

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

CARLOS LUIZ STRAPAZZON

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

OTON DE ALBUQUERQUE VASCONCELOS FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, José Ricardo Caetano Costa, Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-186-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência Social. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

No Grupo de Trabalho DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, foram apresentados 24 trabalhos que refletiram nas questões relacionadas majoritariamente aos direitos previdenciários, da saúde, da assistência e alguns outros direitos fundamentais sociais previstos no artigo 7º da CF/88. As apresentações e os debates demonstraram a maturidade e pertinência dos resultados das pesquisas apresentadas, na sequência da primeira experiência deste GT, que estreou no Conpedi de Belo Horizonte. As temáticas abordadas, aliado ao contexto de reformas na seguridade social (especialmente na Previdência Social), que o País novamente enfrenta, justificam este GT como um locus privilegiado de pesquisa, debate e contribuição da academia na formulação e reformulação de políticas públicas neste campo. Os Coordenadores do GT agradecem a todos os que dele participaram, na certeza de que o sucesso e consolidação do GT depende justamente dos pesquisadores que se dedicam a esta seara. Eis uma síntese dos trabalhos apresentados.

01 - No artigo A CARACTERIZAÇÃO DE AUXÍLIOS-DOENÇA ACIDENTÁRIOS POR TRANSTORNOS MENTAIS APÓS A CRIAÇÃO DO NTEP, de Camila Marques Gilberto e Lilian Muniz Bakhos, as autoras apresentam um estudo sobre a depressão no trabalho, trazendo dados internacionais. O artigo une o direito previdenciário ao trabalhista, analisando os impactos dos transtornos psíquicos no mundo do trabalho. A depressão, através dos dados colhidos, passou a ser um dos principais motivos para afastamento do trabalho. Analisaram o custo social da depressão. Verificaram os efeitos da Lei n. 9032/95 e suas implicações no direito do trabalho e no direito previdenciário.

02 – No artigo A FLEXIBILIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CRITÉRIO DA NECESSIDADE NA ASSISTÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA, de Pâmela Cristine Bolson e Juliana Toralles dos Santos Braga, as autoras analisam o critério de necessidade instituído pela Constituição Federal de 1988, demonstrando que esse critério não foi instituído, seja na seara administrativa, no âmbito do INSS, seja na construção jurisprudencial. As autores analisam os julgados do TRF4.

03 – No artigo A PREVIDÊNCIA SOCIAL FUNDAMENTAL COMO (NOVO) CONTEÚDO MÍNIMO DA CIDADANIA SOCIAL, de Fernando Amaral, o autor busca demonstrar a evolução geracional dos direitos do homem, analisando a cidadania civil e a social. Busca demonstrar que existe dentro da cidadania social um conteúdo mínimo de

dignidade que deve ser aplicado, buscando construir uma determinada cidadania social existencial a partir destes elementos.

04 – No artigo A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DE UMA CHANCE NA APOSENTADORIA ESPECIAL, de autoria de Eric Vinicius Galhardo Lopes, o autor constatou que grande parte dos segurados tiveram seus pedidos indeferidos porque não detêm o PPP. As empresas não fornecem os mesmos, não possuem os PPPs ou até mesmo não existem mais. O empregado não concorreu com qualquer culpa nestes casos. Conclui que o INSS deve ser responsabilizado pela perda de uma chance nestes casos. Isso porque a responsabilidade do Ente Público sempre é objetivo.

05 – No artigo ANÁLISE DA CONDIÇÃO DO CHEFE OU ARRIMO DE FAMÍLIA EM FACE DA CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER, de autoria de Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto, o autor apresenta uma análise dos tratados e convenções internacionais, propondo que o Judiciário deverá utilizar os Tratados aos quais o Brasil é signatário quando da decisão das questões envolvendo os direitos previdenciários. Entende que o Poder Judiciário deverá aplicar o Controle de Convencionalidade de ofício. Segundo este entendimento, no caso da aposentadoria por idade às trabalhadoras rurais, o autor entende que deva ser utilizada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, buscando retroceder os efeitos desta Convenção para o dia 21/03/84.

06 – No artigo AS TUTELAS DE URGÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIÇA E AO MÍNIMO EXISTENCIAL NA DIVERGÊNCIA ENTRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL E O EMPREGADOR QUANTO À CAPACIDADE LABORATIVA DO TRABALHADOR EMPREGADO, de autoria de Rose Maria dos Passos e Rodrigo Garcia Schwarz, os autores analisam a convergência do Direito do Trabalho e a Previdência Social. Analisam a questão da incapacidade laboral não constatada na perícia médica previdenciária, em virtude de a empresa não aceitar o trabalhador por entender que ele está ainda incapacitado. Verificam, na pesquisa, as implicações desta situação em que os autores denominaram de “limbo previdenciário.”

07 – No artigo CONSTRUÇÃO DE GÊNERO: DIREITO, CORPO E VIOLÊNCIA, dos autores Júlia Francieli Neves de Oliveira e Leonel Severo Rocha, os autores analisam historicamente a questão do gênero, apontando os cerceamentos que as mulheres passaram historicamente. inicialmente, investigam a castração feminina. Verificam a nova divisão do trabalho no capitalismo, estudando o discurso religioso e a sexualidade negada, para, ao final, realizarem uma abordagem psicanalítica da construção da sexualidade e identidade feminina.

08 – No artigo DESAPOSENTAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, o autor Luiz Carlos Mucci Júnior analisa a desaposentação à luz dos direitos da personalidade, analisando as encíclicas papais e os tratados internacionais. Analisa o nascimento dos direitos da personalidade e as contradições que esta concepção apresenta. Investiga o instituto da desaposentação e seu trâmite no STF.

09 – No artigo DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTOS: DETERMINANTES E CONSEQUÊNCIAS, o autor Eliseu Sampaio Nogueira analisa os impactos da desoneração da folha de pagamento, investigando o sistema de seguridade e os impactos destas desonerações na economia. O impacto é de até 44 bilhões de reais. Entende que as desonerações não foram feitas de forma adequada, pois não foram realizados estudos sobre as atividades e setores que foram beneficiados. Conclui que a União não repôs o que retirou da Seguridade Social. Entende que a unificação das receitas (fiscais e previdenciárias) foram feita de forma inconstitucional.

10 – No artigo DIREITO À SAÚDE: A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE À LUZ DA TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH, dos autores Paulo Cerqueira de Aguiar Soares e In amaria Mello Soares, os autores analisam a relação médico com o paciente, utilizando a teoria de Axel Honneth, aplicando as categorias que este autor desenvolveu. O amor, o direito e a solidariedade são as categorias que os autores apontam para realizar a análise entre a relação médico e paciente. Analisam a medicina e suas especialidades. Avaliam os planos de saúde e a mercantilização da saúde.

11 – No artigo DIREITO SOCIAL À SAÚDE NO ESTADO BRASILEIRO: ASPECTOS HISTÓRICOS E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, de Têmis Linberger e Brunize Altamiranda Finger, os autores analisam o ingresso dos direitos sociais na ordem constitucional e sua proteção pelo Estado. Avaliam que no Brasil não houve o Estado Social. Apontam que é a partir da CF/88 que surge o Estado Social brasileiro. Analisam as crises do Estado Social, apontando como primeira crise a financeira, a segunda é a crise ideológica e a terceira a crise filosófica. Apontam que a judicialização da saúde está diretamente ligada a este Estado Social e sua não efetividade. Avaliam o direito à saúde após a CF/88, enfocando o SUS e suas atribuições.

12 – No artigo DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL – A SOLIDARIEDADE COLETIVA, SOBREPUJANDO O DIREITO INDIVIDUAL, de José Waschington Nascimento de Souza e Monica Menezes da Silva, os autores analisam a

proteção contra alguns infortúnios, mesmo sem que não tenha contribuição por parte do jurisdicionado, como é o caso da Saúde e da Assistência Social. Trazem a desaposentação para demonstrar a validade do princípio da solidariedade.

13 – No artigo FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: COMPENSAÇÃO DE JORNADA – BANCO DE HORAS, de Rodrigo Guilherme Tomas e Merhej Najm Neto, os autores analisam historicamente a limitação da jornada do trabalho, desde a Revolução Industrial e outras leis e institutos. Verificam que na CLT consta a limitação da jornada de trabalho. Entendem que o banco de horas revela uma flexibilização dos direitos trabalhistas.

