

# O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL E SUA REALIZAÇÃO POR MEIO DO SISTEMA DE REPARTIÇÃO

ANDRÉ LUIZ MENEZES AZEVEDO SETTE

**Resumo:** A Constituição de 1988, rompendo com o modelo oitocentista-liberal, inaugurou um novo marco para o Direito positivo brasileiro, dando especial atenção a valores consagrados pelo pacto jus-político que a antecedeu. O Direito, por conseqüência, perde o caráter meramente repressivo e, em contrapartida, ganha novas funções, sobretudo a promocional.

Neste cenário, os direitos sociais, também conhecidos como direitos de segunda geração ou dimensão, crescem em importância, porque se traduzem em um *facere* por parte do Estado, que assume agora uma função verdadeiramente promocional dos valores que a Carta de 1988 elegeu como sustentáculo de toda a ordem jurídica brasileira.

A *Seguridade Social* e, em especial, a *Previdência Social* tornam-se direitos fundamentais do homem, tendo por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de ações do Estado e da sociedade para o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. O Estado passa a ter o dever de prestar ações nas áreas por elas englobadas, sendo que as pessoas passam a poder exigir o efetivo cumprimento delas.

Quanto à *Previdência Social*, o atendimento aos valores constitucionais só se torna possível por meio da adoção do sistema de repartição, opção, inclusive, manifestada pelo legislador constituinte.

**Sumário:** 1 Intróito; 2 Dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais; 3 A *Seguridade Social* como direito social; 4 Da *Previdência Social* como direito fundamental; 5 Sistemas de previdência social: de repartição, de capitalização ou mistos; 6 Da opção constitucional pelo sistema de repartição; 6 Conclusão.

**Palavras-chave:** direito, seguridade, social, previdência, sistema, repartição, custeio.

## 1 INTROÍTO

A Constituição de 1988 inaugurou um novo marco para o Direito brasileiro, pois, ao positivar valores que a sociedade brasileira havia consagrado, rompeu definitivamente com o modelo legalista então predominante, instituindo o chamado Estado de Direito democrático.<sup>1</sup>

Tal objetivo fica evidente quando da análise do preâmbulo da Carta, que fez expressa menção a estes valores: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". O preâmbulo da Car-

ta de 1988 deixa, pois, evidente que o Estado Democrático, por ela inaugurado, tem por objetivo a realização dos valores ali indicados.

Passa-se a falar em *solidarismo constitucional*, em referência a esta nova forma de pensar o Direito, que claramente se opõe ao *individualismo*. Este, do ponto de vista jurídico e político, significa uma clara "tendência a colocar as instituições políticas, jurídicas e sociais de um país ao serviço dos interesses particulares dos indivíduos que compõem a população, de preferência aos coletivos"<sup>2</sup>, sendo o fundamento do liberalismo. Por sua vez, o solidarismo constitucional traduz-se na busca do bem comum, da justiça social, da dignidade da pessoa humana, ou seja, na realização dos valores consagrados pelo legislador constituinte, sendo a base do Estado de Direito democrático.

Opera-se, assim, o fenômeno chamado de despatrimonialização das relações jurídicas ou de funcionalização dos direitos, em que o centro das atenções passa a ser a pessoa (enquanto ser) e não mais o objeto

