

CENTRO UNIVERSITÁRIO CESMAC
Curso de Direito
Refletindo o Direito
Revista Eletrônica do Curso de Direito do Cesmac

Reitor
Vice-Reitor
Coordenador do Curso de Direito

Dr. João Rodrigues Sampaio Filho
Prof. Dr. Douglas Apratto Tenório
Prof. Me. Afrânio Roberto P. Queiroz

Editoração da Revista

Prof. Dr. Antônio Castro do Amaral
Profa. Ma. Sônia Maria A. Soares

Conselho Editorial Científico

Prof. Dr. Antônio Castro do Amaral
Profa. Dra. Ana Florinda Dantas – Cesmac/AL
Prof. Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior - UFAL/AL
Prof. Dr. Adrualdo Catão – UFAL/AL
Prof. Dr. Fernando Capez/ PUC/São Paulo
Prof. Dr. Bruno Leitão – Fama/AL
Prof. Dr. Marcos Adilson Souza - Cesmac/AL
Prof. Dr. George Browne Rego/UFPE/Pernambuco
Prof. Dr. Francisco Wildo Lacerda Dantas/UFAL/Alagoas
Prof. Dr. Ivan Luiz da Silva/Seúne/Alagoas
Profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa/UFSC/ Santa Catarina
Profa. Dra. Andrea Pacheco Pacífico/Cesmac/Seúne/Alagoas
Profa. Dra. Andrea Navarro
Profa. Ma. Sônia Maria Albuquerque Soares - Cesmac/AL
Prof. Me. Sérgio Coutinho dos Santos – Cesmac - Cesmac/AL
Profa. Ma. Adilza Rita Gomes Gonçalves do Amaral – FAT/AL

Revisão de Metodologia

Sônia Maria Albuquerque Soares –
Zelinda Maria Albuquerque Soares

Revisão de Inglês

Adilza Rita Gomes Gonçalves do Amaral

Os conteúdos apresentados nos trabalhos são de absoluta responsabilidade dos autores.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE APOIO À PERMANÊNCIA DO ALUNO NA ESCOLA

Um estudo do Programa Alagoano de Educação Integral¹,

Gabrielle de Holanda Moreira
Janyne Maria Tavares Bento
Shayanne Jamyse Almeida Santana
Bachareladas em Direito do Centro Universitário CESMAC
Prof. Esp. Madson José da Silva - Coorientador
Profa. Ma. Sônia Maria Albuquerque Soares² - Orientadora

RESUMO: *A discussão acerca da evasão escolar tem ocupado um espaço de destaque no cenário das políticas públicas brasileiras. O presente estudo objetivou analisar os resultados obtidos quanto à questão da evasão escolar após a implantação do Programa Alagoano de Educação Integral, levando em consideração o que estabelece a legislação brasileira acerca do direito à educação. Para isso, realizou-se uma pesquisa bibliográfica com o intuito de identificar os suportes legais e doutrinários fundamentais para evitar o abandono escolar. Com isso, verificou-se o que estabelece a Constituição de 1988 sobre o direito à educação, além de pesquisa acerca do Programa Novo Mais Educação, bem como as condições estabelecidas para evitar a evasão escolar. O estudo culmina com uma comparação dos índices de evasão escolar de antes e após a implantação do Programa Alagoano de Educação Integral. Conclui-se que houve uma redução na evasão escolar com a implementação das escolas em tempo integral, mas que há necessidade de um maior compromisso pelos órgãos responsáveis, bem como pela gestão escolar e toda a sociedade.*

PALAVRAS-CHAVE: *Políticas públicas. Educação. Evasão escolar.*

ABSTRACT: *The discussion about school dropout has occupied a prominent place in the scenario of Brazilian public policies. The present study aimed to analyze the results obtained regarding as of school dropout after the implementation of the Alagoan Program of Integral Education, taking into account the Brazilian legislation on the right to education. For this, a bibliographical research was carried out with the intention of identifying the legal and doctrinal supports fundamental to avoid the school dropout. As a result, the Constitution of 1988 on the right to education was established, as well as research on the New Education Program, as well as the conditions established to avoid school dropout. The study culminates in a comparison of school dropout rates before and after the implementation of the Alagoan Comprehensive Education Program. It was concluded that there was a reduction in school dropout with the implementation of the schools in full time, but that there is a need for greater commitment by the responsible organs, as well as by the school management and the whole society.*

KEYWORDS: *Public policy. Education. School evasion.*

¹ Este artigo foi submetido para publicação em dezembro de 2018 e é resultado de uma pesquisa de Iniciação Científica desenvolvida pelo Psic/Cesmac.

² Atualmente é Professora de Metodologia da Pesquisa Jurídica e de Prática de Conclusão de Curso (PTCC) e é Assessora Acadêmica da Coordenação do Curso de Direito Cesmac; Desenvolve atividades de ensino e pesquisa, atuando principalmente nas seguintes áreas: conciliação e mediação de conflitos, educação, políticas públicas, trânsito e linguagem. Professora Coordenadora do Centro Judiciário de Cidadania e Solução de Conflitos do Cesmac. Coordenadora do Centro de Conciliação e Mediação de Conflitos na Escola, do Tribunal de Justiça de Alagoas. Coordenadora das ações em escolas desenvolvidas pelo Núcleo de Promoção da Filiação do Tribunal de Justiça de Alagoas.

INTRODUÇÃO

Há muitos anos, as nações do mundo buscaram afirmar por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos que "toda pessoa tem direito à educação". No entanto, apesar dos esforços realizados por países do mundo inteiro para assegurar o direito à educação, é quase uma utopia pensar nesse acesso a todos.

Atualmente, a discussão acerca da evasão escolar tem ocupado um espaço de destaque no cenário das políticas públicas brasileiras. Em seus estudos, Silva Filho e Araújo (2017) assinalam que ela está associada a fatores sociais, econômicos e culturais, tais como, a pobreza e a exclusão social. Tendo isso em vista, Baggi (2010) aponta a complexidade da temática, haja vista que é um fenômeno que gera graves consequências sociais e econômicas, dentre elas, o trabalho infantil e ainda pode provocar o aumento da violência e marginalização de muitas crianças e adolescentes.

A discussão acerca do abandono escolar pode ser fundamentada nos princípios que regem a educação, partindo desde aos tratados internacionais firmados com diversos países até as normativas nacionais, como a exemplo da Lei. 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), ao envolver a preocupação com a permanência do aluno na escola, no art. 3º. Mesmo com a exigência da Lei, os resultados acerca da evasão escolar no Brasil apresentam surpresas e, em Alagoas, a realidade é preocupante: os baixos Índices de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) em 2015, deixam o Estado entre os piores do país.

Para tentar resolver a questão, vários programas governamentais foram criados, ao longo dos anos, para incentivar a permanência de alunos na Rede Pública de Ensino, entre eles, o de Educação de Jovens e Adultos – EJA e os de Educação Profissional. Entretanto, eles não têm sido suficientes para diminuir os índices de desistências de estudantes em todo Brasil.

Em 2016, o Ministério da Educação, por meio da Portaria de nº 1144, instituiu o “Programa Novo Mais Educação”, que foi regulamentado pela Resolução nº 5, de 25/10/2016, e tem como um dos objetivos expandir a jornada escolar de crianças e adolescentes. Em março de 2016, foi implantado o projeto piloto “Programa Alagoano de Educação Integral”, em uma escola de Maceió e foi sendo estendido a outras instituições.

Diante dos altos índices apresentados quanto à desistência escolar, os debates e reflexões sobre a temática têm tomado conta da sociedade e do governo, que tem adotado medidas práticas, visando resultados para solução do problema.

Assim, esta pesquisa partiu do seguinte questionamento: As políticas públicas de apoio à permanência do aluno em tempo integral na escola, como o Programa Alagoano de Educação Integral, têm contribuído para redução do índice de evasão escolar no Estado?

A hipótese trabalhada foi a de que a implantação do Programa tem auxiliado para redução dos casos de evasão escolar em Alagoas, haja vista que atende às necessidades dos alunos para que eles possam permanecer na escola pelo maior tempo possível.

Para o alcance do objetivo, optou-se por uma revisão bibliográfica de caráter exploratório, resumindo pesquisas já concluídas com consulta eletrônica de materiais científicos que abordasse a temática da evasão escolar, nas bases de dados da biblioteca virtual do *Scientific Electronic Library On Line* (SciELO), *Biblioteca Digital Brasileira de Teses e dissertações* (BDTD), Periódicos CAPES/MEC, bem como através de dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Educação Alagoas (SEDUC – AL).

Foram adotados, como critério de inclusão, artigos que apresentavam especificidade com o tema, a problemática do estudo, que contivessem os descritores selecionados. Foram excluídos os artigos que não tinham relação com o objetivo do estudo e aqueles trabalhos que não foram encontrados na íntegra.

Dessa forma, o presente estudo se propôs a analisar as políticas públicas de apoio ao aluno na escola, bem como os resultados obtidos quanto à questão da evasão escolar após a implantação do Programa Alagoano de Educação Integral, levando em consideração o que estabelece a legislação brasileira acerca do direito à educação.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO NO BRASIL

Ao longo da história do Brasil, a educação pouco foi um ponto central. Por vezes

é possível observar que inúmeras são as dificuldades em avançar, sejam de cunho social, político e estrutural da gestão, o que proporciona um círculo vicioso de incapacidades educacionais. (OLIVEIRA, 2018).

Observa-se que, com a chegada dos primeiros padres jesuítas ao Brasil, em 1549, haveria por mais de 200 anos que perdurar um intenso sentimento religioso, deixando marcas profundas na cultura do país, visando um ensino secundário (modalidades de ensino que chegam a serem comparadas ao nível superior). Em 1789 os jesuítas foram expulsos de Portugal e das colônias, o que deixou enorme lacuna na educação, estando o Marquês de Pombal gerenciando uma nova sistemática, que priorizava o ensino primário, mas não obteve êxito. (LANDES DA SILVA, 2013).

Com a Independência do País, conquistada em 1822, algumas mudanças no panorama sócio-político e econômico pareciam esboçar-se, inclusive em termos de política educacional. Não obstante, a formação do Estado brasileiro, bem como a consequente autonomia política portuguesa a qual propagou o ideal burguês à época, foi alvo de inúmeras revoluções no século XVIII, lutas essas que culminaram em forjar anos depois a constituição de um Estado Nacional incapaz de gerir a coisa pública sob a perspectiva da coletividade. (PEREIRA, 2012).

A primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional foi debatida e elaborada no contexto de redemocratização do país logo após a queda do Estado Novo (1937-1945). Foi promulgada somente em 1961, com o nº 4.024, e duas vezes reformulada: pela Lei nº 5.692/1971 e pela Lei nº 9.394/1996.

Notórias foram as mudanças no cenário político nacional ocorridas em fins da década de 1970 que imprimiriam novos contornos à educação nacional, sendo uma delas a vitória do partido de oposição ao regime militar. Segundo a FGV (2009), os constantes processos em tentar restaurar os direitos democráticos foram cruciais para uma nova organização educacional no País:

Entre os quais, com o advento do anteprojeto da nova Carta Constitucional, apresentado em junho de 1987, [...] a educação foi pauta significativa no Fórum Nacional de Educação na Constituinte em Defesa do Ensino Público e Gratuito, que encaminhou à Subcomissão de Educação, Cultura e Desporto, em uma proposta única, reivindicações de diversas entidades da sociedade civil, entre elas Associação Nacional de Educação (ANDE), Associação Nacional de Docentes do Ensino Superior (ANDES), Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação (Anped), Associação Nacional de Profissionais de Administração da Educação (ANPAE), Centro de Estudos Educação e Sociedade (Cedes), Central Geral dos Trabalhadores (CGT), Central Única dos Trabalhadores (CUT), Ordem

dos Advogados do Brasil (OAB), Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (UBES) e União Nacional dos Estudantes (UNE).

Mesmo após o chamado processo de “redemocratização” ocorrido também em meados da década de 1980, as políticas públicas continuaram desfavorecendo a grande maioria da população brasileira. Como exemplo tem-se o sistema educacional, que destaca a grande fissura social que acabou por inviabilizar o desenvolvimento de um projeto político efetivamente republicano, visto que a Rede Pública de Ensino possuía poucos investimentos, sucateamento e era considerada de baixa qualidade, ficando destinada aos pobres e “desfavorecidos”. (PEREIRA, 2009).

Após inúmeras discussões e embates políticos e sociais, em 20 de dezembro de 1996, o texto da Lei de Diretrizes e Bases – Lei nº 9.394, conhecida como Lei Darcy Ribeiro – foi sancionado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, e em 23 de dezembro foi publicado no *Diário Oficial da União*. Segundo a FVG (2009), a argumentação utilizada pelo governo ao criar a LDB deveria ser de uma lei do possível, que pudesse estar sendo cumprida diante dos recursos financeiros disponíveis, com flexibilidade e que se adequasse as diferentes situações da educação nacional.

2.2 TRATADOS, PACTOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS INFLUENCIADORES NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

Não se pode deixar de citar a importância que os tratados internacionais revelam, principalmente aqueles que versam sobre direitos humanos, pois anunciam a evolução da sociedade a nível internacional ao exigirem dos Estados o reconhecimento, a promoção e a proteção desses direitos. (GORCZEWSKI; DIAS, 2012).

O marco histórico no processo de internacionalização dos direitos humanos se dá em 10 de dezembro de 1948, quando a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na qual esse documento serve de base para o reconhecimento como sujeito de direitos na órbita internacional.

Já em 3 de janeiro de 1976, entra em vigor o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Outro tipo de mecanismo utilizado e mais seguro,

além de ser o primeiro e único instrumento jurídico de abrangência genérica e escopo mundial a conferir obrigatoriedade e proteção aos direitos humanos de "segunda geração", entre eles a educação, que são reconhecidos anteriormente como fundamentais apenas intuitivamente pelo iluminismo e consagrados como direitos pela Declaração Universal de 1948. (GORCZEVSKI; DIAS, 2012).

Ao ser aprovada em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, os Estados Americanos demonstraram haver "[...] superado a fase de elaboração de princípios teóricos e das meras declarações de intenções."

Sobre o Pacto de São José, quanto aos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA (do artigo 30 ao artigo 52), os Estados comprometem-se a adotar todas as providências necessárias, por via legislativa ou por outros meios apropriados, a fim de conseguir, progressivamente, sua plena efetivação.

Alguns instrumentos internacionais da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, vêm sendo utilizados também como meios norteadores de mecanismos que visem a garantir uma melhor educação em diversos países:

- 2015 - Recomendação sobre Aprendizagem e Educação de Adultos;
- 2015 - Declaração de Incheon: Educação 2030: rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos;
- 2001 - Declaração de Cochabamba: Educação para Todos; cumprindo nossos compromissos coletivos;
- 2000 - Declaração sobre Educação para todos: o compromisso de Dakar;
- 2000 - Declaração das ONGs (sobre) Educação para Todos: Consulta Internacional de ONGs (CCNGO), Dakar;
- 1999 - (Recomendações de Seul sobre Ensino Técnico e Profissional) Educação e formação ao longo de toda a vida: uma ponte para o futuro, recomendações;
- 1997 - Educação de Adultos: Declaração de Hamburgo; agenda para o futuro (CONFINTEA V);
- 1997 - Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras;
- 1995 - Declaração e Plano de Ação Integrado sobre a Educação para a Paz, os Direitos Humanos e a Democracia;
- 1993 - Declaração de Nova Delhi sobre Educação para Todos;
- 1990 - Declaração Mundial sobre Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem, Jomtien;

1994 - Declaração sobre Princípios, Política e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, Salamanca;
1978 - Carta Internacional de Educação Física e Esporte;
1966 - Recomendação relativa à Condição Docente;
1960 - Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino. (UNESCO, 2017).

Pode-se ter como exemplo a Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino, pela Conferência Geral da UNESCO, em sua 11ª sessão, reunida em Paris de 14 de novembro a 15 de dezembro de 1960, na qual buscava promover a igualdade de oportunidade e tratamento para todos na educação. (UNESCO, 2003).

Já a Declaração de Nova Delhi sobre Educação para Todos, em Nova Delhi, em 6 de dezembro de 1996, veio com o intuito de reiterar o compromisso de buscar com zelo e determinação as metas definidas pela Conferência Mundial sobre Educação para Todos e pela Cúpula Mundial da Criança, realizadas em 1990, “de atender às necessidades básicas de aprendizagem de todos os povos tornando universal a educação básica e ampliando as oportunidades de aprendizagem para crianças, jovens e adultos.” (UNESCO, 1998, p.2).

2.3 PRINCÍPIOS BASILARES DO SISTEMA EDUCACIONAL NO BRASIL

Quanto aos princípios, eles podem ser identificados como um dos fundamentos nuclear ou principal de um sistema, uma vez que demonstram ser uma das fontes mais importantes do Direito, bem como os valores consagrados em uma sociedade, limitando-as as regras impostas, e também sendo capazes de preencher lacunas e auxiliar como forma de parâmetro.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabelece, em seu artigo 206, oito princípios em que o ensino deve ser baseado. São eles:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII – garantia de padrão de qualidade;

VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de Lei Federal.

Com isso, todas as outras pontes principiológicas desenvolvidas nas diversas leis e portarias buscam, além de se fundamentar nos tratados internacionais, a Constituição como norte.

Ao destacar os princípios sobre os quais deveria ser ministrado o ensino no país, o artigo 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) destacou, entre outros, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (inciso III); a gestão democrática (inciso VIII) e a valorização da experiência extraescolar (inciso X).

Sob essa égide, estabeleceu ainda princípios democráticos de organização do ensino, vistos no artigo 14, que trata dos sistemas de ensino definir as normas que gerem o ensino público na educação básica de acordo com suas particularidades, estando de acordo com a participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola, bem como a participação da comunidade escolar e local em conselhos escolares ou análogos.

Tem-se, ainda, o artigo 4ª, que visa particularizar e dar ênfase ao dever do Estado para com a educação escolar pública. Dentre as atribuições, tem-se a obrigatoriedade e a gratuidade para o ensino fundamental, inclusive para aqueles que não tiveram acesso a este na idade apropriada, o que chamados de Ensino de Jovens e Adultos (EJA). Além disso, o Estado deve organizar os níveis de ensino, bem como estabelecer um atendimento especializado e gratuito aos alunos com necessidades especiais, cuja preferência é de que sejam inseridos na rede regular de ensino. (FGV, 2009).

Além da LDB, devemos destacar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que, trabalhando em conjunto com a CF/88, apresenta princípios fundamentais relacionados à criança e ao adolescente.

Quanto ao ECA, o primeiro princípio que pode ser observado encontra-se em seu art. 4º, denominado de Prioridade Absoluta, que basicamente expõe sobre o dever da família, da sociedade como um todo, assim como o Poder Público, de assegurar, com prioridade, a execução dos direitos concernentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, como também à convivência familiar e comunitária. (MULLER, 2005).

Já no artigo 6º do ECA, é possível observar o Princípio da Prevalência dos Interesses, que propõe estabelecer que o referido estatuto deva ser interpretado com rigor, conforme sua intenção principal. Com isso, não se pode haver uma aplicação prejudicial às crianças e aos adolescentes.

2.4 A GARANTIA OU NÃO GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Uma das maiores discussões no cenário brasileiro dá-se no que se denominam como direitos fundamentais de primeira geração. Dentre esses direitos, a educação é forte influenciadora no desenvolvimento das políticas públicas aplicadas no Brasil, principalmente no que se refere à garantia de sua efetivação.

O posicionamento de Santos (2018) leva a refletir que, entre os direitos básicos, as situações negligenciadoras no âmbito da educação, cada vez mais, têm-se colocado em um patamar de normalidade às inúmeras negações a essas garantias ou até mesmo hierarquizar um ou outro direito, dando importância que muitas das vezes não observam a situação concreta a qual se está implantando.

O direito da criança e do adolescente trata-se de campo especial no ordenamento brasileiro e, a partir de 1988, eles deixam de ser tratados como objetos e são reconhecidos na condição de sujeitos de direitos.

A proteção de jovens está prevista nos direitos fundamentais presentes no artigo 227 da Constituição Federal, bem como nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. A promulgação de tais direitos tem amparo no status de prioridade dado à criança e ao adolescente, já que se ambos encontram em condição de desenvolvimento.

Com o advento da Constituição de 1988, buscou-se inovar ao adotar a Doutrina da Proteção Integral, quando proclamou direitos de natureza individual, difusa, coletiva, reconhecendo que a criança e o adolescente são sujeitos de direito e, portanto, precisam de cuidados e proteção. Assim, a doutrina da proteção integral instaurou um sistema especial de proteção, uma vez que os direitos foram delineados nos artigos 227 e 228 da CF/88.

Os direitos fundamentais ora citados dão a ideia de limitar e controlar abusos do Estado e suas respectivas autoridades. De outra forma garante efetivação na prática a concretização da dignidade da pessoa humana, através de atos positivos. A

mesma compreensão é estendida aos direitos fundamentais que garante a proteção da família, sociedade e Estado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) acabou por aderir aos avanços advindos da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, restando por concretizar o disposto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, que determina os direitos e garantias fundamentais às crianças e adolescentes e fundamenta-se no Princípio da Proteção Integral. (RANGEL, 2013).

Não obstante, o direito à educação está associado a fatores sociais, econômicos e culturais, que atinge significativamente todas as regiões do país, conforme o estudo realizado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) no mês de agosto de 2018. Este estudo revela que, no Brasil, cerca de 20,3% das crianças e dos adolescentes de 4 a 17 anos têm o direito à educação violado, ou seja, um direito amplamente defendido e resguardado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que vem sendo devastado. (UNICEF, 2018).

Com isso, assegura a Constituição Federal, dentre os direitos sociais, o direito à educação – art. 6º – a qual estabelece em seu artigo 205, que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Corroborando com o texto constitucional, o ECA em seu artigo 53, alerta que a criança e o adolescente possuem direito à educação, na qual devem estar garantidas as igualdades de condições para o acesso e permanência na escola, sendo ela pública ou privada.

Para isso, alguns programas foram criados como: a Educação de Jovens e Adultos (EJA), Programa Novo Mais Educação e o Programa de Educação Integral, com o intuito de minimizar as restrições ao direito educacional, mas que na realidade ainda precisam ser mais bem geridos para que seus objetivos sejam alcançados.

Dados da UNICEF (2018) revelam que 13,8% de crianças e adolescentes estão na escola, mas são analfabetos ou estão em atraso escolar, estando em privação intermediária, bem como, 6,5% estão fora da escola, em privação extrema, devendo-se levar em conta que a garantia ao direito à educação varia de região, sendo na Norte duas vezes mais restrições de educação que na Sudeste.

O que se observa é que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

(LDBEN) – Lei nº 9.394/96 - ressalta, no entanto, que a educação abrange processos formativos mais amplos que se desenvolvem na vida familiar e na convivência humana junto à sociedade como um todo, em sua dinâmica histórica e cultural. (ASINELLI-LUZ, 2009).

Essa garantia exige do Poder Público soluções de forma globalizada, visto que a pobreza é fator desencadeador de múltiplas privações, entre elas, a educacional. Segundo a UNICEF (2018), no Brasil, quase 27 milhões de crianças e adolescentes (49,7% do total) têm um ou mais direitos negados. Os mais afetados são meninas e meninos negros, vivendo em famílias pobres monetariamente, moradores da zona rural e das Regiões Norte e Nordeste.

2.5 A COMPETÊNCIA DA GARANTIA AO ACESSO À EDUCAÇÃO

Primeiramente, observa-se que, modernamente, a comunidade internacional não aceita que o problema de violação dos direitos humanos seja uma questão de competência exclusiva dos Estados.

Ao se partir de uma necessidade social e moral de uma defesa realmente efetiva dos direitos humanos, bem como fundamentais, unida a uma crescente discussão política e jurídica sobre a matéria, foi possível a realização, no século XX, deste grande avanço da humanidade: o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos pela ordem internacional. (GORCZEVSKI; DIAS, 2012).

Com isso, a tutela e porque não dizer competência a garantir esses direitos não é mais uma questão dos Estados, mas sim um problema de toda a sociedade internacional.

Sabe-se que a educação é direito público subjetivo. Isso quer dizer que o acesso ao ensino fundamental é obrigatório e gratuito; o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público (federal, estadual, municipal), ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Dessa forma, compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Os Estados e o Distrito Federal atuarão principalmente no ensino fundamental e médio. Já a competência do Sistema Federal é elaborar o Plano

Nacional de Educação (PNE) e assegurar o processo nacional de avaliação do rendimento escolar em todos os níveis e sistemas de educação. (HAMZE, 2018).

2.6 A EDUCAÇÃO EM TEMPO INTEGRAL

Sabe-se que existiram diversas experiências ao longo do tempo, com o intuito de expandir as jornadas diárias de ensino nas escolas, mas a grande questão é se o tempo, que por vezes aparece como uma variável relevante, é capaz de garantir, por si só, uma melhora nas condições de aprendizado e formação de crianças e adolescentes. (SÃO PAULO, 2011).

É importante salientar que a educação em tempo integral não é novidade no Brasil. Uma revisão na literatura aponta que a escola em tempo integral era um privilégio daqueles que possuíam melhores condições financeiras na sociedade, bem como era voltada para àqueles que futuramente iriam gerir a cidade.

Isso pode ser visto, com mais clareza, na obra *Memórias de um Sargento de Milícias*, que fora escrita em meados do século XIX e traz consigo um personagem de classe média que permanece o dia todo (manhã e tarde) na escola. Da mesma forma, a obra *O Ateneu*, de Raul Pompéia, escrita em 1888, descreve por meio de um romance autobiográfico as atividades do personagem principal na escola, em que esta funcionava como se fosse um internato.

É claro ao se verificar essas obras que a educação nesse tempo era voltada a uma elite brasileira, o que não espanta, pois este modelo educacional vigorou até a década de 20 e 30 do século XX.

Desse tempo para cá, inúmeros foram os programas que tentaram ampliar a jornada escolar e inserir novas propostas educacionais, entre eles: os Centros Integrados de Educação Pública (CIEPs), que foram criados na década de 1980 e idealizados por Darcy Ribeiro. Eles ainda existem com esse nome, mas as novas unidades da época passaram a se chamar Centros Integrados de Atendimento à Criança (CAICs). A partir de 1992, estes passaram a se chamar de Centros de Atenção Integral à Criança e aponta-se que foram construídos cerca de 500 CIEPs e 400 CAICs. (GUIMARÃES; SOUZA, 2018).

Observa-se que o processo de implantação de experiências de educação que tinha como um de seus propósitos promover uma educação integral em tempo integral

é fruto de uma demanda histórica no Brasil.

Parente (2018) afirma que:

[...] Os modelos de ampliação da jornada escolar e de educação em tempo integral são resultados da construção de diferentes atores, ou seja, há uma multiplicidade de atores e instituições delineando alternativas e possibilidades de construção de uma escola ampliada.

Pela visão de Guimarães e Souza (2018), nota-se no cenário nacional um aumento na emergência de políticas públicas destinadas à melhoria da qualidade na educação básica. Para isso, o Poder Público e a sociedade civil vêm conjugando esforços na tentativa de elevar os indicadores educacionais como, por exemplo, o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB). Entre as ações, destaca-se a ampliação da jornada escolar nas redes públicas de ensino pela implantação de projetos e programas educacionais.

A grande questão é na avaliação das políticas de educação em tempo integral. Infelizmente, não há uma tradição em desenvolver estudos que avaliem ou até mesmo acompanhem o impacto cujo objetivo seria captar os efeitos do programa sobre a população-alvo, bem como ser necessário estabelecer novas estratégias de melhoria. (PARENTE, 2018).

2.7 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À EVASÃO ESCOLAR NO BRASIL

É possível conceituar política pública a partir de uma abordagem estadocêntrica ou multicêntrica, caso se considere o monopólio de atores estatais na elaboração das políticas ou a participação de outras organizações privadas e não governamentais em sua elaboração, respectivamente. (PARENTE, 2018).