14 – No artigo JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA (RE)AFIRMAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DO IDOSO AO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL, de Kaira Cristina da Silva, a autora analisa a importância da jurisdição democrática, enfocando o direito do idoso aos benefícios sociais. Explicita os direitos fundamentais, no sentido de que os direitos dos idosos devem ser entendidos como direito fundamental. Analisa a questão da renda familiar “per capita”, investigando a jurisdição constitucional e o acesso à justiça.

15 – No artigo MODELOS DE SISTEMAS DE PROTEÇÃO DO DIREITO HUMANO À SEGURANÇA SOCIAL, de Carlos Luiz Strapazzon e Clarice Mendes Dalbosco, os autores apontam a proteção dos direitos sociais a partir da segurança social. Analisam os diferentes regimes de proteção social, verificando como os Estados regulamentaram isso, bem como os riscos sociais que estes Estados passaram a observar e desenvolver. Analisam os tratados internacionais. Apontam para o uso da expressão segurança social e não seguridade social.

16 – No artigo O MAGISTRADO, A TUTELA DE URGÊNCIA NOS PEDIDOS DE MEDICAMENTOS E A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL, de Rodrigo Gomes Flores e Liane Francisca Hüning Pazinato, os autores analisam a concessão dos medicamentos, especialmente na justiça comum, em que os magistrados deferem os medicamentos utilizando os procedimentos comuns. Apontam os gastos da saúde no Rio Grande do Sul, em 2013, os dispêndios nestes casos chega a mais de 60%. Analisa o que denomina de “mito da urgência”, defendendo a tese de que sempre nestes casos deva ser ouvido o administrador da saúde.

17 – No artigo O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÍNDROME DE FRANKENSTEIN NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UMA SÚMULA VINCULANTE INCONSTITUCIONAL, de Marco Cesar de Carvalho, o autor analisa as regras da aposentadoria especial do Regime Geral de Previdência Social, aplicado aos Regimes

Próprios, apontando que os critérios de ambos os regimes são incompatíveis. Com isso, torna-se inviável utilizar-se os critérios do RGPS para a concessão dos benefícios constantes nos RPPS.

18 – No artigo OS DIREITOS SOCIAIS DO IDOSO NO BRASIL: DIAGNÓSTICOS E PERSPECTIVAS DA SEGURIDADE SOCIAL, de Roberta Terezinha Uvo Bodnar, a autora analisa a Assistência, a Previdência e a Saúde. Indaga a efetividade dos direitos à Saúde em virtude das grandes demandas. Em relação à Assistência Social, o benefício social concedido não é suficiente para garantir a proteção mais global. Conclui que o direito assegurar às três áreas da seguridade social.

19 – No artigo OS IMPACTOS DA LEI N. 1135/2015 SOBRE O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE NOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, de autoria de Célia Regina Capeleti, a autora analisa as alterações da pensão por morte, decorrentes da Lei n. 1135/15, em relação aos servidores públicos. Todas as alterações legislativas apontam, segundo a autora, para a padronização dos direitos entre os servidores públicos e os celetistas. Analisa os Fundos de Previdência dos servidores públicos. Verifica como o princípio da proibição do retrocesso social é aplicado no Brasil. Questiona se realmente estas mudanças havidas na pensão por morte representam um retrocesso social.

20 – No artigo PARA ALÉM DA REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS: A DESAPOSENTAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL, de autoria de Viviane Freitas Perdigão Lima, a autora analisou as questões econômicas que implicam a desaposentação. Em 2014 a ANFIP previu que o dispêndio seria em torno de 70 bilhões de reais. A autora investiga as implicações sociais trazidas pela desaposentação. Na CF/88 existem, segundo constatou, quinze dispositivos constitucionais que permitem a desaposentação.

21 – No artigo PRINCÍPIO DA IGUALDADE: POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA PENSÃO POR MORTE AO FILHO UNIVERSITÁRIO ATÉ OS VINTE QUATRO ANOS?, de autoria de Alex Pereira Franco, o autor utilizou outras fontes de pesquisa, fora do direito, para justificar sua tese. Conclui que o princípio da seletividade e o da distributividade, não é possível estender a pensão por morte ao filho universitário superior aos 24 anos. Entende que a posição do STJ é correta nesse sentido de não manter este benefício.

22 – No artigo REFLEXÃO SOBRE O CONSTRUTIVISMO OU ATIVISMO JUDICIAL: NA PERSPECTIVA DE SER UM INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO JUDICIAL NO

ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES PREVIDENCIÁRIO-TRABALHISTA, de autoria de Silvia Maria Maia Xavier, a autora analisa as sentenças trabalhista que não possuem efetividade para a Previdência Social, uma vez que é necessário que os trabalhadores ingressem novamente com as demandas na Justiça Federal. Analisa a cooperação e o diálogo institucional na perspectiva de avaliar as sentenças trabalhistas e sua efetividade na Previdência Social.

23 – No artigo TABAGISMO E OBESIDADE: OS REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES, de autoria de Manuela Corradi Carneiro Dantas e Adrienne Rodrigues-Coutinho, as autoras buscam demonstrar a discriminação dos trabalhadores quando são tabagista e estão na fase da obesidade. Avalia se nestes casos é concedido os benefícios do auxílio-doença a estes trabalhadores. Faz uma análise dos diversos tipos de Estado, verificando os tratados internacional e sua aplicabilidade neste sentido. Analisa os dados do tabagismo no Brasil, bem como os mecanismos para coibir o tabagismo no Brasil. A cada ano, morre no Brasil 200 mil pessoas com doenças relacionadas ao tabaco. Em 2014, pesquisa aponta que 51% das pessoas estão acima do peso.

24 – No artigo UMA BREVE E ATUAL ANÁLISE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL E A SUA PERSPECTIVA DE FUTURO NESTES TEMPOS HIPERMODERNOS, de autoria de Aline Fagundes dos Santos, a autora pretende investigar algumas questões previdenciárias na sociedade atual. Indaga como garantir os frutos dos benefícios futuramente, enfrentando as questões da feminização do mercado de trabalho, a mudança da família, a expectativa de vida e a queda da fecundidade, entre outros. Os dados apontam que em 2050 a pirâmide vai se inverter, entrando em choque o modelo de repartição simples até então suficiente. A questão levantada pela autora é justamente a sustentabilidade do sistema previdenciário.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa (FURG)

Prof. Dr. Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho (UPE)

**A PREVIDÊNCIA SOCIAL FUNDAMENTAL COMO (NOVO) CONTEÚDO
MÍNIMO DA CIDADANIA SOCIAL EXISTENCIAL**
**SOCIAL SECURITY AS FUNDAMENTAL (NEW) MINIMUM CONTENT OF
SOCIAL CITIZENSHIP EXISTENCIAL**

Fernando Amaral ¹

Resumo

Trata o presente artigo em investigar a evolução os direitos de cidadania social existencial e a inserção da previdência social dentro do seu conteúdo. Superado este ponto buscou-se na tradição doutrinária posta o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana onde esta é tratada dentro da espécie normativa regra, destacando que com esta abordagem quando este conteúdo não é cumprido pelo Estado o cidadão não existe juridicamente de forma digna. Concluiu-se, por fim, que há uma previdência social fundamental para segurados de baixa renda que compõe a cidadania social existencial. Utilizou-se da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direitos sociais, Cidadania, Previdência social fundamental

Abstract/Resumen/Résumé

It this article to investigate the evolution of the rights of existential social citizenship and the inclusion of social security within your content. Surpassed this point sought to the doctrinal tradition put the minimum amount of human dignity where it is treated within the normative rule species, noting that this approach when this content is not fulfilled by the State the citizen does not exist legally in a dignified manner. It was concluded finally that there is a fundamental social security for low-income insured that makes up the existential social citizenship. It used the bibliographical and jurisprudential research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Citizenship. fundamental social security

¹ Mestre em Direito e Justiça Social (FURG); professor efetivo na Universidade Federal do Rio Grande (FURG); pesquisador do CNPQ; advogado; músico. Email: nandoamaral@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo investigar, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a evolução dos direitos de cidadania social, sua dimensão existencialista e a possibilidade de inserção da previdência social neste conteúdo.

O desenvolvimento do artigo está estruturado em três partes.

A primeira parte se ocupou em demonstrar a evolução geracional dos direitos do homem, destacando a sua leitura dentro dos direitos de cidadania iniciando na cidadania civil e culminado na cidadania social.

