são de indiscutível realidade e não devem ser subestimados nas suas consequências. Libertar os trabalhadores do sentimento de insegurança equivale a reforçar as condições de paz e de ordem social que, por sua vez, formam as pressuposições irrenunciáveis para o desenvolvimento econômico.⁵¹

Do ponto de vista constitucional, vale a pena realizar alguns destaques. A começar pela Constituição Republicana de 1891, que mencionou a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos a serviço da nação.

A Constituição de 1934, fortemente influenciada pela Constituição de Weimar (1919), institui um modelo de proteção social como norma fundamental, ao prever que a lei promoveria o amparo da produção e estabeleceria condições de trabalho, mediante assistência médica e sanitária, além da cobertura em razão de velhice, invalidez, maternidade, acidentes de trabalho ou de morte, conforme art. 121.

A Constituição de 1937, que vigorou na era de Getúlio Vargas, na seção que tratava da Ordem Econômica, apresentou a proteção social de modo a garantir assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, a instituição de seguros de velhice, invalidez, para a vida e para os casos de acidente de trabalho, conforme art. 137.

Outra Carta Magna que merece destaque é a Constituição de 1946, ao tratar a previdência social de forma autônoma em relação ao Direito do Trabalho, de acordo com seu art. 157.

Durante a vigência da Constituição de 1946 houve a publicação da Lei Orgânica da Previdência Social nº 3.807/60, que instituiu a primeira uniformização do sistema de proteção previdenciária, muito embora tenha excluído os trabalhadores rurais vinculados ao Fundo de Assistência do Trabalhador Rural (FUNRURAL). Durante esse período foi criado o INPS (1966), pelo qual se estatizaram os recursos do IAP.

Posteriormente foi promulgada a Constituição de 1967, via Emenda Constitucional (EC) nº 1/1969. Em relação à essa Carta Política, vale o destaque para o art. 165, que assegurou aos trabalhadores, em termos de proteção social: a) o salário família; b) assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; c) previdência social nos casos de velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado; d) aposentadoria para mulher; e) aposentadoria para o professor.

⁵¹ ALADÁR MÉTALL, R. . As funções econômicas do seguro social. Revista do Serviço Público, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 31 - 38, 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/8173>. Acesso em: 28 nov. 2022.

O próximo marco relevante, em termos de evolução histórica e legislativa, no que tange à proteção social no Brasil é a promulgação da Constituição de 1988, que merece máximo destaque.

Insta registrar orientação firmada pelo STF: “A seguridade social prevista no art. 194 da CR/88 compreende a previdência, a saúde e a assistência social, destacando-se que as duas últimas não estão vinculadas a qualquer tipo de contraprestação por parte de seus usuários, a teor dos arts. 196 e 203, ambos da CR/88” (RE 636.941, de relatoria do ministro Luiz Fux, *DJe* de 4.4/2014, com Repercussão Geral – Tema 432).

O Regime Geral de Previdência Social – RGPS, conforme disciplinou a Carta Magna de 1988, não comporta toda a população economicamente ativa, mas apenas aqueles que fizeram jus aos benefícios previstos, mediante contribuição própria.

Dessa forma, alguns setores da sociedade civil não ficaram protegidos pelo RGPS, como por exemplo os servidores públicos civis, os militares, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, os membros dos Tribunais de Contas, uma vez que para todas essas categorias foram criados regimes de previdência próprios. Por certo as pessoas que não exercem qualquer tipo de atividade remunerada também ficaram afastadas do âmbito de proteção do RGPS.

Ficou definido, nos termos da Constituição da República de 1988, que todos os benefícios destinados a substituir o salário de contribuição ou o rendimento do segurado não poderiam estar abaixo do valor do salário-mínimo (art. 201, §2º). Outra importante regra que foi determinada via Constituição é a obrigação de que os benefícios sejam reajustados periodicamente, para que seja preservado seu valor real, conforme critérios definidos em lei (§4º, art. 201).

Na área da saúde, a instituição responsável pela gestão dos recursos e das políticas públicas é o SUS – Sistema Único de Saúde, conforme art. 198 da CR/88, de caráter descentralizado.

Trata-se de direito garantido a todos, sem a necessidade de contribuição social, a partir do qual busca-se dar à população acesso a tratamentos médicos gratuitos, que visam a repressão e a prevenção de doenças, assim como visa a produção de medicamentos e insumos básicos, a formação de profissionais da área, o incremento da produção científica, o exercício da vigilância sanitária e auxílio na proteção do meio ambiente, conforme disposto no art. 200 da CR/88.

Com efeito, a CR/88 dispõe sobre a prestação de serviços pela iniciativa privada, de forma irrestrita (art. 199, CR/88), permitindo a possibilidade de participação no SUS, em caráter

complementar, relação que deve se desenvolver mediante contrato de direito público ou convênio (§1º), vedada a destinação de recursos públicos para auxílio ou subvenção de instituições privadas com fins lucrativos (§2º).

No que tange à Assistência Social, foram instituídos, independentemente de contribuição, a Seguridade Social, a proteção familiar, a infância, a maternidade, a adolescência e a velhice, o amparo as crianças e adolescentes carentes, a promoção da integração no mercado de trabalho, a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovar não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família e a redução na vulnerabilidade socioeconômica, nos termos do art. 203 da CR/88.

É necessário ressaltar que a Constituição de 1988, ao regular o tema da Assistência Social, inovou de forma relevante, ao garantir direitos até então não previstos, a exemplo da equiparação dos direitos sociais entre trabalhadores urbanos e rurais; houve ampliação do período relativo à licença-maternidade; adotou-se regime jurídico único para os servidores públicos da Administração Direta, autarquias e fundações públicas das esferas federal, estadual e municipal.

Importante mencionar considerações de Derzi:⁵²

A Carta de 1988 veio exatamente para alterar, nessa parte, não a prática, mas o sentido que a inspirara, pelo menos no que tange aos órgãos da seguridade. Como se sabe, o orçamento da Previdência Social é gigantesco. Entretanto, interessava ao Tesouro Nacional, àquela época, a prática da para-fiscalidade ou da para-orçamentabilidade, pois o orçamento público da Previdência Social não integrando, então, o orçamento fiscal da União, não era apreciado pelo Congresso Nacional, mas por mero ato do Executivo, que, a seu talante, podia remanejar, estornar ou desviar recursos, sem maiores consequências. Prática que foi utilizada, entre nós, até mesmo para construção de hidrelétricas.

Após a promulgação da CR/88, foi criado o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia que veio para substituir o INPS (Instituto Nacional de Previdência Social) e o IAPAS (Instituto de Apoio Operacional e Assistencial), no que tange à arrecadação e ficou responsável pelo pagamento e análise dos requerimentos relativos ao RGPS.

Em relação ao custeio da Seguridade Nacional, mediante a publicação da Lei nº11.457/07, transferiu-se para a Secretaria da Receita Federal do Brasil a responsabilidade da regulamentação da referida matéria.

⁵² DERZI, Misabel Abreu Machado. Contribuição para o Finsocial. *Revista de Direito Tributário*, v.55. São Paulo: Malheiros, p. 210-211, 1992

Em termos da legislação infraconstitucional, merecem bastante destaque as Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, que tratam, respectivamente, do custeio da Seguridade Social e dos benefícios e serviços da Previdência.

Assim lecionam Lazzari e Castro⁵³

Houve, no período posterior à Constituição de 1988, significativo aumento do montante anual de valores despendidos com a Seguridade Social, seja pelo número de benefícios previdenciários e assistenciais concedidos, seja pela diminuição da relação entre número de contribuintes e número de beneficiários, em função da crescente informalidade das relações de trabalho, seja em função do “envelhecimento médio” da população e diante das previsões atuariais de que, num futuro próximo, a tendência seria de insolvência do sistema pelo esgotamento da capacidade contributiva da sociedade.

Fato é que, ante o desequilíbrio das receitas e gastos da Seguridade Social, notadamente após a promulgação da CR/88, cresceram os movimentos políticos no sentido de se reformarem as bases legais que davam sustentação aos direitos sociais, especialmente os previdenciários.

Nesse contexto, o fundamento principal para as mudanças ventiladas tem caráter eminentemente financeiro, sob o argumento de que os países periféricos estariam se endividando de forma intensa. Dessa forma, impuseram-se medidas de cunho “estruturais”⁵⁴ e “incrementais”⁵⁵.

Em 1993 foi instituída a Lei nº 8.742/93, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, a partir da qual houve a transferência de benefícios como renda mensal vitalícia, auxílio-natalidade e auxílio funeral para esse segmento da Seguridade Social.

Do ponto de vista constitucional, a próxima mudança relevante ocorreu em 1998, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98. Cumpre salientar que, diante da urgência pela diminuição do *déficit financeiro público*, a proposta reformista foi analisada e votada às pressas, tendo sido aprovada em 15/12/1998, no encerramento do ano legislativo. Diante dessa situação, o principal enfoque dado às discussões foi de caráter financeiro, e não jurídico e social.

Um aspecto importante a ser ressaltado é o fato de que a referida reforma teve como intenção a mudança de concepção aplicada à Previdência Social, uma vez que os benefícios

⁵³ Há algum tempo existe essa previsão: “O cenário que se desenha é de agravamento do desequilíbrio, a partir de 2020, decorrente do envelhecimento populacional. O aumento da participação dos idosos na população e, por consequência, dos beneficiários, acarreta esforço adicional de toda a sociedade no seu financiamento” (BRASIL, Ministério da Previdência Social. *Livro Branco da Previdência Social*. Brasília: MPAS/GM, 2002, p.6)

⁵⁴ Utilizando o conceito de *Mesa-Lago* e Muller, “reformas estruturais são as que transformam radicalmente um sistema de seguridade social (portanto, público), substituindo-o, suplementando-o ou criando um sistema privado paralelo” (COELHO, Vera Schattan Pereira (org.). *A Reforma da Previdência Social na América Latina.*, São Paulo: Editora FGV, 2003, p.28)

⁵⁵ Segundo os mesmos autores, “reformas incrementais são as que preservam o sistema público, reforçando suas finanças e/ou alterando benefícios e requisitos para habilitação como beneficiário” (COELHO, Vera Scattan Pereira, *idem*)

passaram a ser concedidos mediante análise de tempo de contribuição e não mais o tempo de serviço, incluindo o RGPS e os Regimes Próprios dos Servidores Públicos.

Desde a publicação da EC nº20/98, alterou-se a idade mínima para filiação ao RGPS, na condição de trabalhador, tendo sido fixada em 16 (dezesesseis) anos, ressaltando-se a exceção em relação ao menor aprendiz, que poderia se vincular ao regime a partir de 14 (quatorze) anos.

Criaram-se regras diferenciadas para os trabalhadores que ingressariam na Previdência Social a partir de 16/12/1998. A referida emenda constitucional também visava realizar a redução de despesas relacionadas aos benefícios do regime geral, embora não tenha se verificado qualquer mudança no sentido da incrementação de receitas da Seguridade Social.

Dentro do contexto da emenda recém aprovada, foi instituída também a Lei nº 9.876/99, que introduziu na legislação o “fator previdenciário”, uma fórmula de cálculo que considerava a idade do segurado, seu respectivo tempo de contribuição e a expectativa de idade do brasileiro, esta última que tem apresentado até os dias de hoje um aumento gradual.

O objetivo do fator previdenciário era garantir a redução dos valores dos benefícios das aposentadorias por tempo de contribuição quando o segurado apresentava idade inferior ao considerado como ideal ou adequado pelos atuários da Previdência Social.

Outra alteração promovida pela Lei nº 9.876/99 foi a forma de cálculo dos benefícios de prestação continuada, de maneira que se abandonou o cômputo dos 36 últimos salários de contribuição e adotou-se a média dos 80% maiores salários de contribuição, em relação aos segurados que entraram no RGPS após julho de 1994. Os 20% menores salários de contribuição eram descartados quando do momento do cálculo para a concessão do benefício. Cabe mencionar que, salvo os casos em que há direito adquirido, o fator previdenciário foi abandonado pela EC nº 13/19.

Houve também outras modificações, ao nível constitucional, que impactaram as regras previdenciárias. Trata-se das EC nº 41/03 e nº 47/05. As emendas alteraram mais significativamente os RPPS da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Em relação ao RGPS, ocorreram apenas mudanças específicas.

Dentre as reformas mais recentes, temos a EC nº 103/2019, instituída via PEC nº06/2019. A referida de forma foi substancial e veio para modificar diversos aspectos da legislação previdenciária, especialmente o RGPS e o RPPS da União. Em relação aos servidores públicos dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A PEC 06/2019 foi aprovada após intensa negociação entre os legisladores, ante o contexto de polarização política ao qual o Brasil se encontrava e se encontra até os dias atuais. De maneira geral, endureceram-se os requisitos para a concessão dos benefícios

previdenciários, tanto em relação ao tempo de contribuição quanto no tocante aos valores dos benefícios.

Cabe mencionar que a PEC 06/2019, que posteriormente veio a se tornar a EC nº 103/2019, observa-se uma tendência de mudança de perspectiva ideológica afeta aos direitos sociais, no sentido de que a individualidade poderia se sobressair em relação à solidariedade.

Prova disso é o fato de que se cogitou, durante a negociação das propostas reformistas, que o sistema de proteção social alterasse sua estrutura, de forma a instituir um sistema de capitalização. Além disso, houve uma proposta no sentido de promover a “desconstitucionalização” dos direitos previdenciários, uma vez que constava na exposição de motivos da PEC ser “desnecessária a definição de regras de elegibilidade na Constituição da República, aprimorando a estrutura legal constitucional, adotando a forma sintética semelhante às Constituições da maioria dos países”.

Dentre as várias mudanças trazidas pela EC nº 103/19, cabe o destaque de algumas: idade mínima para as aposentadorias do RGPS, mudança no cômputo do salário de benefício, que passa a ser igual à média de todos os salários de contribuição desde 07/1994, o cálculo para a renda mensal inicial das aposentadorias, alteração no direito relativo à pensão por morte, auxílio-reclusão e salário-família, a cessação do vínculo de emprego em caso de aposentadoria de empregados públicos. De maneira geral foram estipuladas regras mais restritivas para a concessão de benefícios previdenciários.

Para fins de registro, foram ajuizadas 12 Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face da EC nº 103/2019 pelos seguintes legitimados:

Associação Nacional dos Defensores Públicos (ADI 6254); Associação dos Magistrados Brasileiros, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e Associação Nacional dos Procuradores da República (ADIs 6255 e 6256); Associação dos Juizes Federais do Brasil (ADIs 6258 e 6289); Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ADI 6271); Partido dos Trabalhadores (ADI 6279); União Nacional dos Auditores e Técnicos Federais de Finanças e Controle (ADI 6361); Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (ADI 6367); Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADIs 6384 e 6385); e Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADI 6916).⁵⁶

Em setembro de 2022, o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar essas ações constitucionais, na condição de relator de todas essas,

declarou a constitucionalidade de regras contestadas e apenas atendeu, de forma parcial, um dos pedidos apresentados nas ações. Para o ministro, as regras da reforma

⁵⁶ MINISTRO Barroso. vota pela manutenção de regras da Reforma da Previdência de 2019. *Supremo Tribunal Federal*, 16/09/2022. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494269&ori=1>

devem ser mantidas. Apenas o artigo 149, parágrafo 1º-A, inserido na Constituição pela emenda, deve ser interpretado no sentido de que a base de cálculo da contribuição previdenciária de inativos e pensionistas somente pode ser aumentada se persistir, comprovadamente, déficit previdenciário mesmo após a adoção da progressividade de alíquotas.⁵⁷

Tendo em vista que a análise dessas ações constitucionais individualmente fugiria do escopo dessa pesquisa, encerra-se a análise dessa seção de breve apresentação do histórico evolutivo da legislação brasileira previdenciária para se adentrar ao seu substrato teórico dividido nos capítulos 4, 5, 6 e 7.

⁵⁷ MINISTRO Barroso. vota pela manutenção de regras da Reforma da Previdência de 2019. *Supremo Tribunal Federal*, 16/09/2022. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494269&ori=1>

4 A FRATERNIDADE E A SOLIDARIEDADE EM UMA ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR

4.1 A fraternidade em algumas bases filosóficas relevantes que contribuíram para a construção de uma ideia de direito fraterno

Feitas as breves considerações em matéria de proteção social no mundo e no Brasil, assim como sua evolução legislativa, passemos agora para uma análise pormenorizada do princípio da solidariedade e da fraternidade e seus alicerces, do ponto de vista teórico.

Para que seja traçada uma definição adequada sobre fraternidade e solidariedade, de acordo com os fins que se presta a presente dissertação, é necessária uma abordagem que explore as perspectivas religiosas, éticas e filosóficas sobre o tema, para posteriormente tratar-se do conteúdo jurídico aplicável ao direito previdenciário.

Fraternidade é uma noção que atravessa a história da humanidade. Oriunda do latim *frater*, que significa irmão, ela passa a ter contornos mais definidos nos escritos de Aristóteles, em especial nos livros VIII e IX da *Ética a Nicômaco* embora, na História da Filosofia, a figura do outro, em uma perspectiva *autêntica* de alteridade, não seja identificada até a modernidade⁵⁸.

Enquanto categoria jurídico-política, podemos afirmar que a fraternidade foi proclamada de forma simultânea em relação à liberdade e à igualdade, durante a Revolução Francesa (1789). Em relação à ideia de fraternidade, é importante notar que esta não obteve o reconhecimento jurídico e político na mesma intensidade das outras, apesar de terem sido proclamadas de forma conjunta.⁵⁹

Permeada por ideais humanistas e individualistas, a Revolução Francesa acabou por limitar o conceito de liberdade e igualdade a uma dimensão formal, não tendo incorporado de forma relevante a ideia de fraternidade, enquanto conexão universal entre os humanos. Ainda, nesse contexto histórico, verificou-se um movimento de secularização do Estado, situação que justificou a não incorporação, inicialmente, da ideia fraternal, ante seu caráter eminentemente religioso.

⁵⁸ BROCHADO, Mariah; SANTOS, Roberto de Carvalho; PORTO, Lucas Magno de Oliveira; PRADO, Maria Gabriela Machado. Apontamentos sobre o princípio da fraternidade no Direito Previdenciário. In: *Novas perspectivas do direito previdenciário*, 2021.

⁵⁹ No livro “Libertad, igualdad, fraternidad”, Peter Häberle constatou que na dogmática constitucional muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre a fraternidade. HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid. Trotta, 1998.

As origens históricas da fraternidade remetem à doutrina cristã, apresentando caráter polissêmico, sendo um deles a ideia de consanguinidade⁶⁰ e o outro relativo à ideia de fraternidade universal.⁶¹ É possível afirmar que o Cristianismo teve contribuição relevante para a propagação da ideia de solidariedade em um ponto central da sociedade.

O que se deu à época foi

A laicização de uma ideia força tipicamente cristã. Ao Cristianismo se deve, efetivamente, o decisivo influxo na implantação e difusão desta convicção e aspiração: a convicção de que os homens são verdadeiramente irmãos e a aspiração a que todos se considerem e tratem como tais.⁶²

Maria Inês Chave de Andrade⁶³ assim ensina

É na fraternidade que o ser humano se projeta na exterioridade e se reintegra como Espírito, uma vez que, ao se exteriorizar o ser humano, é e, sendo, nessa práxis se desdobra, enquanto homem pela mediação da natureza vê o outro como outro de si e sendo livre sabe que o outro também é livre. É na fraternidade que o homem sabe da igualdade e da liberdade, na conciliação com sua própria natureza e pensando nela.

A autora ainda correlaciona disciplina “liberdade e igualdade são os elementos que, dialeticamente, formam a ideia de fraternidade, ou seja, o homem com ser para si fraterno que se constitui pela ação de ser humano.”⁶⁴

Outra perspectiva que remete às origens do termo é a relação entre *philia* (amizade política) e fraternidade, no contexto greco-romano. Na obra *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define *philia* como uma forma de excelência moral ou virtude necessárias a vida.⁶⁵

Na visão aristotélica, o amigo político seria sempre outro “eu”, mas apenas em relação aos humanos que viviam naquela mesma comunidade, situação que restringia a extensão do

⁶⁰ “O conceito de fraternidade ou, mais precisamente de irmão, no Antigo Testamento, designa todos aqueles que nascem do mesmo seio materno, aplicando-se, por extensão, aos membros de uma mesma família, de uma mesma tribo, de um mesmo povo, por oposição a estrangeiros e, finalmente, aos povos descendentes de um mesmo antepassado, como Edon e Israel. O conceito de fraternidade universal começa cedo a delinear-se no Antigo Testamento. Deus, ao criar o gênero humano, depositou em Adão a aspiração a uma fraternidade que se rompe nos seus filhos. Caim mata Abel por inveja, não querendo saber onde está seu irmão. (COSTA, Antonio Filipe. *A Fraternidade. Análise filosófica teleológica e pedagógica – didática da unidade letiva 5 do programa de Educação Moral e Religiosa Católica do 5 ano de escolaridade*. Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Teologia. Instituto de Ciências Religiosas. Mestrado em ciências Religiosas. Especialização: Educação Moral e Religiosa Católica, Porto, 2012, p29.

⁶¹ A passagem bíblica da carta de São Paulo aos Gálatas (Gl3,28) destaca o universalismo da fraternidade cristã ao afirmar: “Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus”.

⁶² CABRAL, Roque. *Fraternidade*. In: Polis: Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado. Lisboa/São Paulo: Verbo, [s.d], 1994, pg. 78.

⁶³ ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética de Hegel*. Coimbra. Ed. Almedina, AS, 2010, p.101

⁶⁴ ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética de Hegel*. Coimbra. Ed. Almedina, AS, 2010, p.117

⁶⁵ Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Capítulos VIII e IX. Trad. De Pietro Nassetii. 4. Ed. São Paulo. Martin Claret, 2001.

conceito de fraternidade. É essencial destacar que a ideia universal de fraternidade ultrapassa o sentido restritivo próprio dado pelos gregos, para atingir a todos sem qualquer tipo de exclusão.

Brevemente mencionadas as concepções cristãs e greco-romanas, relativas ao ideal de fraternidade, importante realizar análise de momentos históricos posteriores, quais sejam o iluminismo e a modernidade. Durante tais períodos, o movimento revolucionário burguês invocou os postulados de igualdade, liberdade e fraternidade, com o intuito de combater a opressão e o arbítrio próprios da cultura europeia à época.

Para os iluministas, especialmente os franceses, a ideia de fraternidade era distinta da perspectiva universal católica, tendo sido utilizada para difundir a ideia de coesão social. Exemplificativamente, no pensamento de Rousseau, há um aspecto embrionário de fraternidade. Em seu discurso sobre as causas e fundamentos da desigualdade entre os homens, voltou sua atenção para a própria natureza humana após desenvolver uma abstração de "piedade".

Rousseau entende que a piedade representa uma virtude da natureza humana a partir da qual é possível agir com bondade em relação ao próximo, de forma a proporcionar a coesão social⁶⁶.

Neste esteio, é possível dizer que um dos embriões próprios da ideia de fraternidade, desenvolvida quando da Revolução Francesa, relaciona-se justamente a esse valor de piedade, no entendimento rousseauiano.

Assim leciona Machado⁶⁷

Em linhas gerais, vê-se que a perspectiva iluminista está centrada primordialmente em valores liberais e no individualismo jurídico, razão pela qual houve recrudescimento da fraternidade enquanto princípio universal voltado ao respeito e reconhecimento do outro, mantendo, entretanto, o sentimento de piedade (solidariedade) para com o próximo, desenvolvido por Rousseau, que trará repercussões para a compreensão da fraternidade na contemporaneidade.

Sobre a fraternidade, Machado⁶⁸ assim disciplina:

Indubitavelmente, a fraternidade desempenha relevante função na teoria dos direitos fundamentais já que, agindo em conjunto com liberdade e igualdade, redimensiona e complementa a interpretação e aplicação dos direitos e deveres fundamentais, a partir do fenômeno do reconhecimento e da ética sem responsabilidade.

⁶⁶ Segundo Gustavo Cunha Bezerra “com o auxílio da potência imaginativa, a piedade se ordena como força de coesão social”. BEZERRA, Gustavo Cunha. A piedade natural em Jean-Jacques Rousseau. In: *Colloquium Humanarum*, Presidente Prudente, v.7, n.2, p.88

⁶⁷ MACHADO, Clara. *O Princípio Jurídico da Fraternidade: Um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.54

⁶⁸ *Ibidem*, p.58

Superada a breve narrativa sobre as construções histórico-filosóficas que deram contornos aos ideais de fraternidade, cabe mencionar que ideia solidariedade ainda guarda excessiva relação com a ideia de liberalidade decisional, em um sentido envolto por valores morais e filantrópicos. Assim ensina Brochado:⁶⁹

pensar num direito à solidariedade ou à fraternidade (e aqui veremos que há distintas abordagens a propósito), de modo a inspirar uma seara protetiva dos direitos humanos como *Direito Fraterno*, exige não só uma profunda reflexão sobre os pilares éticos do Direito, mas também a construção de arsenal argumentativo que subsidie a afirmação de que a vida *em fraternidade* é um direito a ser *exigido*, protegido e implementado na seara da normatividade jurídica, *objetivamente*, portanto, para além do plano subjetivo meramente moral.