<sup>1</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 105-107. O autor, fazendo a transposição do Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático de Direito, passando pelo Estado Social, comenta sobre este: "[...] ainda é insuficiente a concepção do Estado Social de Direito, ainda que, como 'Estado Material de Direito', revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambigüidade, porém, é manifesta. Primeiro, porque a palavra 'social' está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão 'social' e do 'Direito', podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Atlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 [...]. Em segundo lugar, o importante não é o 'social', qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito. Talvez até por isso se por dar razão a Forsthoff quando exprime a idéia de que Estado de Direito e Estado Social não podem fundir-se no plano constitucional. O próprio Elias Díaz, que reconhece a importância histórica do Estado Social de Direito, não deixa de lembrar a suspeita quanto a 'saber se e até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito não estaria em realidade encobrendo uma forma muito mais matizada e sutil de ditadura do grande capital, isto é, algo que no fundo poderia denominar-se, e se tem denominado, neofascismo'. [...] Por tudo isso, a expressão Estado Social de Direito manifesta-se carregada de suspeição, ainda que se torne mais precisa quando se lhe adjunta a palavra 'democrático' como fizeram as Constituições da República Federal da Alemanha e da República Espanhola para chamá-lo 'Estado Social e Democrático de Direito'. Mas aí, mantendo o qualificativo 'social' ligado a Estado, engasta-se aquela tendência neocapitalista e a petrificação do 'Welfare State', com o conteúdo mencionado acima, delimitadora de qualquer passo à frente no sentido socialista." E continua, o autor comentando sobre o Estado Democrático de Direito: "As considerações supra mostram que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza 'Estado Democrático'. Este se funda no princípio da soberania popular que 'impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não exaure, [...], na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento'. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana." BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 16, comenta a respeito: "a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito".

<sup>2</sup>WALLINE, Marcel. *L'individualisme et le droit*, p. 14, 18 e 20, apud Francisco Amaral, *Direito Civil: introdução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998., p. 333.

de direito.<sup>3</sup> O direito perde o caráter meramente repressivo e, em contrapartida, ganha novas funções. Esta moderna concepção significa considerar que o interesse social sobrepõe-se ao particular, com o fito de se acabar com as injustiças sociais, sem se anular, contudo, a pessoa humana. Considera-se assim que todo direito só pode ser exercido de acordo e em harmonia com as finalidades para o qual foi instituído, que é sempre social, e desde que sejam observados os valores que foram prestigiados pela Constituição. O direito funcionalizou-se em busca da efetiva realização dos direitos e valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Neste contexto, deve-se buscar extrair a máxima efetividade da ordem jurídica, a fim de se garantir verdadeiro acesso dos cidadãos aos direitos subjetivos.

Enfim, pode-se afirmar que está em vigor nova ordem constitucional, cuja preocupação maior é o ser humano, promovendo uma mudança de paradigma (*do ter para o ser*).

*“Enfim, pode-se afirmar que está em vigor nova ordem constitucional, cuja preocupação maior é o ser humano, promovendo uma mudança de paradigma (do ter para o ser).”*

E não é por outra razão que a Carta indicou, em seu artigo 1º, como fundamentos do Estado de Direito democrático: a dignidade da pessoa humana<sup>4</sup> e a cidadania, esta vista como possibilidade de a pessoa exercer efetivamente a constelação de direitos postos à sua disposição pela ordem jurídica.<sup>5</sup> Como bem lembra BEZERRA LEITE: “A cidadania, portanto, deixa de ser considerada simples emanção do direito subjetivo do indivíduo de participar dos negócios do Estado para se transformar na idéia que, por sua extensão, pela abertura interdisciplinar, pela conotação política que exibe e pela multiplicidade de suas dimensões, pode servir de sustentáculo para a superação das contradições que gravitam em torno de temas como liberdade e justiça social, igualdade e solidariedade, universalismo e nacionalismo, direitos fundamentais e direitos sociais e econômicos, nesta fase de transição para o século XXI”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup>PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 33: “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superção do individualismo) e patrimonialismo (superção da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta e expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encovrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”.

<sup>4</sup>PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, op. cit., p. 156: “a personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas e proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício das relações humanas.”

<sup>5</sup>TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era dos direitos”. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 247. Para o autor em questão, a cidadania pode ser definida como “o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, só a análise ética e jurídica abre a possibilidade de compreensão desse complexo ‘status’. A cidadania já não está ligada à cidade nem ao Estado nacional, pois se afirma também no espaço internacional e supranacional. Apenas as idéias de direitos humanos e de justiça podem constituir-la no sentido ontológico”.

