

A APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Daniel Pulino

É corrente afirmar-se que a aposentadoria por invalidez pressupõe que o trabalhador esteja total e definitivamente incapaz. Mas, afinal, a partir de que instante se pode dizer que alguém perdeu “totalmente” a capacidade de trabalho? Reflexamente, quando é possível afirmar que aquela capacidade deixa de ser “definitiva”? A resposta a problemas como este exige do intérprete a utilização de parâmetros jurídicos seguros para sua atuação.

Partindo do regime jurídico-previdenciário que se extrai da Constituição brasileira e valendo-se de instrumentos lógico-formais de análise das normas jurídicas, o Autor discute, no presente trabalho, diversos temas inerentes à aposentadoria por invalidez.

A metodologia, extensão e profundidade da obra aliadas à abordagem de questões práticas, com ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial, recomendam sua leitura tanto para fins de estudo teórico da disciplina, quanto para análise de casos concretos com que se deparam todos os dias diferentes profissionais do Direito.

LT[®]R



22882

**A
APOSENTADORIA
POR INVALIDEZ
NO DIREITO
POSITIVO
BRASILEIRO**

Daniel Pulino

LETR[®]

LETR

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Daniel Pulino

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Pulino, Daniel

A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro / Daniel Pulino. — São Paulo : LTr, 2001.

Bibliografia.

ISBN 85-361-0014-1

1. Aposentadoria por invalidez — Brasil 2. Direito previdenciário — Brasil 3. Previdência social — Brasil I. Título.

00-5328

CDU-34:331.25:368-4(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Aposentadoria por invalidez : Direito previdenciário 34:331.25:368-4(81)

(Cód. 2288.2)

© Todos os direitos reservados



EDITORA LTDA.

Rua Apa, 165 - CEP 01201-904 - Fone (11) 3826-2788 - Fax (11) 3826-9180
São Paulo, SP - Brasil - www.ltr.com.br

2001

PREFÁCIO

Com a dissertação que, em boa hora, resolveu dar à estampa, *Daniel Pulino* obteve o grau de mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. A Banca Examinadora não teve dúvida em conceder-lhe, por unanimidade, a nota máxima.

Acompanho a trajetória acadêmica e profissional do autor e posso testemunhar a dedicação e eficiência com que, apesar das dificuldades, sabe posicionar-se na intransigente defesa do perfil constitucional da seguridade social e, creio eu, este é o atributo principal de quem caminha na etapa preliminar da constituição teórica da disciplina previdenciária.

Sim, é verdade que o sistema previdenciário brasileiro já se acha, bem ou mal, implantado há mais de quinze lustros. Mas é também verdade que, ressalvados poucos artigos, nenhum estudo teórico foi produzido em todo esse tempo relativamente ao tema e ao problema da prestação por invalidez.

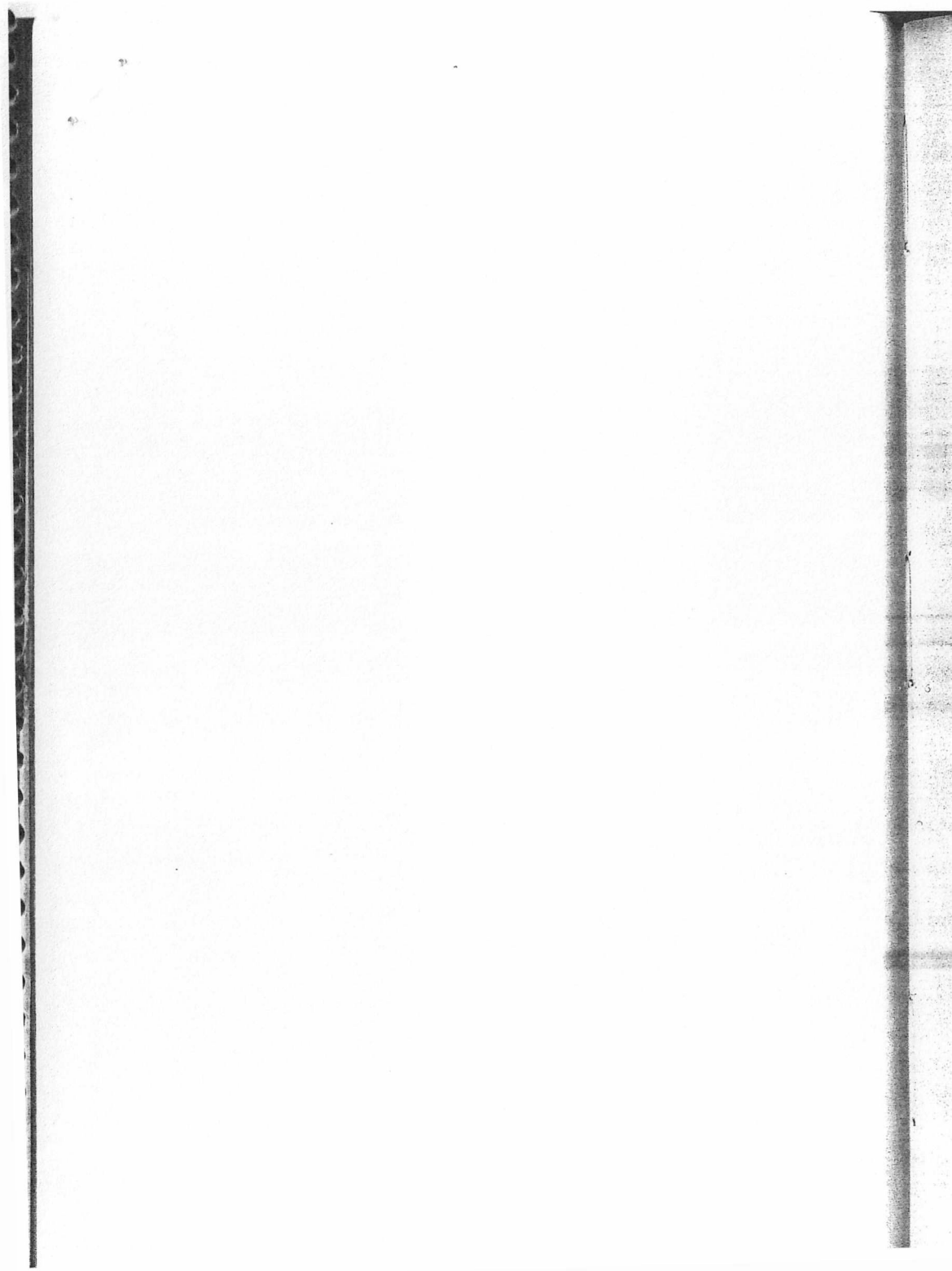
Eis a tarefa a que se propôs, mediante a utilização dos modernos artefatos da Teoria Geral do Direito, naquilo que condiz com o nosso setor, o Direito Previdenciário.

Trabalho meditado e esclarecedor, não se limita ao tema principal. Como que situando-as no átrio da discussão da aposentadoria, o texto demarca as linhas gerais do universo previdenciário e, só depois de assentado sobre tais fundamentos, cogita do tema de fundo em todos os seus aspectos.

Várias colocações, naturalmente, exortarão o leitor a rever conceitos, a repensar idéias que nada mais são do que preconceitos. É parte integrante do ambiente acadêmico a polêmica. Não por acaso a obra fundamental de *Popper* tem o nome de "Conjecturas e Refutações". Ao polemizar, pois, o autor faz crescer a ciência.

É para mim motivo de orgulho e satisfação apresentar esta obra. De orgulho por ter percebido que o jovem Procurador da Previdência Social que conheci no ambiente de trabalho profissional revelava vocação para a pesquisa e a docência, o que ficou demonstrado neste estudo e no cotidiano do trabalho da minha equipe de Direito Previdenciário na Faculdade de Direito da PUC-SP para a qual foi, de

PARTE GERAL



**A PREVIDÊNCIA SOCIAL
NO SISTEMA CONSTITUCIONAL
DE SEGURIDADE SOCIAL**

CAPÍTULO I — A SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social foi implantada, no Brasil, com a Constituição de 5 de outubro de 1988, que a disciplinou, especificamente, no Capítulo II, do Título VIII (Da Ordem Social).

Aí se encontram traçadas as linhas básicas desse amplo sistema de proteção social, mormente no art. 194 de sua Seção I, relativa às Disposições Gerais. Estabelece esse dispositivo:

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

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

- I — **universalidade** da cobertura e do atendimento;*
- II — **uniformidade e equivalência** dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;*
- III — **seletividade e distributividade** na prestação dos benefícios e serviços;*
- IV — **irredutibilidade** do valor dos benefícios;*
- V — **equidade** na forma de participação no custeio;*
- VI — **diversidade** da base de financiamento;*

VII — caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados¹.

Nesse artigo da Constituição, estão as diretrizes fundamentais da seguridade social: as áreas por ela abrangidas e que constituem os limites possíveis dentro dos quais suas ações se desenvolvem (saúde, previdência e assistência social); a necessidade de compreendê-la como sistema, pois, apesar de formada por aquelas três áreas — e conquanto se admita diferentes níveis de proteção, como adiante veremos — a seguridade há de formar uma unidade, uma rede única de proteção (um “conjunto *integrado* de ações”, nos significativos dizeres da Lei Máxima)²; sua inegável submissão ao regime de direito público; e, nos sete incisos transcritos, os objetivos que devem nortear sua organização, sendo expressivo destacar que logo de início tenha constado a diretriz da *universalidade* (assim das situações de necessidade como dos sujeitos a serem protegidos), que é o verdadeiro marco da chamada era da seguridade social.

Em suma, apresentam-se em nosso direito constitucional as características apontadas como essenciais à noção de seguridade social que se colhe a partir das idéias de seu idealizador, *William Beveridge*³: a) integralidade, homogeneidade protetiva; b) proteção de todas as necessidades sociais; c) proteção de todos os sujeitos e finalmente; d) o dever de toda a sociedade financiar o sistema (é o que dispõe o art. 195, *caput*⁴).

Embora estejam neste dispositivo os pilares da seguridade social brasileira, é preciso dizer que tudo isso há de ser entendido não como se fosse algo bastante em si, auto-suficiente, mas sim no contexto total da Constituição de 1988, o que conduz à incontornável necessidade de conhecermos seus mandamentos fundamentais, so-

¹ Esta redação do inciso VII foi dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 16 de dezembro de 1998.

² O art. 19, XII da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n. 8.742/93) é muito expressivo a esse respeito, quando determina que compete ao órgão de coordenação das políticas nacionais deste setor “articular-se com os órgãos responsáveis pelas políticas de saúde e previdência social, bem como com os demais responsáveis pelas políticas sócio-econômicas setoriais visando à elevação do patamar mínimo de atendimento às necessidades básicas”. A mesma idéia também está presente no art. 195, § 2º da Constituição, ao estabelecer que a “proposta de orçamento da seguridade social será elaborada *de forma integrada* pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência e assistência social (...)”.

³ *Almansa Pastor, Derecho de la Seguridad Social*, Vol. I, Tecnos, Madri, 1977, pp. 92/93.

⁴ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade (...)”

bretudo as bases e objetivos do Estado brasileiro. Sem isso, definitivamente, a ninguém seria dado compreender completamente — e sequer minimamente — o direito de seguridade social brasileiro.

No entanto, não seria adequado — evidentemente — que isso fosse feito nos modestos horizontes desta dissertação, que possui preciso objeto e que nos cumpre logo alcançar e enfrentar, havendo, ainda, longo caminho a percorrer, com importantes áreas de parada obrigatória, que não podem ser saltadas senão em prejuízo do estudo que nela nos propusemos a fazer. Por essa razão limitamo-nos a *indicar* algumas das noções centrais para compreensão da matéria, reservando-nos a oportunidade de melhor esclarecê-las pontualmente, quando isso for necessário para entendermos as idéias centrais deste estudo⁵.

Há forte entrelaçamento entre os objetivos específicos da seguridade social com aqueles impostos a todos os setores da Ordem Social, e desses com os do Estado brasileiro. Esta cadeia, como já advertimos, não pode ser interrompida.

Abriendo este leque, partindo, assim, dessas disposições específicas para alcançar as mais gerais, o primeiro ponto de observação é já o vizinho art. 193, que inaugura a Ordem Social, traçando-lhe os pontos de partida e terminal, da seguinte forma: "Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais"⁶.

Cumpra referir, quanto a este *ponto de partida*, esta premissa básica do sistema, que semelhante disposição, fixada no art. 170, *caput* da Constituição que inaugura agora a Ordem Econômica e Financeira, em harmonia com aquela que acabamos de ver, determina que também esta ordem encontra-se "fundada na valorização do trabalho humano", repetindo, aliás, o inciso IV, do art. 1º da Constituição, que impõe como um dos fundamentos da própria República "os valores sociais do trabalho"⁷.

⁵ Amplo conhecimento do assunto pode ser encontrado na primorosa obra *A seguridade social na Constituição de 1988*, de Wagner Balera (São Paulo, RT, 1989), para a qual nos remetemos.

⁶ Wagner Balera ensina, com muita propriedade, que este art. 193 funciona como verdadeira chave interpretativa para toda a seguridade social (*A seguridade...*, cit., p. 32).

⁷ A rigor, tanto no art. 1º quanto no 170 o valor social do trabalho aparece atrelado a outro valor, o da livre iniciativa, com o que resta claro, na ordem constitucional brasileira, o reconhecimento de que o trabalho possui uma *finalidade econômica*, de fundamental importância na construção da sociedade. Todavia, quando, no art. 193, a Constituição impõe como base da ordem social o *primado* do trabalho, sem referir-se aqui à livre iniciativa, evidencia que o trabalho não tem apenas aquela dimensão econômica e, mais que isso, que não é ela a que mais importa.

Aqueles mesmos *objetivos* traçados pelo art. 193, comparecem no já mencionado art. 170, segundo o qual "A ordem econômica...tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", o que, por sua vez, também se ajusta a outro fundamento da República, "a dignidade da pessoa humana", insculpido no inciso III daquele art. 1º da Constituição, bem como a pelo menos três dos objetivos impostos pelo art. 3º da Carta Magna ao Estado brasileiro: "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (inciso I), "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (III) e "promover o bem de todos" (IV).

A tudo isso se adjuque as expressivas palavras do Preâmbulo da Constituição, pelas quais apreendemos que o Estado deve "assegurar o exercício dos direitos sociais (...) a segurança, o bem-estar (...) a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (...) fundada na harmonia social".

Como que sintetizando, num só enunciado, a base da Ordem Social (o trabalho humano) com seus *objetivos* (bem-estar e justiça sociais), assim dispôs o art. 7º, *caput*, da Constituição, antes de inscrever vasto rol de direitos sociais: "São direitos dos *trabalhadores* urbanos e rurais, além de *outros* que visem à *melhoria de sua condição social* (...)".