É fundamental que sejam indicadas algumas das bases filosóficas a partir das quais é possível compreender a ideia de fraternidade. Immanuel Kant, sua obra *Metafísica dos Costumes*, a partir de uma visão cosmopolitista, entende que as relações humanas devem se desenvolver conforme um princípio jurídico que determina que os indivíduos devem prestar entre si um auxílio mútuo, uma vez que habitam no mesmo lugar, qual seja o planeta Terra.

Assim leciona Brochado⁷⁰:

A primeira grande vantagem em se transitar para uma sociedade verdadeiramente cosmopolita, conforme Habermas, é a colocação do indivíduo como membro dessa *associação cosmopolita*, o que protegeria o cidadão de um Estado contra as possíveis arbitrariedades do seu próprio governo. E a consequência mais importante de um *direito* que se impõe à *soberania* dos Estados é a responsabilização pessoal de funcionários por seus crimes no serviço público e militar.

O filósofo alemão entende que o contexto de ajuda mútua é o único possível para a sociedade mundial, a partir do qual todos tem o mesmo direito sobre o globo, apesar das ideias de posse e propriedade. O autor ressalta que o formato geóide da Terra é fator preponderante para estabelecer a ideia de fraternidade, uma vez que, caso o formato do planeta fosse outro (triangular, quadrangular etc.), haveria vértices que representariam pontos de conflitos e que seria difícil explorar o planeta territorialmente.

Kant ainda afirma que não se pode confundir o conceito de *filantropia* com o de solidariedade ou fraternidade. Etimologicamente, filantropia significa “amor ao próximo”, definindo-se como atos de ajuda, mediante atitudes solidárias e altruístas, de forma a oferecer suporte para outros seres humanos.

⁶⁹ BROCHADO, Mariah. *O Direito Fraterno e a Arquitetura do Bem-Estar: Realização dos direitos de solidariedade como direito cosmopolita*. No prelo, pg 2

⁷⁰ Habermas *apud* BROCHADO, Mariah. *Direito e Ética*. A eticidade do fenômeno jurídico. São Paulo: Landy, 2006.

É preciso ressaltar que, segundo Kant, a ideia de solidariedade não está relacionada com o *pendor afetivo* pelo próximo, como ocorre por exemplo nas relações de amizade, mas representa uma categoria jurídica, apresentando aspecto de relação jurídica e não sentimental. Essa conclusão é importante, ante a dificuldade que existe na compreensão dos atos solidários como *deveres*, e não como manifestações espontâneas.

A ideia de fraternidade e solidariedade, como um direito de todos e que deve ser buscado pela sociedade em alcance global, pode ser entendida também como o *direito ao bem-estar* e à realização pessoal. Traduz-se num *dever universal de prestação de solidariedade*, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana.

As abordagens éticas, religiosas e filosóficas da fraternidade vêm sendo repensadas e contextualizadas até os dias atuais, mediante uma inserção no raciocínio jurídico por uma compreensão de um direito fraterno⁷¹, humanista⁷² ou altruísta⁷³. De maneira geral, a fraternidade é essencial para a sustentação do Estado Democrático de Direito.⁷⁴

Uma posição filosófica interessante sobre o tema pertence a Rudolf Stammler, filósofo atuante durante o final do século XIX e início do século XX. Visando a compreensão da solidariedade como direito, o autor utiliza o conceito da *vontade vinculatória*. Segundo ressalta Brochado⁷⁵:

Segundo Stammler, esta vontade é a que vincula as aspirações dos seres humanos entre si e esta condição é que caracteriza a vida gregária humana na forma de sociedade, a qual não se confunde com as formas gregárias da vida animal, que não têm comunhão de propósitos. Diz-se que vivemos socialmente porque nossos fins articulam e combinam

A vontade vinculatória é uma das formas possíveis para a vontade humana, e acaba por determinar a inevitabilidade de associação do ser humano, que é diferente em relação a todos os outros animais, que não podem se comunicar pelos meios próprios da linguagem humana, por óbvio. Nesse contexto, essa categoria da vontade vinculatória é utilizada por Stammler para

⁷¹ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 12 ed. Roma: Laterza, 2005

⁷² BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁷³ CARDUCCI, Michelle. *Por um Direito Constitucional Altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁷⁴ “Amartya Sen assinala que liberdade, igualdade e fraternidade são condições éticas essenciais para o desenvolvimento do Estado democrático de direito. Em se tratando da fraternidade, evidencia-se no pensamento desse autor, o reconhecimento do indivíduo para agir além do auto interesse, reconstruindo a via do modelo econômico em comunhão com a experiência ética. Neste aspecto, utiliza-se, portanto, a equidade como instrumento de fraternidade.” SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 33.

⁷⁵ BROCHADO, Mariah. *O Direito Fraterno e a Arquitetura do Bem-Estar: Realização dos direitos de solidariedade como direito cosmopolita*. No prelo, p. 8.

explicar a sociedade e os fenômenos sociais, dentre os quais recebem destaque especial os fenômenos econômicos e jurídicos.

Nessa perspectiva, o direito é considerado como uma subcategoria da vontade vinculatória, de forma que o direito não representa a soma das várias aspirações tomadas individualmente a serem reunidas de forma jurídica, mas sim é um corolário da vontade vinculatória.⁷⁶

Stammler, para ilustrar a definição de *vontade vinculatória*, utiliza de análise de uma manifestação social tanto quanto comum, a relação entre os fins e os meios que existe entre professores e alunos. Para os primeiros, o objetivo principal é difundir o conhecimento e promover o crescimento espiritual de seus alunos. Para os últimos, o objetivo, independentemente de serem seus ou de seus pais, é tornarem-se indivíduos educados, instruídos. Para além disso, o autor também trata do conceito de *querer autárquico*, que visa a uma adequação lógica entre a vontade da Administração Pública e a economicidade daquilo que é juridicamente desejado, aspecto consubstanciado pelos princípios da consideração e colaboração.

Em primeiro lugar, o princípio da consideração, que hoje se poderia chamar de inclusão, segundo o qual cada membro da sociedade tem interesse em ser levado em conta, desde que também considere os demais membros de modo idêntico. Já pelo princípio da colaboração, o fim coletivo prevalece e todos cooperam para a consecução de um objetivo comum.⁷⁷

Nesse contexto, verifica-se que o fim de um é o meio de outro e vice-versa. Trata-se de situação comum a todas as manifestações sociais, de forma que as aspirações dos membros da sociedade podem não ser coincidentes, entretanto são diversas e complementares.

Assim, nas palavras de Brochado⁷⁸:

a vontade humana dirigida para essa percepção da necessidade de vínculos de aspirações diversas é a forma humana de querer, e é por ela que a sociedade não só é possível, mas necessária à vida propriamente humana, de modo que ela não é conditio per quam mas sim conditio sine qua non da experiência humana.

A vontade vinculatória exposta por Stammler é o que possibilita a cooperação para a satisfação das necessidades humanas. A cooperação entre os seres humanos, na perspectiva de

⁷⁶ “O Direito, então, não é a soma das várias aspirações tomadas individualmente a serem fundidas juridicamente, mas, sim, uma decorrência da vontade vinculatória que possibilita o vínculo entre todas as aspirações humanas, sendo a regulação externa da vontade vinculatória.” STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofia del derecho*. México: Edinal Impressora, 1974, p. 101-102.

⁷⁷ ADEODATO, J. M. As fontes primárias do direito: o debate europeu cerca de 1850 a 1950. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, p. 99-128, 13 ago. 2007.

⁷⁸ BROCHADO, Mariah. *O direito fraterno e a arquitetura do bem-estar: realização dos direitos de solidariedade como direito cosmopolita*, 2022. No prelo, p. 9

Stammler, representa a fonte dos fenômenos sociais, que por sua vez englobam os fenômenos econômicos, que são os grandes responsáveis pela criação da condição de *bem-estar*.

Vale destacar: “esta condição lógica determinante do conceito de cooperação é a noção metódica que chamamos de vinculação das aspirações, assim, todo fenômeno concreto da Economia Social está condicionado logicamente por uma vontade vinculatória”.⁷⁹

Na América do Sul, a ideia de fraternidade se desenvolveu de forma mais profunda nas primeiras décadas do século XX, a partir das ondas migratórias que se intensificaram, trazendo consigo novas perspectivas ideológicas, especialmente no Cone Sul. Nesse contexto, observou-se o princípio da fraternidade evoluindo de forma a garantir a emancipação política, especialmente em relação à Espanha, que conduzia o processo de colonização da região desde as Grandes Navegações.

Marco relevante desse momento histórico é uma carta escrita em francês, de 1791, por um jesuíta peruano chamado Juan Pablo Viscardo y Guzmán,⁸⁰ chamada de *Carta Aos Espanhóis Americanos*. De maneira geral, a carta destaca os sentimentos de “ingratidão, injustiça, escravidão e desolação” da monarquia espanhola em relação aos conquistadores que desbravaram o continente americano, a partir da qual revelou-se uma grande frustração, ficando evidente a quebra da fidelidade que havia entre as partes.

De forma a combater os valores monárquicos colonialistas assim definiu *Baggio*:

delineia-se assim uma solidariedade evidente, que forja uma identidade. A fraternidade torna-se, assim, uma identidade, a colonial, limitada pela experiência histórica. Não estamos diante da proclamação de uma essência americana, mas de uma comunidade história cuja característica é o colonialismo. Acabar com essa característica – que, paradoxalmente, coloca em relação fraternal as várias castas coloniais – é uma ideia reguladora para esse sujeito histórico coletivo, que são os “espanhóis americanos”.⁸¹

A solidariedade, no contexto da América Hispânica, representou a irrisignação dos dominados contra os dominadores, apresentando uma característica essencial da identidade latino-americana, bastante influenciada pela sua condição colonial, sendo uma ideia reguladora, que alicerçou a liberdade e a independência dos americanos.

⁷⁹ STAMMLER, 1974, p.155

⁸⁰ Nascido em Paucamba, Peru, 1747 e morto em Londres, em 1798

⁸¹ BAGGIO, Antônio Maria (Organizador); [Traduções Durval Cordas, Luciano Menezes Reis]. *O Princípio Esquecido*. Exigências, recursos e definições da fraternidade na Política. Vargem Grande Paulista SP. Cidade Nova, 2009, pg 27.

Segundo Tosi⁸², a sociedade moderna deu ênfase à liberdade e à igualdade, ignorando os aspectos sociais, fraternos e cooperativos desses mesmos direitos que transcendem o sujeito e o indivíduo, grupos, bem como outros seres vivos. A libertação devolve o sujeito à sua individualidade, a igualdade alinha o fenômeno normativo às necessidades sociais e identitárias e a fraternidade abre a perspectiva do *outro* de que não sou eu nem meu grupo social, mas o *outro* diante do qual se tem deveres e responsabilidades, não apenas o direito de ser enxergado como diferente.

Dessa forma, a ideia de fraternidade também ganha a dimensão reguladora da liberdade e da igualdade, de forma que a liberdade não se torna a tirania do mais forte, e a igualdade não se transforma em igualitarismo opressor”. A fraternidade é uma condição humana já presente e, como tal, serve de ponto de partida, mas também pode ser alcançada com o empenho de todos no trabalho conjunto.⁸³

O princípio da fraternidade, esquecido após a Revolução Francesa, agora está sendo timidamente evocado para promoção de uma racionalidade voltada para o Bem-Estar, que implica a compreensão e aplicação.

⁸² TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). *O princípio esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009. 2 v., p. 43-64.

⁸³ BAGGIO, Antônio Maria. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. In: BAGGIO, Antônio Maria. *O princípio esquecido: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. 1 v., p. 25-55.

5 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE DO PONTO DE VISTA JURÍDICO E CONSTITUCIONAL

5.1 A fraternidade e sua inserção nos grupos de direitos de segunda e terceira dimensão

A ideia de fraternidade ganha significado jurídico com a Declaração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que declara a obrigação de "agir uns para com os outros em espírito de fraternidade". Desde então, o direito vem aplicando esse vetor hermenêutico cautelosamente, sobretudo na sua forma autônoma. Especialmente pelo termo *fraternidade* ter sido historicamente ligado ao cristianismo e à caridade.

Com efeito, o princípio da fraternidade se insculpe a partir do princípio da dignidade humana, que, no ordenamento jurídico brasileiro, é vetor *axiológico*, pois se constitui fundamento da república (art. 1º, inciso III).

A *dignidade da pessoa humana* tem um nível de compreensão epistemológico caracterizado por Lima Vaz⁸⁴ como *ético-jurídico*, pois trata dos “predicados do homem que o tornam dotado de um valor próprio e o situam numa esfera axiológica (áxios, válido, digno; axiologia = doutrina dos valores, pois “dar um sentido à vida torna-se normativo para o homem, [sendo que], a vida torna-se um valor ético (objetivamente), que vem a ser reconhecido como tal pela comunidade dos homens, e um valor moral (subjetivamente), devendo, pois, ser respeitado pelos membros da comunidade”.

O princípio da fraternidade decorre diretamente do princípio da dignidade humana, pois o tem como seu pressuposto, eis que consagra a própria condição humana. Nesse sentido, Maurer afirma: “a dignidade do outro me obriga à fraternidade”⁸⁵. Ambas categorias também ganham repercussão jurídica por meio da noção de ética da responsabilidade, isto é, pela perspectiva objetiva de reconhecimento do dever de construção coletiva da igualdade entre todos os seres, obedecendo um patamar mínimo.

Identificamos uma falta de densificação desse princípio tanto na dogmática constitucional quanto na legislação infraconstitucional, o que tem resultado em seu uso esporádico por juízes e juristas brasileiros. Entre as muitas razões pelas quais esse princípio não foi articulado estão a confiança da cultura jurídica no texto da lei como fonte primária de

⁸⁴ LIMA VAZ, O ser humano no universo e a dignidade da vida. *Cadernos de Bioética*, Belo Horizonte, n. 2, p. 27-41, dez. 1993.

⁸⁵ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: MAURER, Béatrice (org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 132.

interpretação jurídica e a dificuldade em articular os princípios implícitos no sistema jurídico, bem como o resultado de uma cultura de formação jurídica voltada para um ensino de pobreza hermenêutica e que ignora a interpretação da Constituição da República de 1988 para assegurar o cumprimento dos *valores supremos* de uma *sociedade fraterna*.

Do ponto de vista constitucional, também verificamos a existência do princípio da solidariedade pela leitura do art. 3º, I, da CR/88, *in verbis*: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**". Importante destacar que as primeiras Constituições brasileiras, as de 1824 e de 1891 não apresentavam tais direitos em seu bojo.

No inciso III do artigo supramencionado, há os meios pelos quais pretende-se alcançar a sociedade livre, justa e solidária, quais sejam: a erradicação da pobreza e da marginalização e pela erradicação da pobreza e da marginalização e pela redução das desigualdades sociais e regionais.

"Solidariedade advém do termo em latim *in solitum* e, na historiografia jurídica, tem sua origem no instituto do direito romano das obrigações. Esse princípio se difere do princípio da fraternidade porque pressupõe exercício direto daquele que pretende usufruir um direito para obtê-lo."⁸⁶ Enquanto o princípio da fraternidade aborda diretamente a obrigação de cooperar e adaptar que decorre de nossa própria condição humana.

Nesse sentido, cabe mencionar que as ideias relacionadas ao princípio da solidariedade, numa perspectiva fraterna, não se resumem às ações afirmativas e na concretização de uma justiça distributiva. *Brochado*⁸⁷ ensina que:

Na verdade, o Estado Social pretende fomentar condições mínimas através das quais os indivíduos possam galgar suas próprias conquistas, haja vista que os méritos de cada um só serão de fato percebidas e valorizadas (*justiça distributiva*) à medida em que as condições lançadas permitam que méritos e talentos aflorem (*justiça comutativa*).

Dentro desse contexto, assim leciona o Professor Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz⁸⁸

a realização da solidariedade social, entendida como princípio jurídico constitucional, concebe-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem tanto o Poder Público como a sociedade civil organizada e somente a Constituição, que acolhe a dignidade

⁸⁶ BROCHADO, Mariah; SANTOS, Roberto de Carvalho; PORTO, Lucas Magno de Oliveira; PRADO, Maria Gabriela Machado. Apontamentos sobre o princípio da fraternidade no Direito Previdenciário. In: *Novas perspectivas do direito previdenciário*, 2021, pg 111.

⁸⁷ BROCHADO, Mariah. *O direito fraterno e a arquitetura do bem-estar: realização dos direitos de solidariedade como direito cosmopolita*, 2022. No prelo, p. 10

⁸⁸ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Estado Social e Princípio da Solidariedade*. Acesso em 10/10/2022, as 17:53, link <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20117/30750>, pg 173

humana e o pluralismo social e político como princípios essenciais, pode fornecer as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação.

A fraternidade é mencionada como um direito de terceira dimensão⁸⁹, muito embora não seja ilógico indicá-la como um direito de segunda dimensão⁹⁰, ante o caráter social de seus pressupostos fundamentais.

Os direitos de terceira dimensão estão diretamente relacionados à ideia de fraternidade e solidariedade, ao objetivar o desenvolvimento, o progresso, a conservação do meio ambiente, a autodeterminação dos povos, bem como carregam a ideia acerca do direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e do direito à plena comunicação, apresentando um nítido caráter transindividual.

Assim leciona Flávio Martins⁹¹:

Direitos de terceira geração são os direitos metaindividuais, ou transindividuais, que pertencem a uma coletividade determinável ou indeterminável de pessoas, como o meio ambiente sadio, previsto na Constituição de 1988, no art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida...”. Seria também de terceira dimensão a busca da paz, presente nos incisos VI e VII do art. 4, da Constituição Federal, que asseguram a “defesa da paz” e “solução pacífica dos conflitos.

Como se verifica no trecho acima, bem como nas citações literais que se seguem, existe um uso do vocábulo geração de direitos para tratar daquilo que, nesse texto, nomeia-se como dimensão. Destacamos que, para fins de compreensão da temática nessa dissertação, toma-se os termos como sinônimos, embora exista divergência na utilização. A título de exemplo temos os apontamentos de Jorge Miranda e Mariah Brochado:

Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo geração, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é o enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades. Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpretação mútua, com a consequente necessidade de harmonia e concordância prática.⁹²

⁸⁹ “Os direitos chamados de terceira geração peculiarizaram-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividade, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 137.

⁹⁰ “Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. [...] na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados. *Ibidem*, pg 137

⁹¹ MARTINS, Flávio Alves Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 750

⁹² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

Joaquim Carlos Salgado faz séria crítica a esta classificação dos direitos humanos em “gerações”, que dá idéia de linearidade dos fenômenos históricos e ainda não precisam ontologicamente os tipos de direitos. Segundo sua compreensão, os “direitos políticos” não se enquadram perfeitamente em nenhuma delas, visto que começaram a surgir juntamente com os direitos individuais, mas não podem ser qualificados como direitos de primeira geração.⁹³

Bobbio⁹⁴ e Alexandre de Moraes⁹⁵ complementam as compreensões acerca do tema mostrando que trata-se de uma consequência da necessária proteção do ser humano face aos desafios da modernidade:

[Bobbio afirma que] Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebidos quando foram promulgadas as primeiras declarações setecentistas.

[...]

[Alexandre de Moraes, a seu turno, afirma que], Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade e fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.

Dentro de uma perspectiva fraternal, é importante ressaltar o papel da Seguridade Social, especialmente da Previdência Social. Ao atender seu objetivo de ser um vetor no que culmina na dimensão de justiça social e de redistribuição de renda, verifica-se sua importância para o direito previdenciário.

A fraternidade e a solidariedade, enquanto direitos de terceira dimensão, também guardam relação com a ideia de prestígio ao consumidor. O constituinte brasileiro positivou a defesa do consumidor e sua promoção pelo Estado, conforme art. 5º, XXXII, da CR/88.

Uma vez que os benefícios previdenciários e assistenciais são substitutivos do salário, produto do trabalho, é certo afirmar que as prestações previdenciárias são essenciais para possibilitar e fomentar o consumo dos beneficiários, de maneira que se busque a autorrealização e a garantia da qualidade de vida.

Em contraposição às liberdades públicas, os direitos sociais, econômicos e culturais têm como pressuposto a manifestação de contextos de desigualdade social, a partir dos quais busca-se uma igualdade material através da efetivação desses direitos. Nasce então um ponto de correlação entre o princípio da dignidade humana e da solidariedade.

A liberdade, a vida e a segurança jurídica, por exemplo, princípios axiais daquele primeiro, entram em relação dialética com os princípios essenciais do segundo,

⁹³BROCHADO, Mariah. *Direito e Ética*. A eticidade do fenômeno jurídico. São Paulo: Landy, 2006.

⁹⁴BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ªed. Brasília: UNB, 1999

⁹⁵MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31ªed. São Paulo: Atlas, 2015

especialmente no que toca às exigências de solidariedade entre os membros da comunidade e de efetividade dos direitos fundamentais⁹⁶.

Tem-se que, o Estado Social, na perspectiva constitucional, utiliza como fundamentos os seus direitos e deveres de liberdade, econômicos, culturais e sociais, ao passo também estabelece instrumentos processuais e medidas de governança pública para proteção e tutela. Importante destacar os ensinamentos de *Raul Machado Horta*:

Radbruch, descrevendo a evolução do direito individualista ao direito social, registrou o prestígio, em nosso século, dos vocábulos comunidade (*gemeinschaft*) e social, que exprimem a incorporação de valores coletivos na linguagem de nossa época, em superação ao vocabulário individualista da sociedade liberal. (...) É a finalidade protetora que confere originalidade aos direitos sociais. Admitindo que se possa, sob o plano conceitual, estabelecer a filiação entre os direitos individuais da Declaração Francesa de 1789 e os direitos sociais, que emergiram no constitucionalismo do após guerra de 1918, [Georges] Burdeau advertiu, entretanto, que o primado do direito social acarreta uma mudança de concepção que repercute não apenas nas situações individuais, como nos fundamentos da sociedade. Os direitos individuais contêm vantagens atribuídas ao indivíduo, cuja efetiva utilização depende de sua iniciativa, sua inteligência e habilidade. A norma declaratória desses direitos encerra uma autorização, uma faculdade. No ramo dos direitos sociais, a perspectiva é outra, o caráter protetor adquire primazia, e o comando normativo supre deficiências da ordem social existente. Nas palavras de Burdeau, o Poder é convocado para assegurar a liberação do homem.⁹⁷

Sob a ótica constitucional, o Estado sempre deve prezar pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que se trata de um vetor constitucional, que deve irradiar por toda o ordenamento jurídico, especialmente para reduzir as desigualdades sociais e promover a igualdade material e ao mesmo tempo assegurar os direitos à saúde, educação, à moradia, segurança social, assistência e à seguridade social, conforme disposto no art. 6º da CR/88.

Dito isso, é imperiosa a conclusão de que é necessário que os cidadãos estejam inseridos em um contexto no qual é possível a promoção de *autorrealização*, que por sua vez significa ter condições mínimas de sobrevivência, a exemplo da moradia e educação. O Estado falha a partir do momento que não é o fio condutor para que as condições básicas de subsistência sejam observadas para todos.

A ideia da busca pela autorrealização do indivíduo guarda relação direta com o objetivo da Seguridade Social. Dentro de uma perspectiva fraternal, os benefícios previdenciários e

⁹⁶ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Estado Social e Princípio da Solidariedade*. Acesso em 10/10/2022, as 17:53, link <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20117/30750>, pg 175

⁹⁷ HORTA, Raul Machado. *Constituição, Direitos Sociais e Normas Programáticas*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Edição de 2002. Disponível em: www.tce.mg.gov.br/revista. Acesso em 13/10/2022.

assistenciais são meios a partir dos quais se incentiva e se possibilita que os sujeitos de direito alcancem um patamar de dignidade humana mais elevado.

É fato que os indivíduos não são capazes, por si só, de atingirem o nível de autorrealização ideal para uma vida digna e plena. Nesse contexto, cabe ao Estado a responsabilidade de auxiliá-los durante suas vidas. Ocorre que não basta apenas a positivação dos direitos sociais nos textos constitucionais. Faz-se necessário o custeio das ações prestacionais, mediante a observância da reserva do possível⁹⁸ ou possibilidade financeira, esta última alcançada pelo pagamento de tributos.