Sabe-se que, como base do financiamento educacional brasileiro, a Constituição Federal de 1988 determinou que no mínimo 25% da arrecadação tributária dos estados e municípios fossem destinadas à educação, bem como 18% dos impostos federais. (ABUCHAIM, 2018).

Através da iniciativa da Portaria do MEC nº 1.144/2016 e sendo regido pela Resolução FNDE nº 17/2017º, o Programa Novo Mais Educação definiu e publicizou os objetivos do Ministério da Educação de, por meio da adequação da jornada escolar, melhorar o nível de desempenho na aprendizagem de crianças e adolescentes no tocante às disciplinas de língua portuguesa e matemática no ensino fundamental.

Observa-se que a concretização de atividades, previstas pelo programa, acaba por estimular o aluno a permanecer na escola por tempo integral. Com isso, pretende combater a constante evasão. O programa já tinha sido criado em Alagoas desde abril de 2015, com uma decisão publicada no *Diário Oficial do Estado*. (DOE, 22/04/2015).

Nesse processo, o programa tem o incentivo pedagógico e o investimento nas matérias acima mencionadas, além de outras de ramos pouco valorizados no sistema educacional brasileiro, como as artes e o esporte, a partir de um remanejamento da carga horária semanal para que comporte novas atividades, até mesmo em turnos escolares antes não explorados.

O Programa Novo Mais Educação, segundo informações obtidas na Secretaria de Estado da Educação Alagoas, em março de 2019, tem sua atuação voltada às escolas públicas de ensino fundamental, priorizando-se as que estão em situação comprovadamente arriscada no tocante ao desempenho educacional e, além disso, busca, a partir de um sistema de interdependência organizacional de apoio técnico e financeiro entre órgãos de proteção ao ensino, estabelecer e cumprir metas atingíveis relacionadas ao domínio das matérias supramencionadas.

Com isso, acaba por compor, por exemplo, um avanço nos níveis de alfabetização, autonomia matemática, resultados de aprendizagem no geral, principalmente nos anos iniciais e finais do ensino fundamental, melhoria do rendimento e desempenho escolar, além de, é claro, ampliar a carga horária escolar com fim de oferecer mais tempo de permanências dos estudantes no ambiente escolar, conforme dados recentes coletados na Secretaria de Estado da Educação Alagoas.

2.8 OS BENEFÍCIOS DO PROGRAMA ALAGOANO DE EDUCAÇÃO INTEGRAL

Sob a égide constitucional, é evidente que a educação teve sua presença muito bem delineada pelo legislador quando foi definido que esta seria direito de todos e dever de ser oferecida pelo Estado e pela família. Torna-se inquestionável que a promoção da educação deve ser difundida no plano social em todas as acepções que signifiquem colaboração, afinal, a sociedade é agente direto no cumprimento dessa garantia.

Ora, a educação está em acordo à construção do cidadão humano, logo esse

acordo se expande e entra em sintonia com a possibilidade de construção do futuro. Nada obstante, a situação socioeconômica do Brasil, por muitas vezes alarmada nos índices, reflete uma realidade pouco próspera aos incentivos primordiais da CF de 1988.

Enfatizando-se o princípio basilar da igualdade esteado na CF, fica demonstrado que o desafio de legislações específicas ao direito à educação encontra, em seus próprios textos normativos, as suas limitações, posta a irregularidade e discrepância entre classes sociais. Veja-se o ECA, por exemplo, em seu artigo 53, que determina que à Criança e ao Adolescente sejam assegurados a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, tendo em consideração que a defesa do ensino educativo é de fundamental importância para o cumprimento da proteção dos direitos infanto-juvenis, com base no pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Nesse sentido, conforme publicação da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, acerca do programa da Escola de Tempo Integral, onde ficam instituídas as diretrizes do Programa, é evidente que a implantação possui respaldo sociopolítico suficiente para ser considerada pelo Poder Executivo um elemento de transformação social, tendo em consonância o elencado no artigo 53 do ECA e na defesa da educação pelo texto constitucional. Acerca disso, segue trecho da publicação referente às diretrizes do programa de incentivo a educação em tempo integral:

É uma alternativa para adolescentes e jovens ingressarem numa escola que, ao lado da formação necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades, **amplia as perspectivas de autorealização e exercício de uma cidadania autônoma, solidária e competente**. O Programa Ensino Integral oferece também aos docentes e equipes técnicas condições diferenciadas de trabalho para, em regime de dedicação plena e integral, consolidar as diretrizes educacionais do novo modelo de escola de tempo integral e sedimentar as possibilidades previstas para sua expansão. (grifou-se).

Assim, fica vítreo que a atuação estatal nesse caso insurge com a proposta real e firme de apresentar uma contrarrazão ao cenário montado pelo país, uma vez que elabora seus argumentos trazendo em destaque o sentido de nova alternativa, ou algo novo para defender o que já foi estabelecido, quais sejam, as determinações educativas de toda a legislação pátria.

2.9 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE APOIO À PERMANÊNCIA DO ALUNO EM TEMPO

INTEGRAL NA ESCOLA EM ALAGOAS

Ao dispor aos jovens e crianças da Rede Pública Estadual de Ensino um regime escolar integral, há uma ampliação não só de horas, mas também de aprendizados diversos. A iniciativa legal do Ministério da Educação incentivou projetos nas searas estaduais, tal como, e principalmente, o Programa Alagoano de Ensino Integral, idealizado pela Secretaria de Estado da Educação Alagoas, que incentiva a migração da política de Governo para uma política pública de Estado e que propõe colocar o jovem estudante em um papel de grande envolvimento em sua comunidade, permitindo que possa ser agente de transformação não apenas em sua vida, mas na dos que, assim como ele, estão incluídos nesta nova alternativa de oferecimento de educação.

De acordo com os dados do Ministério da Educação, em 2015, o índice de evasão escolar atingiu os 6,8% no Estado, o que corresponde a 43 mil alunos fora da escola; percentual maior do que os 3,4% registrados em nível nacional, o que representa quase 49 milhões de alunos.

Em relação à seara estadual, segundo dados levantados na SEDUC-AL, o projeto teve início em 2015, com a Escola Estadual Marcos Antônio, situada no bairro do Benedito Bentes. Até o ano de 2018, o projeto contemplava cinquenta escolas, para o ano de 2019, o programa foi estendido para mais três instituições, totalizando 53 (cinquenta e três) instituições, que estão distribuídas em 28 (vinte e oito) municípios, abrangendo do litoral ao Sertão, do Agreste à Zona da Mata.

Abaixo, mapa (FIGURA 1) contendo as 53 (cinquenta e três) escolas de ensino integral no Estado de Alagoas:

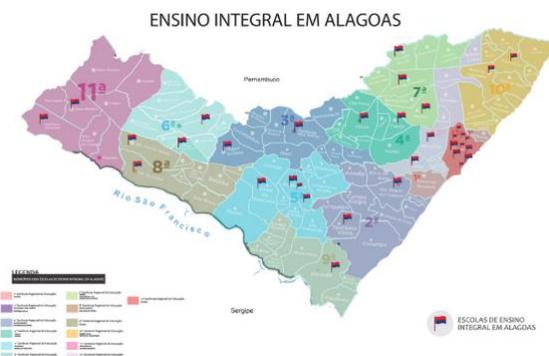


Figura 1 - Mapa das escolas em ensino integral em Alagoas.

Fonte: SEDUC-AL (2019).

Com programa iniciado em 2015, Maceió já pode contar com mais de 14 mil jovens contemplados, mais de 50 instituições de ensino em todo o estado sob o novo regime de ensino integral e o dobro de ginásios esportivos construídos, segundo dados obtidos na Secretaria de Estado da Educação de Alagoas, *in loco*.

Nesse seguimento, as escolas beneficiadas pelo novo regime podem oferecer aos seus estudantes diversas novas atividades profissionalizantes, extracurriculares, disciplinas eletivas e projetos de empreendedorismo social, que oferecem aos jovens a oportunidade de, através de uma reflexão ativa, aproveitar sua individualidade em prol da educação do ativismo social.

Em progressão, o novo modelo escolar reflete a possibilidade de sobrepujar o ensino teórico, sendo contempladas, inclusive, as instituições públicas de ensino referentes à educação fundamental, ampliando as possibilidades de aprendizagem, uma vez que a prática ganha um espaço muito próprio, não limitado pela sala de aula ou a uma doutrina escolar. Assim, há o surgimento de uma promoção à autonomia de escolha e uma reinvenção do ensinar, cujo princípio se faz para própria iniciativa estudantil.

Pelo fato desse novo molde abarcar os interesses diretos dos alunos, o envolvimento passa a ser maior, tendo em vista que os sonhos e aspirações pessoais encontram uma chance de concretização muito evidente, o que ajuda a atrair os jovens ao ambiente de ensino, seja para uma eletiva envolvendo algum esporte, um trabalho envolvendo robótica ou até mesmo um grupo de formação em mediação escolar, como é o caso do trabalho desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, junto às escolas públicas estaduais.

A arte, a cultura, o esporte, bem como o lazer, apesar de serem reiteradamente colocados em uma esfera de não tanta importância, são um campo próspero para o avanço das ciências, da valorização de outras searas da inteligência e do surgimento de novos talentos. Afinal, para a realização dessas atividades, outras de caráter teórico se fazem primordiais, como o português e a matemática.

Como não há limitações criativas para o surgimento de novas atividades escolares, a amplitude de possibilidades dentro do ensino integral não tem fim, podendo surgir uma iniciativa de teor jurídico, psicológico, teológico e artístico. O que proporciona de fato um salto evolutivo na educação pública alagoana, além dos

investimentos na modernização estrutural das escolas com fim de comportar o novo modelo regime integral.

2.10 A SITUAÇÃO ATUAL DE ALAGOAS QUANTO ÀS ESCOLAS DE EDUCAÇÃO EM TEMPO INTEGRAL

Com início em 2018, quando apenas três unidades de ensino fundamental estadual eram contempladas na capital, o ensino integral foi ampliado para mais 10 (dez) escolas, incluindo aquelas que já ofertavam o ensino integral média na capital de Alagoas e interior.

Na primeira escola visitada, localizada em Maceió, o programa foi implantado de forma gradual, há três anos, segundo informações coletas no local, a modalidade é ferramenta auxiliar para que os estudantes se desenvolvam enquanto cidadãos. Na referida unidade, a grade curricular é ampliada, ou seja, os alunos possuem mais horas-aula de matérias convencionais e participam de atividades complementares. Observem-se os dados fornecidos pela gestão da escola referentes aos anos de 2016 a 2018, conforme as FIGURAS 2, 3 e 4:

Situação do Aluno Informada

	Total	Aprovado	Concluinte	Reprovado	Transferido	Deixou de Frequentar	Falecido	Sem Movimentação	Curso em Andamento
Matricula Inicial	530	235	139	38	60	58	0	0	0
Admitido Após	10	6	0	1	2	1	0	0	0
Total	540	241	139	39	62	59	0	0	0

Figura 2 – Dados sobre os alunos em uma escola da Rede Estadual de Ensino de Maceió, Alagoas, em 2016.

Fonte: Dados da pesquisa.

Situação do Aluno Informada

	Total	Aprovado	Concluinte	Reprovado	Transferido	Deixou de Frequentar	Falecido	Sem Movimentação	Curso em Andamento
Matricula Inicial	374	286	131	22	51	15	0	0	0
Admitido Após	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Total	374	286	131	22	51	15	0	0	0

Figura 3 – Dados sobre os alunos em uma escola da Rede Estadual de Ensino de Maceió, Alagoas, em 2017.

Fonte: Dados da pesquisa.

Situação do Aluno Informada

	Total	Aprovado	Concluinte	Reprovado	Transferido	Deixou de Frequentar	Falecido	Sem Movimentação	Curso em Andamento
Matricula Inicial	275	203	42	17	28	27	0	0	0
Admitido Após	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Total	275	203	42	17	28	27	0	0	0

Figura 4 – Dados sobre os alunos em uma escola da Rede Estadual de Ensino de Maceió, Alagoas, em 2019.

Fonte: Dados da pesquisa.

Ao se analisar os documentos coletados, é possível observar que, na unidade escolar em questão, houve uma queda considerável na quantidade de alunos matriculados entre os anos de 2016 e 2018 e chama a atenção para o ano de 2018 em que, mesmo se tendo baixa adesão de alunos matriculados, muitos foram aqueles que desistiram (27 alunos), se comparados ao ano de 2017 (15 alunos). O que também chama a atenção é a quantidade de alunos em 2018 que acabaram por concluir, apenas 42, enquanto que em 2016 foram 139 alunos e 2017 foram 131.

A realidade é bem diferente da proposta dos programas e seus gestores. Muitas escolas encontram-se fechadas no Estado ou em mau funcionamento (apenas um horário) em pleno período letivo, abandonadas e sem a menor estrutura para receber alunos, conforme constatado nesta pesquisa. Em algumas escolas, não foi possível coletar os dados referentes à evasão escolar por simplesmente não funcionarem em tempo integral ou por não possuírem alunos, professores e funcionários, como é o caso da segunda escola que foi visitada.

Segundo dados coletados nessa unidade, localizada também em Maceió, a escola atendeu apenas a 158 (cento e cinquenta e oito) alunos no ano de 2018 e conforme a FIGURA 5, 08 (oito) foram os que deixaram de frequentar as aulas:

ANO	Deixaram de Frequentar
1º ano	02
2º ano	02
3º ano	02
4º ano	01
5º ano	01
TOTAL	08

Figura 5 – Dados sobre os alunos em uma escola da Rede Estadual de Ensino de Maceió, Alagoas, em 2018.

Fonte: Dados da pesquisa.

A escola aponta como causa principal da ausência de frequência questões de família relacionadas a mudanças de endereço ou problemas internos na família.

Ao realizar mais uma visita a outra unidade escolar, também localizada em Maceió, na qual a coordenadora afirmou ter a existência de um projeto chamado “Projeto Professor Pró Turma” que é exclusivo para escolas em tempo integral e faz o acompanhamento dos alunos quanto à frequência escolar, buscando estar próximos aos pais, bem como oferecer auxílio nas dificuldades emocionais, objetivos de vida.

O referido projeto realiza reuniões periódicas com os pais para tratar sobre as situações pessoais dos filhos, bem como de gestão da escola, na qual instituem conforme o MEC, preconizando que necessitam ter 85% de presença para serem aprovados. A coordenadora alude, ainda, que mesmo antes da escola funcionar em tempo integral, já havia um projeto inicial de implantação dessas medidas desenvolvido pela própria gestão da escola. Essa unidade de ensino não forneceu os dados quantificados em relação à evasão dos alunos.

A realidade de algumas escolas da Rede Pública de Maceió faz lembrar pesquisas que assinalam, entre elas, a de Moraes (2017), Borja e Martins (2014), Queiroz (2011), Zago (2011), Gentile (2006) e Dourado (2005), que as políticas públicas, muitas vezes, não são cumpridas conforme o planejado, acarretando incalculáveis prejuízos para a educação e as causas da desistência escolar no Brasil são variadas: condições socioeconômicas, culturais, geográficas ou até mesmo questões atinentes à qualidade do ensino nas escolas.

Alguns gestores quando questionados admitiram que algumas passaram e passam por reforma física. Na maioria delas, faltam professores concursados, pessoal de apoio e servidores motivados. Por isso, em várias escolas, os alunos passam o segundo turno sem ter o que fazer, conforme foi visto nas escolas visitadas.

Em uma quarta escola, também localizada em Maceió, apenas foram tiradas foto, com a promessa de que entregariam os dados posteriormente. Ela é também uma das unidades em que só há o funcionamento em apenas um horário por falta de profissionais qualificados para a prestação do serviço.

Vale lembrar que nem todas as escolas do Estado encontram-se nessas condições, algumas possuem bom funcionamento, como é o caso da escola localizada no bairro Benedito Bentes, conforme informações obtidas por funcionários da própria Secretaria de Estado da Educação de Alagoas. Outras continuam em obras ou foram recentemente construídas, como é o caso da localizada no município de São Luís do Quitunde, e estão em fase inicial de implantação do ensino integral.

Ainda acerca das taxas de evasão escolar no Estado de Alagoas deve-se ter em mente que, apesar das constantes instabilidades no modelo posto em prática, ao se verificar no panorama geral, o gráfico montado a partir de dados coletados no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), conforme disponibilização do Ministério da Educação em seu portal digital (GRÁFICO 1) identifica avanços positivos:

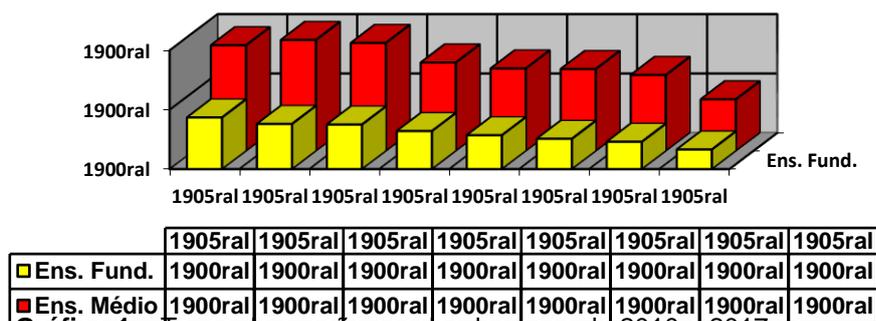


Gráfico 1 – Taxas de evasão escolar dos anos de 2010 a 2017 no Estado de Alagoas.
Fonte: INEP (2018).

Em análise à demonstração acima, é notório que a redução da taxa de abandono escolar se deu de forma gradativa e independente do marco de 2015, qual seja, a propagação estadual do ensino integral em Alagoas.

Embora tenha casos pontuais de evasão, o Sistema Educacional em Alagoas estruturado na melhoria da qualidade do ensino e o cotidiano escolar, o Ensino Integral na Rede Estadual, atualmente, abrange três modalidades: Ensino Fundamental, Ensino Médio e Ensino Médio profissionalizante que, no ano de letivo de 2019, são beneficiados pelo programa com 14.292 alunos, os quais, em seu turno diferenciado, permanecem por até 10 horas diárias na unidade educacional, com o auxílio do recebimento de todas as refeições, podendo executar atividades que envolvem conhecimento e habilidades gerais, que os prepara para o mercado de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o que foi exposto nesta pesquisa, verifica-se que o exame da proteção ao direito à educação, e consequentemente a redução da evasão escolar, há que ser necessariamente feito a partir de uma visão ampla do ordenamento jurídico, que leve em consideração não apenas a CF de 1988 e outros instrumentos (ECA e a LDB),

mas também os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Com o estudo, foi possível verificar que a proposta dos programas que visam à educação em tempo integral tem, de certa forma, melhorado a educação no País e no Estado de Alagoas. Entretanto, ao se analisar efetivamente o funcionamento dos programas, algumas escolas, onde foi possível ter acesso, não vêm cumprindo efetivamente com o disposto no regramento da educação em tempo integral. Ou seja, não funcionam por pelo menos 8 (oito) horas diárias e nem todas oferecem o acesso à tecnologia, cursos, dentre outras atividades propostas pelo programa.

Apesar do baixo índice de evasão que foi apresentado pelas escolas, não é possível ter a certeza de que a causa seria somente pelos fatores relatados, como a mudança de endereço ou problemas de família, visto que se verifica, também por relatos de funcionários das escolas, a falta de contingente de profissionais capacitados para atender a demanda, impossibilitando também a adesão de mais alunos.

Por isso, é necessário que as políticas públicas que se mostrem ineficazes sejam questionadas, de modo que o Estado seja compelido a justificar o não atendimento dos resultados esperados, bem como indagado sobre o cumprimento do dever de elaborar planos de ação para a implantação do direito à educação.

Diante disso, há a necessidade de um maior compromisso pelos órgãos responsáveis, bem como pela gestão escolar e toda a sociedade, pois se parte da premissa de que a educação é uma garantia fundamental, na qual seu acesso deve ser a todos que dela necessitem, sendo importante a cooperação social para a sua efetivação.

REFERÊNCIAS

ABUCHAIM, Beatriz de Oliveira. Panorama das políticas de educação infantil no Brasil. Brasília: UNESCO, 2018. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002614/261453por.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.

ASINELLI-LUZ, Araci. Do direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer. 2009. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-440.html>. Acesso em: 27 set. 2018.

BAGGI, Cristiane Aparecida dos Santos. **Evasão e avaliação institucional**: uma discussão bibliográfica. Dissertação. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de

Campinas, 2010.

BORJA, Izabel Maria França de Souza; MARTINS, Alcina Manuela de Oliveira Martins. Evasão escolar: desigualdade e exclusão social. **Revista Liberato**, Novo Hamburgo, v. 15, n. 23, p. 01-104, jan./jun. 2014.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Disponível:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.394/96**. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), Brasília, 1996.

BRASIL. **Portaria nº 1144 de 10 outubro de 2016**. Dispõe sobre o Programa Mais Educação. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/docman/outubro-2016-pdf/49131-port-1144mais-educ-pdf/file>. Acesso em: 1 maio 2018.

DOURADO, Luiz Fernandes. Elaboração de políticas e estratégias para a prevenção do fracasso escolar – Documento Regional BRASIL: Fracasso escolar no Brasil: políticas, programas e estratégias de prevenção ao fracasso escolar. 2005. Disponível em: revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/porescrito/article. Acesso em: 01 maio 2018.

FGV. Lei de diretrizes e bases da educação nacional. 2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/lei-de-diretrizes-e-bases-da-educacao-nacional-ldben>. Acesso em: 06 fev. 2019.

GENTILE, Paola. Parceiros na aprendizagem. **Nova Escola**, São Paulo, n.193, p. 32-39, 2006.

GORCZEVSKI, Clóvis; DIAS, Felipe da Veiga. A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 65, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s2177-70552012000200011. Acesso em: 02 maio 2019.

GUIMARÃES, Keila Roberta Cavalheiro; SOUZA, Maria de Fátima Matos de. Educação Integral em tempo integral no Brasil: algumas lições do passado refletidas no presente. **Revista Exitus**, Santarém, v. 8, n. 3, p. 143 - 169, set/dez, 2018.

HAMZE, Amélia. O direito educacional e o direito à educação. 2018. Disponível em: <https://educador.brasilecola.uol.com.br/politica-educacional/o-direito-educacional-direito-educacao.htm>. Acesso em: 02 maio 2019.

INSTITUTO NACIONAL de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Indicadores Educacionais. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/indicadores-educacionais>. Acesso em: 29 mar. 2018.

LANDES DA SILVA, Alicia Mariani Lucio. **História da Educação**. Curitiba: Fael, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/9138470/Hist%C3%B3ria_da_Educa%C3%A7%C3%A3o_Curitiba_2013. Acesso em: 12 fev. 2019.

MORAIS, Virgínia Maria Magliano de. Considerações sobre economia e educação brasileira. **Revista Educare**, João Pessoa, v. 1, n.2, p. 133-148, jul./dez. 2017. ISSN 2527-1083.

MULLER, Crisna Maria. Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil. 2005. **Âmbito jurídico**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619. Acesso em: 04 set. 2018.

OLIVEIRA, Marlus Pinho Santos. Dever fundamental de educação para o século XXI: educação para o futuro e para o desenvolvimento no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 172, a. XXI, maio 2018. ISSN 1518-0360. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20540&revista_caderno=9. Acesso em: 20 nov. 2018.

PARENTE, Cláudia da Mota Darós. Políticas de Educação Integral em Tempo Integral à luz da Análise do Ciclo da Política Pública. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 43, n. 2, p. 415-434, abr./jun. 2018.

PEREIRA, Marcelo. **A educação no Brasil e a prática docente – algumas reflexões**: a natureza política do Estado brasileiro e o modelo educacional antirrepublicano. Capacitação de professores. Editora: FTD, 2012.

QUEIROZ, Lucileide Domingos. **Um estudo sobre a evasão escolar**. Paraíba: UFPB, 2011.

RANGEL, Tauã Lima Verdán. O Direito à Educação como pilar estruturante da Doutrina da Proteção Integral: singelas ponderações. 2013. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2948/o-direito-educacao-como-pilar-estruturante-doutrina-protecao-integral-singelas-ponderacoes>. Acesso em: 26 ago. 2018.

SANTOS, Marilene. Educação do Campo no Plano Nacional de Educação: tensões entre a garantia e a negação do direito à educação. Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v.26, n. 98, p. 185-212, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v26n98/1809-4465-ensaio-26-98-0185.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

SÃO PAULO. Educação Integral: escola de tempo integral/aluno em tempo integral. Set. 2011. Disponível em: https://educacaointegral.org.br/wp-content/uploads/2013/09/educacaointegral._escola_de_tempo_integral._aluno_de_tempo_integral.pdf. Acesso em: 16 out. 2018.

SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO DE ALAGOAS (SEDUC-AL). Ensino Integral. 2019. Disponível em: <http://www.educacao.al.gov.br/projeto/item/1808-ensino-integral>. Acesso em: 03 fev. 2019.

SILVA FILHO, Raimundo Barbosa; ARAÚJO, Ronaldo Marcos de Lima. Evasão e abandono escolar na educação básica no Brasil: fatores, causas e possíveis consequências. **Educação por Escrito**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 35-48, jan.-jun. 2017. Disponível em: revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/. Acesso em: 01 maio 2018.

UNESCO. **Declaração de Nova Delhi sobre Educação para todos**, Nova Delhi, 6 de dezembro de 1993. 1998. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139393>. Acesso em: 03 maio 2019.

UNESCO. **Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino**. 2003. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132598_por. Acesso em: 06 maio 2019.

UNESCO. **Instrumentos internacionais da UNESCO em educação**. 2017. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/education/international-instruments-ed/>. Acesso em: 03 maio 2019.

UNICEF. **Pobreza na infância e na adolescência**. 13 ago. 2018. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/pobreza_infancia_adolescencia.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

ZAGO, Nadir. Fracasso e sucesso escolar no contexto das relações família e escola: questionamentos e tendências em sociologia da educação. **Revista Luso-Brasileira**, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17155/17155.PDF>. Acesso em: 29 mar. 2018.

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE DE TRABALHO EM OBRAS PÚBLICAS TERCEIRIZADAS

Estudo de caso em acidente de trabalho em obra de esgotamento sanitário no bairro de Jatiúca - Maceió³,

João de Jesus Santos
Bacharelado em Direito do CESMAC

Profa. Ma. Maricélia Schlemper⁴
Orientadora

RESUMO: *O presente estudo de caso destina-se demonstrar a responsabilidade civil objetiva, no tocante aos acidentes do trabalho em obras públicas, descaracterizando, assim, a tese em que o ente público se eximiu de total responsabilidade por quaisquer danos a que venha ocorrer, partindo dessa premissa, mesmo que o Estado autorize a execução de determinado serviço pelo partícula, ele responderá subsidiariamente. Porém, a responsabilidade do Estado por não ser total, se admite as excludentes, em relação ao nexo de causalidade e, dessa forma, aparte a responsabilidade do Estado pelos danos que tenha causado. Logo, é de suma importância a análise da Teoria do Risco Integral, objetivando esclarecer julgamentos sobre a responsabilidade do Estado. Ao final, o estudo analisa a aplicação da doutrina, lei e jurisprudência.*

PALAVRAS-CHAVE: *Responsabilidade. Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco integral.*

ABSTRACT: *The present case study is intended to demonstrate objective civil liability in relation to work accidents in public works, thus de-characterizing the thesis in which the public entity disclaimed full responsibility for any damages that may occur, starting from this premise, even if the State authorizes the execution of a particular service by the particle, it will respond in the alternative. However, the responsibility of the State for not being total, the exclusions are accepted, in relation to the causal link and thus, apart from the responsibility of the State for the damages caused. Therefore, the analysis of the Integral Risk Theory is of paramount importance, aiming to clarify judgments about the responsibility of the State. In the end, the study analyzes the application of doctrine, law and jurisprudence.*

KEYWORDS: *Liability. State. Strict liability. Integral risk theory.*

INTRODUÇÃO

Trata-se este estudo de caso da necessidade de apresentar, através de fatos concretos, as falhas decorrentes da falta de fiscalização por parte dos entes

³ Este artigo foi submetido para publicação em novembro de 2018.