A segunda parte ocupou-se por demonstrar que dentro da cidadania social há um conteúdo mínimo de dignidade e que a mesma deve ser aplicada modularmente dentro da espécie regra (norma/conduita) demonstrando que não cumprido este conteúdo de cidadania social existencial o cidadão está em estado de indignidade.

O terceiro momento se preocupou com a investigação de uma previdência social básica e sua emergente inserção no rol dos direitos sociais da cidadania social existencial e, assim, contribuir para o conteúdo da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

Assim, diante da emergência social existencial busca-se com a presente pesquisa o incremento dos direitos de cidadania e, dessa forma, contribuir para a evolução jurídica deste tema.

1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DE CIDADANIA

A evolução dos direitos é uma necessidade constante da vivência social. A cada fato social novo, poderá ter um olhar axiológico do Direito para se verificar a necessidade de juridicização e transformar os elementos deste fato social num suporte fático para incidência da norma, assim qualificando este fato em fato jurídico¹.

¹ Dentro da sua finalidade social, o Direito regulamenta alguns fatos da vida e, através dos textos jurídicos estatais ou paraestatais – dentro de uma perspectiva do pluralismo jurídico de matriz, por exemplo, Wolkmeriana (UFSC)-, eleva-os a categoria de fatos jurídicos. Dentro desse raciocínio, Miguel Reale, na sua *teoria tridimensional do direito* demonstra que a *norma* jurídica é a coexistência concreta de *fatos* segundo *valores* distintos. Preconiza REALE (**Lições Preliminares de Direito**, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 65, grifamos) que “Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um **fato** subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um **valor**, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou **norma**, que representa a relação ou medida que integra um daqueles momentos ao outro, o fato ao valor”. Reis Friede (**Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**, 6. ed. Rio de Janeiro: forense universitária, 2004, p. 108) destaca que alguns estudiosos criticam a *teoria tridimensional* de Reale por entenderem que há incontáveis dimensões e planos do conhecimento jurídico, e sob esta ótica esta teoria apenas polarizou o Direito em três âmbitos fundamentais. Este autor cita Oliveiros L. Litrento, que analisa o Direito sob a *pentadimensionalidade*, entendendo que ao lado das dimensões do *valor*,

Alguns direitos, no entanto, possuem uma qualificação especial. De fato, aqueles direitos qualificados como direitos do homem merecem uma atenção especial devido a fundamentalidade existencial do indivíduo, e por estarem estritamente ligados, de acordo com a doutrina, com outros temas fundamentais. Nestes termos Bobbio, (2004, p. 1) destaca que há uma relação de existência entre direitos do homem, democracia e paz. Para este autor italiano só há democracia numa sociedade de cidadãos, e estes, só existem, no sentido jurídico da palavra, quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais.

Este surgimento de novos direitos se dá através da historicidade social que, segundo Bobbio (2004, p. 63) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. Com base nesta historicidade Bobbio revelou uma classificação geracional de direitos do homem. Os de primeira geração (civis e políticos), os de segunda geração (direitos sociais), os de terceira geração (dentre eles o mais importante, segundo Bobbio é o de viver num ambiente não poluído). Bobbio destaca que se está ainda em constante evolução e cita os direitos de quarta geração advindo das reivindicações dos direitos do homem em relação a pesquisa biológica (BOBBIO, 2004, p. 5).

Sob a perspectiva dos poderes e deveres do Estado² em relação a estes direitos, para

fato e norma, existem necessariamente os aspectos dimensionais do *espaço* e *tempo*. Na verdade a falta de popularidade desta teoria esta na sua fragilidade argumentativa. Poderíamos citar, por exemplo, que certos atos num mesmo país é crime num estado e não em outro como ocorre nos EUA dentro do seu modelo federativo, tendo aí uma influência da dimensão *espacial*, e como exemplo da influência da dimensão *temporal* temos o instituto da enfiteuse, que não foi contemplado no novo Código Civil. Porém, pode-se dizer que certos fatos da vida são mais *valorados* em determinado local e tempo do que em outros, e, dessa forma, teremos que *espaço* e *tempo* são poderiam ser variáveis da dimensão valor. Seja como for a crítica que pode ser feita, sob o filtro da argumentação jurídica, e tomando por todos a teoria dos princípios de Humberto Ávila (UFRGS), é que o que o Estado produz não é a "norma" mas sim o texto jurídico pois esta é o resultado da compreensão do interprete baseada nas suas pré-compreensões (preconceitos) e, portanto, não pode ser posta previamente pelo legislador, somente quando este a interpretar de forma autentica e assim dar a sua interpretação é que podemos dizer que o Estado está produzindo a norma. Não existe norma jurídica dada, mas texto jurídico ofertado e norma como resultado da interpretação deste texto.

² Há forte dissenso doutrinário sobre a concepção de Estado. Segundo Paulo Bonavides (1994, pp 61-66) as concepções de Estado dentro da *acepção filosófica*, com base em Hegel, definiu o Estado como a *realidade da ideia moral*, a *substância ética consciente de si mesma*, a *manifestação visível da divindade*, colocando-o na rotação de seu princípio dialético da Idéia como a síntese do espírito objetivo, o valor social mais alto, que concilia a contradição Família e Sociedade, como instituição acima da qual sobrepaira tão-somente o absoluto, em exteriorizações dialéticas, que abrangem a arte, a religião e a filosofia. Dentro da *acepção jurídica* de Kant o Estado é a *reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito*. Para a *acepção sociológica* (Oswaldo Spengler, Oppenheimer, Duguit e outros) o conceito de Estado toma coloração marcadamente sociológica e, pela origem e pela essência, não passa daquela *instituição social, que um grupo vitorioso impôs a*

este autor italiano, embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre duas com relação aos poderes constituídos: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Os de primeira geração, ou dimensão, respondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; os de segunda, os direitos sociais, uma ação positiva do Estado; nos direitos de terceira e de quarta geração ou dimensão, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie (normas que contém um não agir ou ação positiva do Estado) (BOBBIO, 2004, p. 6).

Portanto, temos que direitos do homem são dimensões que surgem através da história dos povos que vão aumentando o nível de cidadania. Com base numa perspectiva cidadã – direito de ter direitos -, Marshal (1967, p. 63) propôs uma tipologia: a) cidadania civil - que englobaria os direitos necessários a liberdade individual - ir e vir, imprensa, pensamento e fé, propriedade e conclusão de contratos válidos, justiça igual, etc.; b) cidadania política - que englobaria o direito de participar no exercício do poder político; c) cidadania social - que englobaria tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade³.

Consolidando as gerações dos novos direitos de Bobbio e as cidadanias – direito de ter direitos - de Marshall temos que os direitos de primeira geração contem a cidadania civil e política e os de segunda geração a cidadania social. Os direitos de terceira geração, segundo o

um grupo vencido, com o único fim de organizar o domínio do primeiro sobre o segundo e resguardar-se contra rebeliões intestinas e agressões estrangeiras (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 61-66).

³ O referencial de Marshal aqui escolhido é por razão de democracia substancial e não meramente procedimentalista. A locução *direito de ter direito* vai além de um direito posto, avança na possibilidade do Estado não apenas garantir os direitos legislados mas conceder os não legislados pois os fundamentos e objetivos da Republica Federativa do Brasil não é uma tarefa apenas dos Poderes Executivo e Legislativo mas também do poder judiciário. Portanto, se em Bobbio o avanço dos novos direitos se dá sob três aspectos (a- porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b - porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c - porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser) este avanço pode se dar pelo Poder Judiciário através da judicialização da cidadania e, se necessário, com manifesta criação judicial de direitos limitada em sentido formal pelo devido processo legal e material pela tradição jurídica. Note-se que esta postura do judiciário impõe uma “*parcialidade positiva do juiz*” afinal “*Se é dever da República a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, e sendo a atividade jurisdicional uma atividade proveniente da República Federativa do Brasil, não há dúvida de que a realização desses fins e a execução dessas tarefas também não de ser desenvolvidas no âmbito do processo civil ou penal.*” (SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização – no processo jurisdicional – das promessas do constitucionalismo social**. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. (Org.). **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. Florianópolis: Conselho Editorial. Página 329-361) “*tem por finalidade a efetivação material dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.* (p. 352). (p. 353).

autor italiano, por ter uma heterogeneidade e vagueza muito grande carece de um locus cidadão mais definido. Esta perspectiva cidadã dos direitos reflete diretamente no modelo Estatal conformado no texto constitucional como vimos.