Sobre a natureza do Estado fiscal Social, vale destacar os ensinamentos do Prof. Casalta Nabais:

Um estado baseado na liberdade e na correspondente responsabilidade individual, em que cabe, em primeira linha, a cada um, angariar os meios de sustento para si e para sua família. O Estado apenas será chamado a intervir, através da realização de prestações sociais (monetárias ou em espécie), se e na medida em que o indivíduo, por quaisquer motivos, estruturais ou conjunturais, não esteja em condições de prover a esse mesmo sustento. [...] O que significa que somente relativamente àqueles cidadãos que não consigam atingir os mínimos existenciais dos referidos direitos sociais, o Estado tem o dever de atuar.⁹⁹

O Estado tem o dever de promover a criação dos pressupostos essenciais indispensáveis ao exercício dos direitos culturais e socioeconômicos. Reconhece-se que o legislador e o poder executivo possuem a competência na escolha dos meios mais adequados para a realização de programas sociais, tratando-se, na realidade, de comandos imperativos destinados ao Poder Público.¹⁰⁰

Dentro dessa ideia de discricionariedade do Estado na escolha dos melhores meios possíveis para a efetivação de direitos constitucionalmente assegurados, deve-se observar: a) a vinculação ao contexto social e econômico do país; b) os limites econômicos e orçamentários

⁹⁸ “É reconhecido que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, como bem indicado nas contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein (...). Nesse contexto, passa a ter significativo relevo o tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 642.

⁹⁹ NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 2ª Ed. Coimbra. Almedina, 2004, pp. 491-492. Estado fiscal é aquele que tem por suporte financeiro primordial e dominante os impostos; o qualificativo de “social” advém do fato deste Estado ter um nível de fiscalidade reclamado pelo modelo do Estado Social posto na respectiva Constituição. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 482.

¹⁰⁰ Já postulava Rui Barbosa: “não há, numa Constituição cláusulas, a que se deve atribuir meramente o valor moral, de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Cabe, pois, ao legislador, disciplinar a matéria”. Apud. PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: RT, 2002, p. 52. Também nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª Ed. Saraiva, São Paulo, 1998 p.226.

e; c) o fato de que a Constituição não estabelece expressamente a ordem de prioridade relativa à necessidade/alocação de recursos.¹⁰¹

No que diz respeito aos parâmetros político-constitucionais necessários para a realização dos direitos sociais prestacionais, assim leciona o professor Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz¹⁰²: “Admite-se, aqui, existir uma relação de necessária congruência entre o dever constitucional de legislar e o direito público subjetivo do cidadão, porquanto decorre da própria Constituição a determinação positiva aos poderes públicos acerca da realização dos direitos fundamentais.”.

Fato é que os cidadãos, para que atinjam o mínimo existencial, devem ter acesso a valores constitucionalmente assegurados, tais como a vida, liberdade, dignidade, saúde, assistência e educação. Ausentes tais condições, não há que se falar na própria condição de cidadão. Nesse ponto o Tribunal Constitucional Federal Alemão¹⁰³ elucidou:

A comunidade estatal deve assegurar-lhes (necessitados, concidadãos que não podem prover à sua própria subsistência) pelo menos as condições mínimas para uma existência e envidar os esforços necessários para integrar essas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.

Sobre o tema, importante refletir se a o debate acerca da solidariedade, como postulado constitucional, se limita ao âmbito da autonomia privada ou se ela pode ser determinada juridicamente como um dever fundamental autônomo. Sob esse prisma, o princípio da fraternidade ou solidariedade prescreve as bases de convivência social, validado tanto pela sociedade quanto pelo legislador, mediante ideia de vínculo obrigatório entre os cidadãos.

Fato é que a evolução do Estado Social foi permeada pelo fortalecimento da noção de responsabilidade coletiva ou solidariedade, no que tange ao bem-estar das pessoas, partindo-se da premissa que todos os indivíduos, em qualquer momento da vida, passarão por contingências sociais que podem deixá-los vulneráveis, sob a ótica da proteção social.

¹⁰¹ Como elucidada Gilmar Ferreira Mendes, “a competência legislativa implica responsabilidade e impõe ao legislador democrático a obrigação de empreender as providências essenciais reclamadas pela Constituição. Compete a ele não só a concretização genérica da vontade constitucional, mas cumpre-lhe, igualmente, colmatar as lacunas ou corrigir os defeitos identificados na legislação em vigor. O poder de legislar converte-se, pois num dever de legislar”. MENDES, Gilmar. *Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade*. Disponível em www.infojus.com.br/area3/gilmarferreira1.htm; Cf. SARLET, I. op.cit., p. 288-289 e ANDRADE, J. Op.cit., p.201

¹⁰² DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Estado Social e Princípio da Solidariedade*. Acesso em 13/10/2022, as 15:02, link <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20117/30750>, p. 177

¹⁰³ Cf. BVerfGE 40, 121 (133). Apud SARLET, I., op.cit., o.323. TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 177, p. 29-49, 1989. DOI: 10.12660/rda.v177.1989.46113. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 28 nov. 2022.

Dentro do panorama do mínimo existencial e da reserva do possível, cabe destacar as lições do Professor Márcio Augusto¹⁰⁴:

tudo parece indicar que a efetividade do princípio da solidariedade aponta para uma definição de um modelo de Estado Ético que afaste de seus mecanismos de decisão coletiva e produção normativa, os fatores mercadológicos, econômicos e políticos, fazendo sobressair, por outro lado, o princípio da autonomia pública e privada do cidadão.

É importante pontuar que a solidariedade não representa um mero princípio que inspira a elaboração e aplicação de regramentos jurídicos. Na realidade, trata-se do modo a partir do qual o Direito contemporâneo se manifesta, devendo influenciar todo o ordenamento. Quando se pensa em direito fraterno, temos que, diante de inegável importância, trata-se da maneira mais completa de abordar os problemas sociais.

Existe uma ideia clara sobre a necessidade de cooperação entre os seres humanos. No ideário kantiano, a partir do conceito do cosmopolitismo, este considera que o regramento cosmopolita da humanidade é uma projeção racional quantitativa da própria condição humana.

Parte-se de um contexto no qual há os habitantes do universo (cosmos) humano, que compartilham o mesmo território e precisam estabelecer finalidades em comum, visando a autorrealização dos cidadãos. O direito representa a forma pela qual a solidariedade se materializa em normas permanentes e objetivas. Márcio Vasconcelos Diniz¹⁰⁵ assim ressaltou:

A solidariedade, desse modo, exorta atitudes de apoio e cuidados de uns com os outros. Pede diálogo e tolerância. Pressupõe um reconhecimento ético e, portanto, corresponsabilidade. Entretanto, para que não fique estagnada em gestos tópicos ou se esgote em atitudes episódicas, a modernidade política põe a necessidade dialética de um passo maior em direção à justiça social: o compromisso constante com o bem comum e a promoção de causas ou objetivos comuns aos membros de toda a comunidade.

Verifica-se que a ideia de fraternidade está intimamente ligada ao conceito de *interdependência* entre os seres humanos, inclusive em uma perspectiva global. Nesse sentido, faz-se aqui uma crítica ao *american way of life*, que mais serviu para afastar o estadunidense do resto do mundo do que propriamente para aproximá-lo.

Da perspectiva internacional, cabe mencionar que tem se consolidado um movimento jurídico-político chamado de Constitucionalismo Fraternal, de maneira que as Constituições promovem a dimensão da fraternidade, representando um vetor jurídico que orienta o

¹⁰⁴ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Estado Social e Princípio da Solidariedade*. Acesso em 13/10/2022, as 15:02, link <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20117/30750>, p. 179.

¹⁰⁵ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Estado Social e Princípio da Solidariedade*. Acesso em 13/10/2022, as 15:02, link <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20117/30750>, pg 172

ordenamento jurídico como um todo. Nos ensinamentos de Carlos Ayres Brito, mencionadas por Carlos Alcântara Machado¹⁰⁶

Depois que assumiu uma feição liberal ou libertária, uma função social ou igualitária, agora chega à terceira fase, que é a fraternidade, para ombrear todas as pessoas em termos de respeito, referência e consideração (...). Averte-se que a integração comunitária é mais do que inclusão social, como lembra o Min. Carlos Ayres Brito. Não se reduz a ações distributivas, de inclusão social que se situam somente no plano de gastos públicos.

Enquanto categoria constitucional, a solidariedade ou fraternidade têm sido invocadas de forma a embasar a necessária observância, em relação a toda a sociedade, do ônus que esta apresenta no sentido da garantia de qualidade de vida para todos os cidadãos.

Nessa perspectiva, a fraternidade tem como destinatários todos os indivíduos, mas especialmente os vulneráveis, ou seja, aqueles que não apresentam condições de alcançarem, por si só, a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, conjugam-se dois princípios, o da reserva do possível e do mínimo existencial.

Destaque-se que em relação aos direitos de solidariedade, não é suficiente a consagração de uma *solidariedade vertical*, que significa a intervenção estatal para o auxílio de indivíduos menos favorecidos, mas busca-se fortemente a *solidariedade horizontal*, que consiste no reconhecimento de responsabilidade de socorro mútua entre os indivíduos, tendo o Estado o papel de fiador externo.

Partindo-se da ideia de que o dever de solidariedade é destinado a toda a sociedade, cabe mencionar alguns julgados do STF nos quais o pacto fraternal ficou devidamente reconhecido.

5.2 O pacto fraterno previdenciário e julgados do Supremo Tribunal Federal que foram embasados na concepção de uma sociedade solidária

O pacto fraterno previdenciário e julgados do Supremo Tribunal Federal que foram embasados na concepção de uma sociedade solidária

Primeiramente, cabe destaque para a ADI 3768/DF, julgada pelo STF e que decidiu pela constitucionalidade do art. 39 da Lei nº10.741/03. O referido dispositivo preconiza que aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos , tendo sido entendido que se trata de condição mínima de

¹⁰⁶ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídica, São Paulo: Cidade Nova, 2013. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (org). *Princípio humanistas constitucionais: reflexões sobre o humanismo no século XXI*. São Paulo, Letras Jurídicas, 2010, p. 83-110.

mobilidade e que deve ser assumido por toda a sociedade, sem se circunscrever à reserva do possível.

Outro julgado importante para os fins que se destinam a presente tese é a ADI 2649/DF, na qual ficou reconhecida a constitucionalidade da Lei nº8.899/94, de forma que se manteve a garantia do passe livre para pessoas portadoras de deficiência, sob o fundamento de que é papel do Estado garantir a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais.

Neste julgado supramencionado, há um argumento importante para a discussão que se desenvolve na presente tese, qual seja a da necessidade de indicação da fonte de custeio para a concessão do passe livre, alegação que foi negada pelo STF e que será oportunamente detalhada quando abordarmos o aspecto financeiro e orçamentário relativo às ações prestacionais visando a efetivação dos direitos sociais.

Cabe destaque também para o julgamento da ADPF 186/DF, que instituiu sistema de reserva de cotas com base em critério étnico-racial, no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Adotou-se o fundamento de *discriminação positiva* para incluir as minorias e determinados segmentos sociais. Gilmar Mendes¹⁰⁷, em seu voto, assim preconizou:

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

O Ministro do STF argumenta no sentido de que a fraternidade impõe que sejam aceitas as diferenças e particularidades dos indivíduos, de forma que a concepção de igualdade assuma a feição de *condição de respeito à diferença*, reconhecendo-se a pluralidade constitutiva da sociedade.

Mencionados alguns julgados do STF que foram fundamentados na noção de solidariedade e fraternidade, cabe análise pormenorizada desses postuladas dentro do contexto legal, doutrinário e jurisprudencial da Seguridade Social, na forma do pacto fraterno previdenciário, demonstrando a extensão da fraternidade nas prestações previdenciárias e assistenciais, o que será realizado na seção 8 desta pesquisa.

¹⁰⁷ BRASIL. Voto de Gilmar Mendes, p 178, ADPF 186/DF, Supremo Tribunal Federal, publicado em 20/10/2014, Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>, acesso em 14/10/2022.

6 FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE NO CONTEXTO DA SEGURIDADE SOCIAL

6.1 Os princípios gerais do direito previdenciário e sua dimensão fraterna

O preâmbulo de nossa Carta Magna estabelece que a sociedade brasileira deve se desenvolver de forma fraterna. A base por trás da noção de solidariedade e fraternidade consiste na ideia de que, por mais precavido que possa ser um indivíduo, este sempre estará sujeito à possibilidade de sofrer diversos infortúnios durante sua vida profissional. Sendo assim, seria irresponsável deixar apenas a cargo do trabalhador o dever de se precaver diante do imponderável.

Além da previsão expressa no preâmbulo da CR/88, a solidariedade é um princípio geral do direito previdenciário, inserido em uma perspectiva de fraternidade, que orienta a atividade da Previdência Social em toda sua extensão. Assim disciplinam *Castro e Lazzari*¹⁰⁸:

Assim, como a noção de bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário. Uma vez que a coletividade se recuse a tomar como sua tal responsabilidade, cessa qualquer possibilidade de manutenção de um sistema universal de proteção social.

A ideia de solidariedade e fraternidade associadas à Seguridade Social representa um conceito de pacto intergeracional, na medida em que todos os agentes sociais que desenvolvem atividades remuneradas têm responsabilidade pela manutenção da existência do sistema que ampara a todos e é de inscrição e contribuição obrigatórias.

Nesse sentido se manifestaram *Castro e Lazzari*¹⁰⁹

Na relação de custeio da Seguridade Social, aplica-se o princípio de que todos que compõem a sociedade devem colaborar para a cobertura dos riscos provenientes da perda ou redução da capacidade de trabalho ou dos meios de subsistência. Por ser uma relação jurídica estatutária, é compulsória àqueles que a lei impõe, não sendo facultado ao contribuinte optar por não cumprir a obrigação de prestar sua contribuição social.

Outro princípio geral do direito previdenciário que guarda intensa relação com o postulado da fraternidade ou solidariedade é o da vedação do retrocesso social, que é

¹⁰⁸ LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; *Manual de Direito Previdenciário*. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 73.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 203.

conceituado por *Tavares*¹¹⁰ da seguinte maneira: “consiste na impossibilidade de redução das implementações de direitos fundamentais já realizadas”. Trata-se de princípio não expresso de forma taxativa, mas que encontra previsão no §2º do art. 5º da CR/88.

Outro princípio geral que merece destaque é o da proteção ao hipossuficiente, que traz consigo uma ideia de proteção ao menos favorecido. Apesar de não ser unânime na doutrina, tem ganhado destaque nas decisões em matéria previdenciária, ante a condição de hipossuficiência apresentada pelos destinatários da Seguridade Social perante o Estado. Cabe mencionar que esse princípio não defende a defesa cega ou não fundamentada apenas pela condição de beneficiário, mas uma interpretação que melhor atenda a função social da Seguridade Social, protegendo os indivíduos que dependem dela para sobreviverem.

Situações como velhice, doenças, acidentes de trabalho, morte, reclusão, maternidade são certas dentro da caminhada profissional dos mais diversos indivíduos. Nesse contexto, diante da evolução dos direitos sociais, criou-se um conceito de que todos os agentes sociais, incluindo o próprio Estado, deveriam trabalhar em conjunto, visando a garantia da dignidade humana e do mínimo existencial a todos.

Nessa perspectiva, se o objetivo da Previdência Social é a garantia da dignidade humana, impossível atingir essa finalidade sem a consagração do princípio da Solidariedade e Fraternidade. A doutrina entende os referidos postulados como princípios fundamentais do Direito Previdenciário¹¹¹, que se caracteriza pela responsabilidade solidária dos indivíduos em prol daqueles que, considerando as incertezas da vida, precisarão das prestações próprias da legislação previdenciária.

Conforme a proteção social foi evoluindo no Brasil, verificamos um movimento de várias reformulações sobre a responsabilidade pelas contingências que potencialmente afetam os cidadãos. Considerando a responsabilidade subjetiva do tomador de serviços até a responsabilidade da sociedade limitada, por meio da utilização da teoria do risco social, assim lecionam Castro e Lazzari:

Segundo essa teoria, hoje predominante, é da sociedade a responsabilidade, materializada mediante políticas públicas, pela manutenção daqueles indivíduos que, em função de terem exercido seu labor, tenham se inabilitado para prover meios de subsistência. Ou seja, não se cogita, em regra, da responsabilidade do tomador de serviços do obreiro pela renda necessária à provisão das necessidades do indivíduo

¹¹⁰ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 176.

¹¹¹ BOLLMANN, Vilian. *Hipótese de Incidência Previdenciária e Temas Conexos*. São Paulo, Ltr, 2005, p. 22.

incapacitado. Evidentemente, em caso de dolo ou culpa do empregador, existe uma responsabilidade *concorrente*, que é de natureza civil, de reparar os danos causados.¹¹²

De acordo com *Daniel Machado da Rocha*: “tal desiderato é viabilizado pela redistribuição dos riscos sociais horizontalmente (entre grupos profissionais distintos) e verticalmente (entre gerações) pelo equacionamento da economia coletiva”¹¹³.

Segundo tal teoria, é da sociedade a responsabilidade pela garantia de sustento em caso de incapacidade laborativa, uma vez que é dever da coletividade prestar solidariedade aos desafortunados. Tal responsabilidade apresenta caráter objetivo, sem se admitir a culpa do vitimado.

Cumprir mencionar o relatório sobre a Seguridade Social de 2009, da Conferência Interamericana de Seguridade Social, que estabelece que “os programas de benefícios tem como objetivo prevenir que pessoas caiam na pobreza através de prover padrões de vida adequados”¹¹⁴.

Dito isso, é importante ressaltar o papel protetivo que é da Seguridade Social. Não tão somente em relação aos benefícios previdenciários, que geralmente exigem contribuição ou contraprestação do beneficiário, mas também devemos destacar o papel da Assistência Social e da Saúde.

Em relação aos dois últimos, cabe mencionar que tais ramos da atuação estatal estão voltadas para o amparo para aqueles que não desenvolvem atividade laborativa, desempregados, inválidos que nunca trabalharam, idosos sem direito à aposentadoria e menores carentes. Para estes, a Assistência Social terá um papel protetivo primordial.

Por último e não menos importante existe o dever estatal de promover a saúde, caracterizando-se pela “concessão gratuita de serviços e medicamentos a qualquer pessoa que deles necessite, dispensando-se a contribuição por parte relevante dos beneficiários.”.

6.2 Sobre os princípios informadores da Seguridade Social e sua relação com a ideia de fraternidade e solidariedade

Eis o que estabelece a Constituição da República de 1988:

¹¹² LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; *Manual de Direito Previdenciário*. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 22.

¹¹³ ROCHA, Daniel Machado da. *Op.cit.*, p. 144.

¹¹⁴ LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; *Manual de Direito Previdenciário*. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 58.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

A partir da divisão constitucional realizada no art. 194, é importante percebermos que a fraternidade, enquanto princípio jurídico-político, está presente em todos os segmentos da Seguridade. Vale notar também que existe uma graduação, de forma que a ideia de solidariedade permeia mais a Assistência Social e a Saúde do que em relação à própria Previdência Social, ante seu caráter contributivo. Essencial pontuar que, mesmo diante de influências normativas e interpretativas diferentes para cada um dos segmentos da Seguridade Social perante a fraternidade, esta é presente em todas, conforme se verificará a seguir.

O parágrafo único do art. 194 estabelece os objetivos que a Seguridade Social deverá concretizar por meio de sua atuação estatal. Mediante a análise dos referidos objetivos, podemos verificar a ideia de solidariedade ao longo de todo o dispositivo constitucional.

Por se tratar de princípios, é importante registrar que estes são dotados de coercibilidade e servem de base para o ordenamento jurídico, uma vez que possuem caráter axiológico que inspira a elaboração das normas previdenciárias.

Em uma perspectiva constitucionalista, é essencial pontuarmos que o conflito entre princípios deve ser resolvido de forma equacionada, em atenção ao princípio da proporcionalidade, de acordo com o caso concreto, não bastando tão somente a supressão de um princípio em detrimento do outro.

De maneira geral, boa parte dos princípios informadores da Seguridade Social encontram-se no art. 194 da CR/88 e vale destacar que “sua interpretação e grau de aplicação variará dentro da seguridade social, a depender do campo de incidência, se no subsistema

contributivo (previdência) ou no subsistema não contributivo (assistência social e saúde pública).”¹¹⁵

A ideia de universalidade (art. 194, I, CR/88) traz para a Seguridade Social o objetivo de oferecer o máximo de cobertura protetiva possível para os beneficiários. Para a Previdência Social, exige-se uma prestação financeira, há o caráter de contributividade, enquanto para a Assistência Social e para a Saúde não funciona da mesma forma.

De tal contexto, verificamos que a universalidade de cobertura previdenciária é mitigada, ante a necessidade de contribuição, não atingindo toda população. Para os que não contribuem, há o espectro de proteção conferida pelos outros dois segmentos da Seguridade Social.

Dentro do conceito de universalidade vê-se bastante presente a ideia de solidariedade, na medida em que se percebe o esforço do legislador para oferecer a proteção previdenciária, assistencial ou de saúde a todos os indivíduos, incluindo, em alguns casos, estrangeiros residentes ou até mesmo os não residentes, a depender do caso concreto.

Para exemplificar, cabe mencionar o art. 13 da Lei nº 8.213/91, que faculta para as pessoas maiores de 14 anos que não trabalham a possibilidade de se filiar ao RGPS e também os §§ 12 e 13 do art. 201, que versam sobre o sistema especial de inclusão previdenciária dos trabalhadores de baixa renda, que estão na informalidade ou que desenvolvem trabalho doméstico por conta própria. A esses segurados será destinado benefício previdenciário no valor de um salário-mínimo (art. 21, §2º, II, b’) da Lei nº8.212/91.

Outro objetivo da Previdência Social, conforme denomina o constituinte, e que representa um princípio permeado pelos valores fraternais e solidários é o que consta no inciso II do art. 194, qual seja a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

O referido princípio postula que os segurados rurais e urbanos devem ser tratados de forma isonômica. Apesar da necessidade de tratamento isonômico, tal contexto não impede que existam diferenças de tratamento legal em relação aos segurados mencionados, desde que haja um fator de desproporcionalidade no caso concreto. Por exemplo, o art. 195, §8º da CR/88, que prevê uma forma específica de contribuição previdenciária, que toma por base a produção rural comercializada, ante as dificuldades e empecilhos que acometem os rurícolas que trabalham em regime de economia familiar.

¹¹⁵ AMADO, Frederico. *Curso de Direito Previdenciário*. 14ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2021, p. 26.

Mais uma vez vê-se um objetivo e princípio da Seguridade Social criado dentro de uma perspectiva fraternal ou solidária, mediante a determinação de tratamento igualitário entre os segurados urbanos e rurais.

Como terceiro princípio ou objetivo da Seguridade Social, temos o inciso III do art. 194, a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. A questão da seletividade está relacionada com a escolha feita pelo legislador dos benefícios e serviços que integram a Seguridade, além da definição de seus requisitos para concessão, conforme a disponibilidade do orçamento, considerando que tal princípio funciona como um limitador da universalidade, sempre em atendimento ao interesse público.

Em relação à finitude dos recursos públicos, insta salientar que no que tange às prestações da Saúde, exemplificativamente, a ideia é beneficiar o máximo de pessoas possíveis, gastando-se o mínimo possível para tal. Para ilustrar, caso haja determinado indivíduo que necessite de prótese para suprir a carência de um membro e que haja no mercado produtos que possuem preços de R\$ 1.000,00 (mil reais e produzido nacionalmente) e 10.000,00 (dez mil reais e produzido internacionalmente), o Estado deverá custear os nacionais, uma vez que representariam o acesso à saúde de forma mais plural e ampla.

Por outro lado, a distributividade que é mencionada no inciso III do art. 194 evidencia o dever constitucional da Seguridade Social na promoção de justiça social, representando um instrumento de desconcentração de riquezas, ante a ideia de que os mais necessitados são de fato os que mais precisam da proteção securitária e social.

Um exemplo que se insere dentro dessa conjuntura é o amparo assistencial devido aos idosos e deficientes físicos que demonstrarem estar em condição de miserabilidade, conforme preceitua o art. 20 da Lei nº 8.742/93, a Lei Orgânica da Assistência Social. É em relação à Assistência Social que o princípio da distributividade apresenta sua dimensão máxima, sendo evidente o caráter solidário e fraternal do inciso III do art. 194 da CR/88.

Prosseguindo na análise dos objetivos da Seguridade Social, tem-se o inciso IV do art. 194, qual seja a irredutibilidade do valor dos benefícios. Em função desse princípio, não é possível a redução do valor nominal dos benefícios da seguridade, sendo proibida ao retrocesso securitário.

Em relação aos benefícios previdenciários, existe ainda a previsão do art. 201, §4º da CR/88, a seguir: “§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.”

A presente norma constitucional é regulada pelo art. 41-A da Lei nº 8.213/91:

Art. 41-A. O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário-mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Vide Medida Provisória nº 316, de 2006). (Vide Lei nº 12.254, de 2010). (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006)

Assim preconizou *Amado*¹¹⁶: “essa norma principiológica atinge sua máxima efetividade na previdência social (em razão do seu caráter contributivo), vez que, além de não poder reduzir o valor nominal do benefício previdenciário, o Poder Público ainda é obrigado a conceder um reajuste anual para manter seu poder aquisitivo.”