⁴ Advogada. Doutoranda em Letras pela PUC, Mestrado em Sociologia. Assessora Acadêmica da Coordenação do Curso de Direito do CESMAC. Avaliadora do MEC - INEP (Integrante do Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - BASis). Professora na Graduação e Pós-Graduação do CESMAC.

federativos, no tocante, a exigência da aplicabilidade das normas regulamentadora do Ministério do Trabalho e Emprego, aos terceirizados executores de obras públicas, apresentando as principais causas de acidentes do trabalho, e a ausência de regulamentação para a execução de tais serviços, e as decisões proferidas pelos tribunais em relação à responsabilidade civil das partes.

Sendo assim, implica dizer que o trabalho buscou demonstrar de forma detalhada o que ocorreu no acidente de trabalho no bairro da Jatiúca, em que vitimou fatalmente dois trabalhadores que estavam labutando numa obra de esgotamento sanitário

Diante da análise do acidente de trabalho com vítimas fatais na obra de esgotamento sanitário no bairro da Jatiúca, surgiu o seguinte problema: como se sucede a responsabilidade da tomadora do serviço, quais as consequências e como se dá a assistência às vítimas? Tendo como a primeira hipótese que diz respeito, do porque as normas regulamentadoras não são aplicadas em sua totalidade nas cláusulas contratuais de obras publicas, exigindo que as partes envolvidas no serviço cumpram e façam cumprir todas as normas pertinentes a segurança do trabalho.

Para a problemática apresentada urge a necessidade de uma pesquisa acadêmica de campo, com objetivo de buscar dados concretos e de qual forma as partes envolvidas no acidente deram suporte aos familiares dos acidentados, e quais as causas que motivaram o acidente que vitimou dois trabalhadores no desempenho de suas atividades.

O empregador tem o dever de proporcionar aos trabalhadores um ambiente laboral saudável, conforme preceito inserido na Lei 6.514/78 do Ministério do Trabalho e Emprego em sua Norma Regulamentadora de número 01 do que subitem 1.7 que diz que cabe ao empregador: a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho. Analisando dessa forma, a lei prevencionista do Ministério do Trabalho já cita em sua norma, a responsabilidade que o empregador que não é somente fornecer os dispositivos de prevenção a exemplo dos equipamentos proteção individual e também os equipamentos de proteção coletiva, mas cabe também a fiscalização dos serviços, emitindo ordem de serviço autorizando as atividades.

O estudo visa apresentar quais os amparos a empresas os quais os trabalhadores tinham vínculo empregatício vêm dando aos familiares que tiveram

seus entes falecidos decorrente do acidente do trabalho, que tinha os trabalhadores. No tocante ao estudo de caso, diante do acidente ocorrido foram averiguadas quais medidas o Estado e a empresa terceirizada tomou de precaução para que acidentes de magnitude semelhante não ocorram novamente em obras de saneamento em Maceió. E, nesse diapasão, serão apresentados também os posicionamentos dos órgãos fiscalizadores, a exemplo do Ministério Público do Trabalho e de Ministério do Trabalho.

Em relação aos procedimentos metodológicos, a base foi a pesquisa bibliográfica, realizada em livros, periódicos e a legislação pertinente. Quanto ao estudo de caso, foi escolhido o acidente de trabalho ocorrido em obra de esgotamento sanitário no bairro de Jatiúca – Maceió. E, nesse aspecto, foi feita uma análise descritiva, tomando por base resoluções e jurisprudências dos Tribunais a respeito da temática dos casos análogos de acidentes do trabalho, bem como da responsabilidade civil do Estado em casos correlatos.

Na primeira etapa da pesquisa, foi realizada uma análise do Termo de Ajuste de Conduta do acidente que deu origem à pesquisa, onde foi feito um estudo do acidente ocorrido e das falhas decorrentes da desobediência das normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego.

Na segunda etapa, foi feita a conexão dos pareceres emitidos pelos órgãos envolvidos na investigação do acidente do trabalho na obra de esgotamento sanitário do bairro da Jatiúca, das referências bibliográficas, com a análise qualitativa das decisões judiciais, da mesma forma a elaboração de propostas de prevenção para que outros acidentes semelhantes não mais ocorram dentro do nosso contexto nacional.

1 ACIDENTE DE TRABALHO

O trabalho existe desde os primórdios até os dias atuais. O acidente de trabalho também era fator inevitável do trabalho, mas foi a partir da Revolução Industrial no século XVIII que se registram acidentes de trabalho relacionado com a indústria. (TEIXEIRA, 2012)

Consoante à evolução dos direitos e garantias nos ordenamentos jurídicos, temos o direito trabalhista que ampara o trabalhador em diversas situações, mas ela

não define e nem caracterizar o acidente do trabalho, por isso se faz necessário a utilização da Lei de Benefícios da Previdência Social, Lei 8.213/91, que em seu Art. 19 conceitua e caracteriza o acidente de trabalho como sendo:

8

[...] o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa [...] ou pelo exercício do trabalho dos segurados [...], provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (BRASIL, 1991).

Desta forma, o texto de Lei citado descreve o acidente de trabalho típico, em que pode causar sequelas temporárias ou permanentes no desempenho do exercício laboral. Logo, como evidenciado por Martins Gamba (2010 *apud* SILVA, 2012, p. 21), há a caracterização do acidente típico de trabalho, destacando pontos relevantes para a sua ocorrência:

- a) evento danoso: evento súbito, inesperado, externo ao trabalho e traumático;
- b) decorrente do exercício do trabalho a serviço da empresa: exige-se que o evento seja oriundo do trabalho prestado para o empregador, ou seja, é necessário que haja uma relação de causa e efeito, conhecida como nexos causal;
- c) provoque lesão corporal ou perturbação funcional: se não houver uma lesão física ou psíquica do trabalhador, não se terá o acidente do trabalho. Lembrando que a manifestação da lesão poderá ocorrer de modo tardio, mas com nexos causal com o acidente ocorrido;
- d) cause a morte ou a perda da capacidade para o trabalho: é necessária a morte ou a perda ou redução, temporária ou permanente, da capacidade para o trabalho.

De acordo com os pontos relevantes do autor, para ser acidente de trabalho, o exercício laboral deve ser realizado a uma empresa e seus danos devem ser decorrentes deste trabalho causando lesões temporárias ou permanentes. Sendo assim, os acidentes oriundos de outras atividades não relacionadas com o trabalho prestado à empresa, não são considerados como acidente de trabalho.

1.1 ACIDENTE DE TRABALHO NORMATIVO E PREVENICIONISTA

O acidente de trabalho normativo é aquele que está delineado no ordenamento jurídico o qual oferece amparo quanto à ruptura da legalidade. Já no

que se refere ao prevencionista, está ligado a qualquer acontecimento não programado que possa interferir na continuidade do labor. Por isso, é notório que os trabalhadores em regra não têm autonomia para desenvolver nenhuma atividade que não seja permitida pela empresa, logo sua subordinação é expressamente através dos prepostos que delegam as atividades a ser desenvolvidas de acordo com suas funções, contudo, o empregador é responsável pelos riscos originados na sua empresa decorrente de suas atividades econômicas e conseqüentemente dos infortúnios que por ventura venha acontecer, muitos desses fatos ocorrem por negligência do empregador que em um determinado momento deixa de cumprir com suas obrigações prevencionistas de acordo com o disposto no art. 7º, XXII, da CF/88, cumulado com o Capítulo V (TÍTULO II) da CLT – Da Segurança e Da Medicina do Trabalho, arts. 154 ao 223.

Assim sendo, o empregador tem o dever de tomar todas as medidas cabíveis, no tocante, à elaboração dos Programas de Controle Médico e Saúde Ocupacional - PCMSO do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA, entre outros que proporcione meios necessários para a prevenção dos acidentes e doenças ocupacionais, dessa forma o empregador deverá constantemente manter a saúde e integridade dos trabalhadores dentro dos padrões de normalidades, tendo como base os programas de saúde e segurança da empresa. É também notório, e pacificado nos tribunais, que quando o empregador deixar de cumprir com as normas de segurança e medicina do trabalho, as doenças são desencadeadas e o trabalho é acometido pelas doenças ocupacionais, como é visto na decisão do TST, a seguir:

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Em que pese o Tribunal Regional ter desenvolvido tese acerca da responsabilidade objetiva, subsiste, nos termos do acórdão, a responsabilidade subjetiva, considerando-se a aplicação, ao caso, da teoria da culpa presumida, pela qual se inverte o ônus probatório em razão do princípio da aptidão para a prova, já que é do empregador a obrigação de tornar disponível a documentação relativa à segurança do trabalho. No caso, o Regional registrou que ficou devidamente demonstrada, através do laudo pericial, a existência do nexo causal entre a doença de que é acometido o reclamante e o trabalho exercido na reclamada. E, conforme se depreende do acórdão do Regional, analisando as atividades desempenhadas pelo reclamante, verifica-se que a reclamada não providenciou o meio ambiente laboral adequado, deixando de fiscalizar se as normas de segurança estavam sendo cumpridas eficazmente – dever inafastável da empregadora. Sendo

impossível ao empregado a produção de prova, deve-se adequar a apuração da culpa, por meio da inversão do ônus da prova, por ser mais fácil ao empregador comprovar sua conduta quanto ao fornecimento de segurança, afastando sua culpa no evento danoso. Não tendo, pois, se desincumbido do ônus que lhe competia, presume-se a culpa e o conseqüente dever de indenizar. Assim, estando comprovados os pressupostos para a responsabilização do empregador por acidente do trabalho, ou seja, o nexo de causalidade entre a moléstia do trabalhador e as atividades por ele desenvolvidas na empresa, bem como a culpa da empregadora, é seu dever indenizar os prejuízos sofridos pelo empregado. Recurso de revista de que não se conhece. (TST - RR: 793017720045150045 79301-77.2004.5.15.0045, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 15/08/2012, 6ª Turma).

Desta forma, para a justiça do trabalho, o trabalhador é visto como elemento hipossuficiente, no tocante a relação de emprego, logo a sua integridade física e mental merece proteção absoluta com base no direito fundamental à vida (caput do art. 5º da CF/ 88) “abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna” (LENZA, 2008, p. 595).

É sabido que, em anos atrás, os trabalhadores desenvolviam suas atividades laborais de forma precária, sem nenhum tipo de proteção, os riscos eram iminentes, os acidentes frequentes, sua integridade física não era levado em consideração, o que importava era o trabalho realizado de forma perfeita e em tempo hábil, não importando a forma para ser obter o serviço, nesse contexto tem a figura do trabalhador que labutava sem direitos, garantias e que perdia sua vida nos acidentes de trabalho.

Nesse sentido, Cairo Júnior (2005, p. 41) expressa de forma transparente em sua obra que “no século XIX, o acidente do trabalho era considerado um acontecimento súbito, traumático, decorrente de obra do acaso e dentro do ambiente do trabalho”.

Importe ressaltar que o acidente não está somente relacionado ao vínculo empregatício entre trabalhador e empresa, mas a todo acidente decorrente do exercício do trabalho, em que haja ou não relação de emprego, outro ponto relevante é que o acidente não obrigatoriamente tem que ocorrer nas dependências da empresa para ser caracterizado como acidente do trabalho, ou seja, o simples fato de está a serviço dela já o caracteriza, ou no percurso da casa para o trabalho e/ou até mesmo por atos de imprudência, negligência, imperícia ou de terceiros.

Oliveira (2008) enumera quatro elementos que caracterizam o conceito legal de acidente do trabalho típico, quais sejam: o evento danoso; decorrente do exercício do trabalho a serviço da empresa; que provoca lesão corporal ou perturbação funcional; e que causa a morte ou perda da capacidade para o trabalho.

Consoante o entendimento de Magano (apud OLIVEIRA, 2008, p. 43), o evento danoso ou sinistro é um acontecimento súbito e externo ao trabalhador, por isso, é rápido e alheio à força da vítima (por exemplo, por força de máquinas e ferramentas), ainda considerado fortuito, por não ter sido provocado pelo empregado.

2 COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES – CIPA

A Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA tem como objetivo discutir assuntos inerentes à prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, ela é composta por representantes da empresa e dos empregados. Todos os membros da CIPA têm suas atribuições, entre elas a de verificar condições nos ambientes de trabalho quanto às prováveis causas de acidentes ou doença ocupacional, que após análise do ambiente possa ser tomadas medidas de prevenção, procurando neutraliza, reduzir ou até mesmo eliminar os riscos de acidente. A CIPA pode reduzir os acidentes através de palestras educativas, entre outras ações, para instruir os trabalhadores quanto aos riscos existentes. Como exposto no subitem 5.16 da Norma Regulamentadora número 5 do Ministério do Trabalho e Emprego, conforme se verifica nos seguintes nos subitens, *in verbis*:

5.16 A CIPA terá por atribuição:

- a) identificar os riscos do processo de trabalho, e elaborar o mapa de riscos, com a participação do maior número de trabalhadores, com assessoria do SESMT, onde houver;
- b) elaborar plano de trabalho que possibilite a ação preventiva na solução de problemas de segurança e saúde no trabalho;
- c) participar da implementação e do controle da qualidade das medidas de prevenção necessárias, bem como da avaliação das prioridades de ação nos locais de trabalho;
- d) realizar, periodicamente, verificações nos ambientes e condições de trabalho visando à identificação de situações que venham a trazer riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores;
- e) realizar, a cada reunião, avaliação do cumprimento das metas fixadas em seu plano de trabalho e discutir as situações de risco que foram identificadas;

- f) divulgar aos trabalhadores informações relativas à segurança e saúde no trabalho;
- g) participar, com o SESMT, onde houver, das discussões promovidas pelo empregador, para avaliar os impactos de alterações no ambiente e processo de trabalho relacionados à segurança e saúde dos trabalhadores; [...].

Como observado nos itens acima, a CIPA possui entre suas atribuições identificar as causas atinentes aos acidentes de trabalho, buscando esclarecer aos trabalhadores os riscos existentes e suas precauções para evitar ou diminuir os acidentes, assim como:

- h) requerer ao SESMT, quando houver, ou ao empregador, a paralisação de máquina ou setor onde considere haver risco grave e iminente à segurança e saúde dos trabalhadores;
- i) colaborar no desenvolvimento e implementação do PCMSO e PPRA e de outros programas relacionados à segurança e saúde no trabalho;
- j) divulgar e promover o cumprimento das Normas Regulamentadoras, bem como cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho, relativas à segurança e saúde no trabalho;
- l) participar, em conjunto com o SESMT, onde houver, ou com o empregador da análise das causas das doenças e acidentes de trabalho e propor medidas de solução dos problemas identificados;
- m) requisitar ao empregador e analisar as informações sobre questões que tenham interferido na segurança e saúde dos trabalhadores;
- n) requisitar à empresa as cópias das CAT emitidas;
- o) promover, anualmente, em conjunto com o SESMT, onde houver, a Semana Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho - SIPAT;
- p) participar, anualmente, em conjunto com a empresa, de Campanhas de Prevenção da AIDS.

Além de ter a obrigação de verificar os riscos ambientais, a CIPA deve em conjunto com outros órgãos buscar a implementação das Normas Regulamentadoras que amparam o trabalhador no caso de acidentes. Requerer do empregador a implementação destas normas e quando verificado o risco intervir de forma que elimine a ameaça existente no ambiente de trabalho.

3 DO OBJETIVO DO EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL E COLETIVA

O Equipamento de proteção Individual (EPI) é um dispositivo que visa proteger a integridade física do trabalhador, minimizando dessa forma, os efeitos que porventura venha ocorrer em virtude de um acidente. A Norma Regulamentadora de número 6 especifica que Equipamento de Proteção Individual - EPI é, “[...] todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à

proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho” (PANTALEÃO, 2019, s/p). Além de definir, a Norma lista os tipos de EPI' de acordo com o serviço a ser desenvolvido, ou seja, para cada atividade existe um equipamento específico, em que o empregador deverá adquirir para evitar os acidentes. Cada equipamento será destinado ao tipo de agente o qual o trabalhador fique exposto, seja ele, químico, físico, biológico, ergonômico ou de acidentes. A norma, por sua vez, também prever a obrigatoriedade no fornecimento dos equipamentos de proteção sem nenhum custo para o trabalhador, além de instruir e treinar quanto à forma correta de uso, guarda e conservação, fiscalizar quanto seu uso e substituir quando danificado. Seguindo a linha de entendimento, o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, julgo o RO, em relação ao não uso do equipamento de proteção individual. Em decisões mais recentes, é notório que este entendimento está pacificado. Tal fato é evidenciado por meio de julgado recente:

TRT-3 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 000632013097030020000063-65.2013.5.03.0097 (TRT-3) Data de publicação: 13/06/2016 **Ementa:** ACIDENTE DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE USO DE EPI FORNECIDO PELA EMPREGADORA. CULPA EXCLUSIVA DO EMPREGADO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Comprovado nos autos que o autor não utilizou as luvas de raspa fornecidas pela empregadora para a execução da atividade de demolição de construção civil, vindo a sofrer acidente de trabalho típico, com ferimento nas mãos em razão de estilhaços, que certamente teria sido evitado não fosse a omissão faltosa do empregado (art. 158, parágrafo único, "b", da CLT), não há falar em indenização, máxime em se considerando que o autor participou dos cursos e treinamentos de prevenção de acidentes, estando plenamente consciente da sua obrigação. A Súmula nº 289 do TST não prejudica esse entendimento, porque além de restrita ao trabalho em condições insalubres, o que não é a hipótese dos autos, a análise da culpa nos casos de acidente de trabalho há de ser feita com base em critérios específicos, considerando as circunstâncias do caso concreto, o grau de risco da atividade e a corresponsabilidade tanto do empregado quanto do empregador para a prevenção dos acidentes. Tratando-se de culpa exclusiva do empregado, que se recusou a cumprir as normas de segurança próprias da atividade laboral, descabe responsabilizar a empregadora pelos danos que sofreu em decorrência do infortúnio.

Outro ponto importante é que a norma regulamentadora determina condições para que um equipamento seja de proteção individual, ou seja, o equipamento tem que possuir uma sigla e um número correspondente ao equipamento específico, tal sigla caracterizada pelas iniciais CA que quer dizer Certificado de Aprovação, tal

classificação é determinada pelo Ministério do Trabalho e Emprego que através da FUNDACENTRO - Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho, órgão do Ministério do Trabalho responsável por pesquisa, teste de equipamento de proteção individual entre outras atribuições

Outro dispositivo de suma importância nas empresas, e em especial na indústria da construção civil, são os Equipamentos Proteção Coletivas (EPI), expostos também na norma regulamentadora NR6, tais proteções visa proteger a coletividade, quando exposto a riscos em um determinado ambiente. Temos como exemplo os guarda-corpos, medidores de gases, extintores de incêndio e sinalização de segurança.

4 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Com a evolução da administração no Brasil e a crescente demanda de serviços surge a possibilidade de desburocratizar a máquina pública, sendo assim, é promulgado o decreto lei 200/1967 possibilitando a descentralização dos serviços públicos. Assim como está explicitado no artigo 10 e no parágrafo 7º:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. [...] § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. (BRASIL, 1967).

Deste modo, com a colaboração das organizações empresariais nas execuções suplementares do Estado, o comércio da terceirização adquire impulso, aparecendo às primeiras empresas na área de terceirização, no setor público, assim sendo nas áreas de conservação, limpeza e segurança. Por isso, é através:

[...] da terceirização do serviço, o contratante passa ao terceiro contratado a responsabilidade sobre as atividades consideradas secundárias para assim poder se concentrar no melhor desempenho de suas atividades nucleares e ainda cobrar do terceirizado a qualidade e a eficiência no serviço contratado (GOMES, 2013, p. 07).

Desta forma, além da execução estatal direta no desenvolvimento dos serviços públicos realizados pelos órgãos, o Estado transfere a realização de alguns

serviços para o setor privado, ou seja, recebe a administração material dos serviços e não a titularidade do serviço como acontece na descentralização. Por isso, o Estado pode exigir maior qualidade e eficiência na execução do serviço terceirizado. A terceirização tem sido uma prática real nas relações econômicas, comerciais e sociais, firmando-se a cada dia na sociedade e na Administração Pública.

4.1 Obras públicas terceirizadas

O propósito da Administração Pública, em dispor da terceirização em alguns serviços públicos, seria uma estratégia para atender o princípio da eficiência, pois o ente público estaria minimizando os gastos com os serviços fornecidos pelo próprio ente. Segundo Gomes (2010, p. 17). “[...] esses recursos não são infinitos, necessitando que a alocação seja feita no que realmente importa ao Estado, e essa importância é definida em termos políticos”. Logo, a terceirização seria um instrumento tático para gerir estes fundos, e assim atender o princípio expresso na Constituição Federal, o da eficiência. De acordo com Cavalcante Júnior (apud SILVA, 2005, p. 7-8):

A prática tem demonstrado que a execução direta de determinadas tarefas pelo Poder Público é ineficaz, sendo oportuna a delegação ao particular que, com gastos menores, realizará um serviço de melhor qualidade e por um preço acessível para os usuários.

Essas tarefas executadas pelo setor privado são caracterizadas como atividades-meio, as quais podem ser objeto de contratação. As atividades-meio são aqueles serviços secundários, que podem ser desempenhados pelo setor privado, diferentemente das “atividades-fim, que devem ser prioritariamente desempenhadas por servidores [...], dada a sua essencialidade, sendo que além de não admitir a delegação da gestão, não admite também a sua execução, [...] por particular para esse fim contratado” (SILVA, 2005, p. 8).

Por isso, atividades-fim é o cerne do Estado, não podendo de nenhuma forma ser terceirizada. No entanto, a administração tem uma vasta opção de serviços que podem ser delegados aos particulares, como limpeza, segurança, transporte, entre outras e sempre com o intuito de buscar serviços de qualidade e com baixo custo para os usuários. Para tanto, é necessário à realização de licitação para concretizar a

parceria com o setor privado, assim a lei 8666/93 no seu artigo 1º estabelece as normas gerais sobre contratos e licitações na esfera governamental.

Logo, no que diz respeito à contratação de serviços pelo Ente Público, o artigo 6º, inciso II da lei 8666/93 dispõe que; *in verbis*:

[...] toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais, [...] (BRASIL, 1993).

Essa relação citada pelo artigo 6º é meramente exemplificativa, podendo a Administração contratar outros serviços assim definidos em lei.

5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A regulamentação da Responsabilidade Civil do Estado no âmbito da Constituição Federal é um instrumento utilizado para proteção do cidadão perante o Poder Público. Diante do prisma da responsabilidade, o indivíduo tem garantido o direito de reparação quanto aos danos sofridos, seja causado pelo agente público ou pelos contratados. Essa reparação, segundo Ehrhardt Júnior (2014, p. 3), visa:

[...] restituir à vítima, o mais exatamente possível, o *status quo ante*. A ideia de justiça exige que cada pessoa suporte as consequências adversas de seus comportamentos, perseguindo-se o restabelecimento do equilíbrio violado pela infração a dever, a todos imposto pelo sistema jurídico.

No entanto, independente da reparação realizada pelo Ordenamento Jurídico, ele nunca conseguirá que o Estado volte ao normal na vida do indivíduo que sofreu a violação, este restabelecimento somente poderá ocorrer na esfera material, pois “[...] são raras as situações em que o magistrado consegue conceder ao prejudicado a mesma situação econômica de que desfrutaria se não houvesse ocorrido o evento danoso [...]” (EHRHARDT JÚNIOR, 2014, p. 04). Fundamentando-se na base de que o Poder Público é responsável pelos danos causados pelos seus agentes aos cidadãos, temos Pontes de Miranda (apud PEREIRA, 2013, p. 2), ensinando que:

O Estado – portanto, qualquer entidade estatal - é responsável pelos fatos ilícitos absolutos, como o são as pessoas físicas e jurídicas. O princípio de igualdade perante a lei há de ser respeitado pelos legisladores, porque, para ser abrir exceção à incidência de alguma regra jurídica sobre responsabilidade extranegocial, é preciso que,

diante dos elementos fáctivos e das circunstâncias, haja razão para o desigual tratamento.

Interessante ressaltar que, quando se fala em responsabilidade do Estado, não se pode confundir com a de seus agentes, como também por analogia os contratados, pelo simples fato de que estando esses no exercício de suas funções, em determinado momento, poderá causar danos, tais danos podem ocorrer lesionando o Estado ou particular. Vale lembrar que sendo provada a culpa dos agentes, esses deverão ressarcir pelos prejuízos causados.

Nesse sentido, de acordo com decisão do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CULPA DA VÍTIMA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, **responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandá-la ou mesmo excluí-la.** Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, STF, AI Agr 636814/ DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 15/06/2007, grifo nosso).

Por outro lado, temos o cidadão que caso sofra algum tipo de dano, ferindo o seu direito, esse não precisa ter que provar para ter sua garantia de indenização. Para tanto, basta que o dano sofrido pelo cidadão tenha nexos de causalidade, no que se refere ao ato praticado pelo agente público e o dano provocado ao cidadão, contudo, caso o Estado queira rever a conduta do agente pelo dano, poderá mover uma ação de regresso.

Para demonstrar de forma clara a responsabilidade subsidiária da tomadora do serviço, e que nesse caso específico estamos falando do Estado como contratante do serviço, este estudo de caso busca abordar fatos relevantes de natureza jurídica, retratando a obrigação do empregador e do empregado quanto aos riscos no seu ambiente de trabalho, além, dos elementos básicos que favorece a caracterização da responsabilidade civil.

5.1 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DE SERVIÇO

É sabido que a reforma trabalhista trouxe algumas alterações no tocante a terceirização, em especial a atividade-fim e atividades-meio, observada e seguida anteriormente pela jurisprudência, advertida na Súmula 331, item III, do TST, contudo, não predomina.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a tese de repercussão geral que tem em sua redação o seguinte: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” (STF, Pleno, RE 958.252/MG, rel. min. Luiz Fux, j. 30/8/2018).

Importante salientar que, no período em que o trabalhador prestar serviços, a empresa contratante é subsidiariamente responsável *pelos encargos* trabalhistas, conforme preconiza a Súmula 331, itens IV e VI, do TST, e da mesma forma outras contribuições, a exemplo das previdenciárias explícitas o artigo 31 da Lei 8.212/1991 e consagrado pela Lei 13.429/2017).

Outro ponto de suma relevância é o fato de o Supremo Tribunal Federal estabelecer a tese de repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93” (STF, Pleno, RE 760.931/DF, DJe 2/5/2017).

Nesse sentido, o Tribunal Regional, objetivando equacionar a responsabilidade por terceirização ilícita, aplicou os termos do art. 942 de responsabilidade solidaria, contudo, o Tribunal Superior do Trabalho sabendo que poderia haver solicitação de vista, alterou a decisão aplicando, assim, os termos da súmula 331 decretando a responsabilidade subsidiária:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. No tocante à responsabilidade solidária, aplica-se a orientação contida na Súmula nº 331, IV, desta Corte, que consagra a tese da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. Recurso de revista conhecido e provido. [...] Consta no acórdão regional a fls. [tais]: [...] é flagrante a tentativa de burlar a incidência da legislação trabalhista, em violação ao art. 9º da CLT, o que também atrai a incidência do art. 942 do CC [...]. Por esse intuito evidenciado, confirma-se a sentença que reconhece a responsabilidade solidária da ora recorrente (quarta reclamada) juntamente com as demais reclamadas, empregadoras da reclamante, com relação aos créditos reconhecidos na presente ação, sem qualquer limitação'. [...]

Constata-se

que o Tribunal Regional, partindo da premissa de que a relação entre as partes caracterizava terceirização fraudulenta, condenou a primeira reclamada (tomadora dos serviços) a responder solidariamente pelas parcelas deferidas à reclamante. Ocorre que, nos termos do item IV da Súmula nº 331 desta Corte, a responsabilidade, neste caso, é apenas subsidiária. Dessa forma, conheço do recurso de revista contrariedade à Súmula nº 331, IV, desta Corte. (BRASIL, TST, RR 18719- 48.2010.5.04.0000. 1ª T. Relator Min. VIEIRA DE MELLO FILHO. DJ 30/09/2011).