Anote-se, ao fim dessa apertadíssima e parcial enumeração, que tamanha é a importância atribuída pelo Estatuto Supremo à seguridade social que ele dispôs, em seu art. 165, § 5º, III, que a lei orçamentária anual compreenderá, além dos orçamentos fiscal e de investimento nas empresas estatais, "o orçamento da seguridade social". Revela-se, com isso, a preocupação em formar um orçamento próprio para este gigantesco aparelho protetor, separado do orçamento fiscal⁸, o que se mostra plenamente compatível com a importância das medidas que ele há de financiar e que não convém sejam tratadas junto com as demais ações da União⁹.

⁸ A reforçar esse mandamento, lembre-se que, nos termos do art. 167 da Constituição, são *vedadas* tanto "a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa" (inciso VI), quanto "a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos...".

⁹ A esse respeito, escreveu Misabel Abreu Machado Derzi que "Os problemas financeiros, que afligem o seguro social de forma universal, foram especialmente agravados no Brasil, por razões domésticas...", entre as quais destaca a autora, incisivamente, os desmandos "de caixa, pois desvios de recursos da previdência social para outras finalidades do Estado advieram de lacunas existentes na Constituição de 1967/69; o caixa da previdência social confundiu-se com o caixa do Tesouro Nacional e seus recursos foram canalizados até para construção de hidrelétricas" ("Contribuição para o FINSOCIAL", in *Revista de Direito Tributário* n. 55, p. 197).

A partir dessas disposições, poderíamos extrair o conceito de seguridade social no direito brasileiro, como o conjunto sistematizado, integrado, de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, previdência social e assistência social, tendo como base o primado do trabalho e, como finalidade, superar necessidades sociais para alcançar bem-estar e justiça sociais.

1. Relações jurídicas de concessão de prestações

Muitas são as tarefas assinaladas pela Constituição à seguridade social, como se percebe, não apenas do que vimos acima, como ainda das disposições em que ela disciplina, especificamente, cada um dos setores que a compõe (arts. 196 a 203). Por consequência, não poucas receitas hão de financiar o sistema. Preocupado com isso, o constituinte gravou, basicamente no art. 195, as diretrizes essenciais para que se identifique de quem, de que forma e em que medida devem ser captados os recursos que financiarão os diversos mecanismos de proteção social compreendidos na seguridade.

Temos, assim, a previsão constitucional de algumas medidas que, de um lado, conferirão proteção aos membros da sociedade e de outras que, a seu turno, serão implementadas para dar sustentação econômica às primeiras — e que têm, nessa medida, caráter nitidamente instrumental em relação àquelas.

Bem por isso é possível identificarmos pelo menos duas modalidades de relações jurídicas decorrentes do sistema de seguridade social¹⁰, sobretudo de acordo com os respectivos objetos: umas conferindo a determinados sujeitos direito àquelas medidas que afinal os protegerão quando necessário (relações jurídicas concessivas de prestações de saúde, de previdência e de assistência social); outras impondo a diversas categorias de sujeitos o dever de *contribuir* para a formação dos recursos financeiros sem os quais nada seria possível realizar (relações jurídicas contributivas ou de custeio).

Isto posto, cumpre-nos alertar que, na presente jornada, apenas cuidaremos daquela primeira classe de relações jurídicas, e mesmo assim, de ínfima parcela delas (as relativas aos benefícios por

¹⁰ Sobre o tema, paira larga discussão na doutrina, tanto nacional quanto alienígena, a respeito de quantas e quais seriam as possíveis relações jurídicas na seguridade social. Cf. Almansa Pastor, *Derecho de la seguridad social*, cit., pp. 152/155; Mattia Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Pádua, CEDAM, 1992, p. 38; Feijó Coimbra, *Natureza jurídica da obrigação previdenciária*, caderno do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, Rio de Janeiro, outubro de 1984; Orlando Gomes, *Escritos menores*, São Paulo, Saraiva, 1981, pp. 210/211.

invalidez), o que faremos, ainda, somente após termos separado — por necessidade didática — parcela um pouco maior desse tipo de relações (as previdenciárias).

Nisso reside a primeira grande cisão que neste trabalho se fará, dentro do vasto espectro do direito de seguridade social: o estudo que empreenderemos será parcial, na medida em que teremos por objeto apenas a relação jurídica de concessão de prestações aos beneficiários, relegando para segundo plano a relação jurídica de custeio do sistema.

E dado que o objeto dessas relações gira em torno das prestações de seguridade social, é preciso que digamos — ainda que superficialmente, diante das já lembradas limitações que nos condicionam — em que elas consistem e como podem ser classificadas.

2. Prestações

A noção de *prestação* de seguridade social é uma categoria jurídico-dogmática fundamental para esse ramo do direito, assim como o são, por exemplo, as noções de ato administrativo, sentença, tributo, contrato de trabalho, respectivamente para o direito administrativo, o processual civil, o tributário e o do trabalho.

Em primeiro lugar, sob perspectiva *funcional*, operacional da *relação jurídica*, prestações são as medidas públicas conferidas pelos órgãos gestores do sistema aos beneficiários, visando combater situações de necessidade social.

Com efeito, como melhor restará elucidado oportunamente, a movimentação do aparelho protetivo de seguridade social depende da detecção legal de *situações de necessidade* que recaem sobre os membros componentes do corpo social, as quais são enfrentadas mediante o dever imposto aos *entes gestores* (qualificados, nessa medida, como sujeitos passivos da relação) de adotar, em face *desses indivíduos, de um grupo deles ou até mesmo de toda a coletividade* (e em qualquer um desses casos, aí estará identificado quem comporá o pólo ativo da relação jurídica) as *providências* pré-fixadas na lei para evitar ou de alguma forma debelar aquelas necessidades. Tais providências consistem, justamente, nas prestações de seguridade social.

Portanto, é através delas que se realiza, em última análise, a proteção social na seguridade. Podemos dizer então que há um *modo de atuação específico* na seguridade social, consistente no combate de necessidades sociais mediante outorga estatal de prestações (prestações que não de ser, necessariamente, de uma de três espécies: assistencial, previdenciária ou de saúde).

Destacamos, com *Wagner Balera*¹¹, três importantes dispositivos constitucionais a serem observados, genericamente, em matéria de prestações de seguridade social, relativos aos incisos II (de ser uniformes e equivalentes para urbanos e rurais) e III (seletividade e distributividade), do parágrafo único do art. 194 e o art. 195, § 5º (elas não podem ser criadas, majoradas ou estendidas sem que a correspondente fonte de custeio total também venha prevista por lei). Acrescente-se a isso, mas agora apenas relativamente às prestações pecuniárias, que elas são irredutíveis em seu valor (art. 194, parágrafo único, inciso III)¹².

Note-se, aliás, que o vocábulo “prestação” pode perfeitamente designar, por abreviação de raciocínio, também a própria *conduta* devida pelo órgão de seguridade social, pelo sujeito passivo da relação, em face do sujeito ativo¹³. É exatamente nesse sentido que *Wagner Balera* conceitua prestação como “o comportamento devido pelo sujeito passivo, que tanto pode consistir na ‘realização de um fato’ como na ‘dação de alguma coisa’”¹⁴.

Curioso notar que o termo “prestação” é utilizado para designar, no direito obrigacional, justamente o objeto das obrigações, de forma que, de acordo com o sentido técnico-previdenciário, o órgão de seguridade “está vinculado à prestação de ‘prestações’”, na acurada observação de *Pereira Leite*¹⁵.

2.1. Serviço Público

Importa destacar, ainda, que as prestações de seguridade social são verdadeiros serviços públicos, consoante o conceito de *Celso Antônio Bandeira de Mello* — que ora adotamos —, assim enunciado:

¹¹ “Introdução à seguridade social”, in Meire Lúcia Monteiro (coord.), *Introdução ao direito previdenciário*, São Paulo, LTr, 1998, p. 58.

¹² Para melhor compreensão do conteúdo jurídico dessa garantia constitucional, cf. nosso trabalho em parceria com Wagner Balera “Da irredutibilidade do valor dos benefícios”, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n. 19, São Paulo, RT, 1997, pp. 169/183.

¹³ Ocorre-nos apontar que Paulo de Barros Carvalho faz interessante estudo das possíveis acepções em que se toma o vocábulo “tributo”, que, entre outras tantas (como direito do sujeito ativo, como sinônimo da relação jurídica que o veicula, como norma jurídica e, ainda, como norma, fato e relação), assume significação equivalente a essas duas que aqui apontamos para “prestações”, como comportamento e como objeto deste comportamento. O mesmo exercício bem pode ser adaptado e adotado aqui, no direito de seguridade social, para as prestações (*Curso de direito tributário*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 16).

¹⁴ *Introdução à seguridade social*, cit., p. 56.

¹⁵ *Curso elementar de direito previdenciário*, São Paulo, LTr, 1977, p. 122, nota 165.

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”¹⁶.

Há, pois, dois elementos neste conceito jurídico, sem os quais não se pode aplicá-lo: um material (oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente) e outro formal (vinculação a regime de direito público¹⁷). Voltaremos a tratar deste assunto, quando estudarmos, adiante, a caracterização básica da previdência social em nossa ordem jurídica.

Nisso reside uma dimensão da maior importância, para a qual temos que chamar a atenção.

É que a seguridade social é, basicamente¹⁸, um fenômeno público, conquanto suas ações sejam de iniciativa tanto dos Poderes Públicos quanto da sociedade, nos termos do art. 194, *caput* da Constituição, acima transcrito. E suas prestações assim podem ser qualificadas, quer porque são vetores fundamentais ao atingimento de *fins constitucionais próprios do Estado* — como já podemos notar, ao descrevermos sua conformação constitucional mínima —, quer pela *disciplina peculiar* sob a qual se desenvolvem, vez que veiculadas em relações jurídicas submetidas a *regime de direito público*.

Realmente, no Estado moderno traçado pela Constituição de 1988, a manutenção das condições básicas de vida dos indivíduos depende das prestações de seguridade social. Importa reparar que o sistema de seguridade social, bem como os direitos subjetivos públicos dos beneficiários e mesmo as normas que disciplinam seu financiamento são largamente previstos em nossa Constituição, não só em Capítulo próprio (Capítulo II — Da Seguridade Social — do Título VIII — Da Ordem Social), como em uma outra série de dispositivos esparsos em todo o texto constitucional (cf., por exemplo, além daqueles a que já fizemos menção, os arts. 6º, 7º, 40, 42, 93, 129, 149, entre outros).

A propósito, lembremos, primeiramente, que, nos termos do art. 194 da Constituição, “Compete ao Poder Público, nos termos da lei,

¹⁶ *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 433.

¹⁷ A breve trecho, teremos oportunidade de melhor esclarecer a noção de regime em direito.

¹⁸ Dissemos “basicamente”, e não “totalmente”, porque, como veremos oportunamente, a previdência privada, embora compreendida dentro do capítulo em que a Constituição dispõe sobre a seguridade social, não constitui serviço público.

organizar a seguridade social". Acentue-se que o direito às prestações de seguridade nasce sempre (nas três áreas que a compõem) da lei, não de contrato.

A propósito, talvez fundado no histórico descaso com que o Governo e a Administração Pública, no Brasil, tenham tratado (ou maltratado) o princípio da legalidade, o constituinte de 1988 chega, mesmo, a ser enfadonho em afirmar a expressão "nos termos da lei" — ou outra equivalente — na quase totalidade dos dispositivos relativos à seguridade social, assim o fazendo, por exemplo, no art. 194, parágrafo único; no art. 195, *caput* e § 8º; no art. 197; 200, *caput*; 201, *caput* e §§ 3º, 4º, 7º e 9º.

Em segundo lugar, a seguridade social, segundo o art. 195, *caput*, deve ser financiada, necessariamente, por recursos públicos, provenientes diretamente (quer dizer, pela via tributária das contribuições sociais) ou indiretamente (através dos orçamentos dos entes políticos) da sociedade, com o que cada prestação, assim custeada, acaba sendo expressão da solidariedade de toda a coletividade organizada no Estado.

O direito de seguridade social deve ser considerado, portanto, um dos distintos ramos do direito público.

É bem verdade que, apesar disso, de as ações das três áreas da seguridade social constituírem *dever do Estado*, particularmente a saúde e a previdência social estão franqueadas, pela Constituição, também à iniciativa privada. Nesses casos, porém, a atividade dos particulares distingue-se da generalidade daquelas deixadas à iniciativa privada, porque, mesmo não sendo presididas pelo direito público, seu desenvolvimento, por um lado, dá-se aqui em consonância com as *diretrizes gerais* traçadas pelo Estado para essas áreas e, além disso, sujeitam-se a atos de *autorização, fiscalização e controle* pelo Poder Público. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que o art. 199, *caput* da Constituição afirma que "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada", seu § 1º logo esclarece tratar-se de participação *complementar* ao sistema público, "*segundo diretrizes deste*"; demais disso, anteriormente, o art. 197, *caput* já havia fixado que "São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua *regulamentação, fiscalização e controle*, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e também por pessoa física ou jurídica de direito privado". O mesmo se passa relativamente à previdência privada, como teremos oportunidade de nos referir à frente.

Encareça-se, pois, que as medidas básicas de seguridade social são serviços públicos.

Releva atentar, por isso, que através das prestações de seguridade, cobrem-se necessidades dos indivíduos (ou de grupos de indivíduos) apenas como vetor para realização de interesses pertencentes à coletividade como um todo: o interesse público que se satisfaz por intermédio das prestações de seguridade consiste justamente na prevenção ou eliminação de determinada situação de necessidade de repercussão social. Cria-se, assim, uma curiosa situação: satisfaz-se o interesse público, satisfazendo-se, normalmente, o interesse individual do beneficiário¹⁹ — embora nada impeça que, em outra gama de casos, satisfaça-se o interesse de um grupo ou de toda a coletividade, notadamente com ações de seguridade social preventivas²⁰.

Todas essas idéias encontram expressão²¹, aliás, nas tintas que Orlando Gomes lançou em matéria previdenciária, afirmando: "Sucede, porém, que a estatização desse seguro *submete-o a um regime legal de direito público* e faz de sua organização uma atividade *integrada nos fins do Estado*. (...) Trata-se, ainda hoje, de um *serviço público distinto dos serviços públicos clássicos*, que não é, na realidade, uma atividade direta do Estado, mas que este presta por intermédio de órgãos que, para esse fim, cria e administra. Indaga-se, entretanto, porque seria um serviço público, e a resposta só pode ser, embora baseada num elemento puramente formal, que assim é

¹⁹ Notáveis são as palavras de Mattia Persiani a esse respeito: "*L'erogazione delle prestazioni previdenziali tende naturalmente ed immediatamente al soddisfacimento di bisogni individuali che vengono, però, considerati al tempo stesso come bisogni della collettività; onde il loro soddisfacimento è posto dallo Stato tra i suoi fini. Gli interessi individuali assumono, così, giuridica rilevanza solo perchè è attraverso la loro tutela che trova soddisfacimento l'interesse pubblico*" (*Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 47). E ainda, as seguintes: "*la natura delle prestazioni previdenziali viene in rilievo con esatezza ove si faccia riferimento alla nozione di prestazione amministrativa resa ai privati; di una prestazione, cioè, erogata dallo Stato o da un altro ente pubblico, in esecuzione di un obbligo specifico, per la tutela non tanto dell'interesse del singolo beneficiario quanto dell'interesse pubblico generale*" (idem, p. 103).