Nesse ponto atinente à irredutibilidade do valor dos benefícios, cumpre salientar que existe uma diferença no tratamento legal em relação aos benefícios previdenciários e aos benefícios assistenciais. Em relação aos primeiros, é proibida a redução de seu valor nominal e é também previsto um reajuste com base no INPC, anualmente. Em relação aos benefícios assistenciais, tão somente seus valores nominais são protegidos pela norma constitucional, não existindo dever de reajuste. Tal diferença se dá em função do aspecto de contributividade próprio das prestações previdenciárias.

De toda forma, certo é que a irredutibilidade do valor dos benefícios está relacionada com a tentativa por parte do Poder Público no sentido de garantir aos beneficiários da Seguridade Social o mínimo existencial, apto a garantir que os indivíduos vivam com o mínimo de dignidade, ficando evidente o caráter solidário/fraterno de tal norma constitucional.

O inciso V do art. 194 diz respeito à equidade na forma de participação no custeio, apresentando caráter fraternal e isonômico, na medida em que devem contribuir de maneira mais substancial os beneficiários que dispuserem de mais recursos financeiros, em perspectiva que ressalta de forma relevante o princípio da capacidade contributiva.

O inciso VI do art. 194 refere-se à diversidade da base de financiamento, que parte da premissa de que o financiamento da Seguridade Social deverá apresentar múltiplas fontes, com a finalidade de se garantir a solvibilidade do sistema, mediante a participação da sociedade como um todo. O art. 195 da CR/88 prevê como fontes de custeio a) o empregador, a empresa e a entidade equiparada a ela na forma da lei; b) o trabalhador e os demais segurados da Previdência Social; c) receita de concursos de prognósticos; e d) o importador de bens e serviços do exterior ou de quem mais a lei a ele equiparar.

No que tange à Previdência Social, o tríplice custeio ocorre desde a Constituição de 1934, com o envolvimento do Estado, dos empregadores/empresas/equiparados e dos

¹¹⁶ AMADO, Frederico. *Curso de Direito Previdenciário*. 14ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2021, p. 28.

trabalhadores em geral, situação que revela mais uma vez o caráter solidário insculpido nos objetivos da Seguridade Social.

O inciso VII do art. 194 da CR/88 diz respeito à gestão quadripartite da Seguridade Social, de forma democrática e descentralizada, abrangendo os trabalhadores, empregadores, aposentados e o próprio Poder Público, evidenciando a intenção do Estado de gerir a Seguridade Social com o máximo de participação popular possível e com o aval de todos os envolvidos na referida atividade estatal.

7 SOBRE OS SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Os sujeitos hipervulneráveis são aqueles indivíduos atravessados por marcadores sociais da diferença, tais como o gênero, orientação sexual, condição social ou condição socioeconômica de pobreza ou de extrema pobreza.

De uma maneira geral, no aspecto previdenciário, de plano os segurados apresentam uma relação de hipossuficiência em relação ao INSS, uma vez que é a autarquia federal que detém o poder de conceder e fazer a manutenção dos benefícios previdenciários e assistenciais.

Conforme art. 201 da CR/88, no dispositivo constitucional é elencado um rol de contingências sociais que fazem parte do espectro de cobertura da Previdência Social. Isso significa dizer que, caso algum beneficiário do INSS encontre-se em alguma das situações de risco social mencionadas pela legislação, este, por já se encontrar em um contexto de vulnerabilidade, fará jus aos benefícios disciplinados pela lei.

Primeiramente, para tratar da ideia de hipervulnerável, é preciso abordar uma questão contextual importante, trazida por Brochado e Garcia:

Os processos culturais não são lineares, de modo que a mesma cultura que modifica e sofisticada o modus de vida da humanidade acaba por manter e promover uma série de construções alicerçadas em interpretações de ditas condições naturais impostas à condição humana, que de naturais não têm nada, perpetuando discursos que se tornam verdadeiros cânones nas sociedades, de difícil enfrentamento e dissolução de sua força persuasiva. E é nesse lugar que as questões e diferenciações de gênero estão alocadas, pois não há diante de toda a evolução social, científica e tecnológica qualquer elemento concreto e coerente que justifique tais interpretações. Na verdade, a diferença é a própria premissa da qual partem tais discursos, ou seja, a mulher é inferior e, portanto, submissa ao homem, por ser diferente do homem, por simplesmente não ter nascido com genitália masculina; vale dizer: o ponto de partida dessa diferença ainda reside grosseiramente numa concepção fálica de sociedade. Esta ação discursiva estabelece-se a partir de uma regra binária que tem início nas definições de sexo - masculino e feminino - e que molda todo o tecido social, que, ao final, continua sendo entendido e vivido tomando por base essa e outras definições binárias.¹¹⁷

Em sequência, devemos identificar a existência de classes com interesses opostos – a classe dos trabalhadores que deve vender sua força de trabalho e a classe dos capitalistas que estão dispostos a compra-la – é o que torna o capitalismo um sistema contraproducente.

¹¹⁷ BROCHADO, Mariah; GARCIA, Luiz Carlos. REFLEXÕES SOBRE AS VIOLÊNCIAS CONTRA A MULHER: DESDE A SUA CONDIÇÃO DE GÊNERO ATÉ A SUA CONDIÇÃO POLÍTICA. In: Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida; Daniela Miranda Duarte. (Org.). *DIVERSIDADE E DIREITOS HUMANOS: algumas perspectivas em movimento*. 1ed.: , 2022, v. 1, p. 15-374.

Segundo Saffioti, o modo de produção capitalista eleva ao máximo as convenções existentes em todas as formações econômicas e sociais anteriores¹¹⁸.

A divisão das pessoas em classes é o que mantém a unidade de produção do sistema capitalista, tendo em vista a forma como os sujeitos são capturados – seja como trabalhadoras ou como empreendedoras – determinará como elas serão percebidas nas interações sociais. Contudo, ele requer pessoas que parecem livres de obrigações para contratá-los porque os homens participam do mercado como donos livres de sua força de trabalho, o que dá a ilusão de que os desempenhos de cada um variam em proporção direta com suas capacidades individuais.¹¹⁹

Pelo menos duas perspectivas –real e fictícia – são usadas para descrever a realidade social no capitalismo. Uma classe (a classe capitalista) explora a existência de outra classe para viver na realidade, segundo a perspectiva real (trabalhadora). A segunda visão sobre o modo de produção capitalista resultaria de uma falsidade criada para alienar as pessoas dessa sociedade, levando-as a acreditar que tudo na vida deve girar em torno da aquisição de bens. O modo de produção capitalista deve alienar suas classes constituintes para convencê-las de que o processo de exploração capitalista do trabalho é natural e essencial, sendo essa condição de exploração vista como essencial para alcançar o objetivo ilusório de adquirir mercados.¹²⁰

A divisão das pessoas em classes é vista comoap uma unidade em que, no mercado, todos seriam iguais e teriam as mesmas oportunidades, pois "camufla as verdadeiras relações entre as classes sociais". As identidades das pessoas tornam-se homogêneas no mercado econômico, pois os trabalhadores são legalmente livres para vender sua força de trabalho e os empresários são legalmente livres para comprá-la.¹²¹

Nesse sentido, uma sociedade capitalista se desenvolve por meio de uma divisão entre as pessoas, em sua classificação como seres superiores e inferiores. Assim, a ideia de raça torna-se o primeiro critério de estrutura de poder na sociedade moderna e é justificada pelas supostas diferenças biológicas entre as pessoas, permitindo a classificação destas como indígenas, a partir das quais o capitalista sociedade estabelece pontos centrais que mantêm relações de poder e podem estar ligados à ideia de gênero e raça. Essa divisão das pessoas, seja por raça ou gênero, é sustentada pela ideia de que existem diferenças biológicas entre as pessoas, que são reais e

¹¹⁸ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. Petrópolis: Vozes, 1976.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

¹²¹ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. Petrópolis: Vozes, 1976.

não podem ser negadas. Além das diferenças biológicas, mas ainda assim a partir delas, emergem paradigmas sociais distintos que vão influenciar mais do que determinar o curso da vida das pessoas.¹²²

Em uma sociedade capitalista, a organização e gestão do trabalho são voltadas para a produção de mercadorias com o objetivo de obter mais valor e gerar lucro. Dado que as identidades sociais baseadas em conceitos raciais e de gênero estão conectadas a esse sistema de controle do trabalho, a divisão social do trabalho sustenta as divisões raciais e de gênero entre as pessoas.¹²³

Na sociedade patriarcal, o modelo padrão aceito como correto é aquele relacionado ao gênero masculino, de modo que a mensagem dominante é que a experiência humana é igual à experiência masculina. Com isso, o gênero masculino ocupa os espaços de poder, sendo mulheres, homossexuais, transgêneros e todas as demais pessoas que não se identificam como membros do gênero masculino sempre vistas como estando abaixo dessa imagem ideal de sexo. Essa premissa básica é a base para as atitudes e crenças que orientam todas as nossas instituições sociais.¹²⁴

Nesse sentido, capitalismo, racismo e patriarcado se entrelaçam, e os marcadores sociais da diferença, como raça e gênero são utilizados para justificar a exclusão de outros grupos demográficos e sua colocação na base da pirâmide social. Ao mesmo tempo, as classificações de gênero e raça destacam o papel das relações de classe como causa primária das contradições internas desse sistema, dado que certas invenções foram necessárias para que a classificação hierárquica com base no gênero funcionasse.¹²⁵

Essa divisão das pessoas coloca a branquitude e a masculinidade relacionada ao trabalho remunerado, mas as mulheres, os negros e os indígenas passam a ser associados gradativamente ao trabalho livre, ao trabalho de catadores e à servidão por meio de um discurso de naturalidade. O estabelecimento dessa hierarquia entre as pessoas poderia ser denominado como *colonialidade do controle do trabalho*.¹²⁶ Dessa forma essas categorias também possuem consequências vistas no direito previdenciário.

¹²² QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgard (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 117-142. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

Nesse sentido, pode-se falar em hipervulnerabilidade previdenciária, que, quando detectada, significa que o beneficiário da Seguridade Social apresenta um quadro nos quais os marcadores sociais de diferenças se revelam com maior intensidade. Em relação à essa categoria, é imprescindível que o direito previdenciário ofereça tratamento de forma ainda mais específica, dentro de uma ideia de efetivo acesso à justiça, consagração dos direitos sociais e de justiça como equidade.

Para que se defina o papel da Seguridade Social em relação aos vulneráveis e hipervulneráveis, é essencial que sejam estabelecidos os parâmetros morais, principiológicos e filosóficos que permeiam a relação que existe entre os beneficiários e os entes públicos, de forma a buscar um contexto de maior justiça possível.

Nesse esteio, a Seguridade Social desempenha papel relevantíssimo, eis que possui o condão de ser uma entidade capaz de redistribuir renda, de garantir a subsistência dos indivíduos, de incentivar o consumo de seus beneficiários, de proporcionar o bem-estar social, tudo isso dentro da ideia de um pacto fraterno previdenciário.

Dentro da perspectiva do Direito Previdenciário, a proteção aos sujeitos hipervulneráveis toma contornos ainda mais relevantes, uma vez que, reconhecida a condição de desigualdade intensa própria desses sujeitos, é essencial que a Seguridade Social possua instrumentos e que se acoste em bases legais consolidadas visando a consagração dos direitos sociais relacionados ao bem estar individual e ao livre exercício dos direitos individuais.

Assim disciplinam *Castro e Lazzari*¹²⁷ "os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, partindo-se da concepção que o Estado não deve se manter inerte diante dos problemas decorrentes das desigualdades causadas pela conjuntura econômica e social."

Sendo o INSS uma autarquia federal que integra o Estado, pode-se dizer que apresenta papel essencial na busca da proteção dos sujeitos hipervulneráveis, de forma proporcionar aos beneficiários dignidade, em uma perspectiva de solidariedade e cooperação, servindo como fundamento para todo o direito previdenciário, ao aplicar contribuições de todos os segmentos sociais, devendo direcioná-las a todos que contribuem, em uma perspectiva de contributividade, mas especialmente aos hipervulneráveis.

Uma perspectiva do direito previdenciário alinhada ao princípio da fraternidade, ao se preocupar com a construção de uma ordem de bem-estar, em um contexto de busca por uma sociedade justa, mediante proteção aos menos favorecidos, guarda íntima relação com os objetivos da Seguridade Social e com a finalidade do direito previdenciário, que é harmonizar

¹²⁷ LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

as relações jurídicas dos destinatários das prestações previdenciárias e assistenciais, de forma a consagrar os direitos sociais e reconhecendo-se o caráter alimentar dos benefícios, aptos a gerar desenvolvimento pessoal, econômico, além de proporcionar a emancipação do indivíduo e garantir o bem estar social.

A premissa adotada pelo filósofo, de que os menos favorecidos devem ser beneficiados, se necessário até em detrimento dos ricos, dialoga com a ideia de pacto fraterno previdenciário, em contexto de ampla solidariedade e de justiça como equidade, de forma a reduzir as desigualdades sociais.

Importante ressaltar que a proteção social garantida pela Seguridade Social deve se estender a todos, mas é importante reconhecer que, diante de um quadro de hipervulnerabilidade de alguns beneficiários, essa última categoria deve ser ainda mais protegida e amparada, por necessitar mais do que as outras.

Uma vez que a Previdência Social e a Assistência Social são financiadas por toda a sociedade, mediante recursos de ordem pública e privada, criou-se a obrigação de cunho moral no sentido do dever de cuidado, o qual não é respeitado e incentivado no sistema de produção normativo brasileiro na atualidade, conforme se verá no capítulo 8.¹²⁸

Ao analisar o tema da hipervulnerabilidade, contudo, a partir do espectro da divisão sexual do trabalho e dos possíveis impactos previdenciários para as mulheres, pode-se verificar, por exemplo, que inexistente qualquer previsão para proteção social da mulher que exerce uma jornada no lar, pois esse trabalho também impõe limitações ao trabalho remunerado, que são derivadas das responsabilidades assumidas durante o casamento, as limitações impostas pelo fato de os filhos continuarem sendo cuidados primariamente pela mãe após o término do casamento. Como resultado, conclui-se que a exploração da carreira feminina será restringida pelo casamento e por acordos de namoro não tradicionais, mas também se estenderá a outras áreas devido às contínuas obrigações familiares para com as mulheres. Nesse sentido, é possível afirmar que as restrições vivenciadas por divorciados e mães solteiras com filhos exibem o caráter institucionalizado e sistêmico da opressão: carregam consigo todo o ônus da ruptura no contexto das normas de dependência vigentes.¹²⁹

Brochado e Garcia¹³⁰ apontam lições valiosas sobre o tema:

¹²⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2017, p 1632

¹²⁹ BIROLI, Flávia. *Gênero e Desigualdades: os limites da democracia no Brasil*. São Paulo, Editora Boitempo, 2018.

¹³⁰ BROCHADO, Maria; GARCIA, Luiz Carlos. REFLEXÕES SOBRE AS VIOLÊNCIAS CONTRA A MULHER: DESDE A SUA CONDIÇÃO DE GÊNERO ATÉ A SUA CONDIÇÃO POLÍTICA. In: Wânia

A condição de gênero é uma das pautas mais relevantes na agenda da proteção dos direitos humanos desse início de século, sendo também uma das mais expressivas reivindicações do direito à diversidade, opondo-se à naturalização da sexualidade e reafirmando os direitos culturais, a importância das construções socioculturais na formação da estrutura biopsíquica dos indivíduos e na conformação de suas escolhas de generidade e afetividade (independentes das amarras do causalismo natural) (BUTLER, 2003: 63). A violência contra a mulher é um dado histórico e socialmente aceito em todo o mundo. Ela começa com a própria conformação da mulher enquanto tal: “as mulheres não podem senão tornar-se o que elas são” (BOURDIEU, 2014: 41), pois, desde o nascimento a pessoa portadora de uma genitália classificada como feminina será condicionada a regramentos que têm como razão a superioridade masculina e o exercício de poder sobre os corpos e vidas femininos. É relegada a elas a posição de silêncio, de obediência, de cuidado, tanto na família quanto em toda a sociedade. Tendo a violência simbólica como instrumento empregado para garantir que tais imposições sejam bem-sucedidas, toda a sistemática social é desenvolvida de modo a dimensionar a mulher enquanto oposto piorado do homem. E de um tal modo, que a subjetivação - processo de formação da psique feminina - ocorrerá sempre ancorada e baseada em uma forma de produção de valores masculinos (ZANELLO; PEDROSA, 2016: 6); quer dizer: a mulher se enxergará enquanto incapaz, inferior e, por muitas vezes merecedora da violência sofrida, pois sua formação individual se dá pela visão e valores de seu dominador. Mesmo ante a características que são amplamente atribuídas às 81 mulheres como qualidades ou predicativos natos, como o fato de a mulher ser mais atenta, detalhista ou mesmo a chamada intuição feminina, toda esta construção nada mais é que consequência da rotina violenta que as mulheres sofrem há muito contra suas capacidades, competências, autonomia decisional. A tal perspicácia atribuída à mulher, talento para a leitura de sinais não verbais ou mesmo de emoções das características da personalidade dos homens, de modo a evitar situações etc., nada mais é que o resultado adaptativo das mulheres enquanto forma de sobrevivência e preservação física, aceitação de um padrão sem o qual estaria ainda mais vulnerável à violência, sempre possível e presente (THOMPSON apud BOURDIEU, 2016: 42)

Apesar da inserção das mulheres em ambientes produtivos, o distanciamento entre os sexos ainda se faz presente devido ao trabalho não remunerado, protetor e tutelar que influencia a forma como o trabalho assalariado é organizado no capitalismo, o que leva, por exemplo, às situações de não contribuição para o sistema previdenciário e ausência de cobertura. Mesmo quando as mulheres participam do chamado ambiente produtivo, a desigualdade de gênero ainda afeta seu tempo e renda devido ao trabalho doméstico.¹³¹

No âmbito doméstico, quanto mais pobre a família, maior a exploração a que a mulher é submetida, aspecto no qual se verifica o entrelaçamento entre duas categorias: gênero e pobreza. Note-se que todo o trabalho doméstico é realizado apenas por mulheres *de casa*, sem qualquer assistência. Nesse sentido, a opressão de gênero combina cenários públicos e privados e assume as características do sistema de produção capitalista, que está mudando a forma como o patriarcado se organiza. A mulher passa a ser restrita e destinada ao espaço privado do lar e ao trabalho doméstico com a introdução do capitalismo e da industrialização, evidenciando a

Guimarães Rabêllo de Almeida; Daniela Miranda Duarte. (Org.). *DIVERSIDADE E DIREITOS HUMANOS: algumas perspectivas em movimento*. 1ed.: , 2022, v. 1, p. 15-374.

¹³¹ BIROLI, Flávia. *Gênero e Desigualdades: os limites da democracia no Brasil*. São Paulo, Editora Boitempo, 2018.

divisão sexual do trabalho e posicionando o ambiente doméstico como grande opressor das mulheres.¹³²

Nesse sentido, é possível entender que existe nessa posição da mulher enquanto sujeito hipervulnerável e da ausência de proteções previdenciárias para ela, uma redução ao que Brochado e Garcia¹³³ denominam de redução à condicionante de fêmea, devido à

compreensão de que, não só a condição física, mas a condição intelectual e psíquica da pessoa da mulher, a torna inferior ao homem em virtude da sua condição feminina. As tentativas de depreciação e submissão da mulher no exercício de funções profissionais de modo geral e no exercício de funções políticas em particular é, na verdade, um atentado contra a sua integridade intelectual, reduzindo-a às condicionantes de fêmea e desprezando seu valor intrínseco de pessoa feminina.

Ainda nesse sentido, os autores Brochado e Garcia¹³⁴ ensinam que:

Reconhece-se no âmbito internacional que a pessoa tem a prerrogativa de se entender e se reconhecer dentro de um processo sócio-pessoal, ela não pode estar determinada desde o nascimento por uma série de fatores e condicionamentos (OLIVEIRA, 2003). Certo é, no entanto, que toda e qualquer pessoa pode simplesmente perceber que aquilo que lhe foi apontado como forma de ser/estar no mundo e viver em sociedade não corresponde em absoluto ao que ela mesma compreende de si. Alguns irão defender que o fator sexo é intransponível por tratar-se de um caractere físico, argumento que também não prospera precisamente pelo fato de que mesmo quando o objeto de análise é o sexo, são muitas as possibilidades de classificação e entendimento quanto a sua conformação. Analisado na perspectiva da clínica médica, o sexo é um conjunto de processos biológicos que irão definir, em um processo gestacional, a pessoa que nascerá, se macho ou fêmea (STOCKLER; PANISSET, 2012). Considere-se que mesmo as definições “macho e fêmea”, que se pretendem “puras” possuem em si a ação discursiva (BUTLER, 2017), de modo que uma tentativa de categorização biológica pura ou natural parece fadada ao fracasso de pronto. A conceituação da Psicanálise traz que o sexo seria o resultado do equilíbrio plurifatorial e dinâmico de fatores físicos, psicológicos e sociais (OLIVEIRA, 2009). Aqui se observa uma abordagem do termo sexo ampliada em relação a percepção de macho ou fêmea baseada no atributo genital.

O sistema de opressão e privilégio, que é uma característica tanto do capitalismo quanto do patriarcado, respeita as pessoas e é colocado em prática. Marx afirma que, mesmo que sejam pessoas e possam ser expostas às simpatias dos trabalhadores que exploram, os capitalistas ainda assim têm que se submeter às regras do sistema, pois dele dependem para manter sua posição de detentores de privilégios. Da mesma forma, os indivíduos realizam opressões em um patriarcado, mas o Estado, como representante da coletividade do capital, se une ao patriarca

¹³² BIROLI, Flávia. *Gênero e Desigualdades: os limites da democracia no Brasil*. São Paulo, Editora Boitempo, 2018.

¹³³ BROCHADO, Maria; GARCIA, Luiz Carlos. REFLEXÕES SOBRE AS VIOLÊNCIAS CONTRA A MULHER: DESDE A SUA CONDIÇÃO DE GÊNERO ATÉ A SUA CONDIÇÃO POLÍTICA. In: Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida; Daniela Miranda Duarte. (Org.). *DIVERSIDADE E DIREITOS HUMANOS: algumas perspectivas em movimento*. 1ed.: , 2022, v. 1, p. 15-374.

¹³⁴ *Ibidem*.

como uma unidade e dividem os participantes e designam um ao outro, fortalecendo a exploração individual e reduzindo a identificação coletiva.¹³⁵

E como a divisão é um tema, tanto a obrigatoriedade do trabalho não remunerado quanto o acesso ao trabalho remunerado levam em consideração a classe e a raça das pessoas, além do gênero, dividindo e agrupando as pessoas em diferentes grupos; aspectos que conduzem à proteção previdenciária de um indivíduo, por exemplo. As mulheres pardas e de classe média realizam menos trabalhos domésticos porque podem delegá-los a mulheres de pele mais retinta, além de terem maior acesso à educação e melhores empregos. Enquanto isso, as mulheres pobres e negras dedicam mais tempo ao trabalho doméstico e se voltam para trabalhos de maior risco.¹³⁶

A divisão sexual do trabalho produz o gênero em consonância com classe, raça e outros fatores. As barreiras materiais e ideológicas que as mulheres enfrentam diferem dependendo de sua aparência, classe social e orientação sexual. Os opressores são formados como resultado dessas barreiras.¹³⁷ Portanto, a questão não são as diferenças, mas sim os privilégios que estão ligados às diferenças, na medida em que a generalização das posições de privilégio de algumas mulheres esconde as opressões de outras mulheres.

Nesse sentido, os benefícios próprios da Seguridade Social refletem o princípio da diferença, na medida em que recolhem-se contribuições previdenciárias de todo o corpo social, que por sua vez são revertidas aos sujeitos em situação de vulnerabilidade ou de hipervulnerabilidade, de forma transitória ou permanente, evidenciando um caráter fraternal e de cooperação.

De forma a auxiliar na escolha de quais sujeitos vulneráveis ou hipervulneráveis serão amparados pelo sistema de Seguridade Social, tem-se o princípio da seletividade e distributividade, que em apertada síntese, seleciona para poder distribuir, com base na condição socioeconômica dos beneficiários, além do necessário enquadramento destes às hipóteses legais.

Nessa perspectiva, é importante mencionar que a distributividade impõe ao sistema de proteção um caráter de realizador de justiça social, relativo ao princípio da isonomia, representando um instrumento de desconcentração de riqueza, prestigiando-se os vulneráveis, especialmente os hipervulneráveis.

¹³⁵ BIROLI, Flávia. *Gênero e Desigualdades: os limites da democracia no Brasil*. São Paulo, Editora Boitempo, 2018.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

Apesar de não ser unânime, outro princípio que guarda relação direta com a ideia de proteção dos hipervulneráveis é o da proteção ao hipossuficiente, ou *in dubio pro securado*. Em relação a tal princípio assim disciplinam Machado e Mapa¹³⁸:

Fato é que, na relação jurídica existente entre o indivíduo trabalhador e o Estado, em que este fornece àquele as prestações de caráter social, não há razão para gerar proteção ao sujeito passivo – como certas vezes, acontece em matéria de discussões jurídicas sobre o direito dos beneficiários do sistema a determinado reajuste ou revisão de renda mensal, por dubiedade de interpretação da norma.