Pois, para que ocorra a responsabilidade subsidiária, é preciso que tenha uma hierarquia entre os responsáveis para com a obrigação de ressarcir o dano sofrido. Deste modo, quando o agente não poder arcar com a reparação, o tomador de serviço será acionado para assumir o dano, seja ele verbas trabalhistas ou indenizações quanto a acidentes sofridos pelos trabalhadores nas obras públicas terceirizadas.

5.2 A OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR E DO EMPREGADO QUANTO AOS RISCOS NO AMBIENTE DE TRABALHO

O empregador tem a obrigação de instruir seus trabalhadores quanto aos riscos inerentes à função sobre o ambiente de trabalho e as formas de prevenir tais riscos. Entre as Normas Regulamentadora, temos a N° 1, que trata sobre segurança e medicina do trabalho e que dispõem em seu subitem 1.1

[...] são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

A Norma Regulamentadora demonstra ainda as exigências mínimas a qual deverão ser cumpridas pelo empregado, conforme o exposto no subitem 1.7:

1.7. Cabe ao empregador:

- a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;
- b) elaborar ordens de serviço sobre segurança e saúde no trabalho, dando ciência aos empregados por comunicados, cartazes ou meios eletrônicos;
- c) informar aos trabalhadores:
 - I - os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho;
 - II - os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa;
 - III - os resultados dos exames médicos e de exames complementares

de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;
IV - os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho.

d) permitir que representantes dos trabalhadores acompanhem a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho.

e) determinar os procedimentos que devem ser adotados em caso de acidente ou doença relacionada ao trabalho.

Nessa linha de pensamento, a Norma Regulamentadora NR 1 traz à baila a responsabilidade do empregado, que tem o dever de cumprir a determinação da empresa, de acordo o expresso no subitem 1.8 alínea "a" e 1.8.1, da Norma Regulamentadora do Ministério do Trabalho e Emprego.

1.8. Cabe ao empregado: a) cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e saúde do trabalho, inclusive as ordens de serviço expedidas pelo empregador; 1.8.1. Constitui ato faltoso a recusa injustificada do empregado ao cumprimento do disposto no item anterior.

Logo, a norma regulamentando - NR 5, que trata da Comissão Interna de Prevenção de acidente, em seu subitem 6.16, dispõe, na alínea "f", que a CIPA tem como atribuição: "divulgar aos trabalhadores informações relativas à segurança e saúde no trabalho".

Uma vez que a CIPA instrui os trabalhadores sobre os riscos existentes no ambiente laboral, ela está buscando preservar a integridade física do trabalhador, como também está criando uma consciência nele, de que deve usar os equipamentos de proteção individual ou coletiva, a fim de evitar que sua saúde seja prejudicada pelo trabalho realizado neste ambiente.

6 DO ACIDENTE DE TRABALHO EM OBRA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO BAIRRO DA JATIÚCA - MACEIÓ

Para realização do estudo de caso, foi necessário fazer algumas visitas tanto no local onde ocorreu o acidente como também ao Centro de Referência em Saúde do Trabalhador Regional Maceió - Cerest. Na realização dessa pesquisa, houve a participação de alguns trabalhadores que laboravam no mesmo tipo de serviço em outro trecho da obra, também no bairro da Jatiúca.

A Empresa no qual os trabalhadores morreram, desenvolve suas atividades no ramo de construção civil, além disso, prestando serviços ao Estado como

terceirizada. A escolha pelo estudo de caso nessa empresa foi devido à repercussão na sociedade, por ter morrido dois trabalhadores no mesmo serviço e também pelos acidentes que têm ocorrido em obras públicas com vítimas fatais com funcionários terceirizados.

Segundo reportagem do Jornal TNH1 (2018) de Alagoas, “Os dois eram funcionários de uma empresa que presta serviço à Secretaria de Infraestrutura do Estado (Seinfra), e estavam desentupindo uma galeria de esgoto na região”. Para prevenir que tais infortúnios não venham acontecer no processo de trabalho, faz-se necessário a aplicação de instrumentos que possam evitar a ocorrência de acidentes no ambiente de trabalho, seja externo ou interno, podemos utilizar, como exemplo, equipamentos, instalações, suprimentos e um ambiente de trabalho favorável a segurança do trabalhador. Assim como preconiza o artigo 166 da CLT:

A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

Os Equipamentos de Proteção Individual devem ser utilizados quando as medidas técnicas e administrativas não forem suficientes para resguardar na sua totalidade a proteção do trabalhador exposto ao risco. Pois, é de encargo do empregador em conhecer o ambiente laborativo e os perigos nele existentes, com o objetivo de divulgar ações e medidas de controle que sejam capazes de assegurar aos trabalhadores um ambiente laboral salutar, de forma a minimizar ou controlar os riscos, seguindo a recomendação da NR – 01, em seu subitem 1.7, estabelecendo que

Cabe ao empregador: [...] c) informar aos trabalhadores: I. os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho; II. os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa; III. os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos; V. os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho. (BRASIL, 1978).

A partir do momento em que é realizada a análise ambiental e do processo de trabalho, é possível indicar quais equipamentos de proteção individual e/ou coletivo se faz necessário para proteger o trabalhador dos infortúnios da atividade. Além

desses dispositivos de segurança, existem outras ferramentas que identificam riscos no ambiente de trabalho, como, por exemplo, o Mapa de Risco, que é um instrumento gráfico capaz de indicar os riscos laborais, sejam eles físicos, químicos, biológicos e de acidentes, sendo sua elaboração uma das atribuições da CIPA.

Um dos maiores objetivos da elaboração do Mapa de Risco é a junção de informações sobre o ambiente de trabalho e seus riscos, além de indicar de forma clara aos trabalhadores as ameaças existentes no local de trabalho. Na análise realizada pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Alagoas – SRTE/AL, a empresa em que os empregados sofreram o acidente não possuía tal instrumento para proteção de seus trabalhadores.

É clara e absoluta a responsabilidade objetiva do empregador em garantir a segurança do trabalhador, desta forma “[...] deverá responder pelos danos sofridos pela vítima [...]”, sem falar da responsabilização do tomador de serviço que também 22 “[...] tem como finalidade ressarcir, mais do que os danos causados pelo agente, os danos sofridos pela vítima [...]” (SOTO, 2009, p. 13).

Muito embora sejam análogas as responsabilizações, a diferença está no objetivo principal da responsabilidade, que perpassa além da penalidade dos agentes, mas proteger o direito daquele que sofreu o dano provocado pela conduta errônea dos envolvidos.

No caso estudado em que vitimou os trabalhadores Cícero Porto da Silva e Adeílson Batista da Silva durante a execução de tarefas em galeria da rede de esgoto na cidade de Maceió, a obra estava sob a responsabilidade da empresa de construção civil Engemat, empresa essa terceirizada pela Secretaria de Estado da Infraestrutura (Seinfra), tendo como objetivo contratual fazer o “[...] esgotamento sanitário em Maceió, [...]. O acidente ocorreu durante o desbloqueio de um Poço de Visita (PV), na Rua Soldado Eduardo dos Santos, na Jatiúca” (TNH1, 2018).

Para a execução desta atividade, os trabalhadores teriam que entrar no bueiro e assim realizar o serviço proposto pela empresa, no entanto este serviço está delimitado na Norma Regulamentadora NR 33, a qual, em seu subitem 33.1.2, denomina que:

Espaço Confinado é qualquer área ou ambiente não projetado para ocupação humana contínua, que possua meios limitados de entrada e

saída, cuja ventilação existente é insuficiente para remover contaminantes ou onde possa existir a deficiência ou enriquecimento de oxigênio (BRASIL, 2006).

Deste modo, para se efetuar o trabalho nestes ambientes, a empresa precisa seguir toda a norma regulamentadora a fim de impedir ou controlar possíveis acidentes. A referida norma ainda impõe ao empregador a responsabilidade quanto à execução do serviço neste espaço.

Segundo o relatório de inspeção da Procuradoria Regional do Trabalho da 19ª Região-Maceió informa que “na inspeção ao estabelecimento do inquirido constatou-se que os itens acima descritos não foram cumpridos, o que pode ter contribuído para a ocorrência do acidente noticiado” (MPT, 2018). Ainda verificando o relatório do Cerest, elaborado pelo engenheiro Paulo Cesar da Silva Fernandes, foi constatado que os trabalhadores “[...] não possuíam curso de trabalho em ambientes confinados [...]”, como também “a empresa não realizou a Permissão de Entrada e Trabalho (PET) [...]”.

A Permissão de Entrada e Trabalho (PET) é um documento destinado ao controle do trabalho de entrada e saída em espaços confinados, conforme prescreve a Norma Regulamentadora NR 33, em seus subitens:

33.3.3.1 A Permissão de Entrada e Trabalho é válida somente para cada entrada 33.3.3.5 Os procedimentos de entrada em espaços confinados devem ser revistos quando da ocorrência de qualquer uma das circunstâncias abaixo: a) entrada não autorizada num espaço confinado; b) identificação de riscos não descritos na Permissão de Entrada e Trabalho; c) acidente, incidente ou condição não prevista durante a entrada; d) qualquer mudança na atividade desenvolvida ou na configuração do espaço confinado; e) solicitação do SESMT ou da CIPA; e f) identificação de condição de trabalho mais segura.

Para que o acidente pudesse ter sido evitado se fazia necessário que a empresa cumprisse o mínimo que a norma recomenda, contudo não foi o que ficou explícito no relatório do Cerest, SRTE/AL e da Procuradoria Regional do Trabalho da 19ª Região, que constatou não haver um responsável técnico para acompanhar a realização do serviço, como também não possuíam documentos específicos para a realização do trabalho. Diante destas irregularidades, acarretou a ocorrência do sinistro. Insta destacar ainda que no Relatório SRTE 1044/2018, ANÁLISE DE ACIDENTE DO TRABALHO, da lavra do Auditor-Fiscal do Trabalho, César dos Santos Fontoura Marques, ficou evidenciado que as causas do acidente foram:

a) Os empregados possuíam excesso de jornada;

- b) Os empregados não possuíam treinamento para ambientes confinados;
- c) Não havia reuniões ordinárias da CIPA, fazendo com que os empregados não discutissem sobre possíveis riscos no ambiente de trabalho;
- d) Não havia Análise de Risco, conforme preceitua a NR-33;
- e) Não havia Avaliação Atmosférica deste ambiente, conforme preceitua a NR-33, sobre possível presença de gases tóxicos;
- f) Não havia Permissão de Entrada, conforme preceitua a NR-33;
- g) Não havia Procedimento de Emergência, conforme preceitua a NR-33;
- h) Não havia um equipamento essencial denominado "Tripé" para ancoragem de linha de vida;
- i) Não havia linha de vida que ligaria os empregados até esse "Tripé" que seria colocado do lado de fora do ambiente confinado;
- j) Os empregados não estavam usando EPI's recomendados pelas NR e pelo seu PPRA, como por exemplo, capacete de segurança e óculos de proteção;
- k) Não havia sinalização suficiente na boca de entrada desse espaço confinado;
- l) Não havia grade de proteção no duto a jusante desse PV, conforme preceitua a NR-33, para evitar que os empregados fossem empurrados pela força do esgoto;
- m) Não havia formalmente o responsável técnico pelo cumprimento da NR
- n) Conforme depoimento do sindicato, a empresa deixou de interromper o trabalho em espaço confinado, com suspeita de condição de grave e iminente risco, providenciando o abandono do local, denunciado por um dos trabalhadores;
- o) O supervisor dessa equipe não tinha treinamento específico para supervisão de espaços confinados, conforme NR-33;
- p) Esses empregados não foram submetidos a exames médicos específicos para intervenções em ambientes confinados;

Diante dessas 16 causas elencadas pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, César dos Santos Fontoura Marques, ficou patente a culpa da Empresa e a responsabilidade pelo dano causado às vítimas.

6.1 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PRÁTICAS DO CASO EM ESTUDO

Apesar de todos os relatórios, que apontavam a culpa da empresa e das audiências realizadas junto à PRT19, não foi possível se chegar a um denominador comum e a assinatura de um TAC – Termo de Ajuste de Conduta junto aquela procuradoria.

A Empresa alegava que o valor pedido a título de danos morais coletivos decorrentes de acidente de trabalho, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil

reais), eram exorbitantes, assim como a multa da cláusula penal no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e ofertou R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) e multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) global e R\$ 1.000,00 (mil reais) por trabalhador, o que foi recusado pela Eminente Procuradora Regional do Trabalho, Dra. Carla Pereira Cruz da Silva, que ingressou com Ação Civil Pública em face da empresa e do Estado, tombada sob nº 0000362-07.2018.5.19.0005.

Nesse ínterim, os espólios dos obreiros vitimados no sinistro já haviam ingressado com uma Reclamação Trabalhista tombada sob nº 0000108-37.2018.5.19.0004, que resultou na homologação de um acordo entre as partes, segundo o qual a empresa pagaria a cada herdeiro o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), incluindo-se nesse montante todas as verbas rescisórias decorrentes do evento morte do obreiro por acidente de trabalho.

A ACP proposta pela PRT19 também resultou em acordo homologado segundo o qual a empresa se comprometeu em pagar R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a título de danos morais coletivos, em 24 (vinte e quatro) parcelas mensais iguais a R\$ 20.833,34 (vinte mil, oitocentos e trinta e três reais e trinta e quatro centavos) em conta judicial, sendo a primeira parcela paga em 28/02/2019 e a última em 31/01/2021, com cláusula penal no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por descumprimento do acordo que prevê a aplicação integral da NR33. O acordo prevê ainda a majoração da cláusula penal para R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em caso de descumprimento que resulte em acidente de trabalho, duplicada se resultar em lesão grave ou gravíssima e triplicada se ocorrer o evento morte.

Apesar dos valores pagos pela empresa, o Estado encontra-se completamente alheio a esses acordos homologados, não lhe cabendo qualquer responsabilização, apesar de ser o tomador de serviço e, portanto, fiscal direto da execução dos serviços que levaram a óbito dois obreiros inocentes. O certo é que dois obreiros, pais, filhos e irmãos, perderam suas vidas pela negligência da empresa que deixou de cumprir com as normas trabalhistas e auferiu considerável lucro em suas atividades quando deixou de fornecer o equipamento mínimo necessário à manutenção da vida de seus trabalhadores.

CONCLUSÃO

Conforme estudado acima, é notória a responsabilidade pelos acidentes ocorridos no ambiente de labor, a responsabilização perpassa tanto pelos terceirizados como pelo tomador de serviços. Pois, o ordenamento jurídico existente tem seguidos a mesma lógica, a de amparar o trabalhar pelos infortúnios ocorridos no ambiente de trabalho.

Sendo assim, é crescente o uso da terceirização pela máquina pública no país, tendo como um dos maiores objetivos a redução dos gastos públicos e a eficiência dos serviços prestados pelos terceirizados à população. No entanto, o uso de serviços terceirizados não redime o Ente Público de possíveis indenizações referentes aos acidentes de trabalho ocorridos nas empresas terceirizadas.

Desta forma, como citado acima, a ideia de imputar ao empregador a obrigação de ressarcir os empregados pelos danos sofridos, pois a empresa é a primeiro a ser favorecida pela realização das atividades desenvolvidas pelo empregado no ambiente laboral. Sendo assim, também visualizamos que o tomador de serviço se beneficia com trabalho do outro, sendo assim coerente a responsabilização pelos danos sofridos pelo trabalhador.

Diante do exposto, entendemos que é obrigação da empresa em propiciar ao trabalhador um ambiente benéfico, sadio, fora de qualquer risco, e desta forma proporcionado um ambiente totalmente salutar, para saúde do empregado. Devendo assim o empregador seguir as normas regulamentadoras, que preconizam o uso de instrumentos que possam proporcionar um ambiente sadio e protegido para o empregado, contudo não foi notório na empresa estudada, que por não cumprir efetivamente os dispostos legais ocasionou o evento lamentável.

Sendo assim, os acidentes de trabalho continuam acontecendo, como, por exemplo, doenças que lesionam o trabalhador, doenças da exposição de agentes maléficis a saúde, acidentes que acarretam até a morte. Tudo isto poderia ser evitado ou minimizado se o empregador utilizasse de forma correta e regular os elementos de proteção ao trabalhador.

Consequentemente, defendemos a responsabilização da empresa quanto aos prejuízos causados ao trabalhador, por sua negligência, no tocante as normas de proteção do trabalhador, como também a responsabilização subsidiária do Ente Público, por compreender que é obrigação deste não somente em contratar a

empresa terceirizada, todavia fiscalizar para que se faça cumprir os dispositivos legais de segurança, evitando assim que acidentes e doenças do trabalho não venham ceifar a vida de outrem. Pois o Ente Público tem o dever de fiscalizar os serviços prestados pela terceirizada, como também fiscalizar os pagamentos das verbas trabalhistas, dando segurança à tomadora de serviços em relação a possíveis ações trabalhistas.

Em consequência, se o tomador de serviço escolher uma empresa que ofereça um ambiente de trabalho seguro para os trabalhadores e uma efetiva fiscalização tanto nos serviços prestados quanto no pagamento de encargos sociais, o Poder Público será beneficiado, pois deixará de responder por inobservância das cláusulas contratuais

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Ministério Público do Trabalho em Alagoas - PRT 19ª Região - Procuradoria Regional do Trabalho da 19ª Região. **Relatório de Inspeção – (IC): 116.2018.19.000/0-24**. Maceió, 2018.

BARROS, Alice M. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTR, 2009.

BOSKOVIC, Alessandra Barichello. **Acidente do Trabalho: conceito e espécies**. Disponível em: <http://www.dallegrove.com.br/artigos1.asp?id=30>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. **Código civil** (2002). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/SISLEX/pagina/42/1991/8213.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portal da Saúde, Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde - RENAST**. Centro de Referência à Saúde do Trabalhador (CEREST). Brasil: Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. **Ministério do Trabalho e do Emprego**, Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina no Trabalho (FUNDACENTRO). Brasil: Ministério do Trabalho e do Emprego, 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Normas Regulamentadoras de Segurança e Medicina do Trabalho. NR 1** Disposições Gerais Disponível em: <http://www.mte.gov.br>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Normas Regulamentadoras de Segurança e Medicina do Trabalho. NR 5** Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. Disposições Gerais. Disponível em: <http://www.mte.gov.br>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Normas Regulamentadoras de Segurança e Medicina do Trabalho. NR 6** Equipamento de Proteção Individual. Disposições Gerais Disponível em: <http://www.mte.gov.br>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho. **Manual de auxílio na interpretação e aplicação da norma regulamentadora n. 35 - trabalhos em altura**: NR-35 comentada. Brasília: SIT/DSST, 2012.

BRASIL. **Ministério do Trabalho e Emprego. NR 33** - Espaço Confinado Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2018. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR33.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

BRASIL. **STF, Pleno, RE 760.931/DF** DJe 2/5/2017. Disponível em: https://portal.trt3.jus.br/internet/jurisprudencia/incidentes-suscitados-ir-dr-iacarginc-iuj-trt-mg/downloads/IUJ/Acordao_0011608.pdf .Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. **STF, Pleno, RE 958.252/MG**, rel. min. Luiz Fux, j. 30/8/2018. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725> >. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 18719-48.2010.5.04.0000**. 1ª T. Relator Ministro. Vieira de Mello Filho. DJ 30/09/2011. . Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18073&revista_caderno=25. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. TRT-3 - **Recurso Ordinário Trabalhista RO 00063201309703002 0000063-65.2013.5.03.0097 (TRT-3)** Data de publicação: 13/06/2016. Disponível em <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/349186460/recurso-ordinario-trabalhista-ro-63201309703002-0000063-6520135030097>. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. TST - **RR: 793017720045150045 79301-77.2004.5.15.0045**. Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 15/08/2012, 6ª Turma. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/431860477/recurso-de-revista-rr-3551620145020009/inteiro-teor-431860524?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 out. 2018.

CAIRO JÚNIOR, José. **O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

CAMPOS, Armando Augusto Martins. **CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes**: uma nova abordagem. São Paulo: Senac. 2004.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. Publicado em: 12/03/2014. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.com.br/index.php/artigo/2014/03/12/em-busca-de-umateoria-geral-da-responsabilidade-civil>. Acesso em: 10 abr. 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

GOMES, Elaine. Terceirização de serviços na administração pública à responsabilidade da administração pública pelos débitos trabalhistas inadimplidos pelo empregador em face dos empregados nos contratos de terceirização. 2013. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2256/Monografia_Elaine%20Cristina%20Gomes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 16 abr. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DO TRABALHO e Emprego Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Alagoas – SRTE/AL. Análise de Acidente do Trabalho. 2018. *N. do RI* 30287263-9. Disponível em: <http://prt19.mpt.gov.br/servicos/movimentacao-de-procedimentos>. Acesso em: 18 abr. 2019.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

PANTALEÃO, Sergio Ferreira. EPI - Equipamento de Proteção Individual - não basta fornecer é preciso fiscalizar. Atualizado em 11/01/2019. In: **Guia trabalhista**. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/epi.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

PEREIRA, Carlos André Studart. Da responsabilidade do Estado e seus contratado em caso de realização de obras públicas realizadas em rodovia federal. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 03 dez. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46022&seo=1>. Acesso em: 14 maio 2019.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Marcelo Gonçalves da. A generalização da terceirização. O Projeto de Lei 4330/2004. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 123, abr. 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14695&revista_caderno=25. Acesso em: 23 abr. 2019.

SILVA, Margarete Gomes de Oliveira. Terceirização no âmbito do serviço público federal: obrigatoriedade contratual das terceirizadas treinarem seus funcionários. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141084/Margarete%20Gomes%20de%20Oliveira%20Silva.pdf?sequence=4>. Acesso em: 16 abr. 2019.

SILVA, Nilson Amaral. A Responsabilidade civil do empregador nos acidentes de trabalho. 2012. Disponível em: <http://ftp.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-3c279a96cb97fc484bb7274104b6509b.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

SOTO, Leila Mirian Pinheiro. Responsabilidade civil do tomador de serviço nos acidentes de trabalho. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/587/425>. Acesso em: 10 abr. 2019.

TEIXEIRA, Márcia Cunha. A invisibilidade das doenças e acidentes do trabalho na sociedade atual. In: **Revista de Direito Sanitário**, v. 13, n. 1, p. 102-131, Mar./Jun.2012. São Paulo: USP, 2012.

TNH1 MACEIÓ. Homem morre e outro desaparece após acidente em galeria de esgoto. Publicado em: 27/01/18 - 12h46. Disponível em: <https://www.tnh1.com.br/noticia/nid/homem-morre-e-outro-desaparece-apos-acidente-em-galeria-de-esgoto/>. Acesso em: 19 abr. 2019

APÊNDICE

Análise do Acidente elaborada pelos técnicos do Ministério do Trabalho e do Centro de Referência Regional em Saúde do Trabalhador de Maceió

Ao realizar a Análise de Acidente do Trabalho emitida pelo auditor do Ministério do Trabalho e do Centro de Referência em saúde do Trabalho – Cerest Regional Maceió constou-se que:

1 Curso e Treinamento na empresa: Os funcionários não tiveram treinamento na sua função e sobre Saúde e Segurança no Trabalho - SST.

2 Atestado Médico Ocupacional: Foi constatado que possuíam ASO admissional, periódicos conforme preceitua seu PCMSO. Porém, não havia no PCMSO e nem nos ASO qualquer tipo de informação sobre exames complementares específicos para empregados que façam intervenção em espaço confinado.

3 Descrição do local do acidente: Trata-se de um Poço de Visita em via pública para recebimento de esgoto.

4 Preservação do Local do Acidente: Devido ao fluxo constante de água no local e o risco de entrar neste local confinado, não foi possível extrair informações mais precisas sobre a dinâmica do acidente.

5 Descrição do Local do Acidente: Trata-se de poço de visita de esgoto, em concreto, iluminação artificial, ventilação natural e visibilidade não medida, ruído não medido, condições climática não aplicável, agentes de riscos ambientais, não foram medidos os possíveis gases asfixiantes neste local.

6 Mapa de Risco do Local do Acidente: não foi elaborado mapa de riscos do ambiente de trabalho, deixando a comissão interna de prevenção de acidentes de cumprir com suas atribuições.

7 Sinalização de Segurança no local do acidente: Não foi constatado sinalização, alertando dos possíveis riscos.

8 Treinamento, Procedimentos e Permissão de Trabalho para o equipamento: Foi constatado que o empregador não possuía procedimentos e permissão de serviço para garantir a intervenção segura nesses locais confinados para a tarefa prescrita que levou ao acidente de trabalho.

9 Descrição da Atividade: A tarefa consistia em desobstruir um duto de passagem de esgoto.

10 Jornada de Trabalho: Não estava dentro da Legislação Trabalhista, pois foi constatado o excesso de jornada.

11 Equipamentos de Proteção Individual – EPI Prescritos Todos os EPI descritos no PPRA foram fornecidos.

12 Treinamentos para a Equipe envolvida no acidente: Através da análise dos documentos apresentados pelo empregador e entrevista com os empregados, constatamos que nenhum membro da equipe possuía treinamento para espaços confinados.

13 Ordens de Serviço e Procedimentos passo-a-passo para a atividade: Não existiam Ordens de Serviço (Direcionada à atividade) e procedimentos passo-a-passo para a tarefa.

14 Ordens de Serviço sobre Saúde e Segurança do Trabalho: Foi verificada a inexistência, à época do acidente, da Ordem de Serviço (NR-1), ou seja, documento específico sobre segurança e medicina do trabalho, conforme NR-01, e contendo no mínimo, a descrição da atividade atribuída a cada função, os riscos ocupacionais, os possíveis danos à saúde, as medidas de controle específicas, as medidas de controle gerais, com ciência dos empregados em atividade. Portanto, documento conectado à função do empregado e que deve ser fornecido no momento da contratação, a fim de possibilitar até mesmo o reconhecimento do empregado de qualquer incompatibilidade com as atitudes necessárias e obrigatórias à sua função.

**RELATIVIZAÇÃO DA RENDA PER CAPITA DA LEI ORGÂNICA DA
ASSISTÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA**
As alterações da regulamentação interna⁵,

*Diego Alves dos Santos
Icaro Marconde Chaves Granja de Oliveira
Kamila da Silva Simões Oliveira
Newton Cavalcante Souza*

Bacharelados em Direito do Centro Universitário CESMAC

Profa. Ma. Sônia Maria Albuquerque Soares⁶ - Orientadora

RESUMO: *Este trabalho tem como objetivo demonstrar que as diretrizes do Órgão Previdenciário Brasileiro se apresentam como elementos de restrição à concessão do Benefício da Lei Orgânica da Assistência Social. Para tanto, o estudo aponta as condições de sua concessão sob o ordenamento interno do Instituto Nacional do Seguro Social, averiguando o entendimento doutrinário sobre as suas decisões e critérios administrativos para a permissão e manutenção dos benefícios e, finalmente, analisa-se a relativização da renda per capita frente ao entendimento da Previdência Social como requisitos para o consentimento do benefício. O trabalho culmina com a ideia de que os entendimentos da Previdência Social e do seu regulamento interno como requisitos para a concessão do benefício estão fundamentados nos direitos sociais, que garantem um mínimo de recursos necessários para que a pessoa possa garantir a sua sobrevivência, abrangendo segmentos populacionais em situação de vulnerabilidade pelo ciclo de vida ou deficiência.*

PALAVRAS-CHAVE: *Assistencialismo. Poder Público. Proteção Social*

ABSTRACT: *This study aims to demonstrate that the guidelines of the Brazilian Social Security Agency are presented as elements restricting the concession of the benefit of the Organic Law of Social Assistance. Therefore, the study points the conditions of your concession under the internal order of the National Institute of Social Security, finding out the doctrinal understanding of your decisions and administrative criteria for the permission and maintenance of the benefits and, finally, analyzed the relativization of per capita income before the understanding of Social*

⁵ Este artigo foi submetido para publicação em dezembro de 2018 e é resultado de uma pesquisa de Iniciação Científica desenvolvida pelo Psic/Cesmac.