²⁰ Sobre a existência de necessidades sociais de caráter coletivo, cf. Almansa Pastor, *Derecho...* cit., p. 287/288.

²¹ É curioso notar como, em lições das mais antigas do direito previdenciário brasileiro, já se ressaltava tal perspectiva. Assim é que Augusto Schmidt Junior já lecionava, ainda nos anos trinta: "Os seguros sociaes são caracterizados pelo fim do bem-estar geral do povo e distinguem-se portanto dos seguros privados ordinários inspirados pelo ponto de vista do interesse particular do segurado e da empresa seguradora" (*Seguros sociaes*, São Paulo, RT, 1938, p. 15). E ainda: "O seguro social é comumente um seguro official, isto é, um seguro organizado pelo Estado ou corporações públicas: neste caso, o 'seguro social' é um serviço público, com os caracteres jurídicos e organização administrativa próprios dos serviços desta natureza" (idem, pp. 12/13).

por ser prestado afinal pelo Estado, consistindo numa gigantesca operação econômica para conceder benefícios a todos os membros da sociedade. Seria, no dizer de *F. de Ferrari*, um *serviço estatal destinado à defesa do direito à solidariedade* que deve existir entre todos os membros de um grupo organizado”²².

Finalmente, há uma nota relativa às prestações de seguridade, sem a qual não teremos realmente compreendido seu significado: é preciso dizer, ainda, que elas são verdadeiros direitos subjetivos — não meros interesses — dos beneficiários. Vale dizer: a exigibilidade é atributo essencial das prestações conferidas pelo sistema.

Com efeito, estabelece o art. 6º da Lei Máxima que “São *direitos sociais*...a saúde,...a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Ademais, convém repisar o dispositivo inaural da matéria em nossa Constituição (o art. 194, *caput*) que expressivamente determina constituir, a seguridade social, conjunto integrado de ações “destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”; de modo muito semelhante, encontram-se grafadas, já no Preâmbulo da Constituição, que o Estado Democrático brasileiro deve ter por destino “assegurar o exercício dos direitos sociais”.

É claro que, como dissemos — e consoante encareceu exaustivamente o constituinte — as diversas prestações de seguridade social devem ser conformadas mediante normas jurídicas de nível legal, de forma que só nos limites da lei poderemos apreender a real extensão desses direitos.

Portanto, a exigibilidade é característica essencial à noção de prestação de seguridade social²³. Trata-se de algo *garantido* pelo sistema. Nesse sentido, *Armando de Oliveira Assis* a coloca como primeira nota característica de seu conceito de prestação, explicando: “o que distingue o seguro social de qualquer outra medida de proteção social é que ele se destina a conferir às pessoas amparadas um direito, que elas podem pôr em ação tão pronto sejam premidas por certas circunstâncias. Essa, aliás, como já fizemos sentir, foi uma das grandes conquistas do seguro social, ante a incerteza e a insegurança de quaisquer outros socorros (...). Esse direito implica, é óbvio, a faculdade de o seu detentor poder exigir e reclamar a prestação pretendida a uma autoridade com poder corregedor, caso o

²² *Escritos menores*, cit., pp. 235/236 — grifamos.

²³ Por isso, *Wagner Balera* as qualifica, com razão, como “verdadeiros e próprios direitos subjetivos públicos” (*Introdução à seguridade social*, cit., p. 61).

responsável pela sua outorga lha negue. Não é para outra coisa que o segurado paga uma contribuição, senão para ter *certeza* de que, quando precisar, o seguro o atenderá, sem regatear e sem julgar que lhe está fazendo um favor²⁴.

2.2. Classificação

Sob vários critérios podem ser classificadas as prestações de seguridade social. Cuidemos dos mais relevantes para nosso estudo, notadamente os fornecidos pelo direito positivo.

Primeiramente, seguindo a clássica divisão das obrigações do direito romano, as prestações podem ser, quanto ao conteúdo, de *dar* ou *fazer*.

Importa distinguir as primeiras de acordo com a natureza da coisa a ser dada, em benefícios (prestações em dinheiro) e utilidades (qualquer outra coisa que não seja dinheiro; assim, por exemplo, medicamentos ou aparelhos de prótese e órtese). As prestações de fazer, em nossa matéria, seriam os serviços²⁵.

Apesar disso, é preciso reconhecermos que nosso direito positivo não consagra perfeitamente esta classificação. Com efeito, ele se refere apenas a benefícios e serviços (cf. Constituição Federal, arts. 194, parágrafo único, II, III e 195, § 5º). Assim, temos que entender, diante desse dado do direito positivo, que quando a Constituição e a lei referem-se a serviços, podem estar designando também as utilidades. Feito esse reparo, podemos, tranqüilamente — por razões de conveniência didática —, adotar a distinção, acima feita, das prestações de dar.

²⁴ *Compêndio de seguro social*, Rio de Janeiro, FGV-Serviço de Publicações, 1963, p. 84 — grifos do autor. Cabe advertir, no entanto, que para conceituar prestação referindo-se a essa característica, o autor teve que excluir do conceito os serviços e a assistência médica (idem, pp. 185/186), que, de acordo com a legislação da época, não eram garantidos, condicionados que estavam às possibilidades administrativa e financeira. Particularmente, sobre essa diferença de tratamento legal para os serviços e a assistência social anteriormente à Constituição de 1988, cf. profunda argumentação de Pereira Leite, *Curso elementar...*, cit., pp. 123/126.

²⁵ No direito de seguridade social, diferentemente do direito tributário, nenhum sentido haveria em dizer que as relações jurídicas que tenham por objeto prestações não-pecuniárias sejam secundárias, não-principais. Afinal, não fosse por outra razão, cabe observar que tais prestações visam muitas vezes erradicar a própria causa das necessidades sociais, não atingindo apenas as suas conseqüências, como fazem os benefícios. Lembre-se, ademais, que a seguridade social visa alcançar acima de tudo, por meio das prestações, bem-estar social, de modo que o pagamento de certa soma de dinheiro ao beneficiário não passa de instrumento para se atingir essa finalidade, quer individual, quer globalmente.

Lembre-se que, quanto aos benefícios, nossa Constituição cerceou-a de importante garantia: irredutibilidade de valor (art. 194, parágrafo único, IV).

Quanto à área da seguridade social a que dizem respeito, classificam-se prestações de *saúde* (sanitárias), *previdenciárias* e *assistenciais*, previstas, básica e respectivamente, nas Leis ns. 8.080/90, 8.213/91 e 8.742/93.

Relativamente às previdenciárias, de acordo com o art. 18 da Lei n. 8.213/91, as prestações podem ser classificadas, quanto aos respectivos beneficiários, em prestações de *segurados*, de *dependentes* ou devidas a *ambos*.

Ainda segundo a Lei de Benefícios da Previdência Social, podemos separar prestações *comuns* e *acidentárias* (estas referentes apenas às que combatem necessidades advindas de contingências geradas por acidentes do trabalho), nos termos de seu art. 18, *caput*, combinados com os arts. 19 a 21 e art. 144 do Regulamento de Benefícios (Decreto n. 3.048/99); e também prestações que *dependem* e que *independem de carência* (arts. 25 e 26).

Outra relevante classificação das prestações, que encontra amparo na Lei n. 8.213/91, diz respeito especificamente aos benefícios, que podem ser separados em duas classes: "benefício de prestação continuada" (art. 28 e 33, *caput*) — ou rendas — e benefícios de pagamento único. A propósito, a Lei n. 8.742/93 adota, de certa forma, essa classificação, referindo-se ao benefício de prestação continuada e a "benefícios eventuais" (arts. 20 a 23).

Em vista da finalidade a que visam alcançar, as prestações de seguridade social podem ser preventivas, reparadoras ou recuperadoras. As preventivas buscam evitar a ocorrência da situação de necessidade social, tornando mais raro seu acontecimento; é o que prevê, por exemplo, o art. 196, *caput* da Constituição ao garantir o direito à saúde mediante políticas "que visem à redução do risco de doença e de outros agravos". Aliás, esse mesmo dispositivo constitucional não se limita — evidentemente — a colher as prestações preventivas, referindo-se também às demais, ao prever, *in fine*, "ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Note-se que cada uma dessas espécies de prestação combatem diferentes tipos de necessidades sociais, que são, respectivamente, futuras — num sentido algo impróprio, dado que o que se quer é justamente eliminá-las —, presentes e passadas. Observe-se, finalmente, que os benefícios são prestações eminentemente "reparadoras de necessidades sociais."

Da seguridade

São essas as principais classificações das prestações, que, como vimos, constituem os instrumentos por meio dos quais se opera a proteção social na seguridade. Como, no entanto, são diversas as execuções dessas medidas de seguridade social (das prestações de saúde, assistência e previdência), haveremos de restringir nosso objeto — consoante já sinalizamos — às relações jurídicas que têm por objeto a concessão de prestações especificamente previdenciárias. Estas serão isoladas idealmente, porque, como logo veremos, existem relevantes diferenças jurídicas que nos levam a distinguir as prestações previdenciárias das demais dentro da seguridade social. Vejamos por que e com base em que critérios devemos fazer essa distinção.

CAPÍTULO II — A PREVIDÊNCIA SOCIAL

A disciplina das prestações conferidas especificamente dentro desta área da seguridade social apresenta certas diferenças em relação àquela que é aplicável às prestações de saúde e assistência social. Cumpre, portanto, anotarmos, mesmo que de modo breve, quais são essas diferenças, o que nos leva a desvendar o *regime jurídico da previdência social*.

1. Regime jurídico²⁶

A conveniência em diferenciar prestações previdenciárias das demais compreendidas na seguridade social advém do fato de aquelas prestações conformarem-se a determinado e específico regime: o jurídico-previdenciário (ou sistema jurídico previdenciário).

Com a expressão *regime jurídico* queremos designar uma parcela da ordem jurídica, um conjunto coerente de normas que se articulam para formar uma individualidade logicamente identificável, uma *tipicidade*. Trata-se, portanto, de um *conjunto sistematizado de regras e princípios jurídicos aplicáveis a determinados sujeitos e a certa classe de fatos*.

A *utilidade* da idéia de regime jurídico é encarecida por Celso Antônio Bandeira de Mello em valorosos ensinamentos, vazados nas seguintes palavras: “Como toda e qualquer noção jurídica (...) só tem préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras; isto é, a uma disciplina peculiar. (...) Com efeito, o

²⁶ Para ampla compreensão dessa noção, veja-se a insuperável — conquanto sucinta — exposição de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito do regime jurídico-administrativo, no capítulo inaugural de seu *Curso de direito administrativo* (cit., pp. 25/53).

único objeto que o juiz, o advogado, o intérprete do sistema em geral procuram é o conjunto de regras que regula determinada situação ou hipótese. Segue daí que de nada lhes adianta qualquer conceito, categoria ou noção, por mais aliciante que seja, se não lhes fornecem a indicação dos princípios e regras pertinentes à solução de questões jurídicas. Eis, pois, que *um conceito jurídico é necessariamente um ponto terminal de regras, um termo relacionador de princípios e normas*²⁷.

Assim, quando afirmamos a existência de um regime jurídico-previdenciário, que pode ser destacado de dentro de outro sistema jurídico mais amplo, de seguridade social, estamos nos referindo ao complexo de regras e princípios aplicáveis a alguns sujeitos e em face de certos objetos, disciplinando, assim, certo tipo de relações jurídicas.

Importa advertir, contudo, que esse regime haverá de ser arreadado *no direito positivo*, notadamente a partir de seu "dado supremo"²⁸ (a Constituição). Com isso, indicamos que o *método* de análise desse regime — como de resto de todo este trabalho — consiste em tomar como realidade os *dados normativos* da ordem jurídica, os quais serão investigados para que possamos ao final definir os traços característicos principais do direito previdenciário brasileiro, de forma que tal regime haverá de corresponder à expressão científica daquela realidade²⁹.

Disso decorre, aliás, a desnecessidade de advertirmos que extraímos as noções que tipificam o regime jurídico-previdenciário do direito brasileiro atual, em vigor³⁰; afinal, como as normas jurídicas

²⁷ Idem, pp. 433/435 — destaques do autor.

²⁸ Esclarece Geraldo Ataliba que "As definições jurídicas devem tomar por ponto de partida o *dado jurídico supremo*: a lei constitucional" (*Hipótese de incidência tributária*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 111 — destaque não-original).

²⁹ A respeito do método científico de análise jurídica, cf. as preciosas lições de Francis-Paul Bénéoit, que enuncia, como primeira regra metodológica, a de que se distingam, rigorosa e constantemente, as "visões artísticas" (isto é, as idéias teóricas pré-concebidas) das definições científicas que resultam da análise do direito positivo (*Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, pp. 34/39).

³⁰ Logo na introdução de seu *Curso Elementar de Direito Previdenciário* — obra que pode ser considerada, sem favor, um marco na doutrina pátria na matéria — João Pereira Leite advertia: "Este livro é um consciente e modesto esforço para 'ver' a previdência social no plano jurídico, sobretudo a partir de referências ao direito positivo brasileiro — com o declarado intento de suscitar correções dos muitos que têm horizontes mais amplos, porque de maior estatura intelectual e científica. Encorajei-me a publicá-lo, animado por este propósito, pois convicto de que pouco se faz, em Direito, sem uma razoável base de conhecimento sistematizado, pelo menos, à comunicação entre aqueles voltados ao exame de um setor da ciência social" (São Paulo, LTr, 1977, p. 15/16).

são bens produzidos pelos homens, são criações humanas, elas podem ser mudadas de um para outro momento, devendo refletir-se, tal mudança, também na estruturação do regime.

Vejamos então em que consiste esse regime, não sem antes fazermos dois alertas.

Primeiro, o de que a enumeração das regras e princípios do direito previdenciário que adiante enunciaremos não é taxativa, *não esgota*, não exaure — apenas possibilita a caracterização de sua essência, com vistas tão-só a propiciar maior compreensão na exposição do estudo que empreendemos quanto à aposentadoria por invalidez, objeto desta dissertação. O que se pretende, em suma, é identificar a disciplina jurídica básica dentro da qual se insere o benefício previdenciário que nos propusemos a analisar no presente trabalho.

Em segundo lugar, deve-se ressaltar que, embora o conjunto dos princípios estruturadores desse regime orientem a compreensão da maior parte das circunstâncias envolvidas nas diferentes relações jurídicas de concessão de benefícios previdenciários do chamado regime geral, é possível *que cada um deles tenha maior ou menor peso na interpretação* de um ou outro instituto de direito previdenciário, *de um ou outro benefício*.