No entanto, como bem destaca Bobbio, a geração dos direitos é histórica, assim a análise desta diferenciação depende do estudo da constituição de cada Estado. Como já destacamos, nas Constituições brasileiras, as que nos interessa, temos que os direitos civis (primeira geração de direitos, cidadania civil) surgiram em parte com a Constituição Imperial de 1824; os direitos sociais (segunda geração de direitos, cidadania social) com a Constituição de 1934; os direitos políticos (primeira geração de direitos, cidadania política)⁴ com a Constituição de 1934 suprimido com a Carta de 1937, restabelecido com a Constituição de 1946, suprimido com a Carta de 1967 e restabelecido na Constituição de 1988 junto com os direitos difusos (terceira geração de direitos). Como se percebe a nossa peculiaridade histórica na evolução dos Direitos Fundamentais, e seu reflexo no Estado e na cidadania, está em que adotando dicotomia geração/dimensão os nossos direitos políticos, além da inversão histórica proposta por Bobbio, tiveram uma geração em 1934, finda em 1937, uma geração em 1946, finda em 1967 e se tornou uma dimensão, junto com os demais horizontes de direitos, com a Constituição de 1988. Devido às sinopes constitucionais e valorizando a força normativa e a historicidade dos direitos fundamentais, temos no Brasil: direitos civis (primeira dimensão, cidadania civil, desde 1824), direitos sociais (segunda dimensão, cidadania social, desde 1934), direitos políticos e difusos (terceira dimensão, desde 1988).

2. DA CIDADANIA SOCIAL EXISTENCIAL

Segundo Konrad Hesse não é casual que o debate mais recente tenha por objeto o significado e a possível eficácia dos direitos sociais fundamentais, entendidos como a “garantia das bases em que se assenta a existência individual” (2009, p. 45). Dentro do catálogo dos direitos sociais⁵, alguns compõe um rol que, caso não sejam implementados, o indivíduo não existe juridicamente.

⁴ A cidadania política além de ser um direito subjetivo também é um instrumento dos demais direitos humanos uma vez que estes lhe usam para avançar na historicidade da cidadania.

⁵ No art. 6º da nossa Constituição são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte (incluído pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015), o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Por óbvio este catálogo não é exaustivo conforme, inclusive, já decidiu o STF no trato tópico dos direitos individuais na ADI 939 (DJU de 21.01.94, Sydney Sanches).

Trata-se de direitos sociais de um mínimo existencial, que garantem a dignidade da pessoa humana bem como a cidadania, sendo estas tratadas como regra (além de princípio e postulado, como já proposto logo a seguir). Ou seja, ou alguns direitos de cidadania são efetivados ou não há dignidade da pessoa humana, pois ao negar determinadas prestações se está tirando do cidadão o conteúdo material da dignidade da pessoa humana que é a faculdade de se autodeterminar e agir em conformidade com o ordenamento jurídico dentro de um mínimo ético.⁶ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 40), Kant, construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, sinaliza que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de se determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo encontrado apenas nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Em síntese, no que diz respeito ao conteúdo da dignidade da pessoa humana, é possível referir que autonomia e dignidade estão, notadamente no pensamento de Kant, intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricadas, visto que a dignidade pode ser considerada como próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo ético. Com base nesta premissa Kant (apud SARLET, 2012, p. 40) sustenta que todo ser racional é um fim si mesmo não podendo ser um meio para uso arbitrário de outras vontades. Portanto, diante desta supremacia da

⁶ Esta visão antropocêntrica da dignidade da pessoa humana – ou do sistema como um todo – obviamente não afasta a proteção da fauna e da flora e toda a discussão que envolve o *direito dos animais*, como sujeitos de direitos bem como a natureza também como sujeito de direitos. Neste último caso a Constituição do Equador de 2008 inovou no constitucionalismo latinoamericano ao introduzir no texto constitucional *buen vivir* (sumak kausay) e os direitos de *pachamama* realizando um giro ecocêntrico no direito constitucional latino-americano (FREITAS, Raquel Coelho; MORAES, Germana de Oliveira. **O novo constitucionalismo americano Latino-Americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os Direitos de Pachamama e o Bem Viver (sumak kawsay)**. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (organizadores). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. Página: 103 a 124. P. 115-116). Os Direitos de pachamama significam tratar a natureza e seus seres vivos como sujeito de direitos e não como objeto (a primeira ação proposta com base neste direito foi o rio Wilcabamba que figurou como parte. Trata-se da “ação constitucional de proteção à natureza” julgada em 2011 onde diante da degradação este rio teve sentença a seu favor contra o Governo Providencial de Loja que depositava nele materiais de escavação advindos da construção de uma estrada causando assoreamento. Em que pese a alegação da província de que a estrada é para o bem coletivo o julgado fundamentou a sua decisão de que diante do choque de direitos coletivos prevalecerão os direitos da Natureza até mesmo por abranger uma maior coletividade assim como também gerações futuras (idem, ibidem, p. 116-117). Esta demonstração de universalidade da cidadania muitas vezes vai de encontro ao *relativismo cultural* praticado por alguns povos com manifesta violação dos direitos humanos. Com o processo de internacionalização dos direitos humanos no segundo pós-guerra e a subsequente Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 buscou-se esta universalização dos Direitos Humanos sobre o relativismo cultural. A crítica feita por alguns sociólogos é que o conteúdo dos Direitos Humanos sempre depende de uma pré-compreensão do interprete que possui como um dos elementos a tradição, horizonte passado do interprete nos termos gadamerianos. No que tange ao relativismo cultural BOBBIO (2004, pp 18 e 19) assim se posiciona: “*Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento.*” (Grifamos).

dignidade encontra-se a diferença dela em relação a coisa, pois esta pode ser mensurável economicamente e aquela não. Assim, enquanto a coisa tem preço, a dignidade é valor.

O problema é que é muito comum se falar em direitos humanos – ou direitos do homem – e ficar na vagueza de um discurso postulante, mas sem dizer o estado social que realmente se quer⁷. Fica-se na banalização do senso comum reivindicante, sem exatamente pontuar que conteúdo realmente compõe uma cidadania social digna.

Ao analisarmos o texto na Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana e a cidadania comparecem no art. 1º, inciso II e III, respectivamente como fundamentos da República Federativa do Brasil, e no caput do art. 170 a existência digna de todos como finalidade da ordem econômica. Humberto Ávila dentro da sua Teoria dos Princípios (2005, p. 60) nos traz através uma tipologia tricotômica que um ou vários textos jurídicos ou dispositivos, ponto de partida para a construção normativa, podem experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). Ou seja, para este autor o que vai definir a norma como princípio, regra ou postulado não é a sua análise abstrata ou a pré-determinação legislativa-textual⁸, como trata a maioria da doutrina, mas o modo que será aplicado o texto pelo intérprete. Ainda, segundo Birnfield, dentro dos comportamentos exigidos da norma/regra surgem direitos, deveres e poderes que, como aqui propormos, impõe condutas de realização da cidadania⁹.

Dentro do esquema da dignidade da pessoa humana como regra o Estado e a sociedade dispõe e impõe de forma recíproca de poderes, direitos e deveres. Assim, é possível tratar a cidadania social existencial, encarando a dignidade da pessoa humana como uma regra

⁷ De acordo com Hesse (**Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris p. 175, 1998) a lei fundamental alemã ao qualificar o Estado como “estado de direito social“, perfeitamente aplicável ao nosso (con)texto constitucional, representa não só um reconhecimento forçado de uma realidade social que não pode ser mais negada, como também que as tarefas do Estado não mais se esgotam na proteção, conservação e intervenção ocasional, fazendo surgir um Estado que guia, presta, distribui possibilita tanto vida individual como social.

⁸ Em vários momentos a Constituição de 1988, e apenas para ficar nela, diz que determinado texto se trata de um princípio (arts. 4º; 34, IV; 37, 93; 127, § 1º). Aceitar esta predeterminação constituinte seria dizer que quando ela fala no art. 25 que “*Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.*” seria dizer que determinada estrutura abstrata de regra não deveria ser obedecida. Outro exemplo de exagero argumentativo constituinte é no art. 46 onde esta disposto que “*O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.*” onde a estrutura é, *prima facie*, de regra.