⁶ Professora no Cesmac. Professora Coordenadora do Centro Judiciário de Cidadania e Solução de Conflitos do Cesmac. Coordenadora do Centro de Conciliação e Mediação de Conflitos na Escola, do Tribunal de Justiça de Alagoas.

Security as requirements for consent of the benefit. The study culminates with the idea that understandings of Social Security and its internal order as requirements for consent of the benefit are substantiated on social rights, which guarantee a minimum of the necessary resources for the person can guarantee her survival, covering population segments in a situation of vulnerability by the life cycle or deficiency.

KEYWORDS: *Assistance. Public Power. Social Protection.*

INTRODUÇÃO

O estudo da relativização da renda per capita da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) encontra raízes na atual Constituição Federal brasileira, que é repleta de normas principiológicas que garantem proteção, direta e indireta, a direitos e garantias fundamentais. E uma das maiores características que dela se pode extrair é a erradicação da pobreza instituída, em seu artigo 3º, Inciso III, e da marginalização populacional, com fins de reduzir as desigualdades sociais, ampliando a concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

É certo que, para debelar com as desigualdades sociais e obter, de certa forma, a inclusão social, a Constituição Federal certifica, em seu artigo 203, Inciso V, que a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, mediante o Princípio da Solidariedade, garantindo, dessa forma, um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios para prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O sistema da Seguridade Social trazido a baila também está elencado no Artigo 194 da Constituição Federal de 1988, que abrange as ações de iniciativas dos Poderes Públicos e da Sociedade destinadas a assegurar os direitos inerentes à saúde, à previdência social e à assistência social.

Dessa forma, fazendo uma menção ao que está aludido na Constituição Federal, foi criada uma lei delimitadora para sua concretude, a nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), que dispõe sobre a organização da Assistência Social. É nessa perspectiva a atuação do governo no sentido de fornecer ao cidadão, independentemente de qualquer contribuição direta aos cofres públicos, serviços e valores que estejam destinados à erradicação da pobreza e redução das

desigualdades sociais. Entretanto, está elencado, no Artigo 20 e seus respectivos parágrafos da referida lei, os pressupostos objetivos e subjetivos para obtenção do benefício tratado.

Seguindo esse raciocínio, verifica-se que a assistência social é um dever do Estado com o necessitado, na tentativa de garantir um mínimo de condições para sua sobrevivência, que se dá por intermédio da LOAS. No entanto, foi estabelecido, para fins de concessão do benefício, o critério da renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo, o que faz com que o intérprete, no caso concreto, utilize-se de métodos como a ponderação, com o objetivo de verificar a hipossuficiência do instituidor do benefício e de sua família.

Aí se encontra o cerne desta proposta de pesquisa que, por si só, a princípio permitiu fazer a seguinte indagação: As diretrizes definidas pelo órgão previdenciário se apresentam como elementos de restrição à concessão do Benefício LOAS?

A hipótese averiguada consistiu na defesa de que as diretrizes definidas pelo órgão previdenciário apresentam-se como elementos de restrição à concessão do Benefício LOAS. Isso levando em consideração alguns princípios constitucionais, tais como, o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Isonomia. O primeiro, como princípio fundamental previsto no artigo 1º da Constituição Federal, haja vista que, havendo uma colisão de normas ou princípios em que haja a incidência da dignidade da pessoa humana, deverá o intérprete preservá-la em detrimento de outro; o segundo, que é utilizado pelo intérprete para definir as dimensões que precisam ser empregadas para “igualar” os desiguais.

O objetivo desta pesquisa é demonstrar que as diretrizes do Órgão Previdenciário Brasileiro se apresentam como elementos de restrição à concessão do Benefício Loas. Para tanto, o estudo baseou-se em textos jurídicos que contribuíssem para a compreensão de conceitos que permitiram a aproximação do levantamento das diretrizes administrativas do INSS. Por essa razão, inicialmente desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica através de um levantamento de matérias publicadas em fontes doutrinárias, tais como: livros, manuais e artigos científicos. Ademais, foram utilizados, como forma de levantamento, posicionamentos jurisprudenciais, legislação em geral e específica. Dando prosseguimento, foi realizada visita ao setor administrativo do INSS em Maceió para coleta de dados.

Desse modo, dada a carência de textos acadêmicos a respeito especificamente

do tema, esta proposta de pesquisa justifica-se à medida que pretendeu demonstrar que as diretrizes do Órgão Previdenciário Brasileiro se apresentam como elementos de restrição à concessão do Benefício Loas, o que possibilitou o conhecimento mais aprofundado acerca da problemática levantada, abrindo a possibilidade de debates por meio de exposição científica. Daí a sua relevância e contribuição, pois poderá servir como fonte de estudo para estudiosos e profissionais do Direito e áreas afins.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEGURIDADE SOCIAL

Em virtude da evolução socioeconômica as desigualdades se aumentam entre os membros da sociedade. Diante disso, a pobreza encontra-se não somente como um problema individual, mas também, social.

A centralização da maioria da renda para poucos leva à adversidade da maioria, ocasionando a falta dos bens imprescindíveis para sobreviver com dignidade.

Não obstante, o ser humano, no decorrer da história, demonstrou-se moldado ao buscar garantir sua sobrevivência e o de sua família em conjunturas de diminuição da capacidade laborativa, doenças, carência econômica e diminuição de renda. Dessas circunstâncias, ele não alcança uma saída somente com o seu empenho individual, carecendo do acolhimento do Estado para precaução e minoração de suas necessidades.

Devido aos motivos supracitados ocasionarem à busca de mecanismos de proteção versus as necessidades sociais, com influência na ordem jurídica, a evolução histórica da proteção social encontra-se em três fases: assistência pública, seguro social e seguridade social.

Russomano (1998) menciona que as formações iniciais de assistência nasceram nos grupos profissionais dos hebreus, dos ários e da Índia, elencados no Código de Hamurabi. Nesse Código havia a previsão de assistência aos pobres, aos órfãos e às viúvas. A família romana, recorrendo às *pater famílias*, tinha dever de proporcionar assistência aos servos e clientes, em formato de associação, por meio da contribuição de seus componentes, em busca de auxílio aos mais necessitados (MARTINS, 2018).

Para Santos (2019), a primeira fase da proteção social foi a da assistência

pública, estabelecida como caridade, em suma, introduzida pela Igreja e, posteriormente, por instituições públicas, na qual o sujeito em posição de adversidade (doente, inválido ou desempregado) era “auxiliado” por meio da caridade dos componentes da sociedade que convivia. Nessa etapa, não existia direito subjetivo do necessitado à proteção social, somente expectativa de direito, em razão de que auxílio da sociedade permanecia dependente da manutenção de mantimentos direcionados à caridade.

A transferência entre o auxílio ao necessitado e a caridade começou na Inglaterra, em 1601, quando Isabel I publicou o *Act of Relief of the Poor* (Lei dos Pobres). A legislação adotou o escopo no qual o auxílio aos presumidamente necessitados incumbia ao Estado. (SANTOS, 2019).

Desse modo, seguindo a última linha: nasceu, a assistência social (assistência pública). Competia à Igreja a supervisão de um fundo, constituído com a arrecadação de uma taxa obrigatória. “[...] o Poder Público tornava cogente o binômio igualdade-solidariedade.” (BALERA, 1998).

As desigualdades sociais acentuadas pela Revolução Francesa conduziram à concepção de outros mecanismos de proteção social para combate aos abusos e injustiças subsequentes ao liberalismo.

No Brasil, a assistência pública foi prevista pela Constituição de 1824, no que se refere ao artigo 179, em seu parágrafo 31, previsto a garantia aos socorros públicos.

2 PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DA SEGURIDADE SOCIAL

Para Tavares (2015), a Assistência Social é um plano de prestações sociais ínfimas e gratuitas e é responsabilidade do Estado para prover pessoas necessitadas de condições dignas de vida. É um direito social fundamental e um dever a ser realizado por meio de ações diversas que visem atender às necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas da existência humana, tais como, a maternidade, infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações físicas.

Em conformidade com o artigo 203 da Constituição Federal, as prestações de assistência social não dependem de contribuição para a manutenção da seguridade social por parte do favorecido.

Na Constituição Federal, em seu artigo 203, regulamentado pela Lei 8.742 de 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), alterada por meio da Lei 12.435 de 2011, lugar onde se encontra o conceito de assistência social como “Política de Seguridade Social não contributiva”, com previsão no Parágrafo único do artigo 2º e artigo 23 os mínimos sociais, desempenhada por intermédio de um conjunto integrado de ações do setor público, bem como da sociedade.

A iniciativa supracitada busca como escopo a garantia ao atendimento das necessidades fundamentais – procurando proporcionar ao assistido o imprescindível para a sua subsistência. A Lei 12.435 alterou consideravelmente várias disposições da Lei orgânica da assistência social, com inclusão da adequação da nomenclatura original (pessoas portadoras de deficiência) para fazer referência atual (pessoas com deficiência).

2.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Assistência Social é um dos objetos que compõe a seguridade social, motivo pelo qual está submetida aos princípios constitucionais da seguridade. Em razão disso, os artigos. 203 e 204, da Constituição Federal, e o artigo 4º, da Lei Orgânica de Assistência Social, têm preceitos específicos que norteiam as políticas públicas designadas à cobertura pela assistência social, regulamentadas, notadamente, pela importância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A reverência à dignidade do indivíduo, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade são exigências da legislação citada acima para a permissão da cobertura assistencial.

Conforme preceitua o inciso III do artigo 4º da legislação em comento: “A assistência social não pode ocasionar discriminação de nenhuma natureza à pessoa assistida”. Assim, faz-se necessário respaldar a busca por uma justiça social, de maneira que os atos assistenciais não careçam de aumento das desigualdades sociais, mas, sim, diminuí-las. Válido destacar que o inciso em discussão proíbe qualquer comprovação vexatória de necessidade.

No que se refere à transparência do uso dos recursos designados ao financiamento da assistência social, está elencado no inciso V, no qual comina a ampla divulgação dos benefícios, serviços e projetos assistenciais e dos critérios para

sua concessão.

No que diz respeito ao artigo 5º da Lei Orgânica trazida à baila, encontram-se as diretrizes da organização da assistência social: “descentralização político-administrativa”, “participação da população” e “primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social”.

2.2 FINANCIAMENTO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Previsto no artigo 195 da Constituição Federal, o financiamento da Assistência Social é efetuado com proventos do orçamento da seguridade social, “além de outras fontes”, conforme artigo 204 da CF.

O Decreto 91.970/85 criou o Fundo Nacional de Ação Comunitária (FUNAC), convertido em Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) pela LOAS, em conformidade com artigo 27.

Em 2012, o Decreto 7.788 regulamentou o FNAS. O financiamento das prestações assistenciais é efetuado mediante recursos do FNAS, em consonância com o artigo 28 da LOAS:

O financiamento dos benefícios, serviços, programas e projetos estabelecidos nesta lei far-se-á com os recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, das demais contribuições sociais previstas no [art. 195 da Constituição Federal](#), além daqueles que compõem o Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS).

O artigo 29 da LOAS dispõe que os proventos direcionados à União são enviados ao FNAS, automaticamente, na medida em que consistir a realização das receitas.

2.3 A LEI ORGÂNICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – LOAS

Diante da necessidade de um avanço legislativo que fosse responsável por regulamentar as concessões de benefícios assistenciais, que já tinham previsão na Constituição Federal de 1988, houve a promulgação da fonte que melhor disciplina a assistência social no Brasil, a Lei 8.742/93, também conhecida como Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS. Nesta Lei, estão presentes os requisitos para concessão, bem como a quem é direcionada a assistência social brasileira, principalmente no que

concerne aos benefícios de prestação continuada (BPC).

Oportuno salientar que a assistência social goza do status de política pública, haja vista que está intimamente ligada com a cidadania e a garantia dos direitos sociais, estes que, por muitos anos, já foram recusados a uma grande parcela da sociedade, de acordo com Crus (2013).

É interessante lembrar que, após a aprovação da referida Lei, fora confirmado que a assistência social configura-se como forma de política não contributiva, carregando características da previsão que tem a saúde na Constituição, já que garantem o direito ao cidadão e impõe o dever ao Estado.

Ademais, destaca Crus (2013) que a LOAS passou por vários percalços antes de ter sido promulgada, tendo em vista o cenário político brasileiro pelo qual passava o país após a Constituinte de 1988, que previa maiores direitos em razão da cidadania, gerava desconfianças quanto à efetividade da concessão de prestação de uma renda continuada. Contudo, no ano de 1993, com a aprovação da Lei, finalmente foram estabelecidos critérios para a elegibilidade de assistência social, bem como acerca do Benefício de Prestação Continuada.

2.4 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC

A CF de 1988 prevê um salário mínimo de benefício mensal ao idoso e à pessoa com deficiência que evidenciem não deter meios de prover o próprio sustento ou fornecido por sua família, em conformidade com a legislação.

Conforme já mencionado, a renda continuada tem previsão no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e 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. (BRASIL, 1988. Grifos nossos).

Segundo o que afirmam Castro e Lazzari (2018), a LOAS define que a assistência social busca prover os mínimos sociais, sendo realizado através de um conjunto de ações proporcionadas pela iniciativa pública e pela sociedade, garantindo, dessa forma, as necessidades básicas.

Ademais, essa espécie de benefício é direcionada à pessoa com deficiência e ao idoso, devendo preencher alguns requisitos, independente do beneficiário que irá arguir o assistencialismo, seguindo o disposto no artigo 20 da Lei 8.742/93.

2.5 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AO IDOSO

São condições cumulativas para a concessão do benefício à deficiência ou a idade, e a necessidade. Encontram-se as definições de “pessoa idosa”, “família”, “pessoa com deficiência” e “necessidade” no artigo 20 da LOAS.

Nesse sentido, um dos conceitos mais importantes seria a definição dada para o que se caracteriza como família. Ora, através dessa análise é permitido fazer o cálculo de renda. A Lei 12.435/2011 trouxe algumas alterações para a LOAS, entre elas, encontra-se a definição de famílias para fins de concessão do BPC, presente no parágrafo 1º do artigo 20 desta:

Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

De acordo com esse artigo, o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção, ou que seja provida por sua família, não podendo a renda familiar *per capita* ser superior a $\frac{1}{4}$ de um salário mínimo.

Cumpram-se destacar que a previsão da assistência social não se limita apenas à Constituição Federal e a LOAS. Segundo o disposto no artigo 33 da Lei 10.741/03, a todo idoso será garantida a assistência social, seguindo os princípios, bem como as demais diretrizes previstas em leis específicas.

Embora o próprio estatuto considere a pessoa idosa como toda aquela que tiver idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, não modifica o requisito disposto para a concessão do BPC, tendo em vista que fortalece em seu artigo 34, que os idosos que tenham, pelo menos, 65 (sessenta e cinco) anos e que não tenham meios para prover a própria subsistência, terão direito ao benefício mensal, e vai além, no parágrafo único deste artigo, esclarece que se alguém da família já gozar desse benefício, ele

não será computado para fins de cálculo da renda familiar *per capita* exigida na LOAS.

É imperioso ressaltar que a definição de “pessoa idosa”, para os efeitos desta legislação, já sofreu alterações ao longo do tempo. Isso, porque, à época em que a Lei fora promulgada, era considerado idoso todo aquele que tivesse 70 (setenta) anos ou mais. Contudo, após a Lei 12.435/2011, houve diminuição da idade, alterando para 65 (sessenta e cinco) anos a idade exigida para ser considerado idoso na LOAS.

Em relação à pessoa com deficiência, a situação é muito similar, principalmente no que se refere à previsão da concessão de benefício assistencial em estatuto destinado a essas pessoas. Pois bem, está previsto no artigo 40 da Lei 13.146/15 (estatuto da pessoa com deficiência) que será assegurado, àquelas que não possuam meios para a subsistência nem sua família, o valor de 01 (um) salário mínimo mensal, respeitando as diretrizes da LOAS.

É oportuno salientar que nem todas as pessoas incapazes poderão figurar como beneficiários, haja vista que a própria lei especifica quem é a pessoa com deficiência, caracterizando-se como toda aquela que apresenta impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, acarretando na dificuldade de estabelecer participação de forma plena com a sociedade, no que tange a igualdade de condições com as demais pessoas, nos termos do parágrafo 2º do artigo 20 da LOAS, modificado pelo estatuto do deficiente no ano de 2015.

Além disso, o referido estatuto tratou de tirar quaisquer dúvidas se o rendimento obtido em decorrência de estágio supervisionado ou de aprendizagem seria computado nos cálculos da renda familiar *per capita*, afirmando, nesse sentido, que não seria computado, abrindo, ainda mais, a possibilidade do hipossuficiente financeiro conquistar o direito ao benefício assistencial.

Há de se considerar o que consta no parágrafo 11º da LOAS do artigo supramencionado, que fora incluído pelo estatuto da pessoa com deficiência. Segundo o dispositivo, outros elementos poderão ser utilizados para provar a condição de miserabilidade em que vive o grupo familiar, para fins de concessão do benefício assistencial, de modo que, se observado com mais cuidado, pode-se afirmar que está caracterizado como uma forma de relativização da análise de renda, entretanto, não tem muita eficácia em virtude dos requisitos administrativos impostos pelo órgão que fiscaliza e concede o BPC, sendo mais bem explanado em tópico específico.

Em suma, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) é de prestação regular, em razão de o pagamento ocorrer mensalmente. Disposto no inciso V, do artigo 203 da Constituição Federal, o BPC com observância na LOAS em seus artigos 20 e 21, e regulamentado pelo Decreto 6.214, de 2007, com a redação dada pelo Decreto 7.617 de 2011.

Conforme respalda os artigos 22 e 23 do Decreto 6.214, esse benefício tem caráter personalíssimo, com natureza distinta da previdenciária: sem direito a abono anual e não ocorrerá a pensão por morte.

Para uma melhor compreensão das condições cumulativas para que haja a concessão do benefício, já citado anteriormente, segue ilustração abaixo que compara as condições para o idoso e para a pessoa com deficiência:

Condições para concessão do BPC ao idoso	Condições para concessão do BPC ao deficiente
Possuir 65 anos ou mais	Existência de impedimentos ao longo prazo de natureza física: mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com uma ou mais barreiras obstruam sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.
A condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade	Condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade
Não possuir outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego. Salvo de assistência médica e pensão especial de natureza indenizatória.	Não possuir outro benefício do âmbito da seguridade social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego. Salvo o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória

3 DA RELATIVIZAÇÃO DA RENDA *PER CAPITA*

Como já previamente exposto, a lei 8.742, datada de 1993, em seu art. 20, prevê a concessão de do Benefício de Prestação Continuada – BPC, que consiste na garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência ou ao idoso de 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, que comprovem não possuir meios de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. No §3º do mesmo artigo, a lei estabelece que, para fins de concessão do benefício supramencionado, o idoso/deficiente precisa auferir, isoladamente ou em conjunto com seus familiares, renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo existente.

Observa-se, portanto, que a lei adotou um critério extremamente objetivo para se auferir a miserabilidade de um idoso/deficiente, não se permitindo levar em consideração a realidade de diversos idosos/deficientes que, a despeito de possuírem a renda *per capita* superior ao teto estabelecido, poderiam facilmente se enquadrar ao conceito de “miserável” se outras determinantes fossem aplicáveis, como o gasto com remédios e cuidados médicos, necessitando, porventura, do benefício ora analisado. Em suma, por ser o critério financeiro demasiadamente rígido, sua constitucionalidade não tarde começou a ser questionada, pois dificultava, significativamente, que pessoas em patente situação de miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício social previsto.

Sobre o assunto, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, em 27/08/1993, por meio da ADI 1.232, ocasião em que o referido Tribunal, utilizando-se de uma interpretação literal do art. art. 203, inc. V da CF/88, declarou que o referido critério de $\frac{1}{4}$ estabelecido pela lei 8.742/93 era constitucional, sem, no entanto, se pronunciar acerca da possibilidade ou não do Juiz, no caso concreto, valer-se de outros critérios a fim de se auferir a miserabilidade do idoso/deficiente, para fins de concessão do benefício.

Em seguida, após uma longa espera, o assunto foi chegar, em 16/10/2008, no STJ, por meio do AgRg no REsp 94.6253, ocasião em que a corte superior decidiu que “o preceito contido no art. 20, §3º, da lei 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade”, criando um poderoso precedente para que

o Judiciário passasse a utilizar, de forma convincente, outros métodos a fim de auferir a miserabilidade do indivíduo, não se atentando somente ao critério descrito na lei que, segundo a mesma corte, “deve ser considerado como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso”.

Dando prosseguimento, avançando a linha adotada pela Corte Superior, o Supremo Tribunal Federal, julgando conjuntamente os Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963, nos dias 17 e 18 de abril de 2013, respectivamente, pronunciou a inconstitucionalidade material do §3º, do artigo 20, da lei 8.742/93, que prevê o critério da renda *per capita* máxima de ¼, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC.

Os votos foram fundamentados com argumentos como a ocorrência de um processo de inconstitucionalização do critério legal utilizado pela Lei Orgânica da Assistência Social, tendo em vista a época em que foi criada a legislação, que levava em consideração a realidade social da época e a utilização de critérios mais brandos em leis assistenciais supervenientes, como o programa do Bolsa-Família, Bolsa-Escola, entre outros, que foram, posteriormente, unificados.

Assim, foi declarada a nulidade, incidentalmente, por maioria, do §3, do art; 20, da lei 8.742/93 nos Recursos Extraordinários supracitados que, a despeito de não possuir força vinculante, própria das questões decididas por meio dos instrumentos de controle direto de constitucionalidade, tal decisão criou um forte precedente da Suprema Corte, que foi capaz de pôr em pauta importância da flexibilização do critério econômico legal, que foi seguido, com mais segurança, em todas as esferas do Poder Público, como será visto a seguir.

3.1 RELATIVIZAÇÃO DA RENDA *PER CAPITA* POR MEIOS LEGAIS?

Como dito anteriormente, não houve o efeito vinculante na pronúncia de nulidade, pelo STF, ao julgar os Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 do critério econômico de ¼ do salário-mínimo vigente, previsto no LOAS, para fins de reconhecimento da miserabilidade do idoso maior de 65 anos, ou da pessoa portadora de deficiência.

A despeito de tal constatação, percebe-se que, em legislações posteriores ao

decisum proferido pelo Pretório Excelso, o legislador começou a tomar um cuidado maior acerca do assunto, principalmente em leis que tratam acerca do idoso ou do deficiente, conforme se pode visualizar pelas alterações que a lei 13.146/2015, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe à Lei Orgânica da Assistência Social, como a inclusão, a esta lei, do §11, ao seu artigo 20, que diz: “§ 11. Para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.”

Desse modo, percebe-se que o legislador positivou aquilo que já era consenso na jurisprudência, e que já estava sendo praticado pelos Tribunais brasileiros, em decorrência de diversos precedentes das Cortes Superiores e, recentemente, do Supremo Tribunal Federal, como já exposto anteriormente. Assim, apesar de a previsão legal gerar mais segurança jurídica aos jurisdicionados, que poderão ver seu benefício analisado administrativamente pelo órgão, mesmo ultrapassando o teto para a concessão do benefício, o critério legal de ¼ previsto na LOAS continua vigente, e continua sendo fator impeditivo para concessão de diversos benefícios às pessoas em notório estado de miserabilidade pelo País.

Ademais, existem legislações vigentes, no momento, que preveem a adoção de critério mais brandos para concessão de outros benefícios provenientes da Assistência Social, como, por exemplo, o Decreto Nº 6.135/2007 que, em seu art. 4º, inciso II, alíneas “a” e “b”, define como família de baixa renda, para fins de concessão dos benefícios, o seguinte:

Art. 4º Para fins deste Decreto, adotam-se as seguintes definições [...]
II - família de baixa renda: sem prejuízo do disposto no inciso I:
a) aquela com renda familiar mensal per capita de até meio salário mínimo; ou
b) a que possua renda familiar mensal de até três salários mínimos;[...].

Por conseguinte, nada mais coerente, após a pronúncia de nulidade do art. 20, §3, da Lei Orgânica da Assistência Social pelo STF, do que a adoção de critérios mais brandos existentes em outras legislações, como a supramencionada, para a concessão do Benefício de Prestação Continuada previsto pela LOAS.

4 CONDIÇÕES DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

SOB O ORDENAMENTO INTERNO DO INSS: CRITÉRIOS ADMINISTRATIVOS PARA A SUA CONCESSÃO

Como se pode deduzir, depois de todo o exposto até aqui, o órgão do Instituto Nacional do Seguro Nacional – INSS, responsável pela concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC, em razão do desinteresse do legislador em atualizar a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS para se adequar à realidade social brasileira, bem como ao entendimento do STF, continua a adotar o critério econômico para auferir a miserabilidade do idoso ou do portador de deficiência de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo vigente previsto na LOAS.

Contudo, em razão do ajuizamento de uma Ação Civil Pública, de caráter nacional, promovida no Estado do Rio Grande do Sul, tombada sob o número 5044874-22.2013.404.7100/RS, o Instituto foi condenado a excluir, do cálculo da renda *per capita* familiar das despesas do requerente do BPC, ou seja, o deficiente ou o idoso maior de 65 anos, despesas com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área de saúde, requeridas e negadas pelo Estado.

Segundo o Memorando Circular Conjunto nº 58/DIRBEN/DIRAT/DIRSAT/PFE/INSS, os documentos que devem ser apresentados para comprovar as despesas são:

- a) medicamentos: comprovação de prescrição médica e comprovação do valor mensal gasto;
- b) alimentação especial: comprovação de prescrição médica e comprovação de valor mensal gasto;
- c) fraldas descartáveis: comprovação do valor mensal gasto;
- d) consultas na área de saúde (com profissionais de toda área de saúde): comprovação do valor mensal gasto.

Assim, caso o deficiente ou idoso maior de 65 anos possuir uma renda *per capita* igual ou superior a $\frac{1}{4}$ e requerer o benefício, poderá obter uma reanálise do seu requerimento, caso apresentem a documentação acima que demonstre as despesas feitas em razão de sua deficiência, incapacidade, ou idade avançada; em conjunto, deverão, também, demonstrar que foram a algum órgão da Rede Pública e tiveram a prestação dessas despesas negadas, ou seja, tiveram que arcar com suas próprias economias. O documento denegatório deve estar assinado por servidor público devidamente identificado pelo nome completo, cargo e matrícula.

Em seguida, o processo administrativo deve ser levado para avaliação por profissional do serviço social do INSS, quanto ao comprometimento ou não da renda

do grupo familiar, que terá autonomia para afastar o critério legal de $\frac{1}{4}$, para fins de concessão do benefício. No caso de deficiente, mesmo após parecer favorável do assistente social, a concessão do benefício dependerá, ainda, de avaliação médica, para verificação da deficiência.

4.1 POSTURA DO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO EM ALAGOAS

Conforme já exposto, em decorrência da Ação Civil Pública de caráter nacional promovida no Estado do Rio Grande do Sul, já discutida anteriormente, a despeito do INSS continuar utilizando o critério de $\frac{1}{4}$ da renda *per capita* para a concessão do benefício assistencial do LOAS, o Órgão se viu obrigado a adotar outros critérios para flexibilizar a concessão do benefício para idosos e deficientes que comprovem possuir despesas pessoais com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área de saúde, pois o Poder Público negou-se a cobrir tais despesas.

Em visita, para coleta de dados, ao setor administrativo do INSS, responsável pela região do Estado de Alagoas, foi obtida a informação de que, caso não haja uma Ação Civil Pública promovida em um Estado específico para atender as demandas específicas daquele Estado, o Órgão regional fica obrigado a obedecer às diretrizes estabelecidas na Ação Civil Pública de caráter nacional promovida no Estado do Rio Grande do Sul.