2. Conteúdo básico do regime jurídico-previdenciário

Dada a noção de regime jurídico, vejamos agora quais são os princípios e regras que lhe ditam a estrutura essencial. Antes de fazê-lo, porém, é preciso que tragamos algumas idéias gerais, que nos serão de grande valia para entendermos por que é possível, em nosso direito, segmentarmos, por assim dizer, o sistema de seguridade social, para dele destacar uma parcela de normas e relações atinentes à previdência social.

Para que a seguridade social chegasse ao ideais fundamentais de universalidade subjetiva e objetiva e de uniformidade de prestações, seria necessário atingir-se o grau máximo de solidariedade social, que se refletiria, economicamente, no financiamento estatal completo do modelo pela via dos impostos — entendidos como tributos não-vinculados, em sua materialidade impositiva, a específica atuação estatal — não havendo, conseqüentemente, necessidade de delimitação de círculos específicos de contribuintes.

Não é este, no entanto, o estágio atual da seguridade social brasileira. Tal circunstância foi reconhecida pelo constituinte, de modo que, conquanto a seguridade social assegure a proteção em grau mínimo a todos os cidadãos, estabeleceram-se *diferentes níveis* ou

faixas de proteção social em função de determinada classe de sujeitos e de certos tipos de necessidades. É, principalmente, *por força dessa divisão do nível de proteção social* na seguridade social, ditado — como não poderia deixar de ser — pela conformação das diferentes normas constitucionais, *que se justifica a identificação de regimes jurídicos distintos* dentro do sistema de seguridade social.

Assim, quanto à faixa de mais elevado grau protetivo (previdência social), o constituinte, num primeiro momento, adotou como centro temático de gravitação dessa seleção de sujeitos e de necessidades, *basicamente* — não, porém, exclusivamente, como logo veremos — as relações de trabalho na sociedade.

Num segundo passo, para viabilizar a existência e o funcionamento das medidas que integram essa limitada faixa de proteção mais elevada, impõe-se aos sujeitos envolvidos com as relações que formam aquele centro temático (e a outros sujeitos porventura protegidos) tributos específicos que formarão seu suporte financeiro³¹.

Portanto, é válido afirmar que a seguridade social, em nosso direito atual, conquanto constitua verdadeiro sistema de superação de necessidades sociais mediante uma série de medidas públicas que formam um todo — todo que se compõem de diversas ações (preventivas, reparadoras e recuperadoras), nas áreas de saúde, previdência e assistência social —, claramente admite pelo menos *duas camadas de proteção*, pois cuida, num primeiro momento, de garantir o que se convencionou chamar de *mínimos sociais*³², além de, num outro patamar, assegurar *níveis economicamente mais elevados de subsistência*, limitados, porém, a certo valor.

Pois bem, é neste segundo nível de proteção que se concentra especificamente a previdência social³³. Essa situação impõe, como

³¹ Nesse sentido, ensina-nos, Almansa Pastor: "*Mientras no exista una solidaridad general máxima, expresada a través de la financiación estatal completa, no podrá hablarse de sistema de seguridad social asistencial. La falta de solidaridad en sus grados más elevados impele a financiar la seguridad social a través de exacciones contributivas o cotizaciones detraídas de los sectores profesionales afectados. Lo cual conlleva, naturalmente, una restricción en el ámbito subjetivo protegido, así como la necesidad de establecer unos controles subjetivos, a fin de conocer en todo momento quiénes son los sujetos protegidos y obligados por la seguridad social*" (Derecho de la seguridad social, Vol. I, Tecnos, Madri, 1977, pp. 282/283).

³² A expressão consta, aliás, da Lei Orgânica da Assistência Social, que estabelece, logo no art. 1º, "A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que *provê os mínimos sociais*...para garantir o atendimento às necessidades básicas". O termo também é empregado no art. 2º, parágrafo único.

³³ "Não obstante as transformações por que tem passado, o esquema da previdência social, que vigora presentemente, preserva, em grande parte o arcabouço en-

adiantamos, importantes diferenças no regime jurídico de concessão das prestações previdenciárias, quando comparadas com as prestações de assistência social e de saúde.

É partindo dessa idéia central, que se torna legítimo pensar as regras jurídicas — sobretudo de origem constitucional — estruturadoras do modelo brasileiro de previdência social como dotadas de especificidades capazes de conformar um sistema próprio (um subsistema), um *regime jurídico-previdenciário*, dentro da totalidade do sistema de seguridade social.

Com base nisso, enunciaremos, a seguir, as noções categoriais que presidem esse subsistema ou regime jurídico positivo da previdência social brasileira.

2.1. *Filiação prévia*

Trata-se de ponto importantíssimo para diferenciar a previdência social das demais áreas da seguridade social.

Enquanto a Constituição Federal estabelece, no art. 196, que a saúde “é direito de todos”, enfatizando ainda que as ações nessa área da seguridade social são de “acesso universal” e, no art. 203, que a assistência social dirige-se “a quem dela necessitar”, para a previdência social, diferentemente, determina, no art. 201, *caput*, que a mesma há de ser organizada em “caráter contributivo e de *filiação obrigatória*”³⁴.

Na previdência social, como adiantamos, são protegidos sujeitos específicos — basicamente, o trabalhador e seus dependentes, como veremos na seqüência —, e não, indistintamente, a totalidade da população. Disso decorre a necessidade de, em primeiro lugar,

gendrado há mais de um século na Alemanha. (...) Por força dessa presença, ainda em nossos dias, não nos parece rigoroso alegar que a fase, ou era da previdência social, já se tenha encerrado” (Wagner Balera, “Introdução à seguridade social”, in Meire Lúcia Monteiro (coord.), *Introdução ao direito previdenciário*, São Paulo, LTr, 1998, pp. 31/32). E na seqüência, sentencia o autor: “Na verdade, a seguridade social brasileira terá duas vias de acesso aos problemas sociais: a via *previdenciária* (seguro social) e a via *assistencial* (composta por dois instrumentos de atuação: o sistema de saúde e o sistema de assistência social)” (idem, p. 43 — grifos originais).

³⁴ Cabe apenas observar que a filiação à previdência social é obrigatória no sentido de que sem filiação ninguém terá acesso às prestações do sistema. Quer dizer: os beneficiários desta área da seguridade social assim se qualificam justamente porque, de uma ou outra forma, filiam-se previamente ao sistema. Coisa diferente é saber se os sujeitos filiam-se ao sistema por vontade própria ou se são obrigados por lei a fazê-lo. E, como veremos adiante, ambas as situações são possíveis no direito brasileiro, em que existem tanto os chamados segurados obrigatórios quanto os facultativos.

demarcar-se o quadro de beneficiários que potencialmente receberão as prestações; além disso, dado que o financiamento dessas prestações será feito com recursos específicos, formados a partir da colaboração direta e necessária desses sujeitos protegidos — bem como com os aportes de outros sujeitos que com estes se relacionem justamente na realização do trabalho —, demarca-se também o universo dos contribuintes do sistema.

Assim, a regra da filiação prévia impõe-se, basicamente, para que se possa saber quais serão esses sujeitos, a um só tempo, protegidos e obrigados ao custeio³⁵.

Portanto, podemos dizer que, comparando-se as normas previdenciárias com as assistenciais e sanitárias, o *domínio pessoal de validade* das normas daquela natureza é *limitado*, enquanto o destas é, em regra³⁶, *ilimitado*.

³⁵ Reforçamos, com isso, aquilo que já acima dissemos, no sentido de que a noção de previdência social pressupõe um condicionamento econômico-material, que se reflete fortemente em sua estruturação jurídica. Deixemos de lado qualquer tipo de raciocínio jurídico para fazermos uma analogia que talvez nos ajude na compreensão dessa ideia fundamental. Os exemplos envolverão os alunos de certa classe escolar e duas excursões. Primeiramente, imaginemos que os alunos do primeiro ano colegial de determinada escola paulistana vão visitar o Museu de Anatomia da Universidade de São Paulo, visando observar *in loco* animais que serão objeto das aulas de Biologia. Presumindo que os custos dessa excursão acomodam-se perfeitamente no orçamento regular da escola (ela possui até ônibus adequado para fazê-lo e as visitas ao Museu são gratuitas, por hipótese), ela simplesmente avisará aos alunos o dia do passeio, o material necessário e nada mais. Imaginemos, agora, que a escola resolva levar essa mesma classe para excursão de uma semana em Porto Seguro, na Bahia, com a finalidade de reforçar o aprendizado das aulas de História do Brasil. Os custos com passagem aérea, hospedagem, alimentação etc., dado seu considerável montante, não poderão ser arcados com os recursos ordinários da escola. Mais que isso, nem mesmo todos os alunos terão condições econômicas para bancar individualmente a viagem, ou de tê-la paga por seus familiares. Neste caso, a escola, decidindo manter a excursão para os que dela possam participar, haverá, seguramente, de elaborar *lista prévia* dos alunos que irão a Porto Seguro, para saber, antecipadamente, que despesas terá (assentos no voo, quartos em hotéis etc.) e também para arrecadar dos interessados o dinheiro necessário. Pois bem, guardadas as devidas proporções, seriam comparáveis, em essência, as situações dessas hipóteses com as de uma seguridade social plena, assistencial e do modelo de previdência social, respectivamente.

³⁶ Dissemos “em regra” por duas razões, que, embora bastante nítidas, relevam ser destacadas: em primeiro lugar, porque pode haver limitação subjetiva em função da específica prestação assistencial ou sanitária que se tem em mira, mas apenas como instrumento de objetivação da proteção, não se exigindo do sujeito vinculação prévia com o sistema (assim, p. ex., a regra-matriz do benefício assistencial mensal seria limitada a idosos e inválidos, não bastando o estado de necessidade; outro exemplo: as normas que estabelecem prestações devidas às crianças, às gestantes, e assim por diante); em segundo lugar, essa ilimitação das prestações de saúde e assistência social ocorre, é claro, dentro do âmbito eficaz da ordem jurídica a

Deve haver, digamos assim, um título prévio de acesso à proteção previdenciária — e tal título, como veremos logo adiante, tem como hipótese de aquisição, ordinariamente, o exercício de atividade laborativa —, uma restrição quanto à utilização das prestações previdenciárias³⁷.

2.2. Proteção precípua ao trabalhador, admitida, como exceção, a filiação facultativa de outros sujeitos

Já vimos que a proteção, na previdência social, é limitada no âmbito subjetivo. É preciso dizer agora que existe um critério pelo qual se opera essa limitação. Tal critério consiste, basicamente, no exercício de trabalho. É este, digamos assim, o critério *principal* de corte, de incisão, no universo do total de cidadãos, daqueles que serão protegidos especificamente pelas prestações previdenciárias.

De fato, a Constituição, justamente porque estabelece que é o trabalho humano a base com que se há de construir a ordem social (art. 193)³⁸, cuida de conferir ao trabalhador especial proteção em face das contingências que podem comprometer sua subsistência e a de seus familiares³⁹, pondo em risco, assim, a própria existência do corpo social.

Eis uma importante razão pela qual se faz recair o manto protetivo da previdência social — que já vimos possuir nível mais elevado do que o da assistência social — precipuamente sobre os trabalhadores e seus dependentes. A propósito, uma breve leitura das contingências sociais dispostas nos incisos e parágrafos do art.

que pertence a norma, circunstância que, a rigor, também depende de especificação por ela mesma (a norma jurídica) que estabeleça prestações assistenciais ou de saúde (assim, quando ela define se se estende ou não a todos os estrangeiros, ou somente a alguns deles — nos casos de haver tratados internacionais com determinados países, em reciprocidade, por exemplo).

³⁷ “Embora limitados, no setor da previdência, os direitos conferidos pelo sistema de seguridade social, nas áreas da saúde e da assistência social, expressamente proporcionam a todos, sem restrição, a garantia fiel de uma cobertura universal” (Wagner Balera, *A seguridade social na Constituição de 1988*, cit., p. 12 — destacamos).

³⁸ Lembremos que, nos termos do art. 193 da Constituição, a ordem social “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, e que, já em seu art. 1º, ela havia fixado que um dos fundamentos da República são “os valores sociais do trabalho”, assim como, posteriormente, enfatizando essa circunstância, estabeleceu ela, no art. 170 (que inaugura a ordem econômica), que esta, por sua vez, também se funda “na valorização do trabalho humano”.

³⁹ Por isso, assevera Mattia Persiani que “*La fattispecie da cui deriva il diritto alle prestazioni previdenziali, quindi, è sempre costituita da due elementi che possiamo definire costanti: il fatto che un soggetto viva del proprio lavoro o di quello di un familiare e il fatto che si sia verificato uno degli eventi che la legge reputa generatori di bisogno*” (ob. cit., p. 88).

201 da Constituição revela-nos que todas elas estão relacionadas diretamente à capacidade laborativa daqueles que vivem do próprio trabalho, ou, quando não, com a própria capacidade de subsistência destes sujeitos, que vivem do trabalho, e de seus familiares — e veremos a seguir que é precisamente nesta medida que tais contingências interessam à previdência social.

Mas não é apenas em atenção a esta exigência, digamos, valorativa⁴⁰ — no sentido de que se prestigia o valor social do trabalho como fundamento da ordem social, econômica e de toda a República — que se fez repousar sobre o fato de alguém exercer trabalho (ou de depender economicamente de alguém que trabalhe) o critério básico de admissão ao sistema previdenciário. Comparece aqui, também, uma exigência de ordem operacional, prática, consistente na presunção de que a remuneração auferida em contraprestação ao trabalho dá ao trabalhador *condição econômica de participar do custo* das prestações que irão protegê-lo.

Portanto, ao se estabelecer que o critério essencial de filiação prévia ao sistema previdenciário consiste no exercício de trabalho (ou — cabe enfatizar — no depender de alguém que exerce trabalho), visa-se atender duas necessidades: primeiro, a de conservação e criação de condições favoráveis para que se desenvolva a base com que se há de construir a ordem social; em segundo lugar — e considerando a particular opção constitucional de impor ao próprio beneficiário a participação no financiamento da previdência —, a *viabilidade econômica* do sistema, já que se presume que o trabalhador pode contribuir, assim como poderão também fazê-lo aqueles que se utilizam de seu trabalho — as empresas e demais “entidades a ela equiparadas”, na dicção receosa do art. 195, I da Constituição — e que, por consequência, também se beneficiam da proteção do universo daqueles trabalhadores⁴¹.

⁴⁰ Cf. Wagner Balera, “O valor social do trabalho”, in *Revista LTr* 58-10, 1994, pp. 1167/1178, onde bem se sublinha esta dimensão.