Ainda cabe a menção a outros princípios que orientam a atuação da Seguridade Social, levando-se em conta os sujeitos hipervulneráveis, que dependem mais das prestações sociais objeto do direito previdenciário. Vale destaque para a determinação de alíquotas progressivas para os trabalhadores e segurados da Previdência Social (art. 195, II, CR/88), em conformidade com o salário de contribuição de cada um, em atendimento aos princípios da capacidade contributiva e da progressividade.

Cumprido destacar as lições de *Mapa e Machado*¹³⁹:

Denota-se, portanto, que a Previdência Social (especialmente amparada nos princípios da responsabilidade, da seletividade e distributividade na prestação dos serviços e benefícios, da capacidade contributiva e da progressividade) e a Assistência Social (imbuída da proteção ao hipossuficiente) têm maior empenho em amparar os pobres, ainda que em detrimento dos ricos, o que se mostra justificável e necessário, provendo ajustes na estrutura social, a fim de transformar o Brasil em uma sociedade que garanta igualdade de oportunidades, dando, assim, função social às desigualdades.

Nesse sentido, o capítulo 8 que se segue, se analisará alguns casos específicos em que se cuidará da análise de alguns casos paradigmáticos que apresentam desdobramentos relevantes para o direito previdenciário, em uma perspectiva fraternal e de efetivação dos direitos sociais e fundamentais. Os *cases* mencionados serão destrinchados do ponto de vista legal, doutrinário e jurisprudencial, visando trazer às referidas situações legais a compreensão mais ampla possível.

¹³⁸ MAPA, Amanda Michelle Faria Araújo; MACHADO, Gisele Fernandes; *A Seguridade Social e a proteção dos Vulneráveis*. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2022, p. 21

¹³⁹ *Ibidem*, pg 23

8 DO TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA EM RELAÇÃO AOS SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS

8.1 Sobre o Tema 692 DO STJ – Necessidade de devolução dos valores recebidos por litigante beneficiário do Regime Geral de Previdência Social – RGPS em virtude de decisão precária, que venha a ser posteriormente revogada

O primeiro caso que será analisado é o julgamento do Tema 692 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que firmou a seguinte tese:

A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.

Segundo o grande doutrinador previdenciarista José Antônio Savaris¹⁴⁰, o STJ:

optou por prestigiar o Erário, isto é, a reposição dos valores ao Erário, orientando-se pelas consequências econômicas. Diante de tal escolha, buscou socorro em um restritivo conceito de boa-fé, retirou das tutelas de urgência sua significação de solução provável da causa e, equivocadamente, igualou os direitos previdenciários, ligados ao mínimo existencial, aos demais bens da vida que se discutem judicialmente.

O debate relativo ao Tema 692 do STJ remete à redação original do § único do art. 130 da Lei nº 8.213/91, que dispunha da seguinte forma: “Ocorrendo reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos”. Em 1997, com o advento da Lei nº 9.528, houve alteração total da redação anterior, passando a ser observada a regra geral do Código de Processo Civil (CPC), ante a ausência de norma especial em sentido contrário.

Em 2014 o STJ firmou o seguinte entendimento no Tema Repetitivo 692 (Recurso Especial (REsp). nº 1.401.560/MT): “A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.” Segundo o entendimento do STJ, o art. 115, II, da Lei nº 8.213/91, até aquele momento, não possuía uma redação clara, em comparação com “a legislação processual, uma vez que não se referia expressamente à devolução de valores recebidos a título de antecipação dos efeitos da tutela posteriormente revogada.”

¹⁴⁰ SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 6. ed. Curitiba: Alteridade, 2016. p. 404.

Mesmo após o julgamento do STJ relativo ao tema em 2014, é importante mencionar que a atuação do Tribunal não foi suficiente e definitiva para uniformizar o entendimento jurisprudencial sobre o tema, uma vez que diversos outros magistrados espalhados pelo território nacional mantiveram o entendimento no sentido da irrepetibilidade dos valores recebidos a título de benefício previdenciário, especialmente em função de julgados do STF que compartilhavam dessa compreensão.

Em 2018, o relator do processo no STJ propôs questão de ordem, ante as diversas dúvidas “que surgiram quanto à persistência da orientação firmada pela tese repetitiva, bem como a existência de alguns precedentes em sentido contrário no STF”. Cabe mencionar que os processos em sentido contrário, no âmbito do STF, não tinham sido julgados em sede repercussão geral ou em controle concentrado de constitucionalidade.

Tanto o STF quanto o STJ, relativamente ao tema, entenderam que o que se discutia era a interpretação de lei federal e de normas processuais do CPC, o que atrairia a competência constitucional própria do STJ para o julgamento e pronunciamento final sobre a lide, conforme art. 105 da Constituição da República de 1988.

Dentro desse contexto, houve a promulgação da Medida Provisória (MP) nº 871/19, tendo sido convertida na Lei nº 13.846/19, alterando a legislação, em especial o inciso II do art. 115 da Lei nº 8.213/91, de forma que “na hipótese de cessação do benefício previdenciário ou assistencial pela revogação da decisão judicial que determinou a sua implantação, os valores recebidos deveriam ser devolvidos à parte adversa, praticamente ignorando o caráter alimentar do benefício.”

Antes da promulgação da MP nº 871/19, é correto dizer que não era clara na legislação a necessidade de devolução de valores previdenciários ou assistenciais recebidos em função de decisão judicial posteriormente revogada.

Do ponto de vista jurisprudencial, o que se verificava antes o advento da MP nº 871/19, era o STJ apresentando entendimento no sentido da irrepetibilidade dos valores recebidos em boa-fé em virtude de decisão judicial ou na via administrativa.¹⁴¹ Em 2013 houve uma grande guinada jurisprudencial no STJ, por meio de sua Primeira Seção, conforme se verifica pelo julgamento do REsp 13844118/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j.

¹⁴¹ “Nos termos da jurisprudência dessa Corte, as importâncias relativas a benefício previdenciário, recebidas em decorrência de decisão judicial posteriormente rescindida, não são passíveis de restituição, haja vista a boa-fé do segurado no seu recebimento. 4. Ação rescisória julgada procedente em parte” (STJ, AR 4.287/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, j. 12/06/2013, DJE 25/06/2013).

12/06/2013, DJE 30/08/2013, a partir do qual o STJ começou a rever diametralmente o entendimento que havia sido aplicado ao até aquele momento.

Verifica-se que diante da discussão do tema perante o Poder Judiciário, o legislador se adiantou e editou uma norma cujo objetivo foi encerrar a dúvida sobre a questão para prejudicar os beneficiários que se encontravam naquela situação e prestigiar os cofres públicos.

Nesse contexto, a questão de ordem foi julgada em 2022 de forma a reafirmar o entendimento do STJ e fazer um acréscimo redacional, nos seguintes termos:

A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.

Tanto a MP 871/19 quanto a Lei nº 13.846/19 representaram atos normativos que foram em sentido contrário à ideia da irrepitibilidade dos benefícios previdenciários e assistenciais, entendimento esse que inclusive foi adotado pelo STF e por outros órgãos do Poder Judiciário em diversas ações, muito embora não tenha se reconhecido a Repercussão Geral nos casos que foram objeto de análise pelo Supremo, conforme se verifica pela análise do Tema 799 da Repercussão Geral (ARE 722.421/MG) e pelo Tema 425 da Repercussão Geral.

O STF já havia se manifestado no sentido contrário ao adotado pelo STJ, como se verifica pela leitura da ementa colacionada¹⁴²:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. DEVOLUÇÃO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar. Precedentes.
2. Decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei nº 8.213/91. Precedentes.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Ainda, no sentido que defendia o STF, antes do julgamento do Tema 692 (RE 1.401.560/MT), vigorava a Súmula nº 51 da Turma Nacional de Uniformização que preconizava: “os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária” seriam “irrepetíveis em razão da natureza alimentar e na boa-fé no seu recebimento”.

¹⁴² STF, ARE 734.242 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 04.08.2015.

Tratando-se de julgado da TNU, foi nítido, à época, seu intuito de uniformizar o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência. Foi conveniente e correto do ponto de vista jurídico estabelecer uma proteção jurisprudencial aos indivíduos que passaram a receber benefício previdenciário ou assistencial garantidor de sua subsistência e ainda prestigiar as decisões dos Juízes de primeiro grau.¹⁴³

A contradição no entendimento do STJ é tamanha que é possível colacionar julgado do próprio Tribunal em sentido contrário ao que foi proferido em sede do Recurso Repetitivo que gerou o Tema 692, tendo ficado registrado: “que não é cabível a devolução de valores percebidos por servidor público de boa-fé devido a erro da Administração, principalmente em virtude do caráter alimentar da verba recebida.”¹⁴⁴

Tratando-se de direito indisponível, qual seja, o da percepção do benefício previdenciário, que não é alvo de prescrição do fundo do direito (de forma que pode apenas ocorrer o lustro prescricional progressivo de algumas parcelas mensais), verifica-se que este é inalienável, impenhorável e irrenunciável, salvo na hipótese de haver a possibilidade jurídica do pagamento de algum benefício ainda mais vantajoso, sendo nítida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários e assistenciais.

Do ponto de vista do direito material, a problemática reside na não consideração das particularidades do direito previdenciário, notadamente a condição de vulnerabilidade do segurado perante o INSS, a irrepetibilidade dos benefícios previdenciários e assistenciais, que geralmente substituem o salário, que apresentam clara natureza alimentar, além da decisão de não modular os efeitos da decisão que fixou o Tema 692.

A natureza alimentar dos benefícios previdenciários é inegável e foi definida pela Constituição, em seu art. 100, §1º:

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Em relação ao direito a alimentos, importante destacar lição do processualista José Ignácio Botelho de Mesquita, que buscou no direito português antigo a origem da discussão: “Ali, a ação de alimentos era conferida a quem provasse sua miserabilidade, sendo então inútil

¹⁴³ FERNANDES, Simone dos Santos Lemos. Súmula 51. In: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino (Coord.). Comentários às Súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 264-266.

¹⁴⁴ AgRg no REsp 1.448.462/CE. 2014/0086923-5, Rel. Min. Humberto Martins, j. 03.06.2014.

a pretensão à sua restituição; todavia, caso posteriormente auferisse fortuna ou estivesse em condições de restituir, deveria fazê-lo”¹⁴⁵

Moura Bittencourt define da seguinte maneira: "É evidente que não se pode levar a reparação, no caso dos alimentos provisionais, ao ponto de as pessoas pobres e sem recurso terem medo de enfrentar a ação, ou melhor, de requerer alimentos provisionais, com receio da volta para trás que esta situação poderia sofrer.”¹⁴⁶

De uma perspectiva que visa o pleno acesso à justiça, é fundamental que os indivíduos dispostos a buscar perante o Poder Judiciário o reconhecimento de seu direito às verbas alimentares não sejam desestimulados pela eventualidade de um resultado negativo. Destarte, a celeridade processual é importantíssima, assim como provimentos judiciais provisórios que sejam aptos a conduzir adequadamente a urgência que esse tipo de demanda exige, por tratar-se de verba destinada a garantir a subsistência dos envolvidos.

Assim destaca *Rolf Madaleno*:

Mesmo quando arbitrados os alimentos em sede de liminar, a irrepetibilidade será mantida até a eventual modificação judicial do montante alimentar provisório na segunda instância, não sendo devolvidos os valores vencidos durante a tramitação da ação alimentar, sofrendo alteração na sua quantificação apenas para o futuro, a partir da decisão de redução da pensão, sendo devidas as diferenças não liquidadas.¹⁴⁷

Em relação à hipótese de devolução dos alimentos pagos de forma indevida, importante colacionar os ensinamentos de Leonardo Beraldo, ao firmar ser pacífico na doutrina que o valor pago a maior título de alimentos não poderia ser repetido, exceto em caso de comprovada a má-fé do alimentando – mesmo nesse caso, porém, é muito controvertida tal possibilidade.¹⁴⁸

É claro que, se comprovada a má-fé ou fraude por parte do alimentado, estar-se-ia diante de uma situação de enriquecimento ilícito, vedada pelo ordenamento jurídico, conforme preceitua o art. 884 do Código Civil/02.

Há parte da doutrina que defende a repetibilidade das verbas alimentares, admitindo sua devolução ou compensação, especialmente nos casos em que houve dolo ou fraude. Traduzindo o pensamento doutrinário dominante sobre o tema, importante destacar as lições de *Maria Berenice Dias*:

¹⁴⁵ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Medidas cautelares no direito de família. In: Teses, estudos e pareceres de processo civil. v. 3. p. 200/201.

¹⁴⁶ MESQUITA, op. Cit., p. 201

¹⁴⁷ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 6. ed. São Paulo: Forense, 2015. Edição eletrônica. Item 15.3.8.

¹⁴⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. Alimentos no Código Civil: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 188.

Em sede de alimentos há dogmas que ninguém questiona. Talvez um dos mais salientes seja o princípio da irrepetibilidade. Como os alimentos servem para garantir a vida e se destinam à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência é inimaginável pretender que sejam devolvidos. Esta verdade é tão evidente que até é difícil sustentá-la. Não há como argumentar o óbvio.¹⁴⁹

A natureza da verba alimentar está intimamente ligada com a satisfação das necessidades do indivíduo hipossuficiente. Presume-se que tais alimentos são consumidos e, por esse fato, não poderiam ser restituídos. Sobre a dimensão imaterial dos alimentos, assim se manifestaram *Marcos Catalan e Eliza Cerutti*:

A prestação de natureza alimentar justifica-se em primeira e última análise à promoção de valores inerentes à pessoa humana, pois permite o livre desenvolvimento das potencialidades do alimentando, que terá acesso ou ao menos deverá ter, por meio dela, ao conteúdo que preenche a ideia de mínimo existencial.¹⁵⁰

O caráter imaterial do benefício previdenciário, relativo à persecução de uma vida imbuída na dignidade humana, centrada no desenvolvimento pessoal, ressalta o caráter de solidariedade que permeia toda a atuação da Seguridade Social. Ao interesse público não interessa apenas a dimensão material e pecuniária do sistema de proteção ao trabalhador e seus dependentes existente no Brasil.

Relativamente ao tema, importante mencionar os argumentos do doutrinador Flávio Tartuce, que afirma que as alegações de enriquecimento sem causa ou pagamento indevido não superam a obrigação alimentar, em função da proteção da dignidade humana relacionada ao instituto.¹⁵¹

Há doutrinadores, a exemplo de *Gisele Jucá*, que entendem que o benefício previdenciário recebido via tutela posteriormente revogada só poderia ser devolvido em caso de fraude ou má-fé, entendimento este que assumo como sendo o mais adequado¹⁵².

Importante realizar uma leitura do Tema 692 sob uma perspectiva processualista. O CPC/73 e o CPC/2015 previram, em linhas gerais, o mesmo tratamento legal no que diz respeito às tutelas antecipadas. Vale o destaque para algumas das normas processuais:

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Dois pesos e duas medidas para preservar a ética: irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1395, 25/04/2007. Disponível em: www.jus.com.br/artigos/9790. Acesso em 20/10/2022

¹⁵⁰ CATALAN, Marcos; CERUTTI, Eliza: Alimentos, irrepetibilidade e enriquecimento sem causa: uma proposta de convergência de figuras aparentemente excludentes. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.419, p.31-54, 2012. P. 32-33.

¹⁵¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Forense, 2016. Edição eletrônica. v. 5. Item i.

¹⁵² JUCÁ, Gisele. Benefícios irregulares e os limites da autotutela administrativa previdenciária: considerações acerca do regular processo administrativo. In: DARTORA, Cleci Maria; BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; FOLMANN, Melissa (Coord.). *Direito previdenciário revisitado*. Porto Alegre: Magister, 2014. p. 220.

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

(...)

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

O CPC/15 manteve a lógica em relação ao tema, conforme se verifica pelos dispositivos a seguir:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

(...)

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

(...)

§ 5º Ao cumprimento provisório de sentença que reconheça obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa aplica-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.

Conforme art. 298 do CPC, na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz deve motivar seu convencimento de modo claro e preciso. Certo é que alguns dos elementos que devem ser considerados para a concessão da tutela de urgência são a boa-fé objetiva¹⁵³ e subjetiva¹⁵⁴ do requerente.

¹⁵³ "A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido." (MARTINS, Flávio Alves. Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 73)

¹⁵⁴ "A expressão boa-fé subjetiva denota o estado de consciência ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção

As tutelas provisórias demandam também a demonstração do perigo de dano da probabilidade do direito (art. 300, CPC). Em relação ao pressuposto da probabilidade de direito, uma vez detectado, para ser utilizado como fundamento para a concessão da tutela de urgência, é necessário que tal decisão seja dotada de revogabilidade, por não se tratar de provimento definitivo.

Ocorre que, em se tratando de direito previdenciário, o debate que surgiu perante o Tribunal girou em torno da adequabilidade da aplicação das referidas normas processuais, uma vez que os benefícios previdenciários e assistenciais apresentam caráter alimentar indispensáveis para a sobrevivência e para a manutenção da dignidade de seus destinatários.¹⁵⁵ É essencial que seja feita uma reflexão sobre a adequabilidade de instrumentos processuais em matéria previdenciária. *Savaris*, nessa temática, assim leciona¹⁵⁶:

uma questão particular que se apresenta com a justiciabilidade dos direitos sociais deriva do fato de que grande parte dos instrumentos processuais foi desenhada para conflitos entre indivíduos privados. Essa circunstância pode dificultar, em alguma medida, a adequada proteção judicial dos direitos sociais.

Percebe-se que durante o julgamento do Tema 692 focou-se muito mais na questão processual envolvida, revelando também uma preocupação mais direcionada aos cofres públicos, ressaltando-se o aspecto orçamentário e deixando de lado o aspecto social da discussão.

Relativamente aos direitos sociais, é importante mencionar que “em muitos casos esses direitos têm dimensões e projeções coletivas, tema que constitui uma relativa novidade em matéria de procedimentos judiciais”.¹⁵⁷

É importante pontuar que o processo civil recebeu forte influência de postulados próprios do estado liberal, como a proteção à propriedade, à liberdade e segurança. Dentro desse contexto, é pode-se afirmar que este ramo do direito foi arquitetado predominantemente para a solução de problemas entre particulares.

do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p. 411).

¹⁵⁵ “Em se tratando do valor de benefício devido ao segurado ou a seu dependente de direito de natureza alimentar, inadmissível se torna que o beneficiário, pelo decurso do prazo, perca o direito ao benefício.” LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; *Manual de Direito Previdenciário*. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 84

¹⁵⁶ SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual previdenciário*. 10ª Ed. Curitiba: Alteridade, 2022, p. 44

¹⁵⁷ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *El umbral de la ciudadanía*, p. 81

A rigidez do princípio dispositivo (CPC, art. 2º) e da congruência ou adstrição (CPC, art. 492) revela-se estar em descompasso em relação aos processos da Seguridade Social. Nesse contexto, assim ensina *Savaris*¹⁵⁸:

Importa reconhecer que a busca de um fazer estatal para a concretização de direito fundamental deve ser compreendida em um sentido amplo, considerando-se as consequências das omissões estatais na análise de posição jurídica mais favorável na via administrativa, a eficácia vinculante dos direitos fundamentais, a assimetria de forças entre as partes e mesmo a vinculação dos Poderes Públicos ao princípio da legalidade.

E o doutrinador ainda desenvolve raciocínio sobre a técnica processual da tutela de urgência de natureza antecipada aplicada aos processos da Seguridade Social, a seguir:

Pode-se apontar o descabimento, aos processos da Seguridade Social, da técnica processual da tutela de urgência como pressuposto negativo o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (CPC, art. 300, §3º). Isso porque nas lides de Seguridade Social inegavelmente se encontra presente o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão provisória, porque a parte é economicamente hipossuficiente e os valores, de natureza alimentar, são consumidos para sua manutenção. A exigência desse pressuposto negativo, implicaria, em última análise, denegação de justiça, porque inviabilizaria a tutela de urgência nas ações de Seguridade Social.¹⁵⁹

A ideia de restituição ao *status quo*, intimamente ligada ao conceito da tutela antecipada, pode-se demonstrar injusta em casos concretos, uma vez que, se declarada em processo em matéria previdenciária, pode acarretar, conforme julgou o STJ no Tema 692, na devolução de valores que apresentam caráter alimentar e que se presumem consumidos.

É essencial que reconheçamos que um processo neutro em relação ao direito material “é incapaz de atender às necessidades de tutela reveladas pelos novos direitos e, assim, de viabilizar o cumprimento do dever estatal de tutela dos direitos, que constitui a essência do Estado contemporâneo”.¹⁶⁰

Savaris assim lecionou:

Por essa razão, não apenas é possível com necessário que o juiz proceda à filtragem das normas processuais civis, tornando-as compatíveis com as particularidades das lides de Segurança Social, em que uma pessoa presumivelmente hipossuficiente em termos econômicos e informacionais busca, em face de entidade estatal, a realização de direito fundamental social intimamente ligado às exigências de mínimo existencial e dignidade da pessoa humana.

Quando proposta a última questão de ordem relativa ao tema, em meados de 2018, a relatoria do processo elencou determinadas situações que poderiam ser objeto de revisão do

¹⁵⁸ SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual previdenciário*. 10ª Ed. Curitiba: Alteridade, 2022, p. 46

¹⁵⁹Ibidem, p. 46

¹⁶⁰ MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. *O novo processo civil*, p. 129.

Tema, uma vez que se traduzem em particularidades processuais importantes dentro do contexto da devolução ou não dos benefícios previdenciários recebidos por tutela posteriormente revogada.

São elas: a) tutela de urgência concedida de ofício e não recorrida; b) tutela de urgência concedida a pedido e não recorrida; c) tutela de urgência concedida na sentença e não recorrida, seja por agravo de instrumento, na sistemática processual anterior do CPC/73, seja por pedido de suspensão, conforme o CPC/2015; d) tutela de urgência concedida *initio litis* e não recorrida; e) tutela de urgência concedida *initio litis*, cujo recurso não foi provido pela segunda instância; f) tutela de urgência concedida em agravo de instrumento pela segunda instância; g) tutela de urgência concedida em primeiro e segundo graus, cuja revogação se dá em razão de mudança superveniente da jurisprudência.

Percebe-se que a questão de ordem foi proposta então considerando o momento processual no qual foi concedida e/ou revogada a tutela de urgência. A depender do caso, certo é que a tutela de urgência poderia estar incorporada ao patrimônio jurídico da parte autora, apesar de sua precariedade e caráter de indefinibilidade. A legislação infraconstitucional trata todas as hipóteses supra da mesma forma, o que não só poderia, mas significou injustiça em vários casos concretos.

O julgado ainda ressalta outra situação relativa à tutela de urgência nas demandas previdenciárias. Trata-se da hipótese de tutela de urgência cuja revogação se dá em razão de mudança superveniente da jurisprudência dominante. Nesse caso, a medida que se impõe é a modulação dos efeitos da decisão (art. 927, §3º do CPC), para prestigiar a proteção à confiança, o interesse social e a segurança jurídica dos tutelados.

O STJ, na oportunidade, conforme voto de seu Ministro Og Fernandes, entendeu eu não seria o caso de modulação de efeitos da decisão, uma vez que não teria havido alteração, mas reafirmação da jurisprudência dominante do próprio Tribunal.

As tutelas provisórias em matéria previdenciária, de certa maneira, têm o condão de efetivar especialmente dois direitos fundamentais. O primeiro é o direito fundamental à Previdência Social, mediante pagamento de prestações destinadas para a manutenção da dignidade dos indivíduos, com sua hipossuficiência presumida, e o segundo é o direito fundamental de acesso à justiça, de forma que situações como perecimento de direito e danos irreparáveis devem ser evitados.

Em caso da concessão de tutela antecipada ou de urgência que garante o pagamento de um benefício previdenciário ou assistencial, há inegável expectativa por parte do requerente de que a decisão precária se confirme conforme o processo tramita, caso contrário não existira razão de ser da tutela antecipada.

A provisoriedade da tutela não deve servir como fundamento para a devolução de valores de natureza alimentar, especialmente nos casos em que houve recebimento de boa fé.

Nesse contexto, o que causa espanto é o STJ ignorar que tanto os alimentos quanto os benefícios previdenciários possuem a mesma natureza, qual seja, alimentar, o que significa que tais prestações se destinam a garantir a subsistência e sobrevivência do beneficiário. Além disso, ao se ter a tutela antecipada concedida, o requerente confia na decisão judicial e não espera que esta vá ser revogada, apesar de ter a noção de sua precariedade, não obstante, sua assistência por advogado, conhecedor da situação do ponto de vista técnico.