No caso específico do Órgão local, não houve o ajuizamento da Ação Civil Pública regional supramencionada, ficando o instituto, em Alagoas, compelido a cumprir o que foi decidido na Ação Civil Pública nacional.

CONCLUSÃO

Neste artigo, foi demonstrada a importância da existência do Instituto da Assistência Social, dentre o tripé basilar formador da Seguridade Social no Brasil, prevista, expressamente, na Constituição Federal de 1988. Sua existência vai ao encontro de garantias mínimas necessárias para a subsistência de qualquer ser humano em estado de miserabilidade. Visa, sobretudo, dar cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, contido no art. 1º da CF/88. Visa, ainda, dar cumprimento aos objetivos

elencados no art. 3º da CF/88.

Desde sua entrada em vigor, a Lei Orgânica da Assistência Social prevê a concessão do Benefício de Prestação Continuada, no valor de um salário-mínimo, ao deficiente ou ao idoso que com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Como foi visto, o critério utilizado para aferir a miserabilidade do idoso ou do deficiente é a renda *per capita* não superior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo vigente, critério este que, se levado a realidade social atual, encontra-se demasiadamente defasado.

O Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento, declarou a constitucionalidade de tal critério, porém, após aproximadamente 15 (quinze) anos de espera, reviu seu entendimento, considerando a realidade fática atual, bem como a facilidade em se obter outros benefícios assistenciais. Contudo, sua decisão foi de forma incidental, não gerando o efeito vinculante.

Observa-se, ainda, que, mesmo após a pronúncia de nulidade do critério de $\frac{1}{4}$ pelo Supremo, o INSS continua usando o critério mencionado e, em razão da Ação Civil Pública de caráter nacional promovida no Estado do Rio Grande do Sul, passou a utilizar critérios a fim de se flexibilizar o critério econômico, o que, de maneira alguma, torna-se o modelo ideal.

Diante de todo o que foi pesquisado, a indagação proposta na introdução do presente artigo, pode ser respondida: As diretrizes definidas pelo órgão previdenciário se apresentam como elementos de restrição à concessão do Benefício LOAS? A única resposta coerente seria um “sim”, principalmente quando se leva em consideração toda a controvérsia que gira em torno do critério econômico de $\frac{1}{4}$, que, por maioria, foi declarado inconstitucional pelo Supremo, e fica no aguardo de alterações legislativas.

Ademais, pode-se destacar, ainda, que, enquanto não for aprovada alteração legislativa, o Órgão responsável pela concessão do benefício poderia se utilizar de outros critérios mais brandos, elencados em outras legislações assistenciais, como o decreto do CadÚnico, que considera família de baixa renda, para fins de concessão dos benefícios assistenciais, aquela com renda familiar *per capita* de até meio salário-mínimo; ou a que possua renda familiar mensal de até três salários-mínimos.

REFERÊNCIAS

- BALERA, Wagner. **Introdução à seguridade social**. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord.). **Introdução ao direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 1998. p. 9-85.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006.
- BRASIL. Decreto n.º 1.744, de 8 de dezembro de 1995. **Planalto**, Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 26 out. 2018.
- BRASIL. Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Planalto**, Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 25 out. 2018.
- BRASIL. **Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 25 out. 2018.
- BRASIL. STF – ADI: 1232 DF, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 07/08/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-000095, Disponível em: <www.redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451> Acesso em: 10 out. 2018
- BRASIL. STF – RE: 567985 MT, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/05/2008, Data de Publicação : DJe-106 DIVULG 11/06/2008 PUBLIC 12/06/2008
- BRASIL. STF – RG RE: 580963 PR – PARANÁ, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 16/09/2010, Data de Publicação: DJe-190 08-10-2010
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CRUS, José Ferreira da. et al. (org.). **Coletânea de artigos comemorativos dos 20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2013.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** .9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O DEVER DO ESTADO EM OFERECER TRATAMENTO ÀS DOENÇAS RARAS⁷,

*José Quirino Vieira Fernandes Junior
Bacharelado em Direito do Centro Universitário CESMAC*

*Profa. Ma. Danielle Sales Echaiz Espinoza⁸,
Professora Cesmac*

RESUMO: *O presente trabalho concentra-se na análise teórica do Direito à saúde e o dever constitucional do Estado em fornecer tratamentos e medicamentos para aqueles acometidos com algum tipo de doença rara. Explora-se a base constitucional da proteção ao direito emanado do Artigo 196 da Constituição Federal, fazendo-se uma interligação entre suas características normativas, os efeitos do fenômeno da judicialização e seus impactos em outras normas do sistema jurídico. Tais impactos são destacados na problemática que surge em razão da escassez de políticas públicas nessa área e dos custos das mesmas. Por fim, estão traçadas possíveis soluções para a garantia judicial da saúde neste contexto especial, dada a carência de um entendimento pacificado pelo Poder Judiciário. Busca-se contribuir com um tema de suma importância na esfera constitucional.*

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Políticas Públicas. Judicialização. Doenças Raras. Jurisprudências.

ABSTRACT: *The present research focuses on the theoretic analysis about the Right to health and the constitutional duty of the State to provide medical treatment and medicines for those afflicted with some form of rare disease. It explores the constitutional basis of protection about the right emanated from Article 196 of the Federal Constitution, making an interconnection between its normative characteristics, the effects of the judicialization phenomenon and its*

⁷ Este artigo foi submetido para publicação em junho de 2018.

⁸ Doutoranda em Direito no Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em convênio com o Centro Universitário Cesmac. Possui Mestrado em Direito Público. É Especialista em Direito Constitucional e graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Atualmente, é professora de Direito Constitucional do Centro Universitário Cesmac.

impacts on another norms of the legal system. These impacts are highlighted in the problems that arise due to the scarcity of public politics in this area and the costs of these. Finally, possible solutions are drawn for the judicial guarantee of health in this special context, given the lack of an understanding pacified by the Judiciary. It seeks to contribute a theme of paramount importance in the constitutional sphere.

KEYWORDS: *Right to Health. Public Politics. Judicialization. Rare Diseases. Jurisprudence.*

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito à saúde recebeu uma proteção antes não vista no contexto social, consagrado como um direito fundamental que atribui ao Estado o dever de sua satisfação, por meio das chamadas políticas públicas. O artigo 196 da Carta Magna teve o condão de garantir aos indivíduos um direito subjetivo à norma ali exposta, possibilitando assim a judicialização da saúde, na medida do possível, quando houver omissão da administração pública.

Contudo, quando o objeto em questão trata-se do amparo à doença rara, carecem políticas públicas capazes de assegurar o efetivo direito à saúde, ou, quando existem, não são efetivamente prestadas pelo Poder Público.

Em observância às exigências prestacionais do direito à saúde, quais seriam, então, as obrigações estatais exigíveis por meio de demandas judiciais no caso específico das doenças raras?

Nossa hipótese central é a de que a judicialização da saúde no caso das doenças raras, em razão do conflito entre normas, o alto custo das demandas e as baixas taxas de sucesso de tratamentos, deve se restringir ao cumprimento e execução dos protocolos clínicos já existentes e, em caso de doenças para as quais não existem os referidos protocolos, a judicialização deve resultar na busca da manutenção da saúde mediante tratamentos paliativos, a fim de garantir esse direito fundamental.

Assim, analisaremos primeiramente a gênese da eficácia constitucional relativa ao direito à saúde, verificando a divergência presente no campo teórico, visto que para alguns doutrinadores, a norma constitucional do art. 196 não necessitaria de prévia atuação do legislador infraconstitucional em decorrência do que dispõe o art. 5º, §1º da CF. Do lado oposto, há o entendimento de que as normas relativas aos direitos de

natureza prestacionais estão condicionadas a uma efetivação do legislador futuro, tratando-se de normas programáticas.

Em seguida, será imprescindível fazer uma ponderação a respeito do conflito entre os princípios que regem o direito à saúde, a fim de afastar incongruências que possam afetar o mérito das decisões judiciais. São institutos distintos que merecem uma abordagem cautelosa para poder estabelecer uma harmonia entre si.

Na sequência, são observadas as atuais políticas públicas voltadas à tutela das doenças raras, como a Portaria nº 199/2014 do Ministério da Saúde e o enfoque especial ao Projeto de Lei nº 56/2016 da Câmara dos Deputados, que pela primeira vez no contexto legislativo nacional, preocupou-se em dispor dos medicamentos órfãos, destinados ao tratamento dessas doenças. A problemática em torno da liberação desses medicamentos pela ANVISA e a devida incorporação ao SUS também abriu espaço para tecer uma análise sobre a real eficácia das políticas públicas brasileiras.

Vale ressaltar que a questão orçamentária tem grande valia para compreendermos os custos que demandam a implementação das políticas públicas de saúde, bem como os gastos decorrentes da judicialização, uma vez que é preciso traçar limites para judicializar com responsabilidade diante do problema da escassez de recursos e das infinitas demandas.

Por fim, analisaremos o que efetivamente poderia ser assegurado pela judicialização no caso das doenças raras, avaliando possíveis soluções em face dos parâmetros da norma constitucional, dos princípios aplicáveis, bem como levando-se em consideração as políticas públicas e seus devidos custos.

A metodologia utilizada no presente estudo foi a pesquisa do tipo teórico, empregando o método dedutivo e, sobretudo a pesquisa bibliográfica, amparada em livros, artigos científicos, jurisprudência, legislação, fazendo uma mútua relação interdisciplinar entre o Direito Constitucional e o Direito Previdenciário. Os usos de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça corroboraram de forma ímpar para o desenvolvimento do objetivo aqui almejado.

A fim de enriquecer o conteúdo trabalhado, a metodologia também contou com os dados técnicos colhidos em palestra relacionada ao tema aqui exposto, adicionando tanto o depoimento de pacientes portadores de doenças raras como as

teses defendidas pelos profissionais especialistas no ramo da saúde.

1 DIREITO À SAÚDE: NORMA DE EFICÁCIA PLENA OU EFICÁCIA PROGRAMÁTICA?

O acesso universal à saúde, matéria de direito fundamental consagrado no artigo 196 da Constituição Federal, é uma das espécies autônomas da Seguridade Social⁹, e consiste no fundamento basilar para demandar, perante o judiciário, o que de regra deveria ser fornecido em vias administrativas. Cabe inicialmente tecer uma breve análise acerca do direito à saúde e a eficácia das normas constitucionais que o protegem e regulam.

A Constituição de 1988, no capítulo da Seguridade Social, tratou da saúde entre os artigos 196 a 200, definindo como um direito de todos e dever do Estado, a ser efetivado mediante políticas públicas, com o intuito de reduzir o risco de doenças, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços destinados a promover, proteger e recuperar o bem estar dos indivíduos.

De acordo com o inciso II do artigo 23 da Lei Magna, é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública. Constitui competência concorrente dos entes federativos a proteção e defesa da saúde, conforme disposto no inciso XII do artigo 24 da Constituição, sendo a União responsável por estabelecer as normas gerais (§ 1º do art. 24 da CF/88).

Com o advento da Lei nº 8.689/93, houve a extinção do antigo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), responsável pela assistência médica unicamente daqueles trabalhadores que contribuía com a previdência social. Conforme explica Martins (2014, p. 543):

Com a extinção do Inamps, a União, por meio do Orçamento da Seguridade Social, obriga-se a garantir ao Sistema Único de Saúde, permanentemente e sem prejuízo da participação de recursos do Orçamento Fiscal, o aporte anual de recursos financeiros equivalente, no mínimo, à média dos gastos da autarquia nos últimos cinco exercícios fiscais (art. 14 da Lei nº 8.689).

O Sistema Único de Saúde (SUS), em conformidade ao artigo 4º da Lei nº

⁹ Seguridade Social é um sistema de proteção social que envolve três políticas: Saúde, Assistência Social e Previdência Social.

8.080/90, consiste em um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por meio de órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. A iniciativa privada poderá participar do SUS, desde que em caráter complementar, mediante contrato de direito público ou convênio (§ 1º do art. 199 da CF/88). Ainda nos ensinamentos de Martins (2014, p. 555): “o Ministério da Saúde disciplinará as atividades de prevenção de doenças, de promoção da saúde, de controle e de vigilância”.

Elencado como um dos direitos sociais no artigo 6º da Constituição, o direito à saúde está associado à garantia de uma vida digna. Nos ensinamentos de Ricardo Lima, mediante o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 5º, § 1º, a aplicação imediata das normas que o garantem. (LIMA, 2013). Segundo o autor, apesar de alguma discrepância inicial¹⁰, este entendimento está sedimentado, decorrendo da própria normatividade direta constitucional, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988).

A eficácia de uma norma constitucional está ligada ao fato dela ser devidamente aplicada e seguida, conforme relaciona Silva (2007, p. 66): “tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela trazidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador”.

A partir do momento em que se verificou a falta de efetividade dessas normas no âmbito social, a jurisprudência e doutrina italianas categorizaram a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais em: a) normas diretivas ou programáticas, destinadas especificamente ao legislador; b) normas perceptivas, obrigatórias, de aplicabilidade imediata; c) normas perceptivas, obrigatórias, sem aplicabilidade imediata. (SILVA, 2007).

Conforme esclarece José Afonso da Silva, as normas programáticas não estão dotadas de preceitos concretos, precisando de complementação legal do

¹⁰ Divergência entre o entendimento da eficácia do direito à saúde.

legislador futuro. Já as normas perceptivas (ou de eficácia plena) independem de amparo legal, uma vez que sua aplicação é direta e imediata em consonância ao comando constitucional. (SILVA, 2007).

A esse respeito, Márcio de Almeida Farias (2017, p. 11) declara:

Paulo Gonet Branco explica que esse dispositivo tem como significado essencial ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter perceptivo, e não meramente programático e ainda segundo o autor, os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação e que não é preciso que o legislador venha, antes disso, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada.

Em concordância com a doutrina clássica, Ruy Barbosa defendia que os direitos e garantias não precisariam de prévia atuação legislativa para ser efetivados no plano concreto e conseqüentemente gerar seus efeitos, pois tratavam de normas de natureza autoaplicável. (SARLET, 2012).

Ainda de acordo com Silva, as normas de eficácia limitada delimitam objetivos visados pelo Estado, traçados pelo constituinte por meio de princípios a serem perseguidos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), especialmente na esfera social. São propósitos a serem cumpridos na maior medida do possível, através de intervenção infraconstitucional. (SILVA, 2007).

Após a promulgação da Constituição de 1988, observou-se um crescimento no ativismo judicial tendente a conceder, na maioria das decisões, o medicamento ou tratamento pleiteado, que de certa forma confere uma proteção absoluta ao direito à saúde da qual a Carta Magna estabeleceu. As decisões proferidas em primeiro grau, quando submetidas à apreciação dos tribunais superiores, eram favoráveis ao fornecimento do tratamento, até mesmo unanimemente, sem divergência nos Acórdãos¹¹. (MARINHO, 2013).

À vista disso, o referido autor defende em seu artigo científico que:

Entretanto, o excesso de demanda e a falta de critérios para a garantia judicial do direito à saúde implicaram no declínio de sua efetivação. Com inúmeras sentenças condenando o Estado ao fornecimento de materiais e medicamentos experimentais, muitas vezes de alto custo, à realização de intermináveis procedimentos cirúrgicos, algumas vezes destituídos de essencialidade, o próprio Judiciário tem mudado seu posicionamento perante essas questões. (MARINHO, 2013).

¹¹ Conforme RE 273834 AGR / RS, Rel. Min. Celso de Mello, STF, Segunda Turma; RE 198265/RS, Rel. Min. Celso de Mello, STF, Segunda Turma; RE nº 232335/RS, STF, Segunda Turma.

Cumpra ressaltar a valiosa tese do jurista alemão Konrad Hesse, segundo a qual a Constituição, a fim de evitar a consequência de normas inócuas (principalmente as de caráter fundamental), deve observar uma conjuntura de fatores, como os econômicos e naturais, do contexto local ao tempo em que a norma será aplicada, para sua real efetivação na esfera social, como sustenta:

A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida. (HESSE, 1991, p. 16).

Com isso, surgiu um segundo entendimento no campo doutrinário, ainda que de força minoritária, que o preceito aplicado no art. 5º, §1º da Constituição não converte todos os direitos fundamentais em normas de eficácia plena, pois o aspecto relevante na proteção do direito à saúde não é conferir artificialmente eficácia plena, e sim lhe atribuir efetividade social. (VILLAS-BÔAS, 2014).

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, em algumas oportunidades, posicionou-se de forma divergente ao ativismo judicial que previa a concessão absoluta do direito à saúde, como foi o entendimento do STF ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286 RS:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (STF. **RE 271286 AgR / RS**, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24/11/2000).

Fazendo uma crítica ao entendimento clássico de que a norma contida no art. 5º, §1º da CF/88 possui eficácia plena, Sarlet (2012, p. 267) aponta:

Tal entendimento, contudo, não deve conduzir – em nosso sentir – à equivocada conclusão de que nas Constituições contemporâneas, de modo especial nas que consagram um Estado Social, todos os direitos fundamentais podem, sem qualquer exceção, ser enquadrados nesta categoria. Não se deve olvidar, neste contexto, que a doutrina clássica, tal como formulada por Ruy Barbosa, não conhecia (e, na verdade, nem poderia) os direitos econômicos, sociais e culturais de natureza prestacional hodiernamente contemplados em grande parte das Constituições.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais sociais estariam

dependentes de uma concretização legislativa, em se tratando de direitos relacionados a prestações, que dependem de recursos públicos, limites e reservas. (SARLET, 2012). No mesmo sentido, corrobora Farias ao entender que:

O direito fundamental à saúde pode ser entendido como um direito prestacional material por parte do Estado, isto é, um direito que precisa ser efetivado mediante a implementação de políticas públicas, a fim de que seja materializado e usufruído pela população. Portanto, no que se refere ao direito à saúde, a atuação estatal é de suma importância para a concretização do comando constitucional. (FARIAS, 2017, p. 9).

Além disso, complementa Sarlet (2012, p. 266) que:

Ainda que se queira negar – e não sem certa razão – a utilização da expressão “normas programáticas”, isto em nada altera o fato da existência, também na nossa Constituição vigente – em escala sem precedentes no constitucionalismo pretérito -, de normas que, em virtude de sua natureza (forma de positivação, função, e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas.

Em que pese o inegável impasse doutrinário acerca da eficácia da aplicabilidade dos direitos fundamentais em geral, Sarlet (2013) entende que o disposto no art. 5º, §2º da Constituição deve ser interpretado como princípio. Enquanto que as regras devem ser aplicadas ao caso concreto, os princípios podem ser afastados, uma vez que haja necessidade de avaliação com outros princípios.

1.1 A JUDICIALIZAÇÃO E O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

Delimitada inicialmente a eficácia do direito à saúde e vislumbrada a necessidade de implementação de recursos a fim de obter a concretização desse direito fundamental, surge o dever de abordar os relevantes princípios correlatos à natureza prestacional da norma contida no art. 196 da CF.

Apesar de eventuais choques principiológicos, devemos examinar as especificidades de cada instituto a fim de dirimir qualquer desproporcionalidade, levando-se em consideração não somente o melhor argumento utilizado, mas também observar a solução que tende a abranger o maior número de pessoas necessitadas dos recursos sociais, com o propósito de, mais a frente, delimitar (embasado nos princípios a seguir) o que se pode garantir aos portadores de doenças raras por meio da judicialização.

1.1.1 Necessidade de ponderação: universalidade da cobertura e do atendimento, o mínimo existencial e a reserva do possível

Com o intuito de assistir e amparar a população, a Constituição Federal determinou, em seu artigo 194, a incumbência do Poder Público de assegurar os direitos relativos à seguridade social, sendo eles: saúde, previdência e assistência social. Em que concerne o direito à saúde, importa destacar sua finalidade mais ampla dentre os outros ramos, uma vez que o seu acesso não faz restrição de beneficiários, bem como não necessita de prévia contribuição destes.

O parágrafo único do artigo 194 da CF/88 dispõe acerca dos objetivos traçados para organizar o sistema da seguridade social, tratando-se de autênticos princípios setoriais. O inciso I do mencionado artigo, esteia que: “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** [...]”. (BRASIL, 1988, grifou-se).

A partir do aludido princípio, a doutrina classifica-o em duas vertentes: universalidade da cobertura (dimensão objetiva) e universalidade do atendimento (dimensão subjetiva). Por cobertura, entende-se que o objeto da proteção social instala-se em todas as suas etapas: de prevenção, de proteção propriamente dita e de recuperação. Acerca da temática, Flávia Cristina Moura de Andrade aduz que: “a seguridade social deve garantir amparo diante de toda e qualquer situação de vida que possa conduzir a um estado de necessidade”. (ANDRADE, 2012, p. 19).

Por universalidade do atendimento, Andrade salienta que, segundo o melhor entendimento da doutrina, o sistema tem o condão de proteger todas as pessoas, sem que haja qualquer tipo de discriminação. Refere-se, portanto, aos sujeitos de direito à proteção social, sendo denominado de universalidade uma vez que visa cobrir a maior quantidade de pessoas possível. Cabe ressaltar que tal princípio decorre do princípio da isonomia (art. 5º, caput, CF). (ANDRADE, 2012).

Ao contrário do regime previdenciário, cujo aspecto de financiamento no Brasil possui caráter contributivo e de filiação compulsória (art. 201, caput, CF), o princípio da universalidade, no tocante à saúde, atua de forma plena, dado que a saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme disposto no artigo 196, independentemente do pagamento de qualquer contribuição.

Vários são os fatores que contribuem para a negação do Estado à concretização dos direitos sociais, sendo o mais corriqueiro dentre eles a falta de recursos públicos. A questão orçamentária é a justificativa mais apontada para deixar de cumprir o dever que a Administração Pública possui de efetivar o prometido bem-estar social. (CARDOSO, 2017).

Como a implementação dos direitos sociais necessitam de recursos, é necessário a sujeição ao princípio da reserva do possível. Este princípio, ao que se sabe, surgiu na Alemanha, por volta do ano de 1970 e considera-se que:

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos [...] Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 29).

Ainda que a doutrina brasileira tenha recepcionado tal princípio, com o intuito de evitar a generalização deste instituto como forma de argumento impeditivo da intervenção judicial (de maneira falaciosa), deve-se encará-lo com reservas. Nas palavras de Sarlet e Figueiredo (2013, p. 32): “cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”.

O princípio do mínimo existencial, extraído do princípio da dignidade humana, também originário da Alemanha, versa sobre a responsabilidade que o Estado tem de garantir ao cidadão uma parcela mínima imprescindível à existência digna do indivíduo. Consoante às lições de Sarlet e Figueiredo (2013, p. 22), a respeito do seu conteúdo e alcance, notava-se que:

[...] tem sido desdobrado num assim designado mínimo fisiológico, que constitui, por compreender as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico, o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e um assim designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social.

Ao contrário de como se procedeu no contexto alemão, uma vez que a doutrina e jurisprudência precisaram construir uma série de direitos sociais mínimos, dado a sua inexistência, no Brasil, a Constituição Federal trouxe uma relação ampla,

conforme explica Echaiz-Espinoza (2016, p. 19):

A Constituição Federal foi pródiga em assentar expressamente um extenso rol de direitos sociais a prestação e indistintamente atribuiu a todos os direitos fundamentais aplicabilidade imediata e plena exigibilidade, o que de fato redireciona a doutrina do mínimo existencial no país para a eficácia desses direitos.

Com a implementação de tantos direitos sociais de caráter prestacional e insuficiente legislação regulamentadora acerca do tema, bem como a falta de políticas públicas eficazes para sua efetivação, os tribunais brasileiros serviram-se do princípio do mínimo existencial para fazer valer o direito que havia sido emanado da Carta Magna. (ECHAIZ-ESPINOZA, 2016).

No entanto, como também sinaliza autora em sua análise da doutrina brasileira sobre o mínimo existencial, já existe um reconhecimento de que:

[...] os excessivos custos financeiros até mesmo para assegurar direitos sociais mínimos e a exigência de políticas públicas universais impõem a necessidade de, à luz do caso concreto, discutir uma série de questões tendo em vista a definir a prestação a ser concedida a determinado indivíduo pelo Judiciário. (ECHAIZ-ESPINOZA, 2016, p. 16).

Aponta, por exemplo, os possíveis condicionamentos estabelecidos por Sarlet para orientar e limitar a atuação judiciária no tocante a saúde:

[...] inexistência de tratamento alternativo eficiente, indispensabilidade do tratamento, proteção às pessoas efetivamente carentes de recursos, preferência em tutelas de urgência, eficiência e segurança do tratamento pleiteado, vedação de autorização de tratamentos experimentais, inexistência de obrigação genérica ao fornecimento de todo medicamento ou tratamento novo etc. (ECHAIZ-ESPINOZA, 2016, p.16).

Esclarecidos ambos institutos, observa-se que no caso prático existe um conflito principiológico: como fica a tutela das necessidades essenciais dos indivíduos decorrente do princípio do mínimo existencial quando o Estado deixa de prover assistência básica à saúde alegando a reserva do possível?

Para isso, Farias fez uso do recente acórdão do STF, relatado pelo ministro Celso de Mello:

Cuida-se do ARE 727864 (Recurso Extraordinário com Agravo), em que o Estado do Paraná recorreu de decisão que determinava que o ente estatal deveria ser responsável em custear o atendimento em leitos na rede privada de pessoas atendidas pelo SAMU, quando houvesse falta de leitos na rede pública. Um dos argumentos utilizados pelo Estado do Paraná foi justamente a teoria da reserva do possível, sendo que o ministro Celso de Mello não aceitou o argumento, sendo

que o plenário acolheu por unanimidade o voto do relator [...] para o ministro, se o Estado não garantir a parcela mínima do direito fundamental social, não pode sustentar a reserva do possível. (FARIAS, 2017, p. 114).

Sarlet e Figueiredo (2013, p. 44) destacam que a decisão acerca da garantia do mínimo existencial, demandará, muitas vezes, de: “um exame mais acurado da pretensão formulada em juízo, pois nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficientes e seguros”.

Em se tratando dos medicamentos órfãos¹² e a tutela jurisdicional, complementam:

Como mencionado anteriormente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem sempre servir de critério para a decisão judicial. Nesse sentido, pode-se dizer que não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes (o que não significa que a opção técnica do setor governamental respectivo não possa e mesmo deva ser sindicada em determinadas hipóteses), ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíram objeto de teses minimamente seguros [...] (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 44).

Essas medidas devem ser tomadas para evitar o mau investimento do dinheiro público, pois conceder ao autor da demanda um tratamento experimental, servindo como mera cobaia, implicaria na própria violação da dignidade da pessoa humana. Assim como conceder medicamentos, tratamentos e aparelhos que não estão elencados na lista da ANVISA, que não passaram por testes de segurança, resta demonstrada a insuficiência de comprovação técnica quanto a sua eficácia. E, atualmente, o Estado não possui recursos para dispor com possibilidades remotas. (SARLET; TIMM, 2013).

Por esse motivo, o uso dos chamados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT, tem sido muito defendido. Segundo Ricardo Seibel de Freitas Lima (2013, p. 251), esses protocolos objetivam:

Estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis, as doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação dos resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos.

A Portaria nº 199/2014 do Ministério da Saúde estabelece ainda a criação de

¹² São destinados ao tratamento das doenças raras.

centros de referência para o atendimento necessário para as diversas doenças raras, muitas vezes complexas e desconhecidas. O infortúnio, no entanto, encontra-se na disposição desses protocolos pelo Ministério da Saúde, tendo em vista que as portarias voltadas às doenças raras, ao contrário das comuns, ou carecem de regulamentação ou, quando existem, não preenchem satisfatoriamente os objetivos dos PCDTs.

Destarte, a falha na efetivação da norma constitucional relacionada ao direito à saúde perante as doenças raras, principalmente pelas escassas políticas públicas, surge a necessidade de buscar parâmetros razoáveis para fazer valer a prestação desse direito através dos Poderes do Estado, conforme será trabalhado adiante.