<sup>6</sup>LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*, São Paulo: LTr, 2001, p. 32.

Neste cenário, os direitos sociais<sup>7</sup>, também conhecidos como direitos de segunda geração ou dimensão<sup>8</sup>, crescem em importância, porque se traduzem em um *facere* por parte do Estado, que assume agora uma função verdadeiramente promocional dos valores que a Carta de 1988 elegeu como sustentáculo de toda a ordem jurídica brasileira<sup>9</sup>. Sobre a questão, BASTOS é categórico: *"No entendimento de Estado Democrático de Direito devem ser levados em conta o perseguir certos fins, principalmente sociais, guiando-se por certos valores"*<sup>10</sup>. No mesmo sentido, e ainda mais incisiva, é a lição de SILVA: *"A Constituição de 1988, ao indicar o Estado Democrático de direito, abre às perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências*

*"Neste cenário, os direitos sociais", também conhecidos como direitos de segunda geração ou dimensão, crescem em importância, porque se traduzem em um facere por parte do Estado, que assume agora uma função verdadeiramente promocional dos valores que a Carta de 1988 elegeu como sustentáculo de toda a ordem jurídica brasileira"*

*de um Estado de Justiça Social, fundado na dignidade da pessoa humana"*<sup>11</sup>. Em outros termos, não basta que a ordem jurídica assegure meros direitos subjetivos (abstratos), ela tem de se preocupar com a efetividade destes, ou seja, que os cidadãos possam efetivamente exercê-los. Como bem registra BASTOS: *"Ao lado dos direitos individuais, que têm por característica fundamental a imposição de um não fazer ou abster-se do Estado, as modernas Constituições impõem aos Poderes Públicos a prestação de diversas atividades, visando o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo em momentos em que ela se mostra mais carente de recursos e tem menos possibilidade conquistá-lo pelo seu trabalho. Pelos direitos sociais tornam-se deveres do Estado o assistir à velhice, aos doentes, aos*

<sup>7</sup>RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 155. O autor, nesta obra obrigatória para os estudiosos, registra que *"O direito social designa o conjunto de regras que asseguram a igualdade das situações apesar das diferenças de fortunas, regras que socorrem os mais fracos, desarmam os mais poderosos (...)"*.

<sup>8</sup>LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Op. cit.*, p. 30, explica com maestria as vantagens do termo dimensão: *"tem-se admitido que o termo 'dimensão' poderia substituir, com vantagem lógica e qualitativa, o vocábulo 'geração'. E essa substituição não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desapareceram com o surgimento das mais novas, na medida em que o mais importante é que os direitos nascidos em uma geração, quando surgem em um dado ordenamento jurídico, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada, o que propicia a sua melhor realização"*. Para mais adiante concluir: *"A questão terminológica ora focalizada é extremamente importante, uma vez que os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões se fundem, abrindo caminho para uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, (...)"*. (*Op. cit.*, p. 31).

<sup>9</sup>PERLINGHERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, *op. cit.*, p. 54: *"O Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto aquele de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto aquela de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa (arts. 2 e 3, § 2, Const), removendo os obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado (cfr., *infra*, cap. 10, § 176). Ele assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito - direito à informação, direito ao trabalho, direito ao estudo, essenciais e característicos de todo cidadão - e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício. O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação de sua intervenção"*.

<sup>10</sup>BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 147.

<sup>11</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 106/107.

deficientes de toda a sorte etc.”<sup>12</sup>. E é o texto constitucional que consigna, no art. 6º, que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, e, no art. 193, estabelece que a ordem social tem como objetivo “o bem-estar e a justiça sociais”.

A efetividade dos direitos sociais e dos valores consagrados pelo legislador constituinte é questão de grande importância para a ciência do Direito e de extremada preocupação para os juristas, pois como BOBBIO sublinhou: “o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-lo, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”<sup>13</sup>.