⁹ Conforme proposta normativa que já defendemos para a cidadania ecológica como resultado da interpretação temos regras (normas/condutas), princípios (normas/finalidade) e postulados (normas/método). As regras, por suas vez, são divididas em regra-poder, regra-dever e regra-direito (AMARAL, Fernando. **A distinção entre princípios e regras, a ordem constitucional e a cidadania ecológica: uma proposta doutrinaria**. Direito ambiental II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. – João Pessoa: CONPEDI, 2014. Página 34-41. 2014, pp 15-17). Entendemos que as mesma *estrutura normativa* deve ser aplicada para toda a cidadania social existencial.

de conduta, impondo ao Estado o dever de prover prestações mínimas. Com efeito, o texto constitucional não pode ser uma excludente discursiva – mormente através de ponderações principiológicas - para um não tratamento da dignidade da pessoa humana como regra e escapar, assim, de um parâmetro de prestações sociais que possam identificar se o Estado realiza um mínimo de cidadania, se efetiva a cidadania social existencial.

Não se quer esgotar o tema, mas a doutrina já elencou algumas prestações que sem as mesmas não se tem uma vida digna, não se realiza a dignidade da pessoa humana, não se tem um estado de direito cidadão. Ou seja, sem determinadas prestações na há cidadania social existencial no seu sentido jurídico. A saber, é possível pela análise dos comportamentos ativos estatais se este realiza a cidadania social existencial ou não.

Luis Roberto Barroso, destaca a associação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, apregoando que existe um núcleo material elementar composto do mínimo existencial, locução que identifica o “conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade” (BARROSO, 2004, p. 335). Este constitucionalista não descarta, o que compartilhamos, uma variação subjetiva das prestações que compõem o mínimo existencial, mas aponta um certo consenso de que nele se inclui: renda mínima, saúde básica, educação fundamental, e, como instrumento de efetividade destes direitos, o acesso à justiça. Este autor frisa, por seu turno, que aquém deste patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.

Sobre o tema, Barcellos (2002, p. 305) nos traz uma pequena variação dizendo que

"O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos **(1) à educação fundamental, (2) à saúde básica, (3) à assistência no caso de necessidade e (4) ao acesso à justiça**". (grifamos)

Portanto, em que pese uma variação de conteúdo da realização de um *mínimo existencial* ou *cidadania social existencial* (sob a perspectiva cidadã, direito de ter direitos sociais existenciais), percebe-se que os autores supra tratam a dignidade da pessoa humana no esquema normativo típico das regras. Neste tratamento tem aplicação do esquema tudo ou nada, possuindo, destarte, natureza de norma imediatamente descritiva (mandado de definição). Ou seja, não descartamos a dimensão deontológica da dignidade da pessoa humana, mas para sair da zona de conforto discursiva dos princípios e suas possíveis

ponderações com outros interesses – mormente com o *topoi*¹⁰ da reserva do possível¹¹, mister

¹⁰ O método tópico busca a solução mais razoável pra caso concreto em eventual detrimento do sistema jurídico. Ele não está preocupado com a única resposta correta, vendo na textura aberta das normas constitucionais a solução mais adequada para solucionar os problemas à frente do intérprete (SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira de, SOUZA NETO. **Direito Constitucional: teoria historia e métodos constitucionais**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 423). Destaca Karl Larenz (**Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 170) que o método interpretativo tópico se relaciona com o conceito de valor que deveria ser o esperado pelas partes, deslocando o foco da fundamentação jurídica para uma motivação que prima o problema em detrimento da norma, como metodologicamente trabalhou Theodor Viegh em sua obra “*Topik und Jurisprudenz*”. Segundo Viegh (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Trad. Kelly Susane Afflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 34), com base no modo de pensar aporético de Aristoteles, a tópica pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve proceder numa determinada situação, caso não se queira restar “*sem esperança*”. Apenas o caso concreto ocasiona de modo evidente tal jogo de *ponderação*, que vem sendo denominado de *tópica* ou *arte de criação* (idem, ibidem). O modo de pensar tópico é oposto de um pensar sistêmico, apesar de Viegh não negar as suas implicações. Portanto, para Viegh o problema e o sistema não são antagônicos¹⁰, o sistema normativo não é descartado pois ele é mais um elemento do catálogo de *topoi*¹⁰ para solucionar o caso concreto para a *tópica pura*. Enquanto o modo de pensar sistêmico se organiza a partir do todo, o modo de pensar da tópica inverte e *foca no problema para solucionar o caso*. O intérprete parte de uma tópica descritiva (de primeiro grau, a *inventio*) para uma tópica prescritiva (de segundo grau, a *conclusio*) destacando que a função dos *topoi* sempre é solucionar o problema, e como tal uma compreensão não é imodificável pois deve ser o fio condutor do pensamento para resolver o caso (idem, ibidem, 2008, p. 40). Para Viegh, o repertório de pontos de vista é flexível pois ele pode ser acrescentado e reduzido. Por isso que o pensamento tópico em si auxilia, precisamente em novas possibilidades de compreensão, levando a novas formas de interpretação. No entanto, nem toda interpretação gera isso, somente aquela que se utiliza de um procedimento dialético. Afinal “*as premissas fundamentais se legitimam, como se pode ver, pela aceitação do interlocutor do discurso*” pois “*É evidente que o debate é a única instancia de controle e a discussão de problemas se mantém dentro daquela esfera do que Aristóteles chama de dialeticidade*” (idem, ibidem, p. 44) e conclui o autor que o que se aspira são juízos efetivos e não a uma simples e arbitrária opinião. Dessa forma, como destaca Hesse (**Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 63) e assim compartilhamos, há uma vinculação necessária entre (1) a interpretação da norma a ser concretizada, (2) a (pré)-compreensão do intérprete e (3) o problema concreto a ser solucionado demonstra que não existem métodos autônomos suficientes para uma hermenêutica adequada e reflexiva que não gire em torno no mínimo destes três elementos. A diferença é que no método da tópica de Viegh, aqui explicitado, se tem, segundo Hesse, uma *tópica pura* (idem, p. 63) ao passo que os métodos concretista de Hesse e estruturante de Friedrich Müller, por exemplo, seriam uma *tópica mitigada* devido a ênfase no sistema normativo sem descartar o problema (SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira de, SOUZA NETO. **Direito Constitucional: teoria historia e métodos constitucionais**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 423). Seja como for, nenhum método interpretativo que queira concretizar a Constituição pode deixar de dispensar o problema a ser resolvido. A tópica é uma tradição de grande influência na hermenêutica mas não escapou das críticas. Para Friedrich Müller (**Teoria Estruturante do Direito**. 3 ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69), a tópica além de ter advinda do direito civil é altamente questionável no direito constitucional e mesmo para o direito privado ela viola o Estado de Direito, pois a solução do problema seria uma tarefa do legislador sendo também violadora do Estado de Direito por considerar a lei democraticamente votada apenas somente um *topos* (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 272). Portanto, o fato é que há um consenso: tanto o sistema quanto o problema não são auto-referenciais. Uma decisão adequada ao caso concreto deve levar em consideração a interpolação entre texto e realidade, entre sistema e ambiente¹⁰. O primado que será dado vai depender do procedimento a ser adotado. Dessa forma, a grande contribuição da tópica está no fato, que levou ao limite, de que no trabalho do intérprete deve-se focar no problema a ser resolvido, no caso concreto. Ela ainda é de grande valia nos direitos de cidadania social, mormente os existenciais.

¹¹ São *topois* não normativos conhecidos na argumentação jurídica brasileira a reserva do possível, o interesse público, o bem comum muito utilizados para negar inclusive os direitos de cidadania. No entanto STF se utilizou de um *topoi* não normativo que foi a “felicidade” para solucionar o caso concreto na STA 223-AgR e efetivar a dignidade da pessoa humana de um tetraplégico pois considerou que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa no direito de buscar autonomia

tratar o mínimo de bem estar social¹² dentro de um esquema de tudo ou nada. Com este tratamento normativo da cidadania é possível verificar se o Estado cumpre com a *cidadania social existencial*, ou se ainda está em débito com a evolução social e histórica no atual estágio econômico e social dos direitos do homem.