⁴¹ São lapidares, nesse sentido, as palavras de Wagner Balera: “Por via reflexa, também o empregador acaba por se beneficiar dessa vantagem proporcionada ao trabalhador, pois é por meio dela que o obreiro adquire segurança quanto à situação física, mental e financeira de sua própria pessoa e de seus dependentes, assim no presente como no futuro. É óbvio que essa segurança colabora numa melhor performance do obreiro por força de mecanismos psicológicos que não cabe ao jurista perscrutar, mas que saltam à vista” (*A seguridade social na Constituição de 1988*, cit., 1989, p. 53). E prossegue o autor: “a vantagem proporcionada ao empregador pela atuação do Poder Público, no campo da seguridade social, consiste na circunstância de que tal sistema protetivo confere tranquilidade ao segurado que mais e melhor se dedica às atividades produtivas. A maior produção das empresas decorre da melhor proteção que o Estado assegura aos beneficiários da seguridade social” (idem, p. 55).

Aliás, tão importante é essa exigência operacional de economicidade do sistema que nossa Constituição permite que mesmo os sujeitos que não exercem trabalho possam participar do plano de cobertura previdenciária, desde que queiram e tenham condições econômicas de bancar sua filiação. Surge, assim, a figura do *segurado facultativo* da previdência social.

A filiação facultativa ao sistema previdenciário apresenta-se, no entanto, como exceção, porque, como já enfatizamos, o que se quer especificamente proteger é o trabalhador e seus dependentes, já que àquele nossa Constituição reservou importante papel na construção das bases fundamentais da sociedade. Tão importante é esse papel e tão essencial a proteção dessa classe de sujeitos, que a filiação de cada um dos trabalhadores (bem assim a de seus dependentes) independe até mesmo da própria vontade, sendo-lhes imposta pela ordem jurídica. Diferentemente, para os não-trabalhadores que, apesar dessa condição, possuam capacidade econômica para se filiar, a decisão de participação ou não no sistema previdenciário (e com isso, também a participação de seus dependentes) é deixada no campo da autonomia de sua vontade. Aqui, sim, é o próprio sujeito quem decide se entra ou não no sistema; e para entrar, haverá de contribuir⁴².

Completando este item com aquele que vimos anteriormente, podemos dizer que enquanto as prestações de saúde e assistência são abertas à livre utilização dos cidadãos, indistintamente — desde que, é claro, encontrem-se nas situações de necessidade previstas nas hipóteses normativas que estatuem as respectivas prestações —, as previdenciárias, diversamente, pressupõem uma filiação anterior — embora não voluntária, ordinariamente — que invista o sujeito na participação dos planos previdenciários, no âmbito de cobertura operado pelo sistema. Tal título, no entanto, assume, em geral, a feição jurídica de um dever para o sujeito (caso dos segurados obrigatórios) e, só excepcionalmente, de uma faculdade.

2.3. Relevância das contingências sociais como critério seletor das necessidades sociais

Nesta área da seguridade social, também se amparam, como nas demais, necessidades sociais. Todavia, na previdência social,

⁴² Entre as receitas que compõem o financiamento do regime geral de previdência social, figura, nos termos do art. 195, II da Constituição (que deve ser combinado com o art. 167, XI), a contribuição do trabalhador "e dos demais segurados da previdência social".

não é toda e qualquer necessidade que receberá proteção do sistema, e sim aquelas que decorram de determinadas contingências ("eventos", na dicção constitucional) previamente elencadas em lei.

Por força do que dispõe o art. 201 da Constituição, a previdência social deve *atender à cobertura dos eventos doença, invalidez, morte e idade avançada*, além de outros especificados nos demais incisos e parágrafos desse dispositivo. Dessa forma, a proteção dos indivíduos, na previdência social brasileira, é feita em atenção à enumeração legal de *contingências sociais* específicas que produzem determinadas situações de *necessidade social*. Contingências que hão de estar, assim, *tipificadas* na lei previdenciária.

Assim, do mesmo modo que a regra da filiação prévia se impõe — dados os condicionamentos econômicos inerentes ao sistema previdenciário — como forma de restrição na concessão das prestações previdenciárias, limitando então o âmbito dos sujeitos que serão protegidos (aspecto subjetivo), a prévia catalogação legal das específicas contingências que ensejam situações de necessidades a serem supridas por aquelas prestações importa, igualmente, delimitação da proteção da previdência social, operada agora em seu aspecto objetivo.

Segue, portanto, tendo importância fundamental no atual sistema de proteção brasileiro, a noção de contingência social (ou "risco" social), na medida em que é por seu intermédio que a lei *seleciona* as necessidades a serem supridas pelas prestações previdenciárias. Pode-se falar, nesse sentido, num papel instrumental, determinativo, "filtrador", seletor, objetivador da contingência⁴³, pois, dentre as várias possibilidades de necessidade social que se possa imaginar, consideram-se merecedoras de proteção aquelas que decorram, jus-

⁴³ A fixação do catálogo legal de contingências do sistema é de suma importância para sua *planificação econômica global* — podendo-se mesmo dizer que nisso se consubstancia um outro papel, uma outra função da noção de contingência social, como faz (em perspectiva mais minuciosa e não exatamente coincidente com a que apresentamos) Almansa Pastor (ob. cit., p. 291 e 292) —, refletindo-se, por isso, na própria fixação das leis (dimensão eminentemente política) que disciplinarão as relações jurídicas de *custeio* do sistema de seguridade social. É que quanto maiores os gastos com prestações, tanto maiores deverão ser as receitas que os financiarão; além disso, os dados que interessarão na composição dos cálculos atuariais estruturadores do sistema somente podem ser precisados em sintonia com aquele elenco, pois variarão segundo cada uma daquelas contingências (por exemplo, disso dependerá o interesse pela consideração da expectativa média de vida do brasileiro, da possibilidade de ocorrerem nascimentos ou eventos incapacitantes, etc.). Não é por outra razão que o constituinte estabeleceu, no art. 195, § 5º, a "regra da contrapartida" (na afortunada expressão cunhada por Wagner Balera), assim enunciada: "Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total".

tamente, das contingências legais⁴⁴. Eis o sentido em que devemos apreender a expressão “por motivo de”, contida no já referido art. 1º da Lei n. 8.213/91: “A Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, *por motivo de incapacidade, desemprego involuntário...*”.

Contingências sociais definem-se, pois, como classe de *acontecimentos legalmente tipificados aptos a darem lugar às situações de necessidade social que serão supridas pelas prestações previdenciárias*.

Embora seja decisivo o papel das contingências sociais na proteção previdenciária, não podemos perder de vista, no entanto, que as prestações desse setor da seguridade social dirigir-se-ão, precisamente, para socorrer as necessidades sociais que daquelas decorrem.

Realmente, como o que importa proteger, em qualquer área da seguridade social, são situações de necessidade social — é sobre elas que recaem as prestações do sistema, em qualquer de suas áreas —, e dado que uma mesma contingência pode gerar mais de uma necessidade social, pode o direito prescrever, então, mais de uma prestação (benefícios, serviços ou utilidades) para uma só contingência; e até mesmo, mais de um benefício — isto é, prestação pecuniária⁴⁵ (veremos, a propósito, que isso é justamente o que ocorre na invalidez previdenciária).

Insista-se: o que se socorre, na previdência social, é sempre a necessidade social; não, portanto, a invalidez, a morte, a velhice etc., consideradas em si mesmas, mas, sim, a repercussão que elas acarretam, o comprometimento da subsistência que aquelas contingências ensejam ao privarem de rendas ou sobrecarregarem

⁴⁴ Por isso, diz Almansa Pastor, em ensinamento compatível com nossa ordem jurídica: “*En tal sentido, cuando existe un estado de necesidad, lo primero que hay que indagar es si há sido producido por una de las contingencias protegidas*” (ob. cit., p. 284). De forma semelhante, embora valendo-se da expressão “risco” para designar o que aqui chamamos de contingência, afirma Persiani: “*il rischio, come previsione di un evento generatore di bisogno, assume rilevanza nella misura in cui la sua considerazione há indotto il legislatore a predisporre la tutela previdenziale dei soggetti che ad esso sono esposti*” (ob. cit. p. 107).

⁴⁵ Pense-se, por exemplo, na contingência morte, que pode gerar necessidade social do tipo ausência de ganhos, para os cônjuges e filhos menores que viviam às expensas do falecido segurado, e também um gasto adicional com as despesas do funeral, cabendo então dois benefícios, desde que aquela contingência e aquelas duas ordens de necessidades estejam tipificadas na lei previdenciária (o que não mais se verifica em nosso atual direito previdenciário), ao lhes conferir ambos os benefícios.

as despesas dos sujeitos que vivem do próprio trabalho ou daqueles que deste dependam. Assim, o que realmente importa, o — digamos — fim imediato⁴⁶, a finalidade protetiva, enfim, da previdência social é a superação da situação de necessidade social. Tanto que a lei não permite, em regra, a acumulação de benefícios previdenciários que se destinem a amparar situações de necessidade social da mesma natureza, embora ocasionadas por diferentes contingências — veja-se, nesse sentido, o disposto nos incisos I, II, IV, VI e a parte inicial do parágrafo único, do art. 124 da Lei n. 8.213/91, no que toca a situações de necessidade social do tipo perda da remuneração, ou o inciso V, quanto àquelas do tipo diminuição da renda⁴⁷.

Por isso, o caráter seletor da contingência reside em que ela não interessa, em si mesma, à previdência social, mas, sim, *na medida em que, por meio dela, o sistema detecta a existência, ou não, de necessidade social a ser acudida por alguma prestação.*

Agora, é da máxima relevância atentar para o fato de que, justamente porque o direito reconhece necessidades sociais, na previdência social, por intermédio das contingências sociais, torna-se fundamental identificar no quê consistem essas *contingências* e, em última análise, se elas se verificaram ou não em determinado caso concreto. Eis a razão pela qual boa parte das disputas interpretativas, no direito previdenciário, concentram-se, no mais das vezes, no reconhecimento da contingência social, na delimitação de seus contornos, o que envolve, enfim, a identificação de cada um dos fatores legais que compõem os respectivos conceitos jurídicos. O que se quer saber nesses casos é se ocorreu ou não certa contingência (morte, maternidade, invalidez etc.), quando é que esta se faz presente, quais, enfim, os seus requisitos legais. E isso tem especial relevância nas contingências relativas à incapacidade laborativa, como constataremos na parte especial deste trabalho.

⁴⁶ Dado que o fim mediato da previdência deve ser, nos termos do art. 193 da Constituição, o bem-estar e a justiça sociais.

⁴⁷ Eis a redação do dispositivo referido: "Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social: I — aposentadoria e auxílio-doença; II — mais de uma aposentadoria; III — aposentadoria e abono de permanência em serviço; IV — salário-maternidade e auxílio-doença; V — mais de um auxílio-acidente; VI — mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa. Parágrafo único. É vedado o recebimento conjunto do seguro-desemprego com qualquer benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto pensão por morte ou auxílio-acidente".

2.3.1. Enumeração constitucional das contingências sociais: importância

São contingências sociais aquelas elencadas — com a denominação de “eventos” — basicamente nos incisos e parágrafos do art. 201 da Constituição⁴⁸, a saber: “doença”, invalidez, morte, idade avançada (inciso I), maternidade e gestação (inciso II, juntamente com o art. 7º, XVIII), desemprego involuntário (inciso III, combinado com o art. 7º, II), manutenção de filhos e prisão (inciso IV, e no primeiro caso, também o art. 7º, XII), morte (inciso V) e o tempo de contribuição⁴⁹ (§ 7º).

Vale anotar que a circunstância de a Constituição prever o “car-dápio” mínimo de contingências sociais que os planos previdenciários haverão de desenvolver, aliada ao fato de que há também na Constituição relevantes diretrizes específicas atinentes ao todo do sistema, produz importante impacto em pelo menos duas ordens de consideração: primeiramente, permite-nos afirmar que a estrutura jurídico-normativa de quaisquer das prestações previdenciárias, sem exceção de uma só, apenas será legítima se fincar suas raízes na própria Constituição. O texto constitucional será, por essa primeira perspectiva, o alicerce mínimo comum de qualquer construção interpretativa válida na dogmática jurídico-previdenciária.

Aquela circunstância importa ainda — eis a segunda consideração — em que o ordenamento jurídico brasileiro confere aos beneficiários, potencialmente, tutela jurisdicional qualificada para reclamar quaisquer lesões ou ameaças a seus direitos previdenciários, já que, na defesa desses direitos, poderá ser invocado diretamente o eventual juízo de inconstitucionalidade; afinal, em muitas situações, nem mesmo pela via legislativa a União poderia subtrair ou modificar normas previdenciárias. Sem dúvida, trata-se de considerável garantia, que não passou despercebida por *Persiani*⁵⁰, na análise do direito previdenciário italiano.

⁴⁸ Esse rol também é enunciado, em melhor organização técnico-jurídica, no art. 1º da Lei n. 8.213/91, assim fixado: “Incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço (cabe observar que sua redação é anterior à Emenda Constitucional n. 20/98, a partir da qual se passou a falar em tempo de contribuição), encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”.

⁴⁹ Muito se discute, na doutrina, sobretudo nacional, sobre ser, o tempo de atividade, realmente, uma contingência social, no sentido acima especificado de evento causador de situação de necessidade social para o segurado e seus dependentes (cf., p. ex., Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, *Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987, p. 115/118; Armando de Oliveira Assis, *Compêndio de seguro social*, Rio de Janeiro, FGV-Serviço de Publicações, 1963, pp. 102/104; Wager Balera, *A seguridade social na Constituição de 1988*, cit., pp. 98/99).

⁵⁰ Ob. cit. p. 102.

2.3.2. Relevância accidental das causas das contingências ("riscos")

Por último, precisamos ressaltar que *nem sempre* bastará a identificação da proteção previdenciária a descrição legal de certa contingência social apta a desencadear determinada situação de necessidade social, porque, às vezes, o direito positivo condiciona o acesso à prestação (ou o seu valor) ao fato de a contingência ter sido determinada por certa(s) e específica(s) causa(s).

Com efeito, a lei diferencia, ainda, *em alguns casos*, a proteção a determinada situação de necessidade em função da *causa* que leva à contingência social. Essa causa costuma aparecer, no direito positivo brasileiro, com a denominação de *risco*⁵¹.

Nesses casos, a lei considera não apenas o binômio acontecimento-conseqüência (contingência-situação de necessidade), mas, sim, o trinômio *causa*-acontecimento-conseqüência (*risco*-contingência-situação de necessidade)⁵².

Isso ocorre, em nosso sistema, por exemplo, em relação às contingências produzidas por aquela série de situações que compõem o conceito de acidente do trabalho⁵³, ou quando se prevê a ocorrência de critérios diferenciados para concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em virtude de desgastes fisiológicos advindos do exercício de atividades prejudiciais à saúde ou à integridade física do trabalhador⁵⁴.