## 2 DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Embora não haja um consenso sobre a doutrina dos direitos humanos fundamentais, quicá sobre sua definição, MEDEIROS NETO traz importante contribuição ao defini-los como “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio da proteção

contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”<sup>14</sup>.

Aliás, as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais* não são sinônimas, o que vem sendo assinalado por importante parcela da doutrina. Em autorizada obra sobre o tema, LUÑO apresenta algumas distinções, afirmando que “*derechos humanos*”, termo mais amplo e impreciso, corresponde ao “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”, enquanto que os direitos fundamentais referem-se “*aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*”<sup>15</sup>. Também CANOTILHO, embora reconheça que não mais das vezes as expressões são usadas como sinônimas, ensina que “*direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta*”<sup>16</sup>. Conclui-se das lições trazidas ao debate, que os direitos fundamentais seriam espécies do gênero direitos humanos, decorrentes, pois, da posituação destes.

<sup>12</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 259.

<sup>13</sup>BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 24-25.

<sup>14</sup>MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *A fundamentação e o reconhecimento dos direitos humanos*. Procuradoria Regional do Trabalho 21ª Região, Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://www.prt21.gov.br/doutr16.htm>>. Acesso em: 11 de julho de 2006.

<sup>15</sup>LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Temas Clave de la Constitución Española, colección dirigida por Pedro de Vega. 6. edición. Madrid: Tecnos, 1995, p. 46.

<sup>16</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra-Portugal: Almedina, 1998, p. 369.

A Constituição brasileira de 1988 inovou também neste aspecto, pois, em seu Título II, instituiu 5 (cinco) categorias de "direitos e garantias fundamentais": I) direitos e garantias individuais e coletivos; II) direitos sociais; III) direitos de nacionalidade; IV) direitos políticos; V) direitos relacionados aos partidos políticos. Resta, pois, inequívoco que o legislador constituinte atribuiu aos direitos sociais, a nota de fundamentalidade, mostrando a opção também por instituir um Estado de Direito democrático, pautado na promoção da pessoa humana e do bem comum.

### 3 A SEGURIDADE SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL

A Seguridade Social, de acordo com o texto constitucional (art. 194), "*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*". Segundo MARTINS<sup>17</sup>, seria "*um conjunto de princípios, de normas e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*".

No nosso sentir, a Seguridade Social é verdadeira instituição despersonalizada, que compreende um sistema integrado pelos Poderes Públicos e pela sociedade com fins de implementar ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social<sup>18</sup>, tendo como princípios<sup>19</sup> aqueles consignados no art. 194, parágrafo único, da Constituição Federal:

"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."

Como visto, a Seguridade Social engloba um conjunto de prestações positivas do Estado (diretamente ou indiretamente) nas áreas de saúde, assistência e previdência social, com vistas à promoção do bem-estar e da justiça social (art. 193, da Constituição), inserindo-se, portanto, dentro da chamada segunda dimensão dos direitos constitucionais, cuja finalidade é a busca pela realização da plenitude do ser humano.

Basta, pois, uma análise perfunctória do art. 6º da Constituição: "*São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*", para ficar claro que a Seguridade Social, vista conglobadamente, é um *direito social*. Não sendo outra a razão que levou o constituinte a inseri-la no Título VIII, da Constituição Federal: Da Ordem Social.

Como bem lembra BALERA, "*essa base estrutural exige que o sistema de seguridade social implante a justiça distributiva, proporcional, geométrica,*

<sup>17</sup>MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*, 11 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 41.

<sup>18</sup>Vale registrar que é competência privativa da União legislar sobre seguridade social como estabelecido no art. 22, XXIII, da CF, podendo lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas de seguridade social (parágrafo único, do art. 22, da CF).