No entanto, não se pode descartar que, por força ontológica da interdependência dos direitos humanos¹³, nenhum destes direitos serão realmente efetivados se não forem dentro de um *meio ambiente sadio*. Não se pode falar em direito fundamental a saúde, por exemplo,

existencial que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último direito de buscar autonomia existencial. O STF possui conceitos líquidos do *topoi* interesse público que segundo Mendonça, em apurada pesquisa da tópica no STF, possui no mínimo seis eixos temáticos (MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 303).

¹² Conforme a CF de 1988, como toda constituição democrática, representa um embate político que resulta numa conquista, seja a conformação do Estado Liberal (direitos de liberdade), seja a do Estado Social de bem estar (direitos de igualdade). A conformação deste Estado, portanto, se dá com a evolução dos direitos do homem obrigando o Estado ora a se abster, ora a prover através da previsão de direitos fundamentais nas Constituições. O Estado liberal surge como resultado da luta contra o Estado Absolutista, e para garantir a liberdade (não intervenção estatal) dos cidadãos insere dois princípios nas constituições: a separação dos poderes - como meio assecuratório de controle entre eles - e o reconhecimento dos direitos civis. A Declaração dos Direitos do Homem (1791) foi muito clara ao rezar que “*toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição*”. Dentro destes direitos individuais esta a ampla liberdade de contratar e, como desdobramento, a não intervenção do Estado no mercado. O Estado só interviria para garantir as regras naturais do mercado. Após a primeira guerra mundial verificou-se a insuficiência da ampla liberdade econômica pois a livre atuação dos agentes econômicos no mercado acabou gerando graves problemas sociais. O Estado social surge como reação a esta não intervenção estatal perniciosa pois a liberdade irrestrita acabou gerando desigualdades sociais e necessitava-se buscar um bem estar humanitário. Assim, num primeiro momento se amplia o catálogo de direitos fundamentais incluindo direitos de ordem social, econômica e culturais para após oferecer os meios necessários para tanto Paulo Bonavides (**Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 186) faz uma diferenciação entre Estado Social e Estado Socialista. Num primeiro momento, como reação ao liberalismo nocivo, surge o Estado social que seria a garantia de direitos sociais mínimos e a intervenção indireta na economia não mais para garantir o mercado, mas para regulá-lo. No Estado socialista, total ou parcial, para eliminar o capitalismo ele começa a monopolizar certas atividades econômicas ou concorrer nelas com a iniciativa privada, intervindo diretamente na economia. Eros Grau (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 12ª. Ed, 2007, p. 148) chama estas intervenções do Estado na economia, respectivamente, de *absorção* ou *participação* onde o Estado é um agente econômico que detém os meios de produção. Falar de Estado é falar de Constituição (pois não existe Estado fora de uma ordem constitucional), e falar de constituição é falar do seu conteúdo material principal: direitos fundamentais. Portanto, é íntima a relação entre direitos do homem e Estado. Interessante observação quanto ao Estado (de direito) Social brasileiro é trazida por José Ricardo Caetano Costa ao dizer que “*Se é correto afirmar que o Brasil não chegou a integrar os países que experimentaram o que se denominou de Estado do Bem-Estar Social, parece-me correto o entendimento de que a Constituição Federal promulgada em 05.10.88, batizada carinhosamente de Constituição Cidadã, trouxe no seu bojo inúmeros direitos conhecidos no Welfare State. Este raciocínio é válido e justifica-se notadamente quando do trato, pelos constituintes de 1988, das questões relacionadas com a seguridade e a assistência social.* (COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59).

¹³ A declaração de Viena de 25 de junho de 1993 tentou responder ao debate entre relativismo cultural e universalismo dando como características dos direitos humanos a *interdependência*. Destaca Mazzuoli que trata-se de uma característica a respeito dos direitos de dignidade da pessoa humana de forma indivisível evitando um tratamento fragmentário e hierarquizado da dignidade da pessoa humana evitando, assim, políticas públicas setoriais que não abrangem direitos humanos de segunda geração ou dimensão (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**. 2ª ed. Revista, atual. e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, p. 677). Este debate do Direito Internacional pode ser trazido tranquilamente para dentro da discussão da cidadania, uma vez que dividir os direitos da dignidade da pessoa humana geralmente justificam a não concretização da cidadania social, uma vez que esta sempre gera dispêndio do Estado.

dentro de circunstâncias ambientais degradantes pois qualquer política pública de saúde terá pouco efeito se o cidadão não estiver num ambiente salubre. Por isso, deve-se incluir dentro dos direitos que garantem a cidadania social existencial o direito a um meio ambiente sadio, garantidor da *cidadania ecológica*¹⁴ o que já propomos em outra oportunidade¹⁵.

Mas é necessário avançar mais. Não se pode descartar acréscimos neste conteúdo diante da historicidade dos direitos nos termos de Bobbio e assim inflar o conteúdo da cidadania na tradição jurídica. Desta feita se faz necessário um olhar para os direitos previdenciários básicos e verificar a sua emergência inclusiva no conteúdo da cidadania existencial.

Dessa forma, consolidando a tradição já posta e proposta, temos que a *cidadania social existencial* é composta pelo(a): (1) educação básica¹⁶, (2) saúde básica, (3) assistência social¹⁷, (4) previdência social fundamental, (5) meio ambiente ecologicamente equilibrado e

¹⁴ De acordo com Carlos André Birnfeld (**Cidadania Ecológica**. Pelotas: Delfos 2006, p. 11) a cidadania ecológica é composta por ações e abstenções destinadas a manter a incolumidade dos fatores da natureza que contribuem para a manutenção da vida.

¹⁵ A cidadania ecológica não consta na tradição doutrinária dos autores ali citados que defendem um mínimo existencial. No entanto a sua inclusão dentro de uma cidadania social existencial já foi proposta por este autor em sua defesa de dissertação de mestrado no Programa de Pós Graduação em Direito e Justiça Social da Fundação Universidade do Rio Grande concluído em 2015: AMARAL, Fernando. **Criação Judicial do Direito: Perspectivas Hermenêuticas, Constitucionais e de Cidadania**. 2015. 125 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Fundação Universidade do Rio Grande (FURG), Rio Grande/RS, 2015. Disponível em <http://www.argo.furg.br/?BDTD10715>.

¹⁶ Não é preciso dizer que muitos dos problemas cotidianos brasileiros estão no déficit estatal da efetivação da educação, mormente na ausência de políticas públicas concretizadoras desta prestação. Toda a construção de uma sociedade livre, justa e solidária passa por tratar a educação como uma questão de Estado e não como uma questão de governo e suas eventuais opções discricionárias-políticas. A Constituição Federal no art. 205 dispõe que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da *cidadania* e sua qualificação para o trabalho. Portanto, nos termos constitucionais a educação é fundamental para o desenvolvimento da cidadania fortalecendo a idéia de interdependência dos direitos de cidadania e consubstanciando, assim, também como uma *cidadania meio* para os demais direitos existenciais.

¹⁷ O benefício que efetiva este direito de cidadania social existencial é o da LOAS (Lei 8742/1993 - Lei Orgânica da Assistência Social) no artigo 20, assim disposto: “*Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). § 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011). § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).”.* Quanto ao conceito de miserabilidade o STF evolui na sua jurisprudência para decidir pela inconstitucionalidade do critério legal. Num Primeiro momento ficou na interpretação literal (ADI 1232) posteriormente evoluiu na sua jurisprudência aduzindo que “*a renda familiar per capita inferior a um quarto do salário mínimo estaria defasado para caracterizar a situação de miserabilidade*” declarando a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º da LOAS (Rcl 4374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.4.2013). Para uma análise desta jurisprudência do STF sob a perspectiva de uma hermenêutica-reflexiva ver o nosso: AMARAL, Fernando; COSTA, José Ricardo Caetano.

(6) o acesso à justiça¹⁸.

A cidadania social existencial, portanto, pode ser resumida no seguinte esquema: *o cidadão só existe juridicamente se o Estado lhe prestar direitos sociais de educação básica e de seguridade fundamental em um ambiente ecologicamente equilibrado com a garantia instrumental de acesso a justiça.*

Assim, no próximo item procuraremos demonstrar o que entendemos por previdência social básica e sua substancial inserção no conteúdo da cidadania social existencial.