Quando a lei previdenciária assim o faz, não basta, a rigor, verificar apenas se a situação de necessidade decorre de uma específica contingência social, sendo necessário, também, saber se a contingência é produzida — por sua vez — por determinada causa.

Isso pode ser fundamental para determinação da quantidade da prestação⁵⁵, ou para atingir-se mais facilmente o direito ao benefício⁵⁶

⁵¹ É com este sentido que a expressão aparece empregada, por exemplo (além daqueles que mencionaremos nas notas subseqüentes), no § 10 do art. 201 da Constituição ("Lei disciplinará a cobertura do *risco* de acidente do trabalho..."); no art. 22, II da Lei n. 8.212/91 ("...incapacidade laborativa decorrente dos *riscos* ambientais do trabalho..."; e ainda "...para as empresas em cuja atividade preponderante o *risco* de acidentes do trabalho seja considerado...").

⁵² Cf. Almansa Pastor (*Derecho*, cit., pp. 278, 279 e 284).

⁵³ Cf. arts. 19, *caput*, 20 e 21 da Lei n. 8.213/91.

⁵⁴ Cf. arts. 201, § 1º, da Constituição, 57 e 58 da Lei n. 8.213/91.

⁵⁵ Pense-se, por exemplo, no *plus* do valor dos benefícios acidentários, relativamente aos benefícios comuns, que havia antes das modificações impostas pela Lei n. 9.032, de 28.4.95.

⁵⁶ É o caso do exemplo, acima dado, da aposentadoria especial. Também se enquadra aqui a hipótese de dispensa do período de carência (determinante, igualmente,

ou até mesmo para determinar a própria existência ou não de prestação⁵⁷ — *rectius*: da relação jurídica de prestação previdenciária⁵⁸.

2.4. Contributividade

Estabelecidos os sujeitos protegidos (aqueles que previamente se filiam, os quais são, em regra, os trabalhadores) e as necessidades a cobrir (advindas de certas contingências sociais) pode-se planejar com precisão os custos da proteção e compor o modo de obtenção das receitas que os financiarão. Isso se fará, na previdência social brasileira⁵⁹, mediante participação direta dos próprios beneficiários, bem como dos demais sujeitos com eles envolvidos nas relações de trabalho. Daí poder-se falar na contributividade do sistema.

É o que determina, em claras letras, o art. 201, *caput*, da Constituição, ao estabelecer que a previdência social deve ser organizada sob a forma de regime geral “de caráter contributivo”.

Além disso, uma das contribuições sociais fixadas pelo art. 195 da Constituição é, justamente, a que advém do próprio “trabalhador e dos demais segurados da previdência social” (inciso II). Tais contribuições, aliás — assim como aquelas incidentes sobre a folha de pagamentos das empresas (art. 195, I, a da Constituição) —, financiarão especificamente os benefícios previdenciários, segundo dispõe o inciso XI acrescentado pela Emenda n. 20/98 ao art. 167 da Constituição⁶⁰.

como melhor veremos, para a formação da relação jurídica) para auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, quando a incapacidade decorre de acidente de qualquer natureza ou de doença prevista pelos critérios do art. 26, II, *in fine* — e 151 — da Lei n. 8.213/91.

⁵⁷ É precisamente o que ocorre, no direito brasileiro atual, com a contingência *incapacidade parcial definitiva*, na medida em que o auxílio-acidente (benefício que cobre aquela contingência social) somente é devido quando a incapacidade decorre de acidente de qualquer natureza ou, por via reflexa, de doença profissional ou do trabalho (dado que estas se compreendem no conceito de *acidente* do trabalho), mas não por doença comum.

⁵⁸ Em geral, nesses casos em que a lei previdenciária impõe a distinção pela causa da contingência social, a doutrina estrangeira somente admite que isso repercuta na determinação da quantidade de prestação, mas não em sua existência, em seu cabimento (cf., por todos, Almansa Pastor, *ob. cit.*, pp. 278 e 284). Pensamos, no entanto, que tal afirmação não resiste, diante dos exemplos dados, ao teste de compatibilidade para descrição de nossa realidade, nossa ordem jurídica.

⁵⁹ Deixe-se claro que, evidentemente, o constituinte poderia ter feito opção diversa, determinando-se a reunião dos recursos necessários ao sistema previdenciário sem participação dos próprios beneficiários, arrecadando-os, por exemplo, apenas a partir de impostos incidentes sobre renda ou faturamento das empresas.

⁶⁰ “Art. 167. São vedados: (...) XI — a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201”.

Tal característica é também profundamente distinta da proteção que a seguridade social opera nas áreas de saúde — lembremos que, segundo o art. 196 da Constituição, as prestações sanitárias são de “acesso universal e igualitário” — e assistência social — a qual será prestada “independentemente de contribuição”, segundo a liminar advertência colocada no *caput* do art. 203 da Carta Magna.

Trata-se de pressuposto igualmente fundamental para a compreensão do modelo brasileiro de previdência social, pois a participação do sujeito protegido no custeio do sistema possui relevância, no mais das vezes, na própria determinação da existência da relação jurídica de concessão de prestação previdenciária — em função, como veremos, da exigência de ter sido cumprido determinado período de carência — bem assim, também como regra geral, na quantidade de proteção, quer dizer, no valor do benefício previdenciário que será devido a cada sujeito — diante do fato de que a base contributiva do segurado coincidirá, normalmente, com a base de cálculo de seu benefício.

Esses dois pontos de conexão entre o dever de contribuir e o direito aos benefícios previdenciários — que se apresentam, vale insistir, senão como regra absoluta, ao menos como tendência geral do sistema — restarão evidenciados oportunamente, na seqüência deste trabalho, quando estudarmos o núcleo da hipótese de incidência das normas que estatuem benefícios previdenciários e, mais especificamente, quando tratarmos do critério material da regra-matriz de incidência da aposentadoria por invalidez.

2.5. Manutenção, limitada, do nível de vida dos beneficiários

Trata-se, na verdade, de uma conseqüência das quatro primeiras noções fundantes do regime jurídico-previdenciário que acima expusemos.

Com efeito, na medida em que a proteção previdenciária recai, precipuamente, sobre o trabalhador (e seus dependentes), sendo-lhe exigida, inclusive, participação direta na formação dos recursos que financiarão o sistema (normalmente em função de sua remuneração), as prestações dessa área da seguridade social terão por finalidade garantir condições básicas de vida, de subsistência, para seus participantes, de acordo, justamente, com o padrão econômico de cada um dos sujeitos.

São, portanto, duas as idéias centrais que conformam esta característica essencial da previdência social brasileira: primeiro, a de que a proteção, em geral, guarda relação com o padrão econômico do sujeito protegido; a segunda consiste em que, apesar daquela

proporção, somente as necessidades tidas como básicas, isto é, essenciais — e portanto compreendidas dentro de certo patamar de cobertura, previamente estabelecido pela ordem jurídica — é que merecerão proteção do sistema.

Pode-se dizer, assim, que as situações de necessidade social que interessam à proteção previdenciária dizem respeito sempre à *manutenção, dentro de limites econômicos previamente estabelecidos, do nível de vida dos sujeitos filiados.*

Esse princípio deduz-se, como não poderia deixar de ser, de diversos dispositivos constitucionais que serão melhor analisados oportunamente — na parte especial deste trabalho — dado que essenciais para a compreensão do próprio conceito de invalidez no direito previdenciário brasileiro⁶¹.

Basta, por ora, adiantarmos que a manutenção das condições de vida do trabalhador é o mínimo a ser cumprido pelo sistema previdenciário, pois este, na verdade, de acordo com claras disposições constitucionais, objetiva, mesmo, a progressão, a expansão desse patamar (como, de resto, o de toda a população, na seguridade social⁶²); jamais, contudo, se admite a regressão do nível de vida desta classe de sujeitos que tem, como vimos, papel fundamental na edificação da ordem econômica, social e, enfim, de toda a República, pois, se, nos termos do art. 7º, *caput* da Constituição, o objetivo traçado é a *melhoria da condição social do trabalhador*, fica liminarmente rejeitada a idéia de decadência de sua condição social — que poderia expressar-se, por exemplo, na ausência dos mecanismos de proteção previdenciária previstos nos incisos XII (salário-família), XVIII (salário-maternidade), XXIV (aposentadoria), todos daquele artigo. A propósito, não é outra a razão pela qual o parágrafo único do art. 194 da Constituição estabeleceu expressamente como objetivo fundamental da seguridade social a “irredutibilidade do valor dos benefícios”, em consonância com a irredutibilidade salarial anteriormente fixada no art. 7º, VI.

O limite abaixo do qual se opera a proteção previdenciária, isto é, o valor máximo dos benefícios pagos pela Previdência Social, é

⁶¹ Cf. *infra*, Parte Especial, Cap. I, 1.1.1.1

⁶² Fala-se nesse sentido que “a tendência do sistema protetivo será a de *expandir-se* continuamente” (cf. Wagner Balera, *A Seguridade social...*, cit., p. 62 — destaque em itálico não original). A propósito, o já mencionado art. 19, XII da Lei Orgânica da Assistência Social revela, em sua parte final, essa tendência, ao estabelecer que os órgãos responsáveis pelas políticas de saúde, assistência e previdência social devem trabalhar articuladamente, “visando à elevação do patamar mínimo de atendimento às necessidades básicas”.

uma necessidade técnica essencial ao mecanismo segurador que ainda hoje constitui a essência do sistema. Tal limite sempre constou, por isso mesmo, das diversas leis previdenciárias, encontrando-se hoje, desde a edição da Emenda Constitucional n. 20/98⁶³, estabelecido em disposição de nível constitucional, dotado, pois, das características de rigidez e supremacia sobre os demais elementos da ordem jurídica.

Como melhor teremos a oportunidade de analisar, essa fixação do “teto” do valor dos benefícios previdenciários demarca o limite representativo do interesse social, quer dizer, das necessidades que merecerão a atenção desse sistema público de proteção social — e que, justamente por isso, qualificam-se como necessidades *sociais*.

Importa atentar, ainda, que a finalidade de manutenção do nível de vida do próprio beneficiário — dentro, sempre, dos limites referidos — leva, como é óbvio, à diferenciação na quantidade de proteção a ser conferida em cada caso (vale dizer: no valor dos benefícios previdenciários), o que é substancialmente diferente do que se passa quer na saúde — onde as prestações são, nos exatos termos do art. 196, *caput* da Constituição de *acesso igualitário* — quer na assistência social, onde se verifica a regra da uniformidade do valor das prestações — note-se, nesse sentido, que é *invariável* o valor do benefício fixado no art. 203, V da Constituição⁶⁴.

Em suma, enquanto nas demais áreas da seguridade social se busca a proteção geral mínima, na previdência social, assegura-se, sobretudo, proteger a população economicamente ativa e seus respectivos núcleos familiares, de acordo com os respectivos padrões de subsistência.

Na afirmação dessa regra fundamental do regime jurídico-previdenciário, é que estabelece o art. 1º da Lei n. 8.213/91 que “A Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis *de manutenção*, por motivo de incapacidade, desemprego...”.

⁶³ Dispôs o art. 14 de referida Emenda: “O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social”.

⁶⁴ “Art. 203. A assistência social (...) tem por objetivos: (...) V — a garantia de *um salário mínimo* de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

2.5.1. O desequilíbrio econômico como conteúdo das situações de necessidade social amparadas pelos benefícios previdenciários

Exatamente em função do que acabamos de expor é que se pode dizer que a previdência social funciona, num certo sentido, como *mecanismo de garantia de rendas do trabalhador* (na verdade, garantia do orçamento familiar deste) — em contraposição a outro mecanismo, o assistencial, de garantia de mínimos sociais a quaisquer cidadãos, o qual forma a base do sistema de seguridade social, seu nível assistencial de proteção.

Disso decorre uma idéia absolutamente fundamental para a compreensão do regime jurídico-previdenciário.

É que em virtude daquele objetivo de manutenção das rendas dos sujeitos filiados, as situações de necessidade social — produzidas aqui, como vimos, por contingências sociais, e que serão sentidas pelos beneficiários — que se visa amparar especificamente com a concessão de benefícios (prestações em dinheiro) previdenciários reduzem-se sempre a duas espécies básicas, a saber: a) *perda ou diminuição de rendas*, de ganhos (“*defecto de ingresos*” na significativa terminologia corrente nos países de língua espanhola) e/ou; b) *aumento anormal de gastos* (ou excesso de gastos).

Sintetizando ainda mais, essas duas classes de situação de necessidades sociais representam, em suma, um *desequilíbrio econômico* no orçamento da família do trabalhador⁶⁵.

Invoquemos alguns poucos exemplos para melhor compreensão dessa idéia. Geram situações do primeiro tipo, isto é, de desequilíbrio econômico traduzido num defeito de ingressos, as contingências: desemprego, incapacidade profissional provisória (“doença”) e morte (esta, ocasionando o desaparecimento ou diminuição de ingressos apenas para os dependentes); por sua vez, a situação de necessidade social do tipo excesso de gastos pode ser exemplificada, em nosso direito atual, com aquela que decorre da manutenção de filhos ainda inaptos para o trabalho (dando lugar ao pagamento do benefício salário-família).

A propósito, uma dentre as diversas classificações possíveis das prestações previdenciárias é justamente aquela que leva em conta o critério da sua finalidade, considerando-a em atenção ao tipo de necessidade social a que visam reparar. Nesse sentido, poderemos dividir os benefícios entre os do tipo defeito de rendas e os do tipo excesso de gastos.

⁶⁵ Cf. Alonso Olea e Tortuero Plaza, *Instituciones de seguridad social*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 20/21; também Almansa Pastor, cit., pp. 285/286.

Como se percebe, a primeira espécie de situações de necessidade social previdenciária decorre, geralmente, das contingências que impossibilitam o exercício de atividade pelo trabalhador⁶⁶ — que é, como vimos, o segurado por excelência da previdência social. Aqui se concentra a grande maioria dos casos que merecem proteção previdenciária. Por isso mesmo, podemos afirmar que, *quase sempre, a contingência social* — que é justamente o que provoca, como temos visto, as situações de necessidade — traduz-se num *evento que impossibilita ou reduz a capacidade de ganho do trabalhador*⁶⁷.

Vale a pena ressaltar, porém, que o desequilíbrio no orçamento familiar do segurado interessa à seguridade social apenas e na medida em que, numa análise global, tal fato é capaz de comprometer toda a coletividade — embora, a rigor, isso só possa ser aferido individualmente (quanto aos benefícios), quer dizer, justamente em relação às finanças do próprio trabalhador⁶⁸. Daí advém a legitimidade em se usar o qualificativo “social” para designar — e mesmo justificar — a proteção da seguridade social a esses dois tipos de situação.