<sup>19</sup>SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito Previdenciário Avançado*, 2ª edição, Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 70: "*Embora a Constituição fale em objetivos, seria mais técnico falar-se em princípios, porque servem de paradigma para a construção de todo o sistema de Seguridade Social, como, aliás consigna o 'caput' do parágrafo único, do artigo 194*".

que permite maior amparo à parcela da população cujas necessidades são maiores. Nada mais conforme com os termos do art. 3º, da Lei das Leis, que quer a construção d'uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), combinada com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (III), culminando com a promoção do bem de todos (IV)<sup>20</sup>.

A Seguridade Social, neste contexto, passa a ser um verdadeiro direito fundamental do homem, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de ações do Estado e da sociedade para o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. O Estado passa a ter o dever de prestar ações nas áreas por ela englobadas, sendo que as pessoas passam a poder exigir o efetivo cumprimento delas.

#### 4 DA PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Sendo a Previdência Social um tomo da Seguridade, tal como conteúdo e continente, as duas guardam idêntica natureza jurídica, qual seja, de direito social e, portanto, no contexto da Carta de 1988, fundamental.

Neste supedâneo, a Previdência Social ganha em importância, pois tem por objetivo garantir a dignidade das pessoas que, por fatores diversos, encontram-se *incapacitadas* para o trabalho. Tem, assim, por objetivo último, a garantia da dignidade do ser humano, enquadrando-se indubitavelmente como direito fundamental deste (art. 6º, da CF), pois não se concebe um Estado de Direito democrático que não tenha ações efetivas na área de Previdência Social.

#### 5 SISTEMAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: DE REPARTIÇÃO, DE CAPITALIZAÇÃO OU MISTOS

Basicamente os sistemas de previdência social dividem-se em dois grandes mo-

delos: os de repartição (SR – sistemas de repartição) ou de capitalização (SC – sistemas de capitalização). Claro que há subdivisões dos sistemas, mas pela complexidade do tema e por não ser o objetivo do nosso trabalho, vamos nos ater a tecer maiores comentários apenas sobre os modelos de repartição e capitalização.

##### a) Sistema de Repartição (SR)

Este é o sistema adotado pelo Brasil quanto aos regimes públicos, sendo também conhecido como *sistema público* (nomenclatura imprecisa, porque este sistema não precisa ter essencialmente esta característica).

Normalmente o sistema de repartição adota o regime de *benefícios definidos*, também conhecido como *de contribuições não definidas*, em que os benefícios têm seus valores definidos por lei ou contrato (no RGPS decorrem da aplicação de uma fórmula sobre os salários-de-contribuição dos segurados).

No sistema de repartição (SR), a atual geração de segurados (trabalhadores) financia os benefícios previdenciários pagos. Na medida em que a população envelhece e conseqüentemente aumenta o número de beneficiários do sistema, surge

uma necessidade de se aumentar as contribuições, elevando-as a níveis extremamente altos e intoleráveis, o que, mais cedo ou mais tarde, forçará o Estado a financiar o déficit do sistema. Contudo, é justamente neste fato que reside a solidariedade do sistema de repartição (SR), porquanto os atuais segurados sustentam os atuais beneficiários (solidariedade entre gerações), além de provocar uma solidariedade entre grupos sociais, forçando as classes mais abastadas a suportar contribuições maiores a fim de financiar os benefícios pagos, tornando-se, indubitavelmente, importante instrumento de justiça social e distribuição de renda.

*"A Seguridade Social, neste contexto, passa a ser um verdadeiro direito fundamental do homem, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de ações do Estado e da sociedade para o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana."*

<sup>20</sup>BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*, 3ª ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 21.