2 DOENÇAS RARAS FRENTE ÀS ATUAIS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

O conceito de doença rara segundo o Ministério da Saúde e a Organização Mundial de Saúde (OMS), é a patologia que afeta até 65 pessoas numa escala de 100 mil indivíduos, sendo aproximadamente 80% derivada de causa genética e o restante têm como causas ambientais, infecciosas, imunológicas dentre outras. No Brasil, estima-se em cerca de 13 milhões de pessoas acometidas com doenças raras, segundo pesquisa da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa - Interfarma. (INTERFARMA, 2018).

Os medicamentos utilizados para tratar essas doenças são comumente chamados de medicamentos órfãos, e possuem essa denominação pelo fato de serem destinados a uma pequena parcela de pacientes, e são, no geral, muito caros e não possuem cobertura pelo Sistema Único de Saúde. Em regra, não há interesse por parte da indústria farmacêutica em produzir e comercializar tais drogas devido o pequeno número de consumidores, pois o custo extremamente elevado não seria recuperado pelas vendas previstas, bem como o pouco incentivo ao setor privado para desenvolver os novos fármacos. (EURORDIS, 2014). Conforme lecionou o médico e

palestrante Dr. Dongwoon Han¹³, os medicamentos órfãos representam apenas 7.9% dos gastos necessários ao tratamento, aumentando a sobrevivência em apenas de três a seis meses. Ainda que seja o único método, é pouco eficaz. (HAN, 2018).

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde e integrante do SUS, tem como função promover o controle sanitário de produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, relacionados aos medicamentos, alimentos dentre outros. Com relação a demora para concessão de registro desses medicamentos órfãos, o estudo da Interfarma sobre doenças raras apontou:

De acordo com a legislação brasileira, a comercialização de medicamentos no mercado nacional depende da obtenção do registro junto à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). A concessão do registro, por sua vez, está vinculada à comprovação de requisitos como segurança e eficácia do produto e aí reside um dos pontos de estrangulamento do processo. A verificação desses requisitos pela agência regulatória e a concessão do registro, que deveriam ser realizadas em um prazo de 90 dias, tem demorado, em média, dois anos. Um número considerável de solicitações de registro para medicamentos aguarda hoje na fila, postergando a entrada no mercado de produtos importantes para a saúde da população, entre eles para doenças raras. (INTERFARMA, 2013, p. 13).

Estão delimitados alguns pressupostos para a elaboração desses medicamentos, como: ser clinicamente eficaz e necessário ao tratamento; inexistir droga alternativa custo-efetiva para o tratamento da doença; inexistir tratamento não medicamentoso reconhecido por médicos como adequado e custo-efetivo para o tratamento. (INTERFARMA, 2013).

O marco inaugural da proteção aos portadores de doenças raras somente se deu em 2014, através da Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014, do Ministério da Saúde. O legislador instituiu a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do SUS e os incentivos financeiros de custeio, com os objetivos de reduzir a mortalidade, contribuir para a melhoria da qualidade de vida, através de ações de promoção, prevenção, detecção precoce, tratamento oportuno, redução de incapacidade e tratamento paliativo. São ainda, objetivos específicos:

Art. 5º São objetivos específicos da Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras: I - garantir a universalidade, a integralidade e a equidade das ações e serviços de saúde em relação às pessoas com doenças raras, com consequente redução da

¹³ Informação oral colhida no ciclo de palestras do I Simpósio Internacional sobre Esclerose Lateral Amiotrófica – Alagoas em movimento, Maceió/AL, 03 a 05 de março de 2018.

morbidade e mortalidade; II - estabelecer as diretrizes de cuidado às pessoas com doenças raras em todos os níveis de atenção do SUS; III - proporcionar a atenção integral à saúde das pessoas com doença rara na Rede de Atenção à Saúde (RAS); IV - ampliar o acesso universal e regulado das pessoas com doenças raras na RAS; V - garantir às pessoas com doenças raras, em tempo oportuno, acesso aos meios diagnósticos e terapêuticos disponíveis conforme suas necessidades; e VI - qualificar a atenção às pessoas com doenças raras. (BRASIL, 2014).

Em julho de 2018, o Senado Federal aprovou com emendas¹⁴ o Projeto de Lei nº 56/2016 oriundo Câmara dos Deputados sob o nº 1606/2011, que Institui a Política Nacional para as Doenças Raras no Sistema Único de Saúde – SUS. Desde então, um grande passo foi dado a fim de assistir os portadores das doenças raras no Brasil que enfrentam enorme dificuldade para diagnosticá-las e realizar o tratamento preciso. Pela primeira vez, surge na esfera legislativa uma atenção voltada aos medicamentos órfãos, conforme dispõe o art. 19, do PL 56/16: “fica reconhecido o direito de acesso aos cuidados adequados aos pacientes diagnosticados com doenças raras, o que inclui a provisão de medicamentos órfãos”.

Conforme mencionado anteriormente, os PCDTs desempenham uma finalidade ímpar para a devida proteção da saúde, pois classificam as doenças e apontam precisamente o tratamento adequado para tratá-las. Em 2015, o Ministério da Saúde estabeleceu a meta de lançar 47 PCDTs para doenças raras até 2018. Até então, apenas seis foram desenvolvidos e aprovados. (PR NEWSWIRE, 2018).

Como efeito, deixa o portador de uma doença como a AME (Atrofia Muscular Espinhal) desprotegido, já que não possui protocolo clínico, a mercê de tratamentos caríssimos no exterior (para os mais afortunados), uma vez que a judicialização nesses casos resta frustrada, pois há decisões no sentido de que o medicamento prescrito pelos profissionais da medicina que não estão regulamentados pela ANVISA, não são suficientes para a efetivação judicial da saúde, tal como:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTOS. Paciente com Atrofia Muscular Espinhal doença de Werding-Hoffmanm (CID G12.0), que pretende tutela de urgência, com a indicação do medicamento NUSINERSEN (SPINRANZA) 12 mg aplicação 1 ampola Do, 1 ampola D14, 1 ampola D30, e após, aplicação de 1 ampola a cada 4 meses, por tempo indeterminado. A comercialização do medicamento não está autorizada, a indicação do tratamento não assegura a recuperação, o custo do medicamento e do tratamento, talvez de longo prazo, é excessivamente oneroso, a repercussão de uma decisão concessiva para casos similares efeito multiplicador), a

¹⁴ Encontra-se aguardando designação de relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF).

situação dramática das finanças estaduais, e a indevida individualização de um tratamento para poucos, em detrimento de uma universalidade, que pode ser atendida com melhor repartição dos recursos. Recomendação de cautela. AGRAVO IMPROVIDO. (TJ/RS. **AI 70075643650**, Rel. Ivan Leomar Bruxel, Oitava Câmara Cível, julgado em 22/03/2018, DJe 26/03/2018).

A respeito do Recurso Extraordinário nº 566471 do STF, que trata do dever do Estado em arcar com medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo, um recente estudo da Interfarma ressalta:

Dois recursos relacionados às Doenças Raras aguardam, desde 2016, decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). Referem-se à obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamentos de alto custo para pessoas que não possuem capacidade financeira (RE 566.471) e a de fornecer medicamentos que não possuem registro na ANVISA (RE 657.718). Paralisado após o falecimento do ministro Teori Zavascki, o julgamento dos recursos conta com três votos proferidos, que apontam que a judicialização deve, em longo prazo, restringir-se a pacientes incapazes de arcar com os custos do tratamento, além do fortalecimento das instâncias técnicas do Serviço Único de Saúde, como a ANVISA e a CONITEC, em decisões relacionadas a registro e incorporação. Os recursos serão, ainda, analisados pelos outros oito ministros. (INTERFARMA, 2018, p. 20).

Recentemente, com o julgamento do REsp 1657156/RJ – Resp 1102457/RJ, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC/2015), tema cadastrado sob o número 106 do STJ, tratou da "obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na **Portaria 2.982/2009** do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)". A tese firmada no presente recurso especial dispõe dos requisitos cumulativos para a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, que são:

(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. (STJ REsp **1657156/RJ 2017/0025629-7**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018).

Levando-se em consideração que o direito à saúde, como norma programática que é, condiciona a atividade discricionária da Administração e do Judiciário, que nem sempre atende o direito subjetivo dos indivíduos que necessitam da tutela estatal. A

esse respeito Silva (2007, p. 176) aponta: “firmada a tese inicial de que as normas programáticas protegem interesses juridicamente relevantes, admitimos que nem sempre têm capacidade para tutelar diretamente direitos particulares desde logo exigíveis”. E como já fora mencionado, o problema orçamentário é um obstáculo que necessita de uma breve análise a fim de traçar limites do dever do Estado relacionado à judicialização nos casos de doenças raras.

2.1 OS CUSTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DA JUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO À SAÚDE

Para a real efetivação do Projeto de Lei nº 56/2016 na esfera administrativa, devem ser analisados alguns parâmetros de financiamento para a implementação de uma Política Nacional para Doenças Raras. Conforme o estudo da Interfarma, devem ser observadas:

Despesas relativas a diagnóstico; com profissionais (médicos, enfermeiros e equipe de apoio); medicamentos; custos relacionados (hospitalizações e tratamentos adjuvantes, por exemplo) e custos não contemplados no orçamento da saúde, como transporte e cuidadores, entre outros. (INTERFARMA, 2013, p. 24).

Ademais, outros custos que estão relacionados e afetam os cofres públicos são:

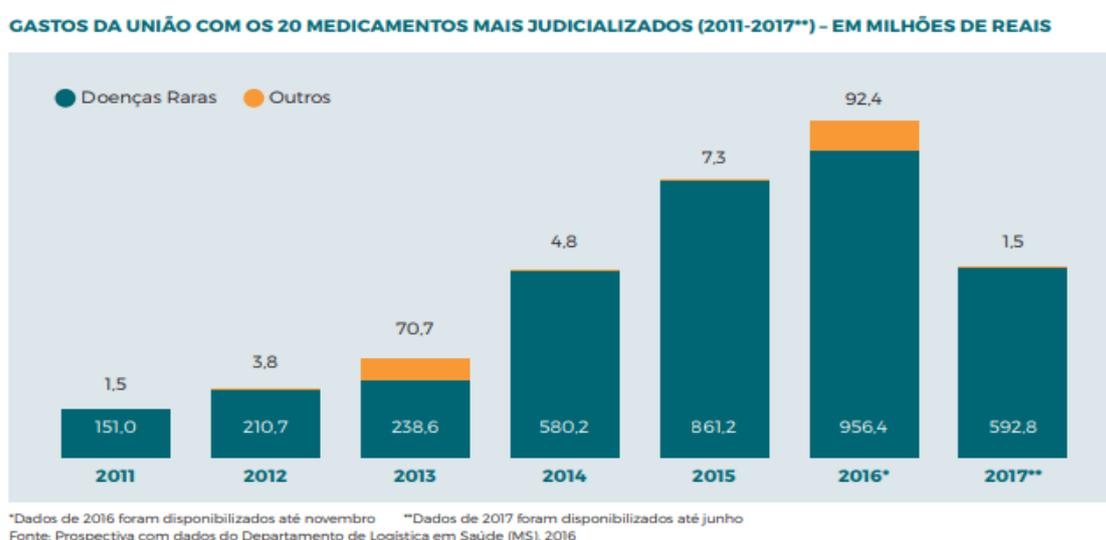
Atualmente, além dos gastos com saúde, o poder público arca com pelos menos dois outros custos que impactam significativamente os orçamentos federal, estadual e municipal: as despesas decorrentes do aumento de processos judiciais impetrados por pacientes para obter tratamento e medicação; e os gastos com seguridade social, os benefícios previdenciários a que têm direito os pacientes e seus cuidadores – em geral familiares, obrigados a abandonar suas atividades profissionais. De acordo com a Interfarma, essas despesas, atualmente relevantes, tendem a diminuir com a introdução de uma política pública para doenças raras, aliviando concomitantemente os cofres públicos, o sistema jurídico e o setor previdenciário. (INTERFARMA, 2013, p. 26).

A teoria dos custos dos direitos que destaca Alexandre Gross, dimensiona que os direitos prestacionais devem ser assegurados com a devida limitação do Estado, sendo um problema para os magistrados garantir essas prestações por causa dos limitados recursos públicos, vejamos:

A obra dos professores Stephen Holmes e Cass Sunstein – “*The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*” - teve o mérito de afirmar a positividade de todos os direitos, uma vez que o exercício de todo e

qualquer direito – e não só os tidos como positivos – depende de uma prestação pública, ou seja, dependem de recursos públicos. A crítica recai sobre a afirmação de que as liberdades individuais podem ser asseguradas unicamente com a limitação da atividade estatal. Os autores advertem, ainda, que magistrados tendem a ter dificuldade em lidar com um cenário de recursos finitos e problemas infinitos. As agências governamentais teriam maior conhecimento da realidade e seriam mais aptas a realocar os recursos do que os magistrados. (GROSS, 2012, p. 2).

O gráfico fornecido pela Interfarma (2018, p. 19) aponta para os gastos da União relativos aos medicamentos que mais foram judicializados nos anos de 2011 a 2017, sendo que no último ano, entre 20 remédios, 13 eram destinados para doenças raras, conforme dispõe:



O alto custo que demanda a criação de políticas públicas para a saúde nos casos de doenças raras, bem como a judicialização de medicamentos e tratamentos, dificulta, sem dúvidas, o acesso da população a uma estrutura de saúde coletiva organizada, especialmente pelo fato da individualização das demandas no judiciário. Com isso, sugere Cardoso (2017, p. 54) que: “a judicialização para a prestação efetiva de políticas públicas – saúde, especialmente – pode gerar mais injustiça social que justiça”.

Na visão do autor, o que se discute é o fato do juiz, ao conceder um medicamento ou tratamento muito oneroso, estaria colocando em risco o direito de toda uma coletividade para a satisfação de um direito subjetivo de uma minoria. (CARDOSO, 2017).

A dificuldade econômica enfrentada pela judicialização nos leva a questionar adiante quais são os limites que o Estado poderia estabelecer para dar suporte aos

que estão acometidos com doenças raras, até onde essas pessoas poderiam pleitear judicialmente por remédios e/ou tratamentos e quais seriam as barreiras finais que o Estado não poderia ultrapassar.

3 POSSIBILIDADES DA JUDICIALIZAÇÃO NO CASO DAS DOENÇAS RARAS

Levando-se em conta a característica programática da norma constitucional referente ao direito à saúde, os princípios norteadores, as políticas públicas atuais bem como aos custos destas, surge a necessidade de se fazer uma reflexão: o que afinal a judicialização, no caso das doenças raras, poderia garantir?

A princípio, é importante deixar em evidência que a judicialização, conforme aduz o Ministro Luís Roberto Barroso no caso de Repercussão Geral em julgamento (STF. **RE 566.471/RN**, rel. Min. Marco Aurélio, 2007): “jamais deverá substituir a política pública, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as questões de alocação de recursos, em princípios, reservadas à Administração Pública”.

Contudo, como o acesso à justiça é garantido quando a Administração é falha em suas atribuições, sobretudo considerando-se a primordial necessidade que demanda o objeto dessas ações, embasada no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF): “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, qualquer ação judicial será válida para assegurar esse direito fundamental, independente do valor do objeto que se está a pleitear.

Quando deparamos com algum tipo de doença rara, a exemplo da ELA (Esclerose Lateral Amiotrófica), a partir do seu diagnóstico, o paciente tem uma estimativa de vida de dois a cinco anos. O médico alagoano e portador da ELA, Dr. Hemerson Casado¹⁵, declarou que o tempo que o Estado leva até julgar uma demanda na área da saúde *versus* o tempo que o portador da doença espera até vê sua necessidade atendida (que nem sempre é o que acontece), gera um sofrimento imensurável, esgotamento mental, uma batalha que é findada com uma “sentença de morte”. Afirmou ainda que, uma única ampola para tratar essa doença (não cura), custa em torno de R\$ 400 mil. Nenhum fármaco até hoje conseguiu tratar de forma eficaz a doença, sendo que apenas 5% das pessoas conseguem medicamentos e os

¹⁵ Depoimento fornecido no ciclo de palestras do I Simpósio Internacional sobre Esclerose Lateral Amiotrófica – Alagoas em movimento, Maceió/AL, 03 a 05 de março de 2018.

outros 95% recorrem aos tratamentos paliativos. (CASADO, 2018).

Para os casos das doenças raras em que existam protocolos clínicos (PCDT) elaborados, cujo medicamento e tratamento, ainda que não esteja incorporado pelo SUS, mas possua eficácia comprovada a fim de garantir boas chances na possibilidade de prolongamento da vida, o Estado deve priorizar a concessão desses recursos às pessoas que, sobretudo, não possuam condições financeiras suficientes para arcar com os custos do tratamento. A reserva do possível deve ser encarada sempre que houver opções simultâneas, analisando o melhor custo *versus* benefício dos medicamentos ora disponibilizados no mercado.

Todavia, dada a ausência de protocolos clínicos, a inexistência de fármacos seguros bem como tratamentos eficazes, não há em que se falar na judicialização de meras possibilidades remotas, tendo em vista o grande aporte financeiro que é gasto com as doenças que possuem PCDT. A fim de garantir o mínimo existencial nesses casos, é viável a utilização de meios alternativos auxiliares ao direito à saúde, como acontece com os cuidados paliativos, que embora não trate a doença, concede ao paciente crônico (principalmente em estágio avançado/terminal da enfermidade) a oportunidade de viver dignamente e diminuir o sofrimento. Segundo a OMS, consiste em:

Cuidado Paliativo é uma abordagem que promove a qualidade de vida de pacientes e seus familiares, que enfrentam doenças que ameacem a continuidade da vida, através da prevenção e alívio do sofrimento. Requer a identificação precoce, avaliação e tratamento da dor e outros problemas de natureza física, psicossocial e espiritual. (CARVALHO; PARSONS, 2012, p. 26).

Tem por objetivo oferecer ao paciente e seus familiares cuidados providos por uma equipe multidisciplinar, composta por médico, equipe de enfermagem, psicólogo, fisioterapeuta, algum profissional da área religiosa dentre tantos outros. O objetivo geral é aliviar a dor, maximizar as habilidades funcionais remanescentes, para que o paciente, ao seu modo, preparar-se para eventuais fatalidades.

Por isso, os cuidados paliativos prestam uma importante finalidade social. É o mínimo que podemos esperar que o Estado forneça a curto prazo: um tratamento humanitário para aquele que esteja acometido com os efeitos devastadores da doença, garantindo assim que o resto de sua vida seja confortável e, acima de tudo, prezando pela dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Desde os últimos quatro anos, o Brasil vem passando por uma série de avanços no tocante a implementação de políticas públicas destinadas àquelas pessoas acometidas por alguma doença rara, especialmente após a publicação da Portaria 199/14. Com o atual Projeto de Lei nº 56/2016 em curso, espera-se alcançar a tutela definitiva, através dos protocolos clínicos, da proteção da norma constitucional ao direito à saúde para as doenças raras que carecem de efetividade.

É inegável que ainda há muito a ser feito, pois como a concretização dessas prestações dependem de recursos públicos e, com o fenômeno da judicialização, nem todos acabam conseguindo a devida proteção.

Podemos esperar que a curto prazo o Estado continue oferecendo (quando impossibilitado de custear um medicamento mais caro) um tratamento alternativo para amenizar os efeitos devastadores dessas doenças. A longo prazo, é necessário investir no campo científico, a fim de que surjam possíveis descobertas para tratar efetivamente essas enfermidades.

De igual importância seria investir na fabricação nacional dos medicamentos órfãos, fornecendo incentivos fiscais às indústrias farmacêuticas brasileiras com o intuito de evitar a importação dessas drogas.

Por fim, o ativismo judicial não deve ser visto como a solução dos males sociais brasileiros, pois a união entre os setores públicos e privados é crucial para a elaboração de metas capazes de realizar avanços substanciais das políticas de acesso das doenças raras, judicializando cada vez menos e atuando administrativamente para garantir o acesso universal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Direito previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 56/2016**. Institui a Política Nacional para Doenças Raras no Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126956>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Institui a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprova as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e institui incentivos financeiros de custeio. **Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014**. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0199_30_01_2014.html. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. STF. **RE nº 271286 AgR /RS**, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24/11/2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>. Acesso em: 27 ago 2018.

BRASIL. STF. **RE nº 566471/RN**, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, aguardando julgamento. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

BRASIL. STJ. **REsp 1657156 RJ 2017/0025629-7**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, S1- Primeira Sessão, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. TJ/RS. **AI 70075643650**. Rel. Ivan Leomar Bruxel, Oitava Câmara Cível, julgamento em 22/03/2018, DJe 26/03/2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/560339864/agravo-de-instrumento-ai-70075643650-rs?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27 ago. 2018.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVALHO, Ricardo Tavares de; PARSONS, Henrique Afonseca. **Manual de cuidados paliativos ANCP**. 2. ed. atual. amp. Disponível em: <http://biblioteca.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/Manual-de-cuidados-paliativos-ANCP.pdf#page=23>. Acesso em: 29 set. 2018.

CASADO, Hemerson. **Simpósio Internacional sobre Esclerose Lateral Amiotrófica – Alagoas em movimento**, 1, 2018, Maceió/AL.

ECHAIZ-ESPINOZA, Danielle Sales. Do mínimo ao máximo social: divergências na doutrina brasileira acerca do mínimo existencial. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/u3iu29o2/Kb2eU4ijSQUuZ7Dt.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

EURORDIS. **O que é um medicamento órfão?**. Disponível em: <https://www.eurordis.org/pt-pt/content/o-que-e-um-medicamento-orfao>. Acesso em: 25 abr. 2018.

FARIAS, Márcio de Almeida. **Judicialização da saúde**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GROSS, Alexandre Felix. **Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil**: perspectivas da judicialização entre escassez e políticas públicas. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/46795/atuacao_stf_efetivacao_gross.pdf. Acesso em: 27 ago. 2018.

HAN, Dongwoon. Global Trends in Rare Disease Control. **Simpósio Internacional sobre Esclerose Lateral Amiotrófica – Alagoas em movimento**, 1, 2018, Maceió/AL.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

INTERFARMA. **Doenças raras**: a urgência do acesso à saúde. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/doencas-raras--a-urgencia-do-acesso-a-saude-interfarma.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

INTERFARMA. **Doenças raras**: contribuições para uma política nacional. Disponível em: http://www.sbmf.org.br/_pdf/biblioteca/14/doencas_raras_2013.pdf. Acesso em: 25 abr. 2018.

MARINHO, Tiago de Lima. Direito à saúde e o Supremo Tribunal Federal: mudanças de posicionamento quanto ao fornecimento de medicamentos. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13813&revista_caderno=9. Acesso em: 10 jul. 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**: custeio da seguridade social, benefícios, acidente do trabalho, assistência social, saúde. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PR NEWSWIRE, 2018. Cresce a necessidade de novos protocolos para diagnóstico e tratamento de doenças raras. Disponível em: <https://www.prnewswire.com/news-releases/cresce-a-necessidade-de-novos-protocolos-para-diagnostico-e-tratamento-de-doencas-raras-686938151.html>. Acesso em: 15 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VILLAS-BÔAS, Eduardo da Silva. Perfil constitucional do direito à saúde: natureza jurídica, eficácia e efetividade. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,perfil-constitucional-do-direito-a-saude-natureza-juridica-eficacia-e-efetividade,47837.html> Acesso em: 20 abr. 2018.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 6.370 DE 2015 DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ

Uma análise a partir do direito à saúde¹⁶,

Ana Karolina da Silva Oliveira
Bacharelanda em Direito do Centro Universitário CESMAC

Profa. Ma. Fernanda Karoline Oliveira Calixto¹⁷,
Professora Cesmac

RESUMO: *O presente estudo dedica-se a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei nº 6.370/2015 do Município de Maceió, tendo como parâmetro o direito fundamental à saúde positivado no art. 6º caput e art. 196 da Constituição Federal. A lei disciplina o direito à gratuidade ao transporte público dentro do Município de Maceió as pessoas que sejam portadoras de doenças e deficiências físicas especificadas na legislação. Na medida em que à proteção dos direitos fundamentais devem seguir um padrão de ampliação, ou seja, deve haver um progresso na sua promoção pelo Poder Público, torna-se essencial discutir sobre a vedação do retrocesso social e o mínimo existencial, tendo em mente que não há no ordenamento jurídico direito adquirido a política pública, podendo ela ser modificada de acordo com necessidade da atual gestão governamental e seus destinatários. Num segundo momento traçam-se parâmetros sobre a atuação do atendimento universal da saúde no Brasil e como todos os entes federativos, por força do art. 23, II e art. 24, XII da CRFB/88, são responsáveis pela devida realização desse direito. Partindo desse aspecto, importante destacar como os três poderes dividem-se para atuar cada um em sua órbita, mas em muitas vezes, acabam adentrando na seara que compete a outro Poder, a*

¹⁶ Este artigo foi submetido para publicação em junho de 2018.

¹⁷ Mestra em Direito Público. Professora na Universidade de Ciências da Saúde de Alagoas e no Cesmac. Analista Jurídica do Ministério Público Estadual de Alagoas. Integra o Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Meio Ambiente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas.

exemplo das recorrentes judicialização de casos relacionados à saúde. Nesse cenário, buscase contribuir com um tema de suma relevância e polêmica e que ainda possui um olhar tímido frente à doutrina e a jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: *Direitos Fundamentais. Direito à Saúde. Políticas Públicas. Constitucionalidade.*

ABSTRACT: *The present study is devoted to the analysis of the constitutionality or unconstitutionality of Law 6.370/2015 of the Municipality of Maceió, having as parameter the fundamental right to health positive in art. 6th caput and art. 196 of the Federal Constitution. The law governs the right to free public transportation within the Municipality of Maceió to persons who are carriers of diseases and physical disabilities specified in the legislation. To the extent that the protection of fundamental rights must follow a pattern of expansion, in the form of which there should be progress in its promotion by the Government, it is essential to discuss the prohibition of social regression and the existential minimum, the absence of an acquired right to health.. In a second moment, there are parameters on the performance of universal health care in Brazil and like all federative entities, by virtue of art. 23, II and art. 24, XII of the CRFB / 88, are responsible for the due realization of this right. Starting from this aspect, it is important to highlight how the three powers are divided to act each one in its orbit, but in many cases, they end up entering the field that is in charge of another Power, like the recurrent judicialization of cases related to health. The last approach that will be given is with regard to the duality between the right to integral health protection and, in order to resolve possible conflicts between these rights. In this scenario, it is sought to contribute with a subject of great relevance and controversy and that still has a shy look before the doctrine and the jurisprudence.*

KEYWORDS: *Fundamental Rights. Right to health. Public Policy. Constitutionality*

INTRODUÇÃO

Dentro do cenário municipal é de suma importância que haja pesquisa referente à competência dos municípios na efetivação dos direitos sociais de seus habitantes. O Estado possui o dever de zelar e promover a qualidade de vida das pessoas, e no âmbito do Direito à saúde, devem existir políticas públicas para assegurar a concretização desse direito. Desse modo surgiu a ideia de estudar a Lei nº 6.370 de 2015 do Município de Maceió e sua incidência no mundo político, social e jurídico, verificando sua constitucionalidade de acordo com os preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

A questão é justamente verificar se tais medidas impostas pela Lei nº 6.370/2015 de Maceió, substituta da Lei nº 4.635 de 1993, antigamente responsável por regulamentar a gratuidade do transporte público no município, estão de acordo com as prerrogativas exigidas para sua legalidade, devido ao fato que a nova lei gerou

controvérsias, pois em seu texto apresenta mais requisitos para isenção da concessão do transporte público e diminuiu as deficiências para apenas aquelas previstas em seus artigos.

Diante do tema apresentado, se faz necessário trazer à tona o seguinte problema: quais os limites da ação estatal na alteração de políticas públicas de saúde, como a Lei nº 6.370/2015 do Município de Maceió, considerando a ausência de direito adquirido a política pública e a vedação do retrocesso social?