Dito isso, não se compensa dívida de natureza econômica com dívida de natureza existencial¹⁶¹, motivo pelo qual a tutela patrimonial deve ceder espaço em razão da proteção de valores imateriais.¹⁶²

Fato é que a Seguridade Social possui a finalidade e os meios para garantir, ou ao menos estimular seus beneficiários à persecução por uma vida permeada pela dignidade, pelo atendimento, na pior das hipóteses, do mínimo existencial e está intimamente relacionada com os objetivos republicanos, especialmente o da proteção da dignidade da pessoa humana¹⁶³ e do acesso à justiça.

Cabe mencionar que a revogação de tutela provisória não gera a consequência lógico-argumentativa de que os requisitos para sua concessão estariam ausentes quando foi concedida. Até porque, se ausentes os requisitos para a concessão da tutela provisória, esta não poderia (e nem deveria) ter sido concedida, situação que torna o recebimento de boa-fé ainda mais legítimo.

De toda sorte, uma vez firmada a tese que estabelece a necessidade de devolução de valores recebidos a título de benefício previdenciário concedido via tutela antecipatória e posteriormente revogado, essencial tecer considerações sobre como seria feita a cobrança dos valores por parte do Poder Público.

Uma sugestão possível, que respeita os contornos da segurança jurídica e os ditames da razoabilidade e proporcionalidade está insculpida em decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

¹⁶¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 347.

¹⁶² CATALAN, Marcos; CERUTTI, Eliza: Alimentos, irrepetibilidade e enriquecimento sem causa, p.33

¹⁶³ Ingo Wolfgang Sarlet ensina: "Entende-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos" (Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70).

De acordo com a orientação das Turmas componentes da 3ª Seção desta Corte não é possível o desconto de valores na renda mensal do benefício previdenciário se isso implicar redução a quantia inferior ao salário-mínimo, em atenção aos termos do art. 201, §2º, da Constituição Federal.¹⁶⁴

O próprio STJ chegou ao entendimento de que o art. 115, II, da Lei nº 8.213/91 “não autoriza o INSS a descontar, na via administrativa, valores concedidos a título de tutela antecipada, posteriormente cassada com a improcedência do pedido”, uma vez que “nas demandas judicializantes, tem o INSS os meios inerentes ao controle dos atos judiciais que por ele devem ser manejados a tempo e modo”.¹⁶⁵

O STJ possui jurisprudência, em sede de recurso repetitivo, no seguinte sentido: “A ausência de lei expressa, a inscrição em dívida ativa não é a forma de cobrança adequada para os valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário previstos no art. 115, II, da Lei nº 8.213/91 que devem submeter-se a ação de cobrança por enriquecimento ilícito para apuração de responsabilidade civil”.¹⁶⁶

O fundamento para a decisão supramencionada residia no fato de que os valores recebidos a título de benefício previdenciário não se amoldariam ao conceito de dívida ativa, tributária ou não tributária, nos termos do art. 39, §2º, da Lei nº 4.320/64 e arts. 2º e 3º da Lei nº 6.830, pois inexistia previsão legal em tal sentido.¹⁶⁷

Relativamente ao prazo prescricional para a ação de cobrança em tela, assim se manifestou *Savaris*:

prescrevem em 5 (cinco) anos as ações que objetivam o ressarcimento ao erário de valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, a contar da data de pagamento da primeira parcela. Sem embargo, a essa orientação jurisprudencial do STJ demanda ajuste para que seja aplicável no caso de benefícios pagos indevidamente por força de tutela antecipada posteriormente revogada.¹⁶⁸

De maneira geral, a fixação da tese do Tema 692 agride o direito previdenciário, em suas premissas e objetivos, além de não respeitarem o caráter alimentar dos benefícios previdenciários e assistenciais, garantido constitucionalmente, conforme demonstrado. É necessário que se busque uma coerência entre a interpretação das normas processuais e dos princípios que orientam a Seguridade Social.

Nesse contexto, relativamente ao Tema 692, julgado pelo STJ, tem-se que a tese firmada não encontra conformidade plena com os objetivos da Seguridade Social e nem tampouco com

¹⁶⁴ TRF4, APELREEX 5000246-07.2011.404.7200, Quinta Turma, Rel. p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, de 18/09/2013

¹⁶⁵ REsp 1338912/SE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 23/05/2017, DJe 29/05/2013.

¹⁶⁶ REsp 1350840/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. 12/06/2013, DJe 28/06/2013.

¹⁶⁷ SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual previdenciário*. 10ª Ed. Curitiba: Alteridade, 2022, p. 598.

¹⁶⁸ SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual previdenciário*. 10ª Ed. Curitiba: Alteridade, 2022, p. 603.

a ideia de proteção da confiança, da segurança jurídica, da hipossuficiência do segurado em relação ao INSS e nem a irrepetibilidade dos benefícios previdenciários e assistenciais.

Destarte, considerando a inovação legal trazida pela MP 871/19, convertida na Lei nº 13.846/19, entendo que o inciso II do art. 115 é inconstitucional, uma vez que viola o caráter alimentar dos benefícios previdenciários e assistenciais, violando a CR/88, especialmente o art. 100, §1º.

8.2 Sobre o tratamento previdenciário conferido às pessoas transexuais

Outro tema paradigmático que será abordado no presente trabalho é uma análise, do ponto de vista do pacto fraternal previdenciário, da questão relativa aos transexuais e os desafios de sua categorização dentro da Seguridade Social, considerando que estas pessoas representam um grupo hipervulnerável, atravessados por profundos marcadores sociais de diferença, ante o preconceito estrutural existente no país.

A presente discussão ganha forte relevância dentro de um contexto em que se busca uma isonomia material e não apenas formal. É importante o estudo sobre a (in)adequabilidade da concessão de aposentadoria considerando o sexo de nascimento (biológico) dos sujeitos transexuais.

Na hipótese de o INSS não admitir o sexo de registro do transexual, estar-se-ia diante de uma situação que desprestigia a população trans, ao negar-lhe o reconhecimento como indivíduo, conforme o sexo com o qual este se identifica, contribuindo, dessa forma, para a manutenção do ciclo de desigualdades e intolerâncias que são experimentados cotidianamente por esse grupo social.

Conforme disposição constitucional (art. 201), a idade mínima para a aposentadoria entre os sexos é diferente. Para o homem, o requisito é 65 (sessenta e cinco) anos, enquanto para a mulher a exigência é de 62 (sessenta e dois) anos (§7º, I). Relativamente aos trabalhadores rurais, os parâmetros são: 60 (sessenta) anos para o homem e 55 (cinquenta e cinco) anos para as mulheres (§7º, II). Há também diferenças no tempo mínimo de contribuição exigido para cada sexo.

No que tange à aposentadoria por tempo de contribuição, uma vez atendida a carência imposta pela lei, em relação às mulheres a exigência é de 30 (trinta) anos de contribuição, enquanto para os homens o mínimo é 35 (trinta e cinco) anos. Para a percepção de tal benefício, a idade mínima para o sexo feminino é 57 (cinquenta e 7) anos enquanto para o sexo masculino

é 60 (sessenta) anos, conforme art. 20, I e II da CR/88, conforme redação estabelecida pela EC nº103/2019.

A exemplo de diversos outros ramos do direito, o direito previdenciário se desenvolveu com base na heteronormatividade binária, de forma que existem apenas duas opções: o sexo masculino ou feminino. Estes são identificados consoante o órgão reprodutor dos indivíduos e geram desdobramentos legais e sociais a todos. A identificação médica/biológica consta nos documentos públicos desde o nascimento da pessoa.

Ocorre que existem alguns indivíduos que não se identificam com o sexo de registro ou de nascimento, de forma que é papel do direito, não apenas na seara previdenciária, o acolhimento e a efetivação dos direitos de quem se reconhece como transexual, ante seu não enquadramento ao padrão heteronormativo adotado pela legislação.

No século XVIII a sexualidade era tida como uma doença psicológica, de forma que a medida que se impôs à época, especialmente pelos dogmas religiosos, foi sua condenação e repressão, mediante o autopolicimento, de forma que o sexo era visto como algo abominável ou profano.

Destacam-se as lições e considerações de Michel Foucault, em sua obra a “História da Sexualidade I”. Segundo o autor, o Estado contava com uma preocupação em nome da moralidade e da pureza da sociedade, de forma que “prometia eliminar os portadores de taras, os degenerados e as populações abastadas. Em nome de uma urgência biológica e histórica, justificava os racismos oficiais, então iminentes, e os fundamentava como “verdade”.¹⁶⁹

Nesse contexto, o que se verificou foi uma divisão entre as pessoas tidas como “normais” e “anormais”. Normal deve ser entendido como o encaixe no padrão heteronormativo, de forma que os indivíduos deveriam relacionar-se sexualmente com pessoas do sexo oposto, incluindo o intuito de constituir família. Quem não estivesse dentro desse estereótipo era considerado anormal e era marginalizado e reprimido pela sociedade, sob forte influência da religião.

Os “anormais” enfrentaram relevantes empecilhos para a vida em comunidade, uma vez que representavam um ataque à moralidade e aos costumes da época. Para combater esse status de homoafetividade, era possível passar por um tratamento religioso, mediante o cumprimento de penitências e a confissão, ou então por procedimentos médicos, que geralmente significavam intervenções invasivas.

¹⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 53

Certo é que esse padrão social se perpetuou na cultura da sociedade e funcionou como agente repressor dos indivíduos, que buscavam se encaixar na classe tida como “normal”. Caso não houvesse esse enquadramento, a consequência era a marginalização social, situação verificável até hoje. Segundo a lição de *Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia*:

A ideia de minoria não é apenas numérica, mas se refere a grupos que, ainda que numericamente maiores do o(s) seus (s) opostos(s) – como as mulheres frente aos homens – têm acesso diferenciado (prejudicado) aos centros de formação da vontade e da opinião pública institucionalizadas, bem como a serviços públicos, e ainda sofrem discriminação (no trabalho, na escola, na “rua” e/ou mesmo “em casa”) em razão daquelas características que os identificam como grupo, além de serem alvo de intolerância.¹⁷⁰

O sujeito que age em desconformidade com o padrão cisnormativo, denominado transexual, é colocado em uma posição de marginalidade, reprimido tanto pelo corpo social quanto pelo Estado, na medida em que este não estabelece políticas protetivas para esse indivíduo. Nesse sentido, é também que afirma Garcia ¹⁷¹ ao tratar do “enviesamento discriminatório e da lei como símbolo produtor de exclusão”:

Poucos elementos são tão convincentes em qualquer discurso quanto uma pretensa neutralidade, um purismo, que embora não seja típico do humano encanta e traz respeitabilidade e legitimidade ao comunicador. Indicar determinado caminho, não como homem mas como intérprete da vontade divina; ou defender certa questão blindado por não se tratar de uma opinião mas de algo comprovado pela ciência ou sustentar um comportamento por ser ele “natural” são formas não só de proteger aquele que fala mas de ancorar o conteúdo discursivo, de modo a torna-lo quase inquestionável.

Segundo a autora Judith Butler, o transexual, ao decidir por subverter o padrão heteronormativo “suscita as acusações de imoralidade, maldade e esteticismo”.¹⁷² A autora se utiliza do conceito de performatividade, que pode ser pensado como uma linguagem que funciona como uma forma ação social e tem efeito de mudança.

A “consolidação do imperativo heterossexual”¹⁷³ é o que reprime os transexuais, uma vez que ocorre de forma frequente a manutenção e propagação de normas regulatórias do sexo, para conferir significados aos corpos, diante das suas desigualdades. Considerando os

¹⁷⁰ BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. In: CLÈVE, Clemerson M; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014, p. 75

¹⁷¹ GARCIA, Luiz Carlos. *A DIVERSIDADE É A REGRA - DISCURSOS PSEUDONATURALISTAS E SUA INFLUÊNCIA NA FORMAÇÃO DAS IDENTIDADES E CONSTRUÇÃO DO DIREITO*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais (Faculdade Direito), 2021.

¹⁷² BUTLER, Judith. O que é a crítica? Um ensaio sobre a virtude de Foucault. Tradução de Gustavo Hessmann Dalaqua. *Cadernos de Ética e Filosofia Política [S.l.]*, v.1, n.22, p. 170. Disponível em www.revistas.usp.br/cefp/article/view/59447. Acesso em 21/10/2022

¹⁷³ BUTLER, Judith. *Bodies that matter: on the discursive limits of “sex”*. New York: Routledge, 1993

marcadores sociais próprios dos transexuais, diante de sua fuga ao padrão heteronormativo, gerou e continua a gerar violência contra esse grupo social. Esse movimento é seguido pela Previdência Social, na medida em que os parâmetros legais para a concessão de benefícios consideram tão somente o sexo biológico do beneficiário, desprezando a existência dos transexuais.

O que se verifica é haver um processo dominante na sociedade, no sentido de naturalizar a heterossexualidade e demonizar qualquer outro padrão comportamental que foge a essa ideia. Nesse contexto perpetua-se o pensamento binário e essa base de pensamento acompanha os indivíduos desde o nascimento e perdura por toda a vida.

Destarte, Judith Butler¹⁷⁴ questiona o essencialismo de gênero (conceito usado para examinar a atribuição de qualidades fixas, intrínsecas e inatas a mulheres e homens), a partir da teoria *Queer*, que é um movimento pautado nas diferenças, de caráter não-assimilacionista, que serve como ferramenta de crítica. É um movimento teórico, mas também social, que busca ressignificar os conceitos e preconceitos que envolvem a subjugação dos corpos trans.

A teoria *Queer* é um marco teórico para o questionamento das aposentadorias por gênero que a Previdência Social concede aos seus beneficiários, considerando que os transexuais não recebem nenhum tratamento legal que tenha por base sua orientação que foge ao padrão heteronormativo, gerando uma vulnerabilidade relevante os indivíduos trans.

O fato de o direito previdenciário não ter evoluído para contemplar a proteção social aos transexuais revela, em certa medida, uma interpretação discriminatória do princípio da igualdade. Em sua concepção original, o referido princípio se opera mediante o tratamento igualitário entre os indivíduos, desprezando sua subjetividade. Na opinião de alguns doutrinadores, o princípio da igualdade deve ir além, apresentando caráter inclusivo, solidário e admitindo a diversidade.

A interpretação do princípio da igualdade como diversidade impacta no reconhecimento das diversidades sociais. Assim entende *Bahia*¹⁷⁵: a minoria desfavorecida não difere como se houvesse um padrão, mas tem tanto direito de existir quanto a maioria.

Sobre o princípio da igualdade, este está presente no *caput* do art. 5º, que afirma que “todos são iguais perante a lei” e posteriormente no texto constitucional há a previsão de

¹⁷⁴ BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri. *Who sings the Nation-State*. Language, Politics, Belonging; New York: Seagull. 2007

¹⁷⁵ BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. In: CLÈVE, Clemerson M.; FREIRE, Alexandre (orgs). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.80

“igualdade”, de forma redundante, demonstrando a preocupação do legislador com tal princípio, ante o contexto de desigualdade profunda que assola o país, desde a época colonial.

A igualdade se comunica de forma intensa com a ideia de fraternidade e representa um valor que deve ser observado pelos aplicadores do direito previdenciário, sobretudo pelo INSS. Segundo a doutrina, existem dois tipos de igualdade: a formal¹⁷⁶ e material¹⁷⁷.

O direito à igualdade é considerado pela doutrina como sendo um *direito humano*¹⁷⁸ e, ao mesmo tempo, um *direito fundamental*¹⁷⁹, ante sua relevância perante os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, revelando um caráter supranacional e universal, e em função de sua positivação enquanto direito constitucional atribuídos à pessoa humana.

Dentro dessa temática que envolve os transexuais é essencial a menção e análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4.275/DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Eis sua ementa, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES.

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de

¹⁷⁶ “Igualdade formal consiste em dar a todos idêntico tratamento, não importando a cor, a origem, a nacionalidade, o gênero ou a situação financeira. Historicamente, foi a única acepção de igualdade adotada pelo Poder Público no Brasil [...] A igualdade formal em um país de ‘elevada desigualdade real’, em vez de igualar, apenas reforça a desigualdade que existe na vida [...] Dizer que todos devem lutar com suas armas é injusto, quando as ‘armas’ são de calibres tão diversos”. MARTINS, Flávio Alves Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 826-827

¹⁷⁷ “a igualdade a ser buscada pelo *Estado* é a *igualdade material*, que tem origem teórica em Aristóteles. Igualdade material consiste em dar aos desiguais um tratamento desigual, na medida da desigualdade [...] Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal entende que ‘a igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais’ (MS 26.690, rel. Min. Eros Grau”. MARTINS, Flávio. *Ibidem*. p. 827.

¹⁷⁸ “direitos humanos são os direitos previstos em tratados e demais documentos internacionais, que resguardam a pessoa humana de uma série de ingerências que podem ser praticadas pelo Estado ou por outras pessoas, bem como obrigam o estado a realizar prestações mínimas que asseguram a todos existência digna (direitos sociais, econômicos, culturais). Ainda que não incorporados ao ordenamento jurídico de um país, são tidos com direitos humanos, e são capazes de influenciar o Direito Constitucional de todos os lugares, sobretudo em razão do *transconstitucionalismo*”. MARTINS, Flávio, *ibidem*. P. 727

¹⁷⁹ “direitos fundamentais são aqueles direitos, normalmente direcionados à pessoa humana, que foram incorporados ao ordenamento jurídico de um país. Essa é a razão pela qual, na maioria das vezes, quando o estudioso se refere aos direitos previstos em tratados internacionais, fala *direitos humanos* e, quando estuda a Constituição de um país, refere-se a *direitos fundamentais*. MARTINS, Flávio, *ibidem*. P. 728

terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

Nesse sentido,

A referida ADI foi julgada procedente para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei nº 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente de cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.¹⁸⁰

O art. 58 da Lei nº 6.015/73 assim disciplina: “Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.”

Conforme voto do relator, verificou-se que o dispositivo supramencionado estava sendo utilizado por magistrados para afastar o direito à mudança do prenome e gênero averbados relativamente aos transexuais. Visando promover a adequada solução da questão o Tribunal fixou algumas premissas no tocante à terminologia própria, de maneira a não confundir expressões e vocábulos.

Fixou-se que transexualidade não é sinônimo de homossexualidade. Segundo as palavras de *Maria Berenice Dias*¹⁸¹:

A transexualidade é uma divergência entre o estado psicológico de gênero e as características físicas e morfológicas perfeitas que associam o indivíduo ao gênero oposto. Caracteriza-se por um forte conflito entre o corpo e a identidade de gênero e compreende um arraigado desejo de adequar – hormonal e cirurgicamente – o corpo ao gênero almejado. Existe uma ruptura entre o corpo e a mente, o transexual sente-se como se tivesse nascido no corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita. O transexual se considera pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar. Enquanto o homossexual aceita seu sexo biológico, o transexual rejeita seu próprio sexo anatômico. O transexual masculino tem ego corporal e psíquico femininos. Com o transexual feminino, ocorre o contrário.

[...]

Já travestis são pessoas que, independente da orientação sexual, aceitam o seu sexo biológico, mas se vestem, assumem e se identificam como do gênero oposto. Não sentem repulsa por sua genitália, como ocorre com os transexuais. Por isso não perseguem a redesignação cirúrgica dos órgãos sexuais, até porque encontram gratificação sexual com o seu sexo.

O relator, em seu voto, declarou que não seria legítimo negar aos transexuais o direito à alteração do prenome e gênero no registro civil. Para o magistrado, é necessário reconhecer a insuficiência dos critérios morfológicos para a firmação da identidade de gênero, considerando a dignidade da pessoa humana, de forma a promover a aceitação das diferenças em relação ao

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal*. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em 17/11/2022.

¹⁸¹ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 43 e 269.

padrão, uma vez que estas são responsáveis pela marginalização de vários indivíduos, impedindo o pleno exercício de direitos fundamentais.

Em caso de não aceitação do indivíduo transexual, a consequência lógica de tal conduta por parte da sociedade é a depressão, a prostituição e o suicídio, conforme estudo das professoras Liliana Lopes Pedral Sampaio e Maria Thereza Ávila Dantas Coelho:¹⁸²

[...] As formas de lidar com as mais diversas situações são explicadas por Flávio como “um meio de ir levando essa coisa, mas que dói, dói. Eu não quero o meu nome como ele é; eu quero um nome masculino, que me represente no masculino” (Flávio). Essa situação se amplia com a dificuldade de ingresso e permanência no mercado de trabalho, mesmo para os que concluíram a formação universitária, como é o caso de mais uma dessas pessoas. Muitas vezes, a assunção da transexualidade implica o abandono do trabalho. Os homens contam que, como forma de sobrevivência, partem para o trabalho autônomo, quando conseguem, ou então se submetem a trabalhar para casas de prostituição, não se prostituindo, mas fazendo a propaganda do lugar. Trabalhar em borracharia é mais uma opção apresentada por Flávio, mas, segundo ele, extremamente difícil, por conta do machismo. Quando não conseguem nenhum trabalho, a alternativa que muitas vezes resta é o tráfico de drogas, o que, segundo Flávio, não é raro acontecer. [...].

Durante o julgamento da ADI, concluiu-se pela relevância da autonomia da vontade, em um contexto de pluralismo, sem se admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, especialmente quando decorrem de inafastável circunstância própria à constituição somática da pessoa.

Em função desse raciocínio, à medida que se impõe é a autorização da mudança no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização, de forma a permitir que o indivíduo possa viver plenamente em sociedade, tal como se identifica. O sofrimento do transexual justifica a troca de prenome, com ou sem cirurgia. Nessa perspectiva, assim preconiza *Maria Berenice Dias* “atualmente, muitos transexuais não desejam realizar a cirurgia, ainda que não sintam prazer sexual, não sentem repulsa por seus órgãos genitais”¹⁸³.

Reconheceu-se que a modificação no registro civil é uma situação excepcional no ordenamento jurídico e que o critério morfológico é um parâmetro relevante para a identificação de cidadãos. Nos casos em que se opta pela não execução da cirurgia, o essencial seria adotar os critérios técnicos aptos a comprovar a transexualidade, tendo sido citada a Resolução nº 1.955/10, do Conselho Federal de Medicina.

¹⁸² SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral e COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. *Quando o estranhamento se traduz em preconceito: trajetórias de vida de pessoas transexuais*. In: *Minorias Sexuais – direitos e preconceitos*. Brasília: Editora Consulex, 2012. P. 343-344

¹⁸³ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 268.

Os requisitos estabelecidos pelo CFM devem ser verificados via procedimento de jurisdição voluntária mediante participação do MP, conforme os arts. 98 e 99 da Lei nº 6.015/73. Em seu voto o relator ressaltou que a modificação de prenome e sexo no registro civil não pode ser justificativa para descontinuidade das informações registradas, de forma que o interesse público precisa manter-se resguardado, na eventual necessidade de sanar divergências ou dúvidas sobre o estado da pessoa, conforme o princípio da veracidade do registro.

Pela análise do julgamento da ADI 4.275/DF, verifica-se que o STF, prestigiando a dignidade da pessoa humana, permitiu aos transexuais, independentemente de cirurgia de transgenitalização, que pudessem alterar seu registro civil, conforme sua orientação psicosssexual, visando o exercício pleno de seus direitos fundamentais relativos à sua personalidade, liberdade, honra e dignidade.

Nesse contexto, não pode o INSS negar ao seu beneficiário um benefício correspondente à sua orientação psicosssexual, sob pena de violar diversos direitos e garantias fundamentais.

Apesar do entendimento fixado pelo STF na ADI supramencionada, este não foi adotado pelo INSS, conforme se verifica pela Nota Técnica nº00076/2019/CCBEN/PFE-INSS-SEDE/PGF/AGU.

No referido documento foi realizada consulta à Procuradoria Federal acerca das consequências dos direitos previdenciários no âmbito do RGPS, oriundas da alteração de gênero das pessoas junto ao Registro Civil de Pessoas Naturais.

Na referida Nota Técnica a Procuradoria levantou diversos argumentos no sentido da impossibilidade de o INSS seguir e aplicar o entendimento formado no STF sobre a temática relativa às pessoas trans. Um desses argumentos foi no sentido de que o sigilo próprio sobre a alteração no registro civil geraria insegurança jurídica na análise de requerimentos de benefícios.

A Nota Técnica buscou analisar a situação previdenciária da pessoa trans que alterou seu registro civil sob três óticas: a) a análise conforme o sexo na data de requerimento; b) a análise conforme o sexo vigente no momento da atividade; e c) a análise aplicando conversão proporcional em relação ao sexo do segurado na atividade exercida (semelhante à conversão de tempo comum e especial).

Na consulta realizada foram levantadas diversas dúvidas sobre qual deveria ser o tratamento legal que o INSS aplicaria à população trans, sob diversos pontos de vista, sempre considerando os impactos da mudança de sexo, uma vez que a legislação elenca requisitos diferentes entre si para homens e mulheres.