Neste sistema, os benefícios previdenciários são regulamentados por Lei, que normalmente estabelece os riscos sociais abrangidos (normalmente este sistema é mais abrangente), níveis mínimo e máximo do valor dos benefícios, fórmulas para o cálculo da renda dos segurados, oferecendo, portanto, uma segurança jurídica aos seus filiados. No SR – sistema de repartição –, nem sempre o benefício guarda uma proporção com as contribuições pagas (como é o caso no Brasil do salário-maternidade), por vezes sequer as exigindo, haja vista, tomando como exemplo o Brasil, a situação dos segurados especiais e dos trabalhadores rurais filiados ao RGPS – Regime Geral de Previdência Social – antes de 1991 (§ 2º, do art. 55, c/c o art. 143, da Lei nº 8.213/91), tornando-se, também por este aspecto, um importante instrumento de distribuição de renda e justiça social.

As relações jurídicas entre o segurado e o Estado, no sistema de repartição, normalmente estabelecem-se em decorrência de previsão legal e independentemente da vontade dos segurados, os quais obrigatoriamente deverão contribuir para o sistema.

O sistema de repartição caracteriza-se também pela indefinição das contribuições, pois estas tendem a aumentar na medida em que ele amadurece. Ou seja, quando o sistema e a população são jovens, as contribuições normalmente são pequenas, tendendo a aumentar à medida que o sistema e a população envelhecem. Este aumento de contribuição pode acarretar um sério problema que é a evasão e sonegação das contribuições, além de forçar o Estado a suportar o déficit. Por outro lado, como já dito, incentivam a solidariedade entre gerações e grupos sociais.

Verifica-se, pois, que o sistema de repartição apresenta um caráter eminentemente social e coletivo em detrimento do econômico.

#### **b) Sistema de Capitalização (SC)**

É o sistema adotado no Brasil quanto aos regimes privados de caráter complementar, sendo também conhecido como *sistema privado* (embora esta não seja uma verda-

de absoluta, vez que estes sistemas podem ser prestados por entes estatais). Normalmente adotam o regime de *benefícios não definidos* ou de *contribuições definidas*, embora possam também adotar o modelo de *benefícios definidos*. Têm um caráter eminentemente econômico e individualista em detrimento do social.

Este sistema assemelha-se muito aos seguros privados e tem por fundamento contribuições (prêmios) definidas (quando adotado o regime de contribuições definidas), sendo que os segurados financiam seus futuros benefícios, mediante o depósito mensal das contribuições em contas individuais, cujo saldo é aplicado e o rendimento acrescido à conta corrente. Na ocorrência do risco social (sinistro), o segurado fará jus ao recebimento de uma quantia mensal vitalícia a título do benefício (aposentadoria, pensão, etc.) ou ao saque do montante integral acumulado. Os valores dos benefícios ou do acumulado poderão variar de acordo com a quantia mensal depositada a título de prêmio e com tempo de contribuição.

Quando adotado o sistema de benefícios definidos, o segurado faz a opção pela renda do benefício, sendo que as contribuições serão recalculadas temporariamente de forma a se implementar o valor do benefício ou do montante integral acumulado (que são previamente ajustados). Também há, nesta hipótese, a formação de uma conta corrente vinculada ao segurado.

As relações jurídicas decorrem da vontade das partes contratantes, tendo eminentemente natureza contratual, embora possa haver a intervenção do Estado nas relações havidas (*dirigismo contratual*).

O sistema de capitalização (SC) apresenta nítidas desvantagens em relação ao sistema anterior por privilegiar o individualismo, não atendendo aos anseios de justiça social e coletividade. Note-se, por exemplo, a situação de determinado segurado que fica desempregado longo período de sua vida produtiva, seu benefício (de aposentadoria, por exemplo), em vista do reduzido período de contribuição, será pequeno, para não dizer insuficiente para garantir-lhe uma vida com dignidade na velhice ou eventual incapacidade para o trabalho.

No mais, neste modelo, os riscos (objeto de cobertura) são bem reduzidos em relação ao anterior (SR), a saber: tempo de contribuição e idade, morte e incapacidade.

Este sistema, adotado um ou outro regime, é injusto com as classes mais desfavorecidas, que não podem contribuir com grandes montas mensais, nem por longos períodos.