Em geral, as situações de necessidade social na previdência social são presumidas pela lei, de forma que, para ter acesso ao benefício, basta ao sujeito provar que foi atingido pela contingência social; mas, em alguns poucos casos, o direito pode condicionar a concessão da prestação à comprovação, à demonstração de que a

⁶⁶ Aliás, essa primeira ordem de necessidades sociais é muito bem sintetizada, entre nós, por Amauri Mascaro Nascimento, que com sua peculiar precisão, ensina-nos, relativamente à previdência social brasileira: “Um dos principais riscos é a inatividade forçada do homem que trabalha e as conseqüências sociais decorrentes desse fato. O trabalhador, se não contasse com a manutenção dos meios pessoais de subsistência a não ser durante os períodos úteis de efetiva prestação de serviços, ver-se-ia impossibilitado de contar com recursos necessários para prover as suas necessidades vitais, bem como aqueles pertinentes aos seus dependentes econômicos. É fácil compreender que um problema social da maior ressonância estaria formado se a idéia de retribuição tivesse aspectos meramente contraprestativos, se relacionados apenas com a entrega da energia do trabalho. Uma grande parte das pessoas, que vive numa comunidade, ficaria totalmente desprovida de recursos, em especial os velhos, os enfermos, os acidentados etc.” (*Iniciação ao direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 1993, p. 564/565).

⁶⁷ Cf. Persiani, ob. cit., p. 109.

⁶⁸ É exatamente este o sentido, na penúltima nota, da significativa expressão “problema social da maior ressonância”, de que se vale o professor Amauri Mascaro Nascimento. Na esteira desse raciocínio, também afirma Armando Assis: “Hoje em dia, já se pode destacar de modo tão claro o objetivo essencial do seguro social que surge bem nítida a questão de que ele, em verdade, se destina a satisfazer não a necessidades individuais, e sim a ‘necessidades sociais’. Desse modo, o interesse individual que cai sob a esfera de cuidados do seguro social é aquele que, por sua repercussão, se transforma em ‘interesse social’ e cujo tratamento, portanto, reveste a forma de um ‘dever social’” (*Compêndio de seguro social*, cit., p. 70).

contingência social *efetivamente* provocou dada situação de necessidade. É o que se passa, por exemplo, em nosso direito, com a pensão por morte, quando os beneficiários forem os pais ou os irmãos do falecido segurado⁶⁹, e com o auxílio-reclusão⁷⁰.

2.6. Natureza pública do regime previdenciário

Já vimos que as prestações de seguridade são serviços públicos, ante suas finalidades e sobretudo sua *disciplina de atuação*. Convém, no entanto, reforçarmos essa idéia diante da sua relevância neste exame particular do subsistema previdenciário

A todos esses pilares, que acabamos de enunciar, que sustentam o regime jurídico-previdenciário deve-se acrescentar a circunstância de tratar-se de um *regime de direito público*.

De fato, porque *nasce da lei* o direito à prestação previdenciária, assim como os deveres que o acompanham, e, ainda, porque a finalidade precípua do sistema consiste em conferir proteção em face de situações de necessidade representativas de verdadeiro *interesse público* — daí falar-se, como vimos, em necessidades *sociais* —, a relação jurídica que se estabelece entre a Previdência Social — representada por pessoa jurídica pública, ou outra que lhe faça as vezes — e os beneficiários do sistema há de ser regulada por regras de direito público, desenvolvendo-se, pois, na forma do direito administrativo⁷¹.

Como já tivemos oportunidade de afirmar, não é apenas — e talvez nem tanto por isso — o interesse do beneficiário aquilo que se protege pelas normas que vinculam Previdência Social ao pagamento da prestação: é, antes, o interesse da coletividade, da comunidade como um todo.

Nem poderíamos qualificar diferentemente o regime previdenciário, na medida em que, enquanto parcela do sistema de segurida-

⁶⁹ Cf. arts. 74 e 16, § 4º da Lei n. 8.213/91.

⁷⁰ Isso porque o benefício é condicionado à circunstância de o segurado preso não receber remuneração da empresa nem estar em gozo de auxílio-doença (cf. art. 80 da Lei n. 8.213/91).

⁷¹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, o direito público "resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares", ao passo que "essa caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a) *supremacia do interesse público sobre o privado*; b) *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*" (*Curso...*, cit., p. 26 — destaques originais).

de social — que já vimos ser profundamente marcado pelo caráter público —, haveria de reproduzir essa nota geral, porque ela é fundamental na estruturação daquele sistema.

É este, portanto, o *elemento formal* do regime jurídico-previdenciário. Assim, quando falamos em regime previdenciário estamos nos referindo aos elementos materiais acima apontados aos quais se deve acrescentar as regras e princípios conformadores do (regime de) direito público. Vale dizer: o regime jurídico-previdenciário atrai para si, a partir do desenvolvimento das relações jurídicas que regula, o regime jurídico-administrativo.

E — cabe notar, a fim de que se desfaçam eventuais confusões — isso vale para *todos* os benefícios previdenciários, concedidos em nível básico (regime geral de previdência social, como logo veremos), inclusive naqueles casos em que a *lei*, por motivos operacionais, excepcionalmente atribui a sujeitos particulares a missão de desincumbir-se do papel estatal, impondo-lhes o dever de pagar alguns benefícios. É o que ocorre, em nosso direito positivo, com o benefício *salário-família*, previsto nos arts. 7º, inciso XII e 201, IV da Constituição e arts. 65 a 70 da Lei n. 8.213/91.

Vejamos esse caso, embora em linhas muito gerais e limitadas.

O salário-família é devido a partir do nascimento de filhos do trabalhador-*segurado* de baixa renda e a conseqüente necessidade de *manutenção* dos mesmos enquanto não sejam ainda aptos para o trabalho (contingência social); esse fato ocasiona despesas que oneram o orçamento familiar, sobretudo dos trabalhadores de baixa renda, pois são necessários mais gastos (*situação de necessidade social*) para alimentar, vestir, oferecer cuidados médicos, educar etc. aqueles filhos.

Ambas as prestações previdenciárias são devidas, no caso de segurados empregados e avulsos, não pelo órgão previdenciário, mas *diretamente, pela empresa*⁷²; a empresa, no entanto, não arca com os custos desses benefícios, que são repassados à instituição previdenciária — e assim, a toda a coletividade — posteriormente, por força de um mecanismo legal de compensação, que é efetuado quando do recolhimento das contribuições previdenciárias da empresa (art. 68 da Lei n. 8.213/91). Todos os requisitos formais para concessão desse benefício também encontram-se regulados na lei previdenciária, vinculando ambos os sujeitos.

⁷² Sobre o enquadramento dessa situação no critério subjetivo da norma previdenciária, veja-se o pertinente capítulo abaixo.

Pois bem, em que pese o fato de a empresa ter de pagar o salário-família, a relação jurídica é *regida, no essencial, de acordo com os princípios e regras conformadores do direito administrativo* que se extrai de nossa ordem constitucional e das leis. Há — e apenas isso — uma derrogação parcial do regime público, no que diz respeito às questões exclusivamente ligadas ao sujeito passivo (empresa), que é pessoa de direito privado.

Com efeito, embora a prática não evidencie muitas vezes essa circunstância — até porque geralmente isso nem sequer seria necessário para o normal desenvolvimento da relação, na enorme maioria dos casos —, do ponto de vista estritamente jurídico, a concessão efetiva do benefício em questão deve ser feita pela empresa de acordo com as regras formais que circundam as garantias inerentes aos administrados, estando ela obrigada, por exemplo, a seguir rígidos preceitos de motivação, publicidade, etc. Afinal, como já disse *Celso Antônio Bandeira de Mello*, em parecer inédito, que tratava de circunstância semelhante a esta que analisamos, “é no ‘*modus procedendi*’, é no atendimento às formas e condições disciplinadoras do comportamento de quem exerce alguma parcela de autoridade... que residem as garantias dos indivíduos no confronto com os que podem interferir com seus interesses, direitos e liberdades”⁷³.

É bem verdade que há, como dissemos, secundária e *parcial derrogação* de preceitos públicos, notadamente no caso de descumprimento, pela empresa, de sua missão previdenciária, diante da natureza privada do sujeito passivo do vínculo. É que, na verdade, a empresa é que tem, por força de lei, o imediato *encargo* de realizar as prestações e, por causa disso, responde por essa atividade ou pelos danos que, com seu descumprimento, atingirem os beneficiários. Assim, por exemplo, é perante a própria empresa que o segurado empregado ou avulso que se sentir lesado, por não conseguir o benefício que entende devido, deve reclamar; inclusive, se isso só for possível mediante sanção do Poder Judiciário, ele deverá demandar a empresa perante a Justiça do Trabalho, e não Justiça Federal; mais, se o trabalhador vê negado seu pedido pela empresa, não se abre, para ele, a via de controle jurisdicional da própria Administração, de forma que ele não poderá recorrer aos órgãos do Conselho de Recursos da Previdência Social (que, nos termos do art. 126 da Lei n. 8.213/91, apenas prevê esse direito em face de decisões do INSS) etc.

⁷³ Tal parecer, que versa sobre extinção de contratos de trabalho de professores em estabelecimentos particulares de ensino, apesar de não publicado, pode ser encontrado no xerox do Centro Acadêmico XXII de Agosto, da PUC/SP, na pasta n. 228 do próprio C.A.

Apesar disso, a relação jurídica deve ser *essencialmente* regida pelo direito público, devendo a empresa cumprir os princípios e regras básicas que dele decorrem (legalidade estrita, publicidade, impessoalidade, finalidade, motivação etc.). A propósito, a lei previdenciária assinala os contornos exatos dentro dos quais deverá se desenvolver, estritamente, a relação, fixando prazos, a forma de comprovação do direito do beneficiário etc. A empresa, nesse caso, agirá em nome próprio, mas fazendo-o em vista exclusivamente do interesse de outrem (toda a coletividade); daí poder-se dizer que ela exerce *função pública*. Precisamente por isso, vincula-se a regime público em todos os passos da relação.

Assim, por exemplo, segundo o art. 67 da Lei de Benefícios, “O pagamento do salário-família é *condicionado à apresentação da certidão* de nascimento do filho ou da *documentação relativa ao equiparado ou ao inválido*, e à apresentação anual de *atestado de vacinação obrigatória* e de comprovação de freqüência à escola do filho ou equiparado, nos termos do regulamento”; em relação a este benefício, deve a empresa *conservar durante 10 (dez) anos os comprovantes dos pagamentos e as cópias das certidões e correspondentes*, para exame pela fiscalização da Previdência Social (art. 68, § 1º da Lei); Regulamento Previdenciário (veiculado pelo Decreto n. 3.048/99) impõe, ainda, que “A invalidez do filho ou equiparado maior de quatorze anos de idade deve ser *verificada em exame médico-pericial a cargo da previdência social*” (art. 85), que “o segurado *deve firmar termo de responsabilidade*, no qual se comprometa a comunicar à empresa ou ao Instituto Nacional do Seguro Social qualquer fato ou circunstância que determine a perda do direito ao benefício, ficando sujeito, em caso do não cumprimento, às sanções penais e trabalhistas” e na “falta de comunicação oportuna de fato que implique cessação do salário-família, bem como a prática, pelo empregado, de fraude de qualquer natureza para o seu recebimento, *autoriza a empresa*, o Instituto Nacional do Seguro Social, o sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, conforme o caso, *a descontar* dos pagamentos de cotas devidas com relação a outros filhos ou, *na falta delas, do próprio salário do empregado ou da renda mensal do seu benefício*, o valor das cotas indevidamente recebidas, *sem prejuízo das sanções penais cabíveis*” (arts. 89 e 90); é regulada também a forma de quitação do pagamento, pois “O empregado deve dar quitação à empresa, sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra de cada recebimento mensal do salário-família, *na própria folha de pagamento ou por outra forma admitida*, de modo que a *quitação fique plena e claramente caracterizada*” (art. 91).

Percebe-se, então, que pode haver, excepcionalmente, concessão de verdadeira prestação de previdência social por particulares,

submetida a *regime de direito administrativo*, porque esses sujeitos agem, na verdade, no lugar do Estado. E assim sendo, essas prestações ajustam-se, como as demais⁷⁴, perfeitamente no conceito de serviço público.

Fechemos, assim, este parêntese referente ao salário-família.

A atração do regime administrativo na atividade de concessão dos benefícios de previdência social é, portanto, *característica essencial do regime jurídico-previdenciário*, valendo tanto para o legalmente denominado regime geral de previdência social quanto para os regimes próprios de previdência.

Destarte, dá-se a proteção previdenciária, desenvolve-se a relação jurídica de prestação previdenciária mediante procedimentos típicos do direito administrativo, vale dizer: às diversas prestações previdenciárias, não se aplicam meras regras de direito privado, já que a relação jurídica que se estabelece entre aquela autarquia e os beneficiários é informada pelo regime público.

Ainda que os benefícios representem um crédito do beneficiário em face do INSS, todo o funcionamento da relação jurídica que os veicula é disciplinado pelo direito público, não pelas regras obrigacionais previstas no Código Civil, as quais não poderiam ser cegamente aplicadas na matéria, por absoluta incompatibilidade.

A submissão a esse regime público atrai para a disciplina específica de concessão das prestações previdenciárias (benefícios, serviços e utilidades) os traços característicos de desenvolvimento das ações públicas, como a sujeição estrita à legalidade (nota fundamental, pois sua realização haverá de se expressar, sempre, em comportamentos infralegais), necessária publicidade dos atos, vinculação à moralidade e impessoalidade, declaração unilateral de nulidade, observância das competências aos limites em que se encontram caracterizadas nas leis.

Esses traços evidenciam-se, como não poderia deixar de ser, na forma como o Plano de Prestações Previdenciárias, a Lei n. 8.213/91, disciplina o desenvolvimento do agir da Previdência Social. É o que se dá, por exemplo, quando ela condiciona, no art. 42, § 1º, a verificação da invalidez a exame médico-pericial a cargo da própria Previdência Social; quando, através do art. 101, impõe-se ao segu-

⁷⁴ Nesse sentido, cf., entre nós, além da já mencionada obra de Orlando Gomes (*Escritos menores*, cit., p. 235 e segs.), os ensinamentos precisos de Wagner Balera, *Processo administrativo previdenciário: benefícios*, São Paulo, 1999, LTr, pp. 22 a 38 e especialmente a nota de rodapé n. 45 — p. 28 — em que é feita referência expressa a certas diferenças no processamento do benefício que acabamos de analisar.

rado em gozo de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença o dever de se submeter a exame médico a cargo da Previdência Social, bem como a processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado; assim também a regra da intangibilidade do benefício, disposta no art. 114⁷⁵; ao prever, no art. 115, o dever de restituição, pelo beneficiário, de quantias recebidas além do devido, podendo inclusive tal desconto ser parcelado se não tiver havido má-fé do sujeito; quando condiciona o pagamento de benefícios, a validade de exames médicos e o processamento dos requerimentos de benefício pelas empresas, sindicatos e entidades de aposentados a prévio convênio com a Previdência Social etc.); a impossibilidade de o próprio Procurador do INSS atuante no feito decidir a respeito da desistência ou não-interposição de recursos, as quais somente se formalizarão validamente mediante autorização última do Ministro de Estado (art. 131), etc.