Em razão do problema destacado, a primeira hipótese a debater diz respeito a inconstitucionalidade da norma pois ela apresenta um retrocesso social aos direitos adquiridos pela população que tinha acesso ao transporte público intermunicipal de forma gratuita, já que ela restringiu a aplicação em determinados casos e ampliou o número de requisitos necessários para obter passe livre. A lei fere um direito fundamental e o princípio da vedação do retrocesso social na medida em que estabelece uma norma mais gravosa sobre o direito à saúde, impondo mais critérios para o passe livre nos coletivos.

A segunda hipótese refere-se à constitucionalidade da lei, observando que o Poder Executivo tem a liberdade de planejar seu orçamento e determinar qual área da sociedade ele irá investir e aplicar seus recursos financeiros, justificando que a ausência de mais efetivação em uma determinada categoria é ocasionada porque outro direito fundamental esteja precisando de mais investimento naquela circunstância.

Importante informar que tal problemática apresentada possui relevância social pois no atual cenário municipal de Maceió o sistema único de saúde ainda encontra grandes falhas em seu oferecimento. A maior parte da população utiliza o SUS e por muitas vezes acaba não usufruindo desse direito com a devida qualidade que o mesmo deveria ter.

A lei 6.370/2015 de Maceió tem um grande impacto sobre os dependentes do SUS, pois é através do transporte público coletivo ofertado sem custos para essas pessoas, que se realiza o acesso a centro de tratamentos, hospitais, médicos, farmácias, fazendo com que o direito de locomoção, também um direito fundamental positivado na Constituição Federal no art. 5º, XV, seja um modo de concretização do direito à saúde.

E por derradeiro, é trazida uma breve síntese acerca do direito adquirido a políticas públicas e a discricionariedade do Poder Público em modifica-las quando comumente achar necessário para investimento em outro setor da sociedade. Também será abordada a possível judicialização para pleitear direitos fundamentais, principalmente ligados à saúde onde o Poder Judiciário pode determinar que o Poder Executivo atue para prestar serviços a fim de veda o retrocesso social, garantindo o mínimo existencial.

Não será demais advertir, a fim de prevenir, que o objetivo geral do presente estudo é analisar a Lei nº 6.370 de 2015 do Município de Maceió face a Constituição Federal de 1988, tratando do direito à saúde, de atendimento a população através de políticas públicas, bem como a sua devida atuação frente às situações de risco, as limitações constitucionais acerca da lei e a atuação dos poderes legislativo, judiciário e executivo para a promoção do direito à saúde.

A metodologia utilizada no presente estudo foi a pesquisa do tipo teórico, utilizando-se como norte o método dedutivo e, sobretudo a técnica da pesquisa bibliográfica, reunindo, contudo, as mais abalizadas posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Insta informar também que para chegar às conclusões expostas, a metodologia também se valeu da pesquisa bibliográfica, aliada a um estudo qualitativo englobando um exame acurado acerca da doutrina pertinente ao Direito Constitucional quanto as que com ele se harmonizam em torno do tema, bem como, análise das decisões dos tribunais e estudo de revistas especializadas.

1 A LEI 6.370/2015 DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

O objeto da Lei nº 6.370/2015 consiste em dispor sobre o direito à gratuidade no pagamento de tarifas do sistema de transporte público de passageiros do município de Maceió.

A lei visa assegurar que pessoas com as deficiências ou enfermidades previstas em seus artigos tenham acesso ao transporte público, custeada pelo município. Desta forma, a atual gestão do governo pretende realizar a proteção ao direito à saúde, previsto no caput do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, concedendo o transporte gratuito para a população carente que precisa

constantemente se locomover para realizar tratamentos médicos pertinentes as suas limitações.

Neste sentido, a Lei 6.370/2015 do Município de Maceió, por definição de seu próprio texto, consiste em dispor sobre o direito à gratuidade no pagamento de tarifas do sistema de transporte público de passageiros do município de Maceió.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) na sua Constituição prescreve que a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Neste sentido, em uma visão bastante historicamente atrelado à prevenção e principalmente à cura, abarcando, essencialmente, a promoção da saúde.

A saúde faz parte do grupo dos direitos sociais de caráter fundamental protegido constitucionalmente pelos artigos 6º e 196º ambos da Constituição Federal de 1988. Diante da sua importância para evolução da sociedade e da qualidade de vida da população, todos os entes federativos possuem não somente a competência, mas a obrigação de zelar e promover o acesso a saúde de qualidade.

Pela disposição do art. 23, II da CRFB/88, colocando o município como *locus* privilegiado, com fortes impactos nos demais direitos sociais, pois o direito à saúde pública significa ter direito à moradia, ao trabalho, ao lazer, meio ambiente saudável, entre outros direitos. (STURZA, 2017).

Os direitos fundamentais possuem a proteção designada pelo princípio da vedação do retrocesso social, de modo que toda mudança ocasionada pelo estado deve observar a proteção do núcleo essencial desse direito com uma função de impor limites aos limites dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015, p. 413). A grande problemática da lei nº 6.370/2015 do Município de Maceió é o estabelecimento de condições mais rigorosas para concessão do passe livre em comparação com a antiga lei responsável por essa regulamentação, a Lei nº 4.635 de 1933.

Buscando a concretização desse bem-estar físico e mental é que a Lei nº 6.370/2015 entra no cenário do Município de Maceió, na forma de política pública, estabelecendo em seus incisos seus destinatários e os requisitos a serem preenchidos.

A Lei nº 6.370 de 2015 de Maceió é dividida em dois capítulos, o primeiro destinado a concessão da gratuidade da passagem no transporte público em favor das pessoas com deficiências e o segundo em favor das pessoas com doenças

incapacitantes. Mas, nos dois grupos de destinatários há 3 exigências comuns a serem cumpridas, cumulativamente, sendo elas: a) a inscrição no CadÚnico – Cadastro Único para Programas Sociais; b) possuírem a renda bruta mensal de até 02 salários mínimos e c) serem domiciliadas em Maceió. Para os destinatários do grupo dos portadores de doenças incapacitantes ainda é exigido que se encontre fora do mercado de trabalho.

O primeiro artigo trata da gratuidade em favor das pessoas com deficiências desde que, cumpram, cumulativamente, os seguintes procedimentos: a) estarem inscritas no CadÚnico – Cadastro Único para Programas Sociais, previsto no Decreto nº 6135/2007; b) possuam renda bruta de até 02 (dois) salários mínimos mensais; c) sejam domiciliadas em Maceió.

Já no artigo segundo, a lei elaborou um rol taxativo das pessoas que são consideradas deficientes para ter o acesso à gratuidade do transporte público e entre as hipóteses encontram-se deficientes auditivos, visuais, físicos, mentais, que possuam deficiência do espectro autistas, não fazendo jus à gratuidade pessoas portadoras de deficiências diversas daquelas descritas no art. 2º da Lei nº 6.370/2015 de Maceió.

Possuindo uma das deficiências arroladas no art. 2º da lei, os portadores devem obedecer ao procedimento exigido no art. 3º da Lei nº 6.370/2015 de Maceió, apresentando então uma série de documentos na Superintendência Municipal de Transportes e Trânsito de Maceió - SMTT, como atestado médico original, emitido no período máximo de 60 dias, comprovado por profissional que esteja ligado ao sistema municipal, estadual ou federal de saúde, ou então que esteja credenciado ao SUS.

É necessário apresentar exames médicos realizados no máximo até 01 (um) ano; comprovação na inscrição no CadÚnico; comprovação da renda familiar bruta; comprovante de domicílio no Município de Maceió, cópias de documentos oficiais de identidade e CPF e duas fotos 3x4 recentes.

O art. 4º da Lei 6.370/2015 permite que o benefício da gratuidade do transporte público se estenda a um acompanhante caso seja pertinente o acompanhamento do portador da deficiência, devendo tal condição ser comprovada no atestado médico.

Somente após a conclusão de todo o procedimento estabelecido nos artigos 3º e 4º da Lei nº 6.370/2015, será feita a entrega do cartão de gratuidade para pessoas portadoras de deficiência. Prevê o artigo 5º, §1º que o cartão terá validade até o final

do mês do aniversário do usuário e todas as renovações posteriores a essa concessão terão validade de 12 (doze) meses, concluídas também no final do mês do aniversário do usuário.

Porém estabelece o §2º do art. 5º que esse prazo de 12 (doze) meses poderá ser reduzido caso seja alegado no atestado médico que a deficiência é temporária com previsão inferior a 12 (doze) meses.

O art. 6º condiciona à renovação do cartão as regras estabelecidas no art. 3º e importante ponto é o estabelecimento dos créditos disponibilizados mensalmente aos usuários, as passagens são limitadas a 80 (oitenta) créditos, previsto no art. 7º. O art. 9º deixa claro que qualquer tipo de fraude ou uso indevido do cartão acarretará a suspensão do direito, além que não ficam excluídas a responsabilidade administrativa, civil e penal do agente, visando evitar que o uso do cartão não seja destinado a fins contrários ao propósito da legislação.

Um dos pontos mais polêmicos da Lei nº 6.370/2015 de Maceió é a previsão de seu art. 12, neste tópico a norma firmou o entendimento de que as pessoas beneficiadas pela Lei nº 4.635 de 13.08.1997, continuarão válidas até o final do mês de aniversário, obrigatoriamente precisarão realizar seus recadastramentos nos moldes da nova legislação, levando a conclusão que, caso deixem de preencher algum dos requisitos previstos na atual responsável pela concessão da gratuidade, a Lei nº 6.370/2015 de Maceió, perderão o direito ao benefício anteriormente concedido.

O capítulo II da Lei nº 6.370/2015 do Município de Maceió trata sobre a concessão da gratuidade em favor das pessoas portadoras de doenças incapacitantes. Ademais, as mesmas regras previstas para os portadores de deficiências físicas são também destinadas a esse grupo de pessoas, com exceção de mais uma exigência contida no art. 13, I, a necessidade do portador se encontrar fora do mercado de trabalho.

O art. 14 elenca as doenças incapacitantes, de forma taxativa, da mesma maneira em que a legislação tratou as deficiências, fazendo com que outros tipos de doenças diferentes das arroladas nos incisos deste artigo não seja considerada para lei como incapacitante, não fazendo jus a concessão da gratuidade das tarifas no transporte público.

Em seguida o art. 15 da Lei nº 6.370/2015 de Maceió repete os requisitos procedimentais estabelecidos para o grupo dos portadores de deficiências, devendo

apresentar os mesmos documentos do art. 4º da lei, com o adicional de um documento comprobatório de que a pessoa portadora da doença incapacitante realmente esteja fora do mercado do trabalho.

E os demais procedimentos e previsões do capítulo I destinado ao grupo de pessoas portadoras de deficiências também são destinados ao grupo de portadores de doenças incapacitantes, bem como as regras de renovação do cartão, o direito de estender o benefício a um acompanhante e ainda à obrigação da utilização consciente do cartão para não fugir dos fins a que a ele é destinado.

A diferença consiste no art. 19 da lei referente ao limite de passagens concedidas ao usuário. Esta se dará de acordo com a necessidade de cada portador, estando os créditos limitados a 30 (trinta) passagens do Sistema de Transporte Público de Passageiros do Município de Maceió.

Além das deficiências físicas, há também a menção às doenças incapacitantes, mas as pessoas portadoras destas devem, cumulativamente, estar fora do mercado de trabalho, ser cadastradas no CadÚnico, ter renda mensal bruta de até 02 (dois) salários mínimos e serem domiciliadas em Maceió. E aqui vale uma importante observação em relação às pessoas portadoras do vírus HIV, elas não fazem direito a concessão do benefício, visto que a lei só garante o direito aquelas que apresentarem a manifestação mais grave da infecção pelo vírus, a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS).

Sendo assim, o desenvolvimento da pesquisa é de suma importância para a verificação de tais circunstâncias que norteiam a contexto em que a lei surge e os reflexos que incidiram por quem seja diretamente interessado em obter o acesso gratuito ao transporte público devido suas condições físicas ou doenças incapacitantes.

1.1 IMPORTÂNCIA DA LEI Nº 6.370/2015 PARA A POPULAÇÃO DE MACEIÓ NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde é direito fundamental a ser prestado pelo Estado para toda pessoa humana, em virtude do princípio da universalidade, mesmo que alguém não resida no Brasil, apenas pelo fato de ser pessoa humana, ela é titular de direitos e deveres fundamentais. (SARLET, 2015, p. 217). Na federação cooperativa, a

realização do direito à saúde é competência comum entre os entes federados, de modo que todos devem manter meios para sua concretização, como dispõe o artigo 24, XII da CRFB/88.

Mesmo com a previsão constitucional, existem inúmeros problemas enfrentados pelo Sistema Único de Saúde – SUS para sua efetiva realização. Desse modo, é preciso que cada ente federativo una força dentro de sua margem de atuação para encontrar meios capazes de fazer com que aqueles que necessitem sejam atendidos de maneira suficiente a amenizar os ligados a saúde.

Nesse contexto, a edição da Lei nº 6.370/2015 é de suma importância, pois ela dispõe sobre o meio de locomoção para que o paciente ou a pessoa portadora de deficiência tenha acesso aos hospitais, postos de saúde, centro de fisioterapia e outros locais onde obrigatoriamente fazem algum tipo de tratamento.

Não seria viável o governo simplesmente estabelecer que determinado remédio ou tratamento é concedido gratuitamente, se a população da qual ele carece, não possui condições financeiras para gastos de locomoção, já que seria oneroso se tratando de pessoas carentes, extremamente dependentes do poder público.

1.2 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA 6.370/2015

A supracitada lei tem sua pertinência social, política e jurídica de grande relevância para o Município de Maceió. Acontece que, antes da lei entrar em vigor, existia outra norma responsável por regulamentar a concessão da gratuidade do transporte público, que foi então revogado pela lei atual. Na Lei 4.635 de 1993 o procedimento para ser concedido o benefício era menos rigoroso e as previsões das deficiências físicas e doenças incapacitantes não eram tão restritas como apresentadas na nova lei.

Isso tornou a Lei 6.370/2015 menos benéfica, pois restringiu o acesso da população a um serviço público, referente a um direito fundamental, capaz de modificar a esfera de um indivíduo, porque deu margem para que um direito efetivado fosse retirado do mundo jurídico, podendo inclusive prejudicar certa pessoa.

Imagine, por exemplo, uma pessoa possuidora de uma doença incapacitante, abrangida pela lei anterior, a qual detinha o direito de ir e vir nos transportes públicos de Maceió sem pagar nada. Agora, a nova lei, vem, então e modificar condições e

estabelece um processo mais rigoroso, dizendo que além da doença incapacitante, a pessoa deve estar fora do mercado de trabalho e ter renda inferior a 02 (dois) salários brutos mensais. Essa pessoa passa a não mais preencher os requisitos exigidos e perde o direito da gratuidade do transporte.

A nova lei prejudicou já que ela ficará sem a locomoção que permitia na realização de seus tratamentos. Visto que o direito à saúde é um direito fundamental e a lei 6.370/2015 é um meio de efetivação do mesmo, teria ferido o direito adquirido daqueles abrangidos pela lei anterior?

2 LIMITES DA AÇÃO ESTATAL NA ALTERAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A saúde é um direito de todos, independentemente de contribuição, é uma obrigação do Estado que buscará garantir esse direito através de políticas públicas, com o objetivo de reduzir os riscos de doenças e agravos de modo a possibilitar seu acesso universal e igual às ações e serviços de saúde pública.

A obrigação de se atribuir a máxima efetividade às normas constitucionais de direitos sociais é direcionada a todos os órgãos estatais, dentro de sua competência. (SARLET, 2014). O Estado, abrangendo o poder público como um todo, ao ditar seus projetos para realização dos direitos sociais submete-se a princípios primordiais, tanto quando feita a elaboração de uma política pública ou quando deixa de realizá-la.

A formação de políticas públicas depende do grau de relevância dos problemas existentes, diante dos acontecimentos que levam o governo a priorizar determinado tema e setor na sociedade. (CAPELLA, 2018).

O princípio da reserva do possível dá margem para o Estado não agir em determinado direito social, baseado objetivamente comprovado, por seu custo não fazer parte do orçamento da respectiva gestão, considerando que o destino dado ao dinheiro existente nos cofres públicos no atual momento precisa ser destinado a outros setores da sociedade por possuírem uma carência maior. Mas isto não significa que o Estado poderá usar essa prerrogativa para se esquivar de agir nas suas obrigações, este é o entendimento jurisprudencial no STF, como resta demonstrado na decisão monocrática do ministro Celso de Melo no RE 271.286:

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa

brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República. (STF. Re 271.286. Relator: Ministro Celso de Melo, Segunda Turma, Julgado em 12-09-2000. DJe 24-11-2000).

Por outro lado, o chamado princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, III da CRFB/88, abre o espaço para se extrair que o Estado não poderá deixar de investir em determinado setor social caso não esteja garantido o mínimo para existência digna daquela determinada classe ao qual a política pública é destinada. (LONCHIATI, 2016, p. 13).

Então se encontram dois limites principais na ação estatal, um que permite ao Estado deixar de agir se não houver recursos suficientes e outro que estabelece que pelo menos, o mínimo existencial deve ser garantido aos seus governados.

Apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. (STF. Are 926469 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgado em 07-06-2016. DJe-128 20-06-2016).

As políticas públicas estão diretamente ligadas ao planejamento do setor público e a qualidade de sua efetivação está relacionada à vida dos cidadãos. Abrangem áreas da educação, saúde, segurança e entre outras. São programas, ações, decisões tomadas pelo governo com a participação direta e indireta dos entes públicos ou privados, visando assegurar algum direito fundamental a determinada parte da população. (RIBEIRO, 2014).

Possui um viés político que representa um conflito de interesse e um viés administrativo que busca o melhoramento para a sociedade, o bem comum a todos. Direito adquirido é o direito subjetivo incorporado ao acervo jurídico do titular, tendo sido ele consumado ou não. Está previsto no artigo 5º, XXXVI, CRFB/88, fazendo parte do rol dos direitos fundamentais.

A ligação entre os dois institutos é saber se a política pública quando proveniente ao mundo jurídico para efetivação de um direito fundamental, gera um direito adquirido por ser forma de alcançar a efetivação de um direito fundamental.

No caso da Lei nº 6.370/2015 existem pessoas que deixaram de ser contempladas pelas novas disposições. Se esta política pública de oferecimento de transporte gratuito a certo grupo de pessoas serem considerada um direito adquirido, os lesados pela revogação do benefício podem reivindicar judicialmente já que um direito seu adquirido foi retirado, prejudicando sua esfera social.

Por outro lado, o governo ao traçar seus objetivos possui discricionariedade para decidir o que será gasto e aonde fará suas aplicações, podendo ele retirar certa política pública, substituindo por outra que ser mais conveniente, desde que continue protegendo um direito fundamental, como, por exemplo, a saúde. Deste lado da visão mesmo se tratando de um direito fundamental social a política pública pode ser derrubada por outra, desde que se continue a regulamentar de forma ampla o direito.

Caso fosse reconhecido o direito subjetivo a política pública, a lei municipal 6.370/2015 de Maceió não poderia retroagir e alcançar efeitos concedidos antes da sua edição. As pessoas, uma vez beneficiadas pela gratuidade do transporte público, permaneceriam com seu direito adquirido. É preciso levar em consideração vários aspectos sobre o tema.

2.1 O RETROCESSO SOCIAL PRESENTE NA LEI Nº 6.370/2015 E SEUS EFEITOS RETROATIVOS PARA POPULAÇÃO

O princípio da Proibição ou Vedação do Retrocesso Social está inserido de forma implícita na Constituição Federal e decorre de outros princípios como A Dignidade da Pessoa Humana, da Segurança Jurídica, da Confiança e da Construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

A vedação ao retrocesso social se refere à ideia que um direito fundamental oferecido hoje pelo Estado não poderá ser diminuído amanhã de forma a configurar uma proteção menor a anterior. É o processo de ampliação de direitos fundamentais, na medida em que eles devem ser sempre maiores do que foram no passado. Visa garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, como bem explica Sarlet, (2014), que mesmo quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos.

Deste modo o legislador fica vinculado a editar normas com o pensamento voltado à necessidade e a obrigação de ampliar políticas públicas que aumentem o bem-estar da população, evitando assim o retrocesso. O que torna um dever do Estado em não apenas reconhecer a existência de um direito fundamental, mas torná-lo efetivo, respeitando as conquistas das gerações passadas sem prejudicar a futura, logo impede que haja restrições a direitos sociais que já foram efetivados no plano concreto. (SOARES, 2015).

Como nenhum princípio dentro do ordenamento jurídico é absoluto, a vedação do retrocesso social encontra no Princípio da Reserva do Possível uma espécie de barreira na concretização dos direitos sociais. Isto porque deve haver um equilíbrio financeiro e a pretensão desejada deve ser razoável e proporcional, com base no entendimento de que mesmo que o Estado deva conceder mecanismos necessários ao desenvolvimento e bem-estar do povo, não é possível atender a todas as demandas com máxima efetivação devido aos custos a serem financiados pelo governo.

Em contrapartida a reserva do possível, outro princípio de suma importância na efetivação dos direitos sociais é o Mínimo Existencial. Por este princípio o Estado não pode escorar-se na desculpa de não possuir orçamento suficiente quando a violação de um direito fundamental ponha em risco a integralidade física e psíquica de uma pessoa, capaz de comprometer até mesmo sua vida.

A vedação ao retrocesso social junto com o mínimo existencial procura firmar a segurança jurídica estabelecida entre o Estado e seu povo, que determina o grau de confiança das pessoas na estabilidade daquilo que uma vez foi ofertado pelo Poder Público, abrangendo desta forma o limite a retroatividade da lei e dos atos do Poder Público. (SARLET, 2015).

A atuação desses institutos é de medidas assecuratórias da continuidade da proteção ao direito fundamental dentro do ordenamento jurídico. Fazendo um paralelo com a Lei nº 6.370/2015, houve a quebra da confiança e da continuidade do serviço público aos antigos beneficiários pela atitude do governo municipal de não respeitar o princípio da vedação ao retrocesso social e retirar do plano social daquelas pessoas algo que já havia se inserido dentro de seus direitos adquiridos.

O governo de Maceió, ao implementar uma política pública de saúde, não pode deixar de observar os parâmetros constitucionais que limitam sua discricionariedade

na determinação dos critérios de acesso deste benefício, especificamente a Lei nº 6.370/2015, pela obediência ao direito à vida, a dignidade humana, a vedação do retrocesso social e a promoção do bem-estar de todos.

Além que uma vez inserida no ordenamento jurídica, uma lei quando trata de regular um preceito constitucional se incorpora dentro da sociedade e na vida pessoal de muitas pessoas, não podendo ser totalmente suprimido.

Deste modo a inconstitucionalidade refere-se ao fato de estar diante de uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador e inserido ao patrimônio social do indivíduo. (SARLET, 2015)

A Lei 6.370/2015 teve efeitos retroativos ao estabelecer que os destinatários da norma anterior revogada deviam obedecer aos novos requisitos impostos pela nova lei. O objeto da discussão é saber se essa previsão é constitucional, pois a análise da lei permite concluir que ela impôs requisitos mais difíceis e abrangeu uma menor quantidade de pessoas. Ao passo em que ela modificou de modo a restringir o acesso a um direito fundamental, o questionamento que se faz é sobre sua incidência e se encontra posicionamento constitucional a favor de sua aplicação, mesmo diante de suas peculiaridades.

Em primeiro lugar se faz necessário esclarecer a importância da Lei 6.370/2015 do Município de Maceió em relação à efetivação do direito social à saúde pública, visto que a norma funciona como um meio de concretização desse direito. Partindo da ideia que os direitos fundamentais devem estar em constante progresso sem sofrer restrições que retirem a proteção do seu núcleo essencial, logo os meios de efetivação dos direitos fundamentais também devem ser apresentados em crescimento, de forma que exista uma ampliação nos mecanismos oferecidos pelo Estado. (STF. ACO 1.472 AgR-segundo, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Julgado em. 01-09-2017, DJe de 18-9-2017.).

A Lei 6.370/2015 de Maceió restringiu em certos pontos seu alcance e seus destinatários, deixando de contemplar certas deficiências físicas e alguns problemas de saúde que anteriormente eram embarcados pela legislação anterior, a Lei nº 4.635, de 13 de agosto de 1997.

A discussão sobre a constitucionalidade da nova lei responsável por regulamentar o transporte gratuito dentro do município leva em consideração não só a literalidade do texto da Constituição Federal de 1988, mas também sobre o sentido

que as normas constitucionais repassam ao deixar claro que o final deve ser a garantia do direito à vida e à saúde como pontos primordiais a qualidade de vida dentro de uma sociedade.

Deste modo, caso a nova lei prejudique direitos subjetivos a ponto de comprometer a integridade física e a saúde da população, ela é inconstitucional, pois o núcleo essencial do direito fundamental à saúde ficou desprotegido, fazendo com que houvesse um retrocesso em sua oferta pelo Poder Público, que ocasionou em um déficit no bem-estar social dentro do Município de Maceió.

Caso a nova lei ao restringir o grupo de acesso de seus destinatários não prejudique a saúde da população ligada a esse tipo de política pública e não haja um desequilíbrio no Sistema Único de Saúde, que tenha relação com a positivação da norma, a lei então seria constitucional, já que continuaria a proteger o núcleo essencial do direito fundamental à saúde, sem prejudicar direitos subjetivos e sem ocasionar a baixa no bem-estar físico e mental da população.

Além do âmbito de proteção do direito à saúde, consagrado constitucionalmente nos artigos 6º e 196º da Constituição Federal de 1988, o inciso XXXVI do art. 5º da CRFB/88 protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, chamado de irretroatividade da lei.

Este artigo da Constituição impede que uma nova lei prejudique terceiros que tenham sido beneficiados com garantias disponibilizadas pelo Estado, como consequência pode se extrair a ideia de que a Lei nº 6.370/2015 de Maceió ao retirar o direito do transporte gratuito a alguns usuários é inconstitucional por prejudicar o direito adquirido por elas anteriormente, já que foram conquistados pelo cumprimento dos requisitos da legislação anterior.

Este aspecto permite a atuação do Poder Judiciário intervir na esfera do Poder Executivo, já que a própria Constituição Federal protege a lesão ou ameaça ao direito, como dispõe a redação do artigo 5º, inciso XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ou seja, é possível reivindicar normas através do judiciário.

Essa possibilidade da intervenção do Poder Judiciário em determinar a atuação do Poder Executivo nas políticas públicas de saúde será estudada no próximo capítulo, analisando como se manifesta, inclusive o Ministério Público do Estado de Alagoas.

3 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EXECUÇÃO DA NORMA IMPOSTA PELO PODER EXECUTIVO

A judicialização é fenômeno constituído pela influência do Poder Judiciário nas instituições políticas e sociais. O cidadão possui o direito de pleitear em juízo sobre a exigência dos seus direitos fundamentais. Garantia constitucional imposta pelo art. 5º, XXXV da CRFB/88.

A explosão de demandas judiciais relacionadas à assistência à saúde pública cresceu no Brasil por volta do início da década de 90, se tornando corriqueira nos tribunais, principalmente com questões envolvendo o fornecimento de medicação pelo Sistema Único de Saúde – SUS. (VENTURA, 2010).

O Poder Judiciário cada vez mais se apresenta atuante na vida social, consolidando direitos ou impondo deveres. Esta atuação é capaz de diminuir a eficácia dos demais poderes. (MACHADO, 2016).

A princípio cada um dos três poderes possui independência para atuar dentro da seara de suas atribuições sem sofrer intervenções dos demais. Essa instituição foi imposta pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 2º, caput. Acontece que no atual cenário do ordenamento jurídico, diante das mudanças ocasionadas pela evolução da sociedade, existem conflitos que não são capazes de ser solucionados apenas por um dos três poderes, o que provoca a intervenção de um poder sobre o outro.

A judicialização de demandas relacionadas à saúde é um bom exemplo desse fenômeno. E a legitimidade do Poder Judiciário em interferir no âmbito do Poder Legislativo e no Poder Executivo se explica pela necessidade de