O Chile na reforma promovida no início da década de 80 adotou este modelo (SC), privatizando todo o sistema previdenciário, respeitando, contudo, os direitos adquiridos dos beneficiários que estivessem em gozo de benefícios previdenciários.

### c) Sistemas mistos

Há inúmeras possibilidades de combinação entre os sistemas de capitalização e de repartição, que podem formar infinitas variáveis de sistemas previdenciários. O modelo mais comum é o baseado no método de contribuições escalonadas, que apresenta critérios mais rígidos para a concessão de benefícios (normalmente exigindo os requisitos de idade e tempo de contribuição cumulativamente), além de acumular reservas das contribuições de segurados e empregadores de forma que possa subvencionar as aposentadorias futuras. Pode, ou não, prever a criação de contas individuais. Devem ser realizadas avaliações atuariais periódicas de forma a determinar se os valores das contribuições atuais (acrescidas da reserva) serão suficientes para cobertura dos benefícios futuros, hipótese em que os valores daquelas poderão ser mantidos ou majorados. Este modelo congrega aspectos de ambos os sistemas acima analisados, podendo tender para um ou outro dependendo do caso concreto.

O sistema previdenciário brasileiro, tanto para os trabalhadores da iniciativa privada e, após a reforma, para os servidores civis, analisado sob um aspecto global (englobando o RGPS e o regime de previdên-

cia privado complementar), pode ser tido como um sistema misto, vez que no RGPS congrega elementos do sistema de repartição e no privado complementar, elementos do sistema de capitalização.

A bem da verdade, não existe um modelo puro de repartição ou de capitalização, pois sempre haverá elementos de um sistema no outro.

## 6 DA OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SISTEMA DE REPARTIÇÃO

O legislador constituinte optou pela constituição de um Estado de Direito baseado na solidariedade (doutrina do *solidarismo constitucional*), tendo por objetivos a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193, da Constituição), em busca de maior amparo à parcela da população cujas necessidades são maiores. Nada mais conforme com os objetivos do Estado brasileiro, traçados no art. 3º, da Constituição, a saber: (I) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (II) a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, e (IV) a promoção do bem de todos.

Portanto, só o sistema de repartição é capaz de realizar em toda a amplitude os valores abrangidos pela Constituição de 1988, porque é baseado na solidariedade entre gerações e classes sociais. Aliás, a solidariedade, que foi alçada ao patamar de princípio do direito previdenciário brasileiro, é elemento essencial ao conceito de repartição.

Neste supedâneo, o entendimento do conceito de repartição de benefícios deve ser o mais amplo possível, compreendendo não apenas o aspecto econômico, mas também outras facetas, como a social. A política de repartição de benefícios deve visar a redução de desigualdades sociais, a distribuição de renda, o reconhecimento de direitos a povos tradicionais (v.g., os indígenas) e a determinada categoria de pessoas (como

*"Neste supedâneo, o entendimento do conceito de repartição de benefícios deve ser o mais amplo possível, compreendendo não apenas o aspecto econômico, mas também outras facetas, como a social."*

os empregados domésticos e rurais)<sup>1</sup>, bem como o acesso democrático à informação relevante para a conservação dos direitos. Só assim estar-se-á realizando plenamente os valores consagrados pela Carta de 1988. Ao contrário do que ocorre no sistema de capitalização (calcado na doutrina do *individualismo*), em que cada partícipe do sistema forma sua própria conta, o sistema de repartição é baseado na solidariedade, em que toda a sociedade e também o Estado são responsáveis pela sua manutenção. Privilegia-se o social, em detrimento do individualismo.