3. DA PREVIDÊNCIA SOCIAL FUNDAMENTAL

A previdência social junto com saúde e a assistencial social é um ramo da Seguridade Social. Segundo a Constituição Federal, no seu artigo 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. No parágrafo único deste artigo temos que 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;
- 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)

Dentro do programa normativo¹⁹ constitucional da previdência social²⁰ temos a seletividade e distributividade²¹ na prestação dos benefícios nestes termos:

A cidadania social existencial e a evolução da concessão do benefício de prestação assistencial da LOAS na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através de uma hermenética reflexiva. In.: Direito Público, v.12, n.67, jan./fev. Síntese: 2016. p. 9-30. Para maior compreensão da LOAS e do seu único benefício de prestação pecuniária e continuado ver SERAU Jr., Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. **Benefício Assistencial: Temas Polêmicos.** São Paulo : LTr, 2014.

¹⁸ O acesso a justiça é de vital importância pois a mesma é uma *cidadania social existencial instrumental* afinal para alcançar as demais existencialidades jurídicas, ou proibir o retrocesso da cidadania, às vezes o exercício desta cidadania se faz necessária diante da não-concretização da dignidade da pessoa humana, sendo inevitável a *judicialização da cidadania social existencial.*

¹⁹ Friedrich Müller (**Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.** 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38) na sua *metódica constitucional estruturante* refere que quando os juristas falam e escrevem sobre “a” Constituição, referem-se ao texto da Constituição; quando falam “da” lei, referem-se ao seu

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais “*o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do iceberg’*” (idem, ibidem). Para além do texto e da norma se tem a *normatividade*, que pertence à norma segundo o entendimento veiculado pela *tradição* (horizonte passado do intérprete), não é produzida por esse mesmo *texto*. Destaca Müller (idem, ibidem) que a normatividade resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência. Com efeito, a normatividade está no plano da efetividade e pertence ao campo da relação entre constituição e realidade. Programa da norma é expressão utilizada por Friedrich Muller para descrever o teor literal. Significa, para este professor de Freiburg, a “*ordem jurídica*” tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma, isto é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma “*escolheu*” para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares). O âmbito da norma pode ter sido gerado (prescrições referentes a prazos, datas, prescrições de forma, regras institucionais e processuais etc.) ou não-gerado pelo direito. Na maioria dos casos o âmbito da norma é híbrido (idem, pp 42-43). A tradição que Müller se refere é um dos elementos ontológicos do paradigma hermenêutico filosófico de Gadamer para descrever o seu círculo hermenêutico. Para Gadamer a tradição é “*(...) o horizonte do passado, do qual vive toda vida humana e que se apresenta sob a forma de tradição, que já está sempre em movimento. (...) O nosso próprio passado a qual se volta consciência histórica, faz parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, esse horizonte que a determina como origem e tradição. Compreender uma tradição, sem dívida, requer uma tradição histórica.*” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Pailo Giachini. 14. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, pp 402-403, sem grifos no original). E complementa “*A teoria tradicional do “circulo hermenêutico”, em particular, se apresenta sob novo aspecto e adquire importância fundamental. Não se trata somente da relação formal entre a antecipação do todo e a construção das partes, correspondente à regra de “decompor e recompor” que nos era ensinada nos cursos de latim - relação que de fato constitui a estrutura circular da compreensão de textos. Ora, o círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo (inhaltlich erfüllt) que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento (processual whole). A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos.*” (GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Organizador: Pierre Fruchon. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 13, grifamos). No presente artigo estas são as tradições teóricas utilizadas quando utilizarmos estas expressões.

²⁰ Neste trabalho trataremos especificamente da previdência dentro Regime Geral de Previdência Social mas deve-se ter em mente que a Constituição prevê o regime próprio dos servidores (art. 40) e do regime de previdência complementar público (art. 40, §§ 14, 15 e 16) e o regime de previdência complementar privada (art. 202).

²¹ Segundo Sérgio Pinto Martins (**Direito da Seguridade Social**. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61) “*A distributividade implica a necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos recursos. A idéia de distributividade também concerne à distribuição de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz do que distribuir renda. A distribuição pode ser feita aos mais necessitados, em detrimento dos menos necessitados, de acordo com a previsão legal. A distributividade tem, portanto, caráter social*”.

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Este é o catálogo mínimo de contingências sociais que são cobertos pela previdência social e que pode ser ampliado²² pelo legislador infraconstitucional e eventual supressão incorre na proibição do retrocesso social²³.

No entanto para compor a *cidadania social existencial*, nos termos aqui propostos, deve-se fazer um recorte na previdência social para que esta componha a existência jurídica cidadã, mormente aquelas prestações que se prestam aos segurado de baixa-renda.

Algumas prestações são existenciais por serem dedicados a este segurado e pertencem ao conteúdo básico da previdência social. Dentro do sistema de proteção social previdenciária duas são as prestações para este estado de vulnerabilidade: o auxílio-reclusão e o salário-família (CF art. 201, IV). O legislador sensível à emergência destes benefícios os dispensou de carência de contribuições nos termos do art. 16, I do da Lei 8213/91 (Plano de

²² Exemplo de contingência não coberta no art. 201 da CF é o acidente do trabalho, umas das principais proteção do sistema em relação ao trabalhador. No entanto a legislador dentro da sua liberdade de conformação garantiu a proteção contra esta contingência através do auxílio-doença, auxilia-acidente e aposentadoria por invalidez acidentários. Seja como for a Convenção 102 da OIT, relativa à fixação de normas mínimas de seguridade social, adotada em Genebra, em 28 de junho de 1952 (aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 269 de 2008), inclui o “acidente do trabalho” no seu rol.

²³ Quanto a proibição do retrocesso social é basilar o magistério de J. J. Gomes Canotilho, cuja lição, aqui se transcreve (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993, p. 320-321): “O princípio da *democracia econômica e social* aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. **Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.**” (grifamos).

Benefícios da Previdência Social- doravante nominado de PBPS).²⁴

O *salário-família* além do artigo 201, IV da CF também tem previsão no art. 7º, XII da CF como garantia fundamental do trabalhador urbano ou rural pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei. Portanto, é benefício que está numa zona cinzenta entre o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho (BALTAZAR Jr. e ROCHA, 2011, p. 66). O salário-família é devido, nos termos do art. 65 seguintes do PBPS, mensalmente, ao segurado empregado, inclusive o doméstico a partir da Lei Complementar 150, e ao segurado trabalhador avulso, na proporção do respectivo número de filhos ou equiparados que para este fim é o enteado e o menor tutelado desde que estes sejam declarados pelo segurado nesta condição e que seja comprovada a dependência econômica na forma estabelecida em regulamento²⁵. O valor da cota do salário-família por filho ou equiparado de qualquer condição, até 14 (quatorze) anos de idade ou inválido de qualquer idade é de R\$ 41,37 para o segurado com remuneração mensal não superior a R\$ 806,80 (oitocentos e seis reais e oitenta centavos) e R\$ 29,16 para o segurado com remuneração mensal superior a R\$ 806,80 (oitocentos e seis reais e oitenta centavos) e igual ou inferior a R\$ 1.212,64 (um mil duzentos e doze reais e sessenta e quatro centavos) nos termos da portaria MTPS/MF N° 1 DE 08.01.2016 (DOU 11.01.2016). O salário-família possui é a única prestação em pecúnia devida ao segurado aposentado que volta a trabalhar apesar de se tornar contribuinte para o Regime Geral de Previdência²⁶. Se percebe que o salário-família é interdependente com a educação básica do cidadão.

Outra prestação para o segurado de baixa-renda é o *auxílio-reclusão*. Nos termos do art. 80 do PBPS²⁷, é benefício previdenciário devido aos dependentes de segurado de baixa renda²⁸ quando este não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-

²⁴ Nos termos do PBPS no art. 24 “*Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.*”

²⁵ Os arts. 81 a 92 do RPS (Regulamento da Previdência Social – Dec 3048/1999) regulamenta o salário-família.

²⁶ Nos termos do Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei 8213/1919): Art. 11. § 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social. Art. 18. §2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

²⁷ Os arts. 116 a 119 do RPS (Regulamento da Previdência Social – Dec 3048/1999) regulamentam o auxílio-reclusão.