3. Prestações previdenciárias

Em vista do regime jurídico que acabamos de descrever, podemos dizer que prestações previdenciárias — enquanto objeto de relações jurídicas desta natureza — constituem o oferecimento, pelo órgão previdenciário, de dinheiro (benefícios), serviços ou outros bens materiais diretamente *a pessoas previamente filiadas ao sistema*, as quais para este *contribuem* (ou dependem de alguém que contribui), visando *manter-lhes, dentro de patamar previamente estabelecido, o nível de subsistência* (sobretudo nos benefícios) em face de necessidades sociais advindas de contingências sociais *também previamente demarcadas em lei*, e concedidas sob *regime de direito público*.

É delas que nos ocuparemos neste trabalho, uma vez que a aposentadoria por invalidez constitui típica prestação previdenciária.

4. Diferentes regimes previdenciários: o regime geral de previdência social

É preciso advertir que o sistema jurídico brasileiro admite, na verdade, mais de uma forma de previdência social, quer dizer: não há um único regime jurídico de previdência social.

⁷⁵ "Art. 114. Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento".

Devem ser separadas, por isso, pelo menos três formas de regime jurídico-previdenciário possíveis em nossa ordem constitucional: uma de caráter abrangente e residual (o regime geral de previdência social); outro específico, referente aos servidores públicos e finalmente; outro privado e complementar.

Os dois primeiros cuidam de necessidades básicas dos sujeitos a eles filiados, e excluem-se mutuamente. A existência do terceiro, diferentemente, não conflita com os outros dois. Vejamos as principais diferenças desses regimes, apenas para melhor precisarmos o objeto deste estudo.

4.1. Regime geral de previdência social e regimes próprios

O regime jurídico cujo conteúdo essencial acima descrevemos é justamente o *regime geral de previdência social*. *A ele é que nos temos reportado até agora, e somente ele é que continuará a ser o alvo de nossas preocupações neste trabalho.*

A denominação "regime geral" é agora constitucional, de acordo com o art. 201, *caput* da Constituição, com a redação imposta pela Emenda Constitucional n. 20/98.

O regime geral de previdência social está quase que totalmente disposto na Lei n. 8.213/91, que, segundo consta de sua epígrafe, "Dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social"⁷⁶.

Embora tenhamos visto que a previdência social seja fenômeno grandemente atrelado às relações de trabalho, o regime geral não alcança, no entanto, todas as relações laborais admitidas no direito brasileiro; quer dizer, nem todos os trabalhadores estão cobertos por este regime geral de previdência social. Ele abrange apenas uma parcela — maior, e por isso é geral — dos trabalhadores, dando ensejo a apenas certo grupo de relações jurídicas que têm por objeto a concessão de prestações destinadas a remediar situações de necessidade social advindas de certas contingências.

Como o campo de abrangência do regime geral é residual, precisamos saber, primeiramente, o que, em relação a ele, pode ser tido como específico, e portanto fora de seu alcance.

⁷⁶ Parece-nos imprópria a disposição do art. 9º, § 1º desta lei ("o Regime Geral de Previdência Social — RGPS garante a cobertura de todas as situações expressas no art. 1º desta Lei exceto a de desemprego involuntário, objeto de lei específica"), que se confronta com a do art. 201, III da Constituição. O que se deve entender é, apenas, que a Lei n. 8.213/91 não dispõe especificamente sobre o seguro-desemprego — conquanto um ou outro de seus dispositivos também possam se aplicar a esse benefício (veja-se, p. ex., o art. 124, parágrafo único). E se faz parte da previdência, aplica-se o mecanismo protetor que viemos de descrever.

Pois bem, essa especificidade se deve à circunstância de a Constituição admitir a criação de regime legal de proteção previdenciária diferenciada para os *servidores públicos civis titulares de cargos de provimento efetivo e os militares* (cf. arts. 40 e 42)⁷⁷.

Em atenção a isso, dispõe o art. 12 da Lei n. 8.213/91 que "O servidor civil ou militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são *excluídos* do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social".

Note-se que as regras do art. 201 da Constituição são aplicáveis, em princípio, ao regime geral de previdência social, e só subsidiariamente aos regimes próprios, consoante estabelece o art. 40, § 12º da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional n. 20: "Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social".

Assim, em nosso sistema, embora a previdência social seja direito de todos, ela não é necessariamente uma só para todos os trabalhadores, vez que se admite a existência de dois grandes tipos de regime jurídico, os próprios, criados por lei⁷⁸ para os servidores da administração direta, autárquica e fundacional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios e o regime geral, para todos os demais sujeitos (inclusive os servidores daquelas entidades, quando estas não houverem criado, por lei, regimes próprios de previdência social).

⁷⁷ Valendo-se do poder para editar *normas gerais*, no âmbito da competência concorrente para legislar (art. 24, XII e § 1º da Constituição) a União criou a Lei n. 9.717, de 27.11.98, que dispõe sobre a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal. Seu art. 1º, V, estabelece a "cobertura *exclusiva* dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e militares e respectivos dependentes".

⁷⁸ Além da simples previsão de criação desses regimes próprios na lei, seria necessário haver maior controle quanto à verificação de sua efetiva implantação (isto é, seu concreto funcionamento, mediante concessão das prestações previstas nos planos aos servidores), a fim de se evitar os danosos efeitos que muitas vezes ocorrem, sobretudo nos municípios, a partir de verdadeiros desvios de finalidade legislativa, pois, "ao invés de conferir proteção social, a criação desses regimes previdenciários acaba se tornando, muitas vezes, impróprio mecanismo para o aumento dos recursos de que passará a dispor a administração municipal — gastos com obras, projetos, compras de bens etc.", consoante pudemos constatar em outra oportunidade (cf. o nosso *Regime próprio de previdência social e os municípios*, in *Jornal do 10º Congresso Brasileiro de Previdência Social*. São Paulo, LTr, 1997, p. 86/87).

Quer dizer, existe, para todos os trabalhadores, o direito à proteção previdenciária, e ao Estado compete organizar essa proteção básica; todavia, ele pode organizá-la diferentemente, por clientela — e nesse sentido, é que poderíamos dizer que o critério básico da distinção dos regimes é subjetivo —, vinculando, assim, certos sujeitos a determinado conjunto de regras. O que o Estado não pode fazer, contudo, é *não* organizar, para quem quer que seja (trabalhadores da iniciativa privada ou servidores públicos), a previdência social, sob pena de tornar-se responsável diretamente por esta proteção — a propósito, teremos oportunidade de ver que também quando o ente organizado pelo Estado para executar as prestações de previdência social não for capaz de conferir a proteção legalmente estabelecida, ele será responsável, subsidiariamente, para desincumbir-se dessa proteção.

Opera-se, aqui, quando confrontamos uma e outra espécie de regimes previdenciários, verdadeira *exclusão*, que se dá sobretudo em atenção aos beneficiários. Separa-se, pois, o regime geral dos regimes próprios sobretudo em virtude dos sujeitos, da clientela a atender em matéria previdenciária.

Eis a *utilidade da noção de regime em direito*: separar o grupo de *sujeitos e fatos* que recebem tratamento substancialmente igual do direito, que se subordinam às mesmas conseqüências jurídicas. Conhecido o regime jurídico previdenciário geral, temos condições de saber, de antemão, que os princípios fundamentais e as regras específicas dos regimes próprios não se aplicarão àquilo de que porventura tenhamos de tratar. Assim, por hipótese, em face da velhice que acometa dado sujeito, sabemos que se este for um segurado do regime geral, ela não provocará as mesmas conseqüências jurídicas do que as que produziria essa *mesma contingência* para um servidor público da Administração direta federal.

Se isso — essa distinção no tratamento previdenciário — “deveria” ou não ser assim, se é socialmente justo, economicamente viável, contra-indicado do ponto da motivação de cada trabalhador sob aspecto psico-social etc., são questões que escapam à análise jurídica, embora apresentem importância decisiva, por exemplo, para o órgão encarregado de formular projeto de emenda constitucional ou de lei previdenciária, e para o legislador.

A propósito, cabe observar, ainda sob esse ponto de vista jurídico-positivo, que, justamente por força do regime, isto é das qualificações impostas pelas regras jurídicas, é que não coincidirão os sujeitos — nem ativo nem passivo — das relações a que derem lugar as respectivas normas. Da mesma maneira, devem ser diversamen-

te apreendidas as necessidades sociais que justificam aquelas relações, porque o “teto” do valor dos benefícios é muito diferente, por força da Constituição, para os servidores públicos — e aqui estamos diante de um importante princípio informador do regime próprio dos servidores federais, que o diferencia do regime geral. Isso altera substancialmente a intensidade da cobertura previdenciária.

Mesmo a escolha legal das contingências sociais e das situações de necessidade social pela lei poderá variar de um para outro regime. Pense-se, por exemplo, na contingência social maternidade, que, no regime geral atualmente em vigor, não inclui, em seu campo semântico, a adoção, ao passo que, no regime jurídico dos servidores federais, existe previsão legal de cobertura daquela contingência (incluindo, ademais, também direito à licença para os casos de guarda judicial de criança).⁷⁹

Ou então, na situação de necessidade — do tipo excesso de gastos — consistente em despesas com funeral, geradas pela morte de sujeito filiado ao regime dos servidores federais, que são cobertas, nos termos do art. 226 da Lei n. 8.112/90, “em valor equivalente a um mês da remuneração ou provento” e que não geram qualquer benefício previdenciário, atualmente, para os sujeitos do regime geral de previdência social.

É fácil notar que podem ser sensíveis as diferenças, sem prejuízo do fato de que ambos os regimes guardam entre si grandes semelhanças⁸⁰. Por essa razão, as noções de segurado, dependente, empresa, aposentadoria, *invalidez*, *grande invalidez*, morte etc., tudo isso só tem sentido, para o jurista, como sujeito ou objeto submetidos a um dado regime jurídico e não a outro.

Em suma, apoiados no regime jurídico, havemos de destacar os sujeitos e fatos aos quais o direito atribui o mesmo tratamento, separando-os, portanto, daqueles outros a que o direito imputa outra sorte de conseqüências⁸¹. Bem por isso é que alertamos que, no objeto deste trabalho, não se compreende a invalidez para os servidores públicos colhidos por regimes próprios de previdência social.

⁷⁹ É o que dispõe a Lei n. 8.112/90: “Art. 210: À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias”.

⁸⁰ O art. 5º da Lei n. 9.717/98 estabelece que não podem ser concedidos, pelos regimes próprios, benefícios distintos dos previstos no RGPS, “salvo disposição em contrário da Constituição Federal”.

⁸¹ Cf. Augustín Gordillo, *Tractado de derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Macchi, 1979, p. I-13.

4.2. Regimes de previdência privada

Essas mesmas razões — que aqui são até reforçadas, diante da diferença ainda maior que se pode verificar entre os dois regimes — nos levam a excluir de nossa análise o regime jurídico de previdência privada, que, nos termos do art. 202, *caput* da Constituição, tem “caráter complementar” e “facultativo”, devendo ser “organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social”⁸².

Embora compreendida dentro do capítulo em que a Constituição dispõe sobre a seguridade social, a previdência privada não se encaixa no conceito de serviço público que acima adotamos para designar todas as prestações de seguridade social, pois ela *não é regida pelo direito público*, sobretudo porque é *facultativa* e organizada de forma autônoma em relação à previdência pública, e, portanto, atraída, em boa medida, pelo princípio da autonomia da vontade, fundante dos regimes de direito privado. Lembre-se, a propósito, da sintética lição de *Ruy Cirne Lima*: “Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”⁸³. Acresça-se, ainda, que não nos parece possível entender sequer, com propriedade, que as entidades de previdência social, no grosso de sua atuação, façam as vezes do Estado.

Trata-se de exploração de atividade econômica, embora *fortemente* condicionada por atos *preventivos, fiscalizadores e repressivos* da Administração, que constituem expressão do chamado poder de polícia.

O art. 192, II da Constituição determina, a propósito, que a lei complementar reguladora do sistema financeiro nacional deve dispor sobre “*autorização e funcionamento* dos estabelecimentos de seguro, resseguro, *previdência* e capitalização, bem como do *órgão oficial fiscalizador*”⁸⁴.

Quando distinguimos o regime geral dos regimes próprios, observamos que eles se excluem mutuamente (tendo em vista, é claro, uma *mesma relação de trabalho*⁸⁵). Isso *não* ocorre em relação aos regimes complementares de previdência.

⁸² Redação de acordo com a Emenda Constitucional n. 20/98.

⁸³ *Princípios de direito administrativo*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1982, p. 52.

⁸⁴ Redação dada pela Emenda Constitucional n. 13/96.

⁸⁵ A ressalva se justifica porque um mesmo indivíduo pode ter dois vínculos diferentes de trabalho, um como servidor público titular de cargo efetivo e, ao mesmo tempo, outro, por exemplo, em regime de CLT (e como tal alcançado pelo art. 11 da Lei n. 8.213/91). É esse o caso típico de *atividades concomitantes*, cada uma delas determinando filiação a um regime previdenciário (cf. art. 32 da Lei n.

De fato, podemos dizer que, considerando o limite qualitativo e quantitativo de cobertura dos regimes previdenciários, opera-se uma exclusão “horizontal” entre os regimes geral e próprios, enquanto que, confrontados o regime geral com os de previdência privada, verifica-se uma convivência “vertical”. A expressão “autônoma”, contida no indicado art. 202 da Constituição, representa justamente esta verticalidade, essa lógica da mútua convivência.

A propósito, acima do limite máximo de valor dos benefícios do regime geral de previdência social (“teto”), escapa da competência da União a proteção das necessidades dos sujeitos, a qual passa a ingressar no campo — mais largo — da autonomia privada, individual ou coletiva. Mas — vale advertir — isso não significa, de modo algum, que um trabalhador cujo salário seja inferior ao “teto” dos benefícios do regime geral não possa contratar um plano de previdência privada; como já frisamos, estamos diante do princípio da autonomia da vontade, de modo que, se este trabalhador entender que pode e deve assim agir, nada há que o impeça de fazer. Assim o fazendo, no entanto, este trabalhador não estará buscando a cobertura de “verdadeiras” situações de necessidade social (isto é, *juridicamente* qualificadas como *básicas*, porque é este o sentido da imposição de “teto” para a cobertura previdenciária do regime geral).

Não nos alonguemos no assunto, pois o que nos interessa saber já foi dito: não nos ocuparemos da previdência privada neste trabalho.

8.213/91). É o que ocorre, por hipótese, com um servidor público civil que é também professor numa universidade particular. Portanto, essa exclusão mútua a que nos referimos só faz sentido se considerada a *mesma* relação de trabalho.