Nesse sentido, é também necessário que o Estado crie mecanismos de repartição de benefícios que extrapolem meras diretrizes para arranjos contratuais de acesso e repartição, dentro do marco formal contratualista privado, com efetivo controle estatal. É importante criar políticas mais universais de repartição de benefícios voltadas ao interesse público, como, por exemplo, o estabelecimento de um fundo público voltado à garantir futuros benefícios, formado a partir de contribuições de órgãos governamentais, da sociedade, dos beneficiários e principalmente do setor privado (*empresas*). Outro exemplo de política universal de repartição de benefícios seria a obrigatoriedade de investimentos em pesquisa científica de interesse público, voltada à solução de problemas concretos de assistência social e saúde pública da população brasileira, independentemente de seu retorno econômico.

Diga-se, por oportuno, que o sistema de repartição não tem por objetivo o lucro

ou a ausência de prejuízo, porque seu objetivo é a realização de justiça social e do bem-estar de todo cidadão. Tome-se o exemplo do trabalhador rural, que tem garantidos inúmeros direitos previdenciários independentemente de contribuição para o sistema. O sistema de repartição, calcado no bem-estar e na justiça sociais, foi uma opção do legislador constituinte e, por isso, o *déficit* da Previdência deve ser visto não como prejuízo, mas como *investimento* na área social.

Falar-se em reforma da Previdência Social para acabar com o *déficit* do sistema é violentar os preceitos constitucionais mais básicos, porque é a própria ordem constitu-

cional que privilegia o sistema de repartição em detrimento ao de capitalização. Em outros termos, privilegia o social em detrimento do individual.

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra é o sistema de repartição, e, quando o legislador constituinte quis excepcioná-la, ou seja, adotar outro sistema (por exemplo, de capitalização), ele o fez expressamente, como no caso da previdência complementar do servidor público<sup>22</sup>.

## 7 CONCLUSÃO

Conclui-se, em breve síntese, que apenas o sistema de repartição é capaz de atender aos valores consagrados pela Constituição de 1988, sobretudo a solidariedade, a justiça social e a igualdade, realizando as necessidades de assistência integral do ser humano. Em outros termos, o efetivo acesso ao sistema previdenciário só é garantido a todos os cidadãos quando se adota o sistema de repartição.

*"Falar-se em reforma da Previdência Social para acabar com o déficit do sistema é violentar os preceitos constitucionais mais básicos, porque é a própria ordem constitucional que privilegia o sistema de repartição em detrimento ao de capitalização. Em outros termos, privilegia o social em detrimento do individual."*

<sup>21</sup> A Emenda Constitucional de n. 47 acrescentou o § 12 ao art. 201 da Carta, o qual está assim redigido: "*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*", e também o § 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*".

<sup>22</sup> § 15, do art. 40. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

E, nos dias atuais, a efetiva realização dos direitos sociais (e, portanto, da Previdência Social) é uma constante preocupação do Direito (enquanto ciência), pois não basta se assegurar meros direitos abstratos na ordem jurídica, sem se ater ao acesso efetivo a estes. O Estado de Direito democrático busca reavaliar a ordem jurídica instaurada e, porque não dizer, a forma de engergar o Direito.

Neste contexto, como já disse, apenas o sistema de repartição é capaz de atender aos mais modernos reclames de solidariedade e justiça social, garantindo efetivo acesso de todos ao sistema previdenciário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*, 3ª ed., São Paulo: LTr, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Saraiva, 1961
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra-Portugal: Almedina, 1998.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*, São Paulo: LTr, 2001.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Temas Clave de la Constitución Española, colección dirigida por Pedro de Vega. 6. edición. Madrid: Tecnos, 1995.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*, 11 ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *A fundamentação e o reconhecimento dos direitos humanos*. Procuradoria Regional do Trabalho 21ª. Região, Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://www.prt21.gov.br/doutr16.htm>>. Acesso em: 11 de julho de 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo: Max Limonad, 1952.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito Previdenciário Avançado*, 2ª. edição, Belo Horizonte, Mandamentos, 2005.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. "A cidadania multidimensional na era dos direitos". In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.