²⁸ Nos termos do art. 5º da portaria MTPS/MF N° 1 DE 08.01.2016 (DOU 11.01.2016) considera-se baixa renda para fins do do auxílio-reclusão, a partir de 1º de janeiro de 2016, o segurado cujo salário-de-contribuição seja igual ou inferior a R\$ 1.212,64 (um mil duzentos e doze reais e sessenta e quatro centavos), independentemente da quantidade de contratos e de atividades exercidas.

doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Segundo o STF no RE 587.365 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 25-3-2009, Plenário, DJE de 8-5-2009, com repercussão geral; no mesmo sentido: AI 767.352-AgR-segundo, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-12-2010, Segunda Turma, DJE de 8-2-2011) a renda a ser considerada para a concessão do auxílio-reclusão de que trata o art. 201, IV, da CF, com a redação que lhe conferiu a EC 20/98, é a do segurado preso e não a de seus dependentes. Dessa forma, é manifesto que os dependentes nesta situação não existem juridicamente pois tem a finalidade garantir os meios de subsistência da família do preso. Logo, sem a garantia do auxílio-reclusão, benefício previsto na maioria dos países civilizados, o estado de indignidade se agrava o que justifica a inclusão da mesma dentro da cidadania social existencial.

Mas o segurado de baixa-renda não possui apenas prestações específicas para o segurado que recebe remuneração. Esta era a grande crítica ao sistema previdenciário afinal não densificava a universalidade da cobertura da seguridade social princípio primeiro do art. 194, parágrafo único da CF.

Portanto o legislador constituinte reformador selecionou dentro da vulnerabilidade social dos cidadãos de baixa-renda mais um aspecto que ficou denominado como *sistema especial de inclusão previdenciária*. Introduzido pela EC 47/2005 que assim dispôs no art. 201 da CF:

§12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

§13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o §12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Até esta emenda a única hipótese de filiação ao sistema de proteção previdenciário sem ser segurado obrigatório²⁹ era como segurado facultativo que possui o mínimo de contribuição a pesada alíquota de 20% sobre o salário mínimo. Este modelo arrecadatório afugentava desempregados que buscavam atividades eventuais, donas de casa de baixa renda e contribuintes individuais de baixa renda na maioria dos casos na informalidade.

Atualmente as alíquotas contributivas estão assim previstas na Lei 8.212/1991 que

²⁹ São segurados obrigatórios da previdência social as pessoas físicas elencadas no art. 11 da lei 8213/1991 (PBPS) o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual, o trabalhador avulso e o segurado especial.

dispõe sobre o Plano de Custeio da Seguridade Social:

Art. 21. §2º No caso de opção pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a alíquota de contribuição incidente sobre o limite mínimo mensal do salário de contribuição será de:

I - 11% (onze por cento), no caso do segurado contribuinte individual, ressalvado o disposto no inciso II, que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado e do segurado facultativo, observado o disposto na alínea b do inciso II deste parágrafo;

II - 5% (cinco por cento):

a) no caso do microempreendedor individual, de que trata o art. 18-A da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006; e

b) do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

Note-se que no inciso I para a contribuição de 11% a lei dispensou o requisito constitucional “*baixa renda*” para os trabalhadores bastando apenas que “*trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado e do segurado facultativo*”. No caso do inciso II para participar do sistema com a contribuição de 5% a lei incluiu o microempreendedor individual³⁰, ampliação altamente legítima diante da universalidade da cobertura prevista no art. 194, par. Único, I da CF; e quanto ao trabalhador doméstico residencial pertencente a família de baixa renda manteve a dicção constitucional.

Portanto, assim compõe a previdência social fundamental:

(1) os benefícios do salário família para o segurado de baixa renda e o auxílio-reclusão para o dependente de segurado de baixa renda.

(2) os seguintes benefícios para:

(2.1) os segurados do sistema de inclusão previdenciária (todos os benefícios e prestações, salvo a aposentadoria por tempo de contribuição): aposentadoria por invalidez; aposentadoria por idade; aposentadoria especial; auxílio doença; salário-família; salário maternidade; e auxílio acidente.

(2.2) para os dependentes dos segurados do sistema de inclusão previdenciária: a pensão por morte e o auxílio-reclusão.

(2.3) os segurados do sistema de inclusão previdenciária e seus dependentes: o serviço social e a reabilitação profissional.

³⁰ Lei Complementar 123 Art. 18-A, § 1º “*Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.*”

Dessa forma, entendemos que os benefícios de salário-família e auxílio reclusão bem como o sistema de inclusão previdenciária que compõe uma previdência social básica do segurado de baixa renda são direitos previdenciários fundamentais que quando não efetivados impedem que cidadão se autodetermine dentro de um ordenamento jurídico mormente diante da promessada formação do Estado brasileiro que tem como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana bem como por objetivos (I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (II) garantir o desenvolvimento nacional; e (III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

CONCLUSAO

O surgimento de novos direitos conforma e impõe evolução da cidadania. Dentro desta perspectiva há os direitos sociais. Através do olhar da cidadania social é possível perceber que determinadas prestações compõe um mínimo e existência do individuo para o mesmo se autodeterminar através de um ordenamento ético. Com base nisso determinados direitos de cidadania social compõe a existência jurídica do individuo.

Alguns destes direitos já foram postos pela tradição doutrinária - direitos (1) à educação fundamental, (2) à saúde básica, (3) à assistência no caso de necessidade e (4) ao acesso à justiça – outro já propomos em outra escrito – (5) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – e se torna emergente a inserção de uma previdência social fundamental composta por direitos dos segurados de baixa renda garantidos pelos benefícios do salário-família e do auxílio-reclusão bem como pelo sistema de inclusão previdenciária.

A consolidação, portanto, da *cidadania social existencial*, como defendemos, é composta pelo direito a educação fundamental, direito a seguridade fundamental (gênero que possui como espécies a saúde básica, a assistência no caso de necessidade e a previdência social fundamental), direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, como instrumento de efetivação destes direitos existências, o acesso a justiça.

A emergência de uma *previdência social fundamental* dentro da cidadania social existencial é mais do que criar um núcleo duro de dignidade da pessoa humana ou um mínimo existencial, pois a cidadania é o direito subjetivo de ter o direito e isso impõe uma conduta pro-ativa dos poderes da republica em efetivar esta especialíssima cidadania que é garantidora da existência individual cidadã.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Fernando. **A distinção entre princípios e regras, a ordem constitucional e a cidadania ecológica: uma proposta doutrinária.** Direito ambiental II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. – João Pessoa: CONPEDI, 2014. Página 34-41.

_____. **Criação Judicial do Direito: Perspectivas Hermenêuticas, Constitucionais e de Cidadania.** 2015. 125 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Fundação Universidade do Rio Grande (FURG), Rio Grande/RS, 2015.

_____; COSTA, José Ricardo Caetano. **A cidadania social existencial e a evolução da concessão do benefício de prestação assistencial da LOAS na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através de uma hermenética reflexiva.** In.: Direito Público, v.12, n.67, jan./fev. 2016. p. 9-30.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado. **Comentários à lei de benefícios da previdência social.** 10 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** 3 Ed. São Paulo: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BIRNFELD, Carlos André. **Cidadania Ecológica.** Pelotas: Delfos, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. ed. Revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; SERAU Jr., Marco Aurélio. **Benefício Assistencial: Temas Polêmicos.** São Paulo: LTr, 2014.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretção e Hermenêutica Jurídica,** 6. ed.

Rio de Janeiro: forense universitária, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Pailo Giachini. 14. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

_____. **O problema da consciência histórica**. Organizador: Pierre Fruchon. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 12ª. Ed. 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**, trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Significado dos Direitos Fundamentais. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A interpretação Constitucional. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição e Direito Constitucional. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciencia do Direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

MARSHAL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópic e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O novo paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. 3 ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização – no processo jurisdicional – das promessas do constitucionalismo social.** In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. (Org.). **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar.** Florianópolis: Conselho editorial. Página 329-361.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público.** 2ª ed. Revista, atual. e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização – no processo jurisdicional – das promessas do constitucionalismo social.** In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. (Org.). **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar.** Florianópolis: Conselho editorial. Página 329-361.

SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira de, SOUZA NETO. **Direito Constitucional: teoria historia e métodos constitucionais.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STEIN, Ernildo. **Dialética e hermenêutica: Uma controvérsia sobre método e filosofia.** In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer.** Tradução: Álvaro L.M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

FREITAS, Raquel Coelho; MORAES, Germana de Oliveira. **O novo constitucionalismo americano Latino-Americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os Direitos de Pachamama e o Bem Viver (sumak kawsay).** In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (organizadores). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas.** Curitiba: Juruá, 2013. Página: 103 a 124.