Relativamente ao sigilo da alteração do registro civil, o consulente alega que seria interessante para o INSS ter a informação sobre qual o momento foi realizado o procedimento de alteração do gênero, uma vez que essa condição dividiria o histórico laborativo da pessoa em duas fases.

A consulta ressaltou afirmou que o sistema jurídico normativo pátrio ainda não se encontra devidamente preparado e que inexistem disposições constitucionais ou legais que parametrizassem como deveria ser aplicada a proteção jurídica previdenciária destinada aos trans, como ressaltou também a ausência de jurisprudência sobre o tema.

A Nota Técnica elencou três enfoques possíveis quanto à irradiação (ou não) de efeitos da decisão do STF no âmbito previdenciário: a) a primeira posição consiste em desconsiderar o entendimento do STF, ao reconhecer que o beneficiário entrou no RGPS com outro gênero e que essa condição deveria se manter ao longo da vida; b) a segunda posição se traduz no entendimento que o INSS deveria acatar o novo gênero declarado, o que geraria a diminuição de contribuição e de idade para a transexual mulher e o respectivo aumento para o transexual homem e; c) a terceira posição admite um entendimento intermediário, a partir do qual se consideraria o gênero do(a) segurado(a) vigente no tempo de contribuição e também o gênero apresentado no momento do requerimento do benefício, mediante a aplicação de uma razão capaz de converter períodos contributivos para conformá-los ao novo gênero ou sexo redesignado. Essa regra seria capaz, na teoria, de realizar compensação financeira do sistema (a fim de atender o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial).

O referido documento colacionou diversos posicionamentos sobre o tema, demonstrando que não existe um entendimento pacífico, mas que esse fato não poderia significar um obstáculo à adoção de um encaminhamento do tema no âmbito do INSS.

O parecer optou por percorrer o caminho mais fácil, ao adotar a primeira posição, no sentido de que a ausência de norma jurídica prevendo a solução previdenciária para o tema tornaria a decisão do STF sem efeitos para o INSS, o que é um absurdo jurídico.

O argumento da necessidade do equilíbrio atuarial da Previdência Social, com a necessidade da criação de prévia fonte de custeio para a criação de benefícios, foram adotados na Nota Técnica, para obstar o pleno direito dos transexuais à Seguridade Social.

Importante destacar trecho do documento que orientou a posição Administrativa do INSS, desprezando o julgamento do STF:

não há como concluir, no momento, por repercussões da alteração de nome e gênero na esfera da execução de políticas de previdência social, uma vez que a lei previdenciária só enxerga a divisão binária biológica entre homens e mulheres. Reitere-se mais uma vez, tal interpretação se fundamenta na aplicação do princípio da

legalidade estrita, que estatui “ser permitido à Administração somente aquilo que a lei expressamente prevê”, ou seja, sob tal interpretação não se mostra possível conceder benefícios previdenciários distintos ao previsto para o sexo morfológico de um(a) requerente, sendo possível acreditar que esta seja a solução administrativa que deva ser adotada no momento pelo STF.

O posicionamento do INSS nessa questão é passível de críticas. Ao se utilizar o fundamento da necessidade da precedência da fonte de custeio, a autarquia está deixando de oferecer a proteção social garantida constitucionalmente sob uma alegação de caráter meramente orçamentário/financeiro.

Assim disciplina a Constituição no tocante ao financiamento da Seguridade Social:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais

(...)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Nas palavras de Sérgio Henrique Salvador:¹⁸⁴

Assim, no aspecto fático e que comprova a problematização ora descrita, variados são os casos práticos em que a Regra da Contrapartida detém tão somente uso nítido na sua concepção fiscal, contributiva e aplicada em uma direção unilateral de sentidos, sem a coerente e íntegra aplicabilidade conforme os dizeres constitucionais, produzindo uma facticidade descoberta e à mercê de uma rasa interpretação dessa regra no descompasso com a normatividade constitucional que produz, por si só, em acurado processo interpretativo, de respostas corretas e adequadas.

Verifica-se que não raras são as situações nas quais se utiliza o argumento da precedência de fonte de custeio ou da regra da contrapartida, como se tais princípios fossem dissociados de seu lastro protetivo. Na prática, ocorrerem diversas situações nas quais se cria a contribuição de natureza tributária-previdenciária e não é acompanhada por seu respectivo aparato protetivo, de forma que neutraliza “os espectros do constitucionalismo social e do bem-estar abarcados em larga escala pelo sistema jurídico vigente, sobretudo pela política universal de efetividade dos direitos fundamentais a que move os estados constitucionais”¹⁸⁵

De forma a realizar uma analogia com a temática dos transexuais, cabe mencionar o julgamento da ADI nº4.277, que decidiu que o sexo das pessoas não se presta como fator de desigualação jurídica, sendo proibido o preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da CR/88. Foi reconhecido que a CR/88 não limitou o conceito de família, de forma que casais homoafetivos

¹⁸⁴ SALVADOR, Sérgio Henrique. *Regra da Contrapartida na Relação Previdenciária. Aspectos Teóricos e Práticos na Relação Previdenciária Protetiva*. Curitiba: Juruá, 2021, p. 88.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 88.

também tem o direito de instituírem família e merecem a proteção constitucional que *caput* do art. 226 oferece, representando também uma entidade familiar.

Na referida decisão do STF, dotada de eficácia *erga omnes*, houve a incorporação, por todos os campos do ordenamento jurídico, da ideia de equiparação de casais heteronormativos e homoafetivos para todos os fins de direito, incluindo a seara previdenciária. Não coube ao INSS se opor à decisão e nem tampouco descumpri-la, a exemplo do que foi feito em relação à temática dos transexuais. Por uma questão de analogia, a autarquia federal não pode se negar a dar o tratamento legal próprio para os transgêneros, sob pena de violação do princípio à dignidade humana.

Outro julgamento do STF que pode ser aqui mencionado, de forma a demonstrar a necessidade de uma interpretação com foco na proteção social e não no impacto orçamentário ou na ausência de legislação sobre a matéria, é o debate sobre o menor sob guarda e sua condição de dependente para fins previdenciários, desde que comprovada sua dependência econômica.

Nas ADI nº4.878 e nº5.083, o STF entendeu que a Lei nº 8.213/91 deve ser interpretada de modo protetivo, contemplando também o menor sob guarda. A legislação mencionava apenas os termos “enteado” e “menor tutelado”, ao referir-se à condição de filho, desprezando a figura do menor sob guarda. Insta colacionar trecho do voto do Ministro Edson Fachin¹⁸⁶, que foi o voto divergente que definiu a tese, *in verbis*:

Os pedidos formulados nas ADIs 5083 e 4878, contudo, não contemplaram a redação do art. 23 da EC 103/2019, razão pela qual, ao revés do e. Ministro Relator, não procedo à verificação da constitucionalidade do dispositivo, em homenagem ao princípio da demanda. De toda sorte, os argumentos veiculados na presente manifestação são em todo aplicáveis ao art. 23 referido. Diante do exposto, homenageando conclusões diversas, julgo procedente a ADI 4878 e parcialmente procedente a ADI 5083, de modo a conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o “menor sob guarda”.

Importante colacionar consulta realizada junto ao Tribunal de Contas de Santa Catarina, realizada por meio do Instituto de Previdência de Itajaí, a partir da qual se questionou como seriam aplicadas as regras de aposentadoria em caso de mudança de gênero de um(a) servidor(a). A dúvida residiu no fato de que os requisitos para concessão do benefício são diferentes e havia um mais benéfico do que o outro. A consulta pode ser identificada sob o nº CO20/00596880 e está disponível no site do Tribunal de Contas.

¹⁸⁶ Édson Fachin, pg 35, ADI5083 e 4878/DF, Supremo Tribunal Federal, publicado em 06/08/2021, <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756677410>, acesso em 25/10/2022, as 10:31.

Na consulta¹⁸⁷ foram realizados os seguintes questionamentos:

- 6.1 Quais os requisitos de aposentadoria aplicáveis ao servidor efetivo, segurado ou participante de RPPs, em caso de alteração do sexo/gênero?
- 6.2 As alterações de sexo/gênero no registro civil e funcional do servidor público terão repercussão na esfera previdenciária? O preenchimento de requisitos masculinos ou femininos dependerá do sexo/gênero biológico, cromossômico ou de nascença pelo segurado, ou aquele sexo/gênero reconhecido intimamente pelo segurado e alterado de forma definitiva nos seus registros públicos e privados?
- 6.3 A alteração definitiva e formal no registro civil é obrigatória para conhecer e identificar quais as regras de aposentadoria aplicáveis (masculinas ou femininas), basta o reconhecimento íntimo do segurado com seu simples registro em dados funcionais da Administração Pública?
- 6.4 Como tramitar o processo de concessão de aposentadoria para segurados que alteraram o seu sexo/gênero? Deve haver alguma documentação específica e instruir a concessão?
- 6.5 Quais as providências administrativas necessárias para fins de resguardar o sistema contra a possibilidade de fraudes nesses casos?

Os auditores da diretoria de atos de pessoal se manifestaram no sentido de conhecer a consulta e que esta deveria ser respondida com base na orientação jurisprudencial do STF, mediante aplicação da tese de repercussão geral nº761 e do STJ, com observância do RE nº1.626.739.

Na análise da consulta o Tribunal de Contas de Santa Catarina entendeu que o gênero a ser considerado, para efeitos de percepção de benefício previdenciário, é o que consta no registro civil no momento do requerimento administrativo. Ainda ressaltaram que a Administração Pública não poderia dar um tratamento diferente tão somente pela mudança de sexo, sob pena de violação ao princípio da dignidade humana.

Ainda no ano de 2020 o Ministério Público de Contas de Santa Catarina emitiu parecer, informando que não havia regras específicas para aposentadoria na hipótese de mudança de gênero e entendeu ser ideal a consideração do sexo que consta no registro quando do momento do requerimento do benefício.

Vale destacar trecho do parecer¹⁸⁸:

Isso porque a alteração da classificação de gênero do registro civil opera efeitos *ex tunc*, restituindo a pessoa a condição com a qual se identifica, preservados os atos jurídicos perfeitos, com ciclo de formação completo em momentos anterior. Por outro lado, o direito de alteração de gênero consignado no registro civil é potestativo, imprescritível e irrenunciável, de modo que seu titular pode exercê-lo a qualquer tempo. Questão primordial é compatibilizar estas características com a concessão de aposentadoria.

¹⁸⁷ SANTA CATARINA, Ministério Público de Contas. *Parecer nºMPC/AF/2188/2020*. Florianópolis: MPC/SC, 2020.

¹⁸⁸ SANTA CATARINA, Ministério Público de Contas. *Parecer nºMPC/AF/2188/2020*. Florianópolis: MPC/SC, 2020, p. 5

Após a emissão do parecer houve uma reviravolta no âmbito do Tribunal de Contas de Santa Catarina. O relator conselheiro Cleber Muniz Gavi, em seu voto, se posicionou contra o conhecimento da consulta, sob a alegação que o STF não tratou do aspecto patrimonial e previdenciário e de que não havia precedentes sobre a temática no Poder Judiciário.

O presidente da corte de contas e conselheiro Adircélio de Moraes Ferreira Júnior se manifestou em sentido oposto ao relator, alinhando-se ao entendimento do MPC-SC e da diretoria de atos do pessoal do TCE-SC, de forma que o entendimento que venceu no julgamento foi o que prestigiava a população transexual, por cinco votos a dois.

O entendimento adotado pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina foi paradigmático e orientará a atividade da Administração Pública estadual no tocante à aposentadoria dos servidores públicos que trocaram de gênero, representando um julgado em alinhamento com a ADI 4.275/DF e do Tema 761 do STF, assim como em relação ao RE nº 1.626.739/17, do STJ.

Relativamente ao tema 761 do STF, que teve sua tese fixada no dia 15/08/2018, o STF decidiu pela legalidade na alteração do nome e do gênero no registro de nascimento, dispensando-se a necessidade de cirurgia para troca de sexo, procedimento que poderia ocorrer tanto na via administrativa quanto na judicial.

Destaca-se parte do voto do ministro Luiz Fux¹⁸⁹

O direito ao nome e à adequação do registro à verdade dos fatos é inerente à personalidade. É um direito de todos, o que inclui os transexuais. Pretende-se, assim, a fruição do mesmo direito que os demais, um direito universal. A esse respeito é importante destacar que, em termos vulgares, não existe um “orgulho trans”. O sujeito transexual não se identifica como pertencente ao grupo dos transgêneros ou a um terceiro grupo, mas vê-se como homem ou mulher, à semelhança de outros homens e mulheres. Por essa razão, pretende a universalização de direitos e sua inclusão social, como os demais indivíduos.

Houve também a promulgação do Provimento nº73/18 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que regulamentou a matéria.

Importante mencionar que tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário devem seguir o que foi decidido na ADI nº4.275/DF, que apresenta efeito *erga omnes*, sendo oponível a todos. Não houve a criação e nem majoração de benefício previdenciário, motivo pelo qual não há que se suscitar o §5º do art. 195 da CR/88 de forma a obter o reconhecimento do direito da população transexual, considerada hipervulnerável.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº670.422/RS*. Direito Consistucional e Civil. Transexual. Identidade de gênero. Direito subjetivo à alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento.

8.3 Sobre a exigência do início de prova material para comprovação da união estável

Outro caso paradigmático sobre o qual versa o presente trabalho é a exigência, por parte da legislação, da MP nº871/19, que foi convertida na Lei nº13.846/19, que alterou a Lei nº 8.213/91, de modo a estabelecer a exigência da apresentação de início de prova material para a comprovação da união estável e da dependência econômica dos dependentes dos segurados do Regime Geral de Previdência Social. Eis o que preceitua o §5º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

§ 5º As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

Antes de adentrarmos propriamente na problemática que a legislação previdenciária impôs aos companheiros, no sentido da comprovação de sua união estável, cabe tecer algumas considerações sobre a pensão por morte enquanto prestação da Seguridade Social.

No âmbito constitucional, a previsão do recebimento do benefício de pensão por morte está no art. 201, V. Trata-se de um benefício que é pago ao cônjuge, companheiro ou dependentes do beneficiário.

Importante mencionar que os princípios da solidariedade e da fraternidade embasam de forma relevante o benefício da pensão por morte, uma vez que a morte é tida como o risco social mais grave e que tem potencial de levar os dependentes do segurado à indignidade.

O art. 16 da Lei nº 8.213/91 elenca os dependentes que terão direito à pensão por morte, em caso do falecimento do segurado. Trata-se de rol taxativo e dividido em classes, de maneira que os dependentes da primeira classe excluem o direito das outras, situação legal que pode gerar algumas injustiças, uma vez que nem sempre o cônjuge ou companheira (classe I) serão economicamente dependentes como são os de outras classes, como por exemplo a mãe pobre no sentido legal que é sustentada pelo filho. Exemplificativamente, em caso de morte do segurado, a pensão será destinada à cônjuge e mãe ficaria desamparada.

Em relação aos dependentes, a lei previdenciária os divide em dois grupos: a) preferenciais ou presumidos; e b) dependentes sujeitos a comprovação (econômica). Em relação ao grupo do inciso I, estes têm a dependência econômica presumida, impossível de ser afastada por qualquer prova. Relativamente aos outros dependentes (dos incisos II e II do art. 16), estes

devem comprovar a dependência econômica para poderem receber o benefício de pensão por morte.

Relativamente aos dependentes do inciso I, temos uma presunção *juris et jure* (de direito, absoluta), ao passo que a presunção dos dependentes do inciso II é *juris tantum* (relativa, admite prova em contrário)

*Maria Helena Diniz*¹⁹⁰ assim conceitua dependência econômica: “Condição de quem vive às expensas ou às custas de outrem, dele dependendo para sobreviver e atender às suas necessidades de alimentação, habitação, vestuário, educação, etc.”.

Em relação aos cônjuges, legalmente casados, não há necessidade de comprovação da dependência econômica, por esta ser presumida. A problemática a ser abordada pelo presente trabalho diz respeito à união estável e as exigências legais para seu reconhecimento perante o INSS.

O conceito de união estável se encontra definido em lei especial, assim como do próprio casamento. O que mais causa preocupação quando se está em jogo a efetivação de direitos humanos é criação, na legislação previdenciária, de dispositivo que toma como fundamento a presunção de má-fé, como se depreende da exposição de motivos da Lei nº 13.846/19, mediante a exigência de um início razoável de prova material, adstrito aos dois anos anteriores ao óbito do instituidor do benefício para a caracterização de união estável.

A exigência do início de prova material é exigida da seguinte forma. Caso o companheiro ou a companheira possua no mínimo duas provas documentais, o Decreto nº 3.048/99 autoriza a dispensa de qualquer outro elemento probatório para caracterizar a união estável (§3º do art. 22 do decreto supramencionado), com a condicionante de que esses documentos tenham sido produzidos no prazo de dois anos anteriores ao óbito do instituidor do benefício, conforme §6º do art. 16 do referido decreto.

Caso possua apenas uma prova documental, será necessária a oitiva de testemunhas cuja nomenclatura denomina-se justificção administrativa, conforme previsão constante da Instrução Normativa n. 128 de 2022 do INSS, em seu art. 22.

Reportando-se à documentação que os companheiros ou companheiras deverão apresentar para fazer jus à pensão por morte, o Decreto nº 3.048/99 estabelece um rol exemplificativo de documentos que, regra geral, conduz a prática de uma relação permeada por atividades econômicas devidamente formalizadas, o que acaba prejudicando contundentemente os beneficiários hipossuficientes, ou seja, as pessoas desprovidas de poder aquisitivo.

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1998. V.2, p 65.

Analisando o rol de documentações elencados pela lei, percebe-se claramente o viés de formalização de atos econômicos, consoante se depreende do art. 22 do Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social):

O que se discute, no caso em tela, é o acesso a um benefício previdenciário de natureza alimentar – essencial para a sobrevivência, sobretudo de pessoas hipossuficientes, a ser concedido após óbito do seu instituidor. Importante ressaltar que o prazo para apresentação dos documentos é extremamente exíguo - de 90 dias, segundo o art. 105, I do Dec. Nº 3.048/99 – para a comprovação da existência da união estável relativamente aos dois anos anteriores ao óbito do companheiro ou da companheira, sem que exista qualquer possibilidade de produção de prova testemunhal para a comprovação da união pública, duradoura e pública.

Antes da edição da MP 871/19, que foi convertida na malsinada Lei nº13.846/19, a legislação previdenciária, ao disciplinar quem seriam os dependentes legais, não continha qualquer disposição limitante, não obstante o Decreto nº 3.048/99 exija a apresentação de, no mínimo, dois documentos para a comprovação da união estável, conforme §3º do art. 22 do referido ato normativo.

A legislação previdenciária (§3º do art. 16 da Lei nº 8.213/91) considera companheiro a(o) a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição da República de 1988.

A lei nº 9.278/96 disciplina a união estável da seguinte forma: “Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”. Importante mencionar que a Constituição somente considera união estável a relação pública e duradoura de quem não é casado, ou seja, de quem não possui qualquer impedimento para contrair o matrimônio.

A redação mais recente sobre o conceito de união estável foi dada pelo Dec. Nº 10.410/20, ao dar nova redação para o art. 16 do Dec. nº3.048/99, de forma a incluir os casais homoafetivos, não importando o sexo, tão somente o intuito de se constituir família, *in verbis*:

§ 6º Considera-se união estável aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre pessoas, estabelecida com intenção de constituição de família, observado o disposto no § 1º do art. 1.723 da Lei nº 10.406, de 2002 - Código Civil, desde que comprovado o vínculo na forma estabelecida no § 3º do art. 22.

No que tange à comprovação da condição de união estável, vale destacar as lições de *Priscila Simonato*:¹⁹¹

¹⁹¹ MIGUELI, Priscilla Milena Simonato de. *Pensão por morte e os dependentes do Regime Geral de Previdência Social: de acordo com a EC 103/2019 (Reforma da Previdência) e Decreto nº 10.410/2020*. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2021, p.87

O art. 22, §3º do Decreto 3.048/99 elenca os documentos que deverão ser apresentados para a comprovação da união estável, contudo, tal exigência afasta o direito previdenciário daqueles que são companheiros, pois, muitas vezes, a união estável é pautada na total informalidade, em situações em que os companheiros passam a conviver com o objetivo de constituir família, mas, em razão da realidade socioeconômica em que se enquadram, não possuem nenhum documento para comprovar sua união, nem mesmo comprovante de residência no mesmo endereço, assim, a legislação previdenciária, indo de encontro com a intenção do constituinte, afasta a concessão do benefício de pensão por morte para àqueles que não possuem documentos para comprovar sua condição de dependente.

Esta exigência regulamentar sempre foi considerada ilegal pelo Poder Judiciário, pois não tem o Decreto competência para inovar o ordenamento jurídico previdenciário, tendo sido pacificado na jurisprudência o entendimento de que bastava a prova testemunhal para a comprovação da união estável, sem necessidade de comprovação de dependência econômica, conforme se infere do julgado sumular nº 63 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais: A comprovação de união estável para efeito de concessão de pensão por morte prescinde de início de prova material.

Para a comprovação da condição de dependente enquanto companheiro(a), o Dec. Nº 3.048/99, mediante alteração proporcionada pelo Dec. nº 10.410/20, estabelece um rol de documentos que serviriam como prova material da união estável. São eles:

- § 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, deverão ser apresentados, no mínimo, dois documentos, observado o disposto nos § 6º-A e § 8º do art. 16, e poderão ser aceitos, dentre outros:
- I - Certidão de nascimento de filho havido em comum;
 - II - Certidão de casamento religioso;
 - III - declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;
 - IV - Disposições testamentárias;
 - VI - Declaração especial feita perante tabelião;
 - VII - prova de mesmo domicílio;
 - VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;
 - IX - Procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
 - X - Conta bancária conjunta;
 - XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;
 - XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;
 - XIII - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;
 - XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;
 - XV - Escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;
 - XVI - declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou
 - XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Considerando os documentos indicados pela legislação, é necessário perceber que vários desses documentos são de difícil obtenção ou que pouco dizem sobre a realidade fática da maioria dos brasileiros. Exemplificativamente, o inciso I, que diz respeito à certidão de

nascimento de filho em comum, nem todos os casais em união estável tem filhos, o que por si só não é capaz de afastar a intenção de constituir família. Além disso, em função da necessidade da contemporaneidade da documentação (em até 02 anos antes do óbito), caso o filho em comum tenha mais de dois anos, a certidão não poderia ser utilizada, o que representa um absurdo jurídico.

Nesse esteio, cumpre trazer os ensinamentos de Migueli¹⁹²:

O Decreto 3.048/1999 traz a possibilidade de provas materiais que estão ligadas a vida financeira do casal ou dos dependentes, tal como, conta bancária em conjunto, imposto de renda, imóveis, etc. No período da pandemia do Covid-19, ao ser pago o auxílio-emergencial, cerca de 40% dos beneficiários não possuíam conta bancária, o que demonstra a desbancarização da sociedade brasileira. Além de não possuir conta bancária, muitos brasileiros se encaixam na categoria de isento do imposto de renda, não sendo necessário apresentar a declaração anual, logo, não informa quem são seus dependentes. Se o brasileiro não tem, muitas vezes, de ter conta bancária e declarar imposto de renda, teria ele condições de adquirir um imóvel, outorgar uma fiança, ter convênio médico, seguro de vida? É uma parcela mínima da população que possui esses privilégios.”.

Cumpre mencionar que o art. 226, §3º estabelece que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Aspecto que merece discussão, sob o ponto de vista do pacto fraternal, é a disposição constitucional que atribuiu à família um status especial, muito embora na legislação previdenciária haja a exigência do casamento e da união estável perfazerem um prazo mínimo de dois anos para que a pensão seja paga além do prazo de 4 (quatro) meses (conforme art. 114, V, alínea ‘b’ do Dec. Nº 3.048/99).

Nesse ponto, o afeto, o amor, a fraternidade e o princípio da presunção da boa-fé são valores jurídicos ultrajados, a partir do momento em que a ordenamento previdenciário garante a pensão por apenas quatro meses, em valores que corresponderiam a um auxílio-funeral, por exemplo. O benefício somente será devido pelos prazos legais (constantes do art. 114, V, ‘c’, do Decreto nº 3.048/99) caso o matrimônio ou união tenham sua duração comprovada para além dos dois anos que o regulamento exige.

Nessa questão, há de forma subjacente o objetivo de promover o combate a fraudes. Não se nega a possibilidade de que pessoas com doenças graves contraiam casamentos fraudulentos, muitas vezes até poucos dias antes do óbito, com o intuito de gerar pensão para

¹⁹² MIGUELI, Priscilla Milena Simonato de. *Pensão por morte e os dependentes do Regime Geral de Previdência Social: de acordo com a EC 103/2019 (Reforma da Previdência) e Decreto nº 10.410/2020*. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 89.

um cônjuge fictício ou até mesmo companheiro ou companheira, sem a existência de qualquer elemento constitutivo dessas relações.

Mas fato é que o INSS se encontra incumbido do poder de autotutela e de outros meios para coibir fraudes, como por exemplo o recebimento de denúncias anônimas, possibilidade de investigação quando existem indícios de irregularidade e há também a hipótese de instauração de processo administrativo, mediante exercício do contraditório e da ampla defesa, não podendo dispor de uma presunção legal que obstaculiza o acesso a um direito fundamental.

Sob o enfoque do princípio da fraternidade e da solidariedade o INSS desconsidera que as pessoas, em princípio, não agem de má-fé, cabendo à autarquia previdência comprovar a torpeza e não presumi-la, inserindo o segurado em uma situação de vulnerabilidade exatamente em um momento em que a pessoa se encontra mais desprotegida ante o óbito de um ente querido.

9 CONCLUSÃO

A partir da construção da presente dissertação, tentou-se analisar o Pacto Fraternal Previdenciário, em um contexto de aplicação dos direitos sociais e do reconhecimento da condição dos sujeitos hipervulneráveis para o Direito Previdenciário.

A partir dessa pesquisa, é possível afirmar que antes da CR/88 não havia um sistema de Seguridade Social no país, tendo em vista que, pela primeira vez, foram vinculados à noção de cidadania Conforme visto no capítulo 3, o que se verificava eram algumas prestações sociais destinadas a alguns grupos específicos, especialmente aos funcionários públicos; a assistência médica hospitalar era prestada pelo INAMPS e restrita aos empregados da iniciativa privada, contribuintes do INPS, contudo não havia um sistema universal que contemplasse a maioria dos brasileiros, independentemente de contribuição.

A formação tríplice da Seguridade Social, que engloba a Assistência Social, a Saúde e a Previdência Social foi um marco importantíssimo em matéria de proteção social para os cidadãos brasileiros.

A Assistência Social é um direito de todo cidadão que dela necessitar e está organizada por meio do Sistema Único de Assistência Social, presente em todo o território nacional. Tem como objetivo a proteção social dos cidadãos, por meio de serviços, benefícios, programas e projetos, independentemente de contribuição.

O outro componente da Seguridade Social é Saúde, organizada na forma do Sistema Único de Saúde, que representa um conjunto de medidas executadas pelo Estado visando a garantia do bem-estar físico, mental e social da população, de forma descentralizada, que atende os indivíduos de forma integral e universal.

Até 1988, o Sistema Previdenciário brasileiro apresentava características de desorganização e descentralização, o que por muitas vezes acabava por obstar o acesso das pessoas às prestações previdenciárias, especialmente os mais desafortunados do ponto de vista financeiro, que representam um grupo de sujeitos hipervulneráveis.

Com a evolução da legislação previdenciária e com o crescimento do número de trabalhadores no país, verificou-se um movimento de fortalecimento das normativas previdenciárias, estas permeadas pela ideia de solidariedade e fraternidade, a partir da ideia de que todos seriam responsáveis pelo financiamento da Seguridade Social, incluindo os trabalhadores ativos, as empresas e a União, de forma a universalizar o tratamento do INSS e garantir o mínimo existencial ao máximo de beneficiários possíveis.

Nesse sentido, o segurado especial, aquele que exerce atividades de forma individual em regime de economia familiar, foi protegido pela legislação, mediante normas de inclusão previdenciária, o que criou um contexto fiscal desafiador. Diante do movimento de crescimento do número de beneficiários da Seguridade Social e de ampliação dos direitos sociais, como haveria recursos públicos de forma a contemplar todos os destinatários de prestações sociais?

O sistema de Previdência Social tem passado por diversas reformas desde a CR/88. Apesar do movimento de enrijecimento dos critérios para concessões de benefícios, o sistema previdenciário jamais perdeu seu caráter solidário e de repartição simples, não tendo havido uma mudança estruturante, mas tão somente tendo sido impostas maiores dificuldades para a concessão de benefícios ao longo do tempo, especialmente com a promulgação da EC nº 103/19, a mais recente delas.

É dentro desse contexto que foram feitas diversas considerações sobre a fraternidade e a solidariedade dentro da perspectiva previdenciária, de forma que representam valores que obrigatoriamente devem ser observados para que se alcancem os objetivos da Seguridade Social e da Previdência Social, especialmente o de garantir o bem-estar dos segurados, de conferir o mínimo existencial, de proporcionar desenvolvimento humano, de distribuir riquezas e de atingir uma ideia de justiça equitativa. Nesse sentido, é imperioso refletir que o princípio da precedência de fonte de custeio, por vezes, deve ceder ao princípio da fraternidade, ante a hipervulnerabilidade de alguns sujeitos e o compromisso assumido pela CR/88 de efetivação da cidadania dos sujeitos de direito. Nesse sentido, a proteção de sujeitos que vivem à margem da sociedade e convivem com miséria e dançam contra a morte, devem receber toda proteção possível por meio do sistema de seguridade social.

Nesse esteio, muito embora tenha se analisado a aplicação dos direitos sociais (direitos tipicamente de segunda dimensão), a fraternidade e solidariedade apresentam contornos de direitos de terceira dimensão, ou de direitos transindividuais, relacionando-se com o desenvolvimento humano, com o incentivo ao consumo, com a valorização do meio ambiente, mediante preocupação com o pleno bem-estar dos cidadãos, sempre em um contexto de cooperação. Supressão de autodeterminação dos povos

A dissertação explorou o conceito jurídico de fraternidade do ponto de vista filosófico, constitucional e infraconstitucional, conforme apontado nos capítulos 5, 6 e 7, objetivando a compreensão de como este valor deve orientar o direito previdenciário, ante o papel social da prestação previdenciária e assistencial, que apresenta caráter alimentar e serve para auxiliar os indivíduos a terem para si garantido o mínimo existencial, de forma a poderem exercer seus direitos e deveres de forma plena.

Para o direito previdenciário, todos os segurados são vulneráveis, na medida em que todos os indivíduos estão sujeitos a incorrerem em quaisquer contingências sociais descritas na legislação, tais como morte, velhice, doença, maternidade, reclusão, dentre outras situações de risco social. A dissertação apresentou um enfoque nos sujeitos hipervulneráveis, ou seja, aqueles que são marcados por relevantes diferenças sociais, em um contexto socioeconômico de maior dificuldade.

Fato é que a Seguridade Social pode ser considerada um direito fundamental material, na medida em que significa um substitutivo dos meios comuns de manutenção da sobrevivência humana e, conseqüentemente da dignidade humana. Trata-se de um direito indisponível, irrenunciável e inalienável.

Em se tratando de direitos fundamentais, é importante mencionar que é papel do Estado garantir aos cidadãos o exercício dos referidos direitos. Nesse sentido, tais direitos devem ser garantidos em harmonia com outros direitos fundamentais, valendo-se de uma técnica de ponderação, conforme leciona Robert Alexy, a partir do princípio da proporcionalidade.

A contribuição ao Regime de Previdência é obrigatória para qualquer cidadão que desenvolva uma atividade remunerada. Embora haja esse caráter de obrigatoriedade e universalidade, fato é que alguns beneficiários apresentam maior necessidade de proteção social, ante suas condições sociais, econômicas, de gênero, dentre outros aspectos relevantes. Dessa forma, o trabalho procurou dar um enfoque aos sujeitos hipervulneráveis, que são aqueles que apresentam marcadores socioeconômicos mais relevantes, do ponto de vista da imprescindibilidade de proteção social.

Dentro da ideia do pacto fraterno previdenciário, foram escolhidos três grandes casos paradigmáticos, de maneira a ilustrar e analisar como exemplos de sujeitos hipervulneráveis têm encontrado dificuldade para verem seus direitos garantidos, seja em instância administrativa, seja no âmbito judicial.

O primeiro caso abordado refere-se ao Tema 692 do STJ, que fixou o entendimento que os benefícios previdenciários concedidos via tutela antecipatória que posteriormente viesse a ser cassada deveriam ser devolvidos pelos beneficiários, situação absolutamente problemática, na medida em que as prestações alimentares se presumem consumidas, vez que se destinam à subsistência das pessoas.

Por meio de uma analogia com as verbas alimentares para o direito de família, buscou-se demonstrar a inadequabilidade do entendimento firmado no âmbito do STJ, que ignorou o caráter alimentar os benefícios, além de várias outras particularidades processuais,

considerando que diversos beneficiários receberam benefícios de boa-fé e alguns tiveram seus direitos confirmados em mais de uma instância da Justiça.

Além disso, demonstrou-se que a jurisprudência dominante sobre a matéria, até fixação da tese do Tema 692, era no sentido da impossibilidade de devolução dos valores referentes aos benefícios, o que evidenciou uma situação de guinada jurisprudencial. Além disso, o legislador se antecipou e criou uma norma infraconstitucional (MP nº 871/19 que se converteu na Lei nº 13.846/19) e passou a prever devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada, mantendo-se o desrespeito ao caráter alimentar dos benefícios previdenciários.

Dentro de uma perspectiva fraternal, considerando a importância das prestações previdenciárias, não poderia o nosso legislador e nem o judiciário endossarem a posição que defende a necessidade de devolução de tais valores recebidos a título de tutela antecipatória, que apesar de precária do ponto de vista processual, refere-se a um benefício alimentar e que se presume consumido, representando um ponto de crítica dentro da dissertação, uma vez que a necessidade de devolução é uma situação que deixa o recebedor do benefício em um estado de hipervulnerabilidade social.

É lógico assumir que, caso o beneficiário apresente-se em um contexto de ampla necessidade do benefício previdenciário, o pedido de tutela antecipada é um caminho natural para ver seu direito ser efetivado de forma mais rápida. Logo, diante dessa situação, é injusto que se exija a devolução dos valores percebidos caso a tutela seja revertida. Comparativamente, quando se trata do direito de família, não existe essa necessidade de devolução, entendimento que deveria ser replicado no direito previdenciário.

Outro caso paradigmático que foi abordado foi o tratamento jurisprudencial e legal conferido aos transsexuais, outro grupo notadamente hipervulnerável. Para fins previdenciários, o INSS tem a postura administrativa (conforme Nota Técnica colacionada) de considerar o sexo original do indivíduo. Essa situação traduz um desrespeito à dignidade do beneficiário, que se identifica com o sexo oposto ao de nascimento e em função de tal condição deve ser tratado conforme sua identificação.

O direito à mudança do registro civil para o sexo de identificação psicossocial é oriundo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que fixou a tese de que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Ou seja, o INSS, enquanto autarquia ligada ao Poder Executivo Federal, tem a obrigação de reconhecer a condição do segurado, não de oferecer óbices para seu enquadramento legal, incluindo os efeitos previdenciários.

Em uma perspectiva questionadora, a dissertação critica a Nota Técnica e a postura administrativa do INSS, ressaltando os fundamentos mais importantes da ADI que tramitou no STF e dá um panorama geral sobre a população trans e suas necessidades previdenciárias. Dentro de uma perspectiva fraternal, é injusto com essa parcela da população que seus direitos previdenciários não sejam assegurados assim como foi reconhecido seu direito de mudança de sexo registro civil, dentro dos parâmetros regulatórios fixados.

Outro caso paradigmático que foi abordado pela dissertação é a discussão acerca da exigência do início de prova material para o reconhecimento da união estável entre duas pessoas, situação que geralmente gera efeitos previdenciários, uma vez que ao companheiro é conferido o status de casado, tornando uma pessoa dependente da outra para fins previdenciários.

A MP nº 871/19, que foi convertida na Lei nº13.846/19, alterou a Lei nº 8.213/91, de modo a estabelecer a exigência da apresentação de início de prova material para a comprovação da união estável e da dependência econômica dos dependentes dos segurados do Regime Geral de Previdência Social.

O referido caso foi escolhido uma vez que, em um contexto de fraternidade aplicado ao direito previdenciário, a escolha legislativa desconsiderou o fato de que parcela significativa dos brasileiros vive um contexto de desigualdade informacional. A legislação passou a exigir que a comprovação da união estável fosse feita mediante um rol de documentos que traduzem um caráter eminentemente econômico, desconsiderando que muitas vezes a união estável é pautada na total informalidade, em contextos nos quais os companheiros se relacionam com o objetivo de constituir família, mas, em função da realidade socioeconômica em que se enquadram, não possuem nenhum documento para comprovar sua união, nem mesmo comprovante de residência no mesmo endereço.

Dessa forma, a legislação previdenciária, em sentido contrário à intenção do constituinte, afasta a concessão do benefício de pensão por morte para àqueles que não possuem documentos para comprovar sua condição de dependente, tornando-os hipervulneráveis e prejudicando-os na busca por seus direitos previdenciários.

De maneira geral, a presente dissertação procurou demonstrar que a ideia de solidariedade permeia todo o ordenamento jurídico, especialmente o direito previdenciário, que trata de prestações sociais destinadas à garantia do mínimo existencial.

Dentro da ideia do pacto fraterno previdenciário, a medida que se impõe é uma leitura que influencie o legislador, o judiciário e o próprio INSS, a agirem de forma cooperativa em relação aos beneficiários, uma vez que toda a sociedade é responsável pelo financiamento da

Seguridade Social e aos mesmo tempo é a destinatária da proteção social tão relevante para os vulneráveis e é mais importante ainda para os hipervulneráveis.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, J. M. As fontes primárias do direito: o debate europeu cerca de 1850 a 1950. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, p. 99-128, 13 ago. 2007.
- AFONSO, Luís Eduardo; FERNANDES, Reynaldo. *Uma estimativa dos aspectos distributivos da previdência social no Brasil*. São Paulo: Mimeo, FEA-USP, 2004
- ALADÁR MÉTALL, R. . As bases de organização do seguro social. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 5 - 12, 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/8447>. Acesso em: 28 nov. 2022.
- ALADÁR MÉTALL, R. . As funções econômicas do seguro social. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 31 - 38, 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/8173>. Acesso em: 28 nov. 2022.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993
- AMADO, Frederico. *Curso de Direito Previdenciário*. 14ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2021
- ANDRADE, Eli Iôla Gurgel. “Estado e Previdência no Brasil”. In: MARQUES, Rosa Maria [et al.]. *A Previdência Social no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003
- ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética de Hegel*. Coimbra. Ed. Almedina, AS, 2010
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Capítulos VIII e IX. Trad. De Pietro Nassetii. 4. Ed. São Paulo. Martin Claret, 2001.
- BAGGIO, Antônio Maria. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. In: BAGGIO, Antônio Maria. *O princípio esquecido: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. 1 v., p. 25-55.
- BAGGIO, Antônio Maria (Organizador); [Traduções Durval Cordas, Luciano Menezes Reis]. *O Princípio Esquecido*. Exigências, recursos e definições da fraternidade na Política. Vargem Grande Paulista SP. Cidade Nova, 2009
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª Ed. Saraiva, São Paulo, 1998
- BEVERIDGE, William. *O Plano Beveridge*. Tradução: Almir Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1943
- BEZERRA, Gustavo Cunha. A piedade natural em Jean-Jacques Rousseau. In: *Colloquium Humanarum*, Presidente Prudente, v.7, n.2

BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro. Encyclpaedia Britannica, 1980. Edição Ecumênia.

BIROLI, Flávia. *Gênero e Desigualdades: os limites da democracia no Brasil*. São Paulo, Editora Boitempo, 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*; Apresentação de Celso Lafer. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; 2ª Ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, Atlas, 2022.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ªed. Brasília: UNB, 1999

BOLLMANN, Vilian. *Hipótese de Incidência Previdenciária e Temas Conexos*. São Paulo, Ltr, 2005

BORGES, Mauro Ribeiro. *Previdência Funcional e Regimes Próprios de Previdências*. Curitiba: Juruá, 2003

BRASIL. Código Comercial. Lei nº556, de 25/06/1850. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em 27/10/2022
BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24/02/1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16/07/1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10/11/1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18/09/1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (1824). De 25/03/1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Decreto-Lei nº3.832, de 18/11/1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3832.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Decreto-Lei nº72, de 21/11/1966. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-72-21-novembro-1966-375919-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Decreto nº127, de 29/11/1892. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL127-1892.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Decreto nº4.682, de 24/01/1923. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4682-24-janeiro-1923-538815-publicacaooriginal-90368-pl.html>. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Decreto nº 5.109, de 20/12/1926. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5109-20-dezembro-1926-564656-publicacaooriginal-88603-pl.html>. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Decreto nº 5.128, de 31/12/1926. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5128-31-dezembro-1926-563812-publicacaooriginal-87861-pl.html>. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Decreto nº 5.485, de 30/06/1928. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5485-30-junho-1928-562355-publicacaooriginal-86343-pl.html>. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Decreto nº 19.433, de 26/11/1930. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19433-26-novembro-1930-517354-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=DECRETA%3A,Com%C3%A9rcio%2C%20sem%20aumento%20de%20de%20despesa>. Acesso em 17/10/2022

BRASIL. Decreto nº 19.540, de 27/12/1930. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19540-27-dezembro-1930-524653-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Decreto nº 26.778, de 14/06/1949. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26778-14-junho-1949-453076-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Decreto nº 34.586, de 12/11/1953. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-34586-12-novembro-1953-328044-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12/11/2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Lei Complementar nº11, de 25/05/1971. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp11.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Lei nº 1.711, de 28/10/1952. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1711.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Lei nº 3.807, de 26/11/1960. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13807.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Lei nº 4.266, de 03/10/1963. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14266.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Lei nº 5.859, de 11/12/1972. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15859.htm#:~:text=L5859&text=LEI%20N%C2%BA%205.859%2C%20DE%2011%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201972.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20profiss%C3%A3o%20de%20empregado%20dom%C3%A9stico%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 27/10/2022

BRASIL. Lei nº 6.439, de 01/09/1977. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16439.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24/07/1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24/07/1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Lei nº 8.742, de 07/12/1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Lei nº 8.899, de 29/06/1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18899.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.899%2C%20DE%2029%20DE%20JUNHO%20DE%201994.&text=Concede%20passe%20livre%20%C3%A0s%20pessoas,Art. Acesso em 28/10/2022

BRASIL. Lei nº 9.876, de 26/11/1999. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm, acesso em 27/10/2022

BRASIL. Lei nº 10.741, de 01/10/2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em 28/10/2022

BRASIL. Lei nº 11.457, de 16/03/2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111457.htm. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Livro Branco da Previdência Social*. Brasília: MPAS/GM, 2002. Disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/mps000002.pdf>. Acesso em 27/10/2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema Repetitivo 692. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&ti_po_pesquisa=T&cod_tema_inicial=692&cod_tema_final=692. Acesso em 28/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2649/DF. Relatoria: Min Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Publicação em 17/10/2008. Disponível em

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em 28/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3768/DF. Relatoria: Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Publicação em 26/10/2007. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur89237/false>. Acesso em 28/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186/DF. Relatoria: Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Publicação em 20/10/2014. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em 28/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 636.941, de relatoria do ministro Luiz Fux, *DJe* de 4.4/2014, com Repercussão Geral – Tema 432. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046759&numeroProcesso=636941&classeProcesso=RE&numeroTema=432>. Acesso em 27/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.275*. Distrito Federal. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em 17/11/2022.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro. Forense, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BROCHADO, Mariah; GARCIA, Luiz Carlos. REFLEXÕES SOBRE AS VIOLÊNCIAS CONTRA A MULHER: DESDE A SUA CONDIÇÃO DE GÊNERO ATÉ A SUA CONDIÇÃO POLÍTICA. In: Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida; Daniela Miranda Duarte. (Org.). *DIVERSIDADE E DIREITOS HUMANOS: algumas perspectivas em movimento*. 1ed.: , 2022, v. 1, p. 15-374.

BROCHADO, Mariah; SANTOS, Roberto de Carvalho; PORTO, Lucas Magno de Oliveira; PRADO, Maria Gabriela Machado. Apontamentos sobre o princípio da fraternidade no Direito Previdenciário. In: *Novas perspectivas do direito previdenciário*, Belo Horizonte: Editora IEPREV, 2021, p. 109-132, 2021.

BROCHADO, Mariah. *O Direito Fraternal e a Arquitetura do Bem-Estar: Realização dos direitos de solidariedade como direito cosmopolita*. No prelo.
Correto conforme ABNT

BROCHADO, Mariah. *Direito e Ética*. A eticidade do fenômeno jurídico. São Paulo: Landy, 2006.

CABRAL, Roque. *Fraternidade*. In: Polis: Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado. Lisboa/São Paulo: Verbo, [s.d].

CARDUCCI, Michelle. *Por um Direito Constitucional Altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COELHO, Vera Schattan Pereira (org.). *A Reforma da Previdência Social na América Latina.*, São Paulo: Editora FGV, 2003.

COSTA, Antonio Filipe. *A Fraternidade. Análise filosófica teleológica e pedagógica – didática da unidade letiva 5 do programa de Educação Moral e Religiosa Católica do 5 ano de escolaridade*. Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Teologia. Instituto de Ciências Religiosas. Mestrado em ciências Religiosas. Especialização: Educação Moral e Religiosa Católica, Porto, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio. *Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

DARDOT, P. LAVAL, C. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Contribuição para o Finsocial. *Revista de Direito Tributário*, v.55. São Paulo: Malheiros, p. 210-211, 1992

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Estado Social e Princípio da Solidariedade. *Revista NOMOS*, v. 26, p. 171-184, 2007. Acesso em 10/10/2022. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20117/30750>.

DOSTALER, Gilles. *Keynes et ses combats*. Paris: Albin Michel, 2005

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2017, pg 1632

FOUCAULT, Michel. *Naissance de la biopolitique* (Paris, Seuil/Gallimard, 2004)

FREEDEN, Michael. *Liberalism Divided: A Study in British Political Thought 1914-1939* Oxford, Clarendon, 1986.

GARCIA, Luiz Carlos. *A DIVERSIDADE É A REGRA - DISCURSOS PSEUDONATURALISTAS E SUA INFLUÊNCIA NA FORMAÇÃO DAS IDENTIDADES E CONSTRUÇÃO DO DIREITO*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais (Faculdade Direito), 2021.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid. Trotta, 1998.

HARVEY, David. *Para entender O Capital: Livro I*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Editora Boitempo, 2013.

HORTA, Raul Machado. *Constituição, Direitos Sociais e Normas Programáticas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição de 2002. Disponível em: www.tce.mg.gov.br/revista. Acesso em 13/10/2022.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 13ª Ed: São Paulo: Rideel, 2022

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Tradução de Adela Cortina Orts e Jesus Conill Sancho. Madrid: Editorial Tecnos, 1994

KEYNES, John Maynard, *The End Of Laisser-faire*, (Marselha, Agone, 1999)

LAURENT, Alain. *Le liéralismo américain: histore d’um détournement*. Paris: Les Belles Lettres, 2006

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
Suprimia segunda obra igual

MACHADO, Clara. *O Princípio Jurídico da Fraternidade: Um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

MARTINS, Flávio Alves Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

MARX, Karl. *O Capital: Crítica da economia política*. Volume 1: Livro primeiro – O processo de produção do capital. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda. 1996.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da Economia Política*. Livro 1: O processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013

MINISTRO Barroso. vota pela manutenção de regras da Reforma da Previdência de 2019. *Supremo Tribunal Federal*, 16/09/2022.
<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494269&ori=1>. Acesso em 28 nov. 2022.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2015

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31ªed. São Paulo: Atlas, 2015

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 6.ed.rev.atual. São Paulo: LTr, 1993.

MORENO, Angel Guillermo Ruiz; *Nuevo derecho de la seguridad social*. México: Porrúa, 1997.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 2ª Ed. Coimbra. Almedina, 2004

NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67596/70206>. Acesso em 28/10/2022.

OLIVEIRA, Antônio Carlos de. *Direito do trabalho e previdência social: estudos*. São Paulo. LTr, 1996.

PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. A constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Brasília: Senado Federal, 2006.

Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496901/RIL169.pdf?sequence=1#page=100>. Acesso em: 28 nov. 2022.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: RT, 2002

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgard (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 117-142. Disponível em:

http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 02 de junho de 2020.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 12 ed. Roma: Laterza, 2005

ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social na perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*. 2. Ed. São Paulo: RT, 1981.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*/Jean Jacques Rousseau; [introdução de João Carlos Brum Torres]; tradução de Paulo Neves. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2008

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 6.ed. rev. Ampl. Curitiba: Juruá

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. Petrópolis: Vozes, 1976.

SANDEL, Michael; *Justiça- o que fazer a coisa certa*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 6. ed. Curitiba: Alteridade, 2016.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 33.

SERRA E GURGEL, J. B. *Reforma de Previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998

SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado Social*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (coord). *Princípio humanistas constitucionais: reflexões sobre o humanismo no século XXI*. São Paulo, Letras Jurídicas, 2010.

STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofia del derecho*. Tradução de W. Roses. México: Edinal Impressora, 1974.

STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 177, p. 29–49, 1989. DOI: 10.12660/rda.v177.1989.46113. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 28 nov. 2022.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). *O princípio esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009. 2 v., p. 43-64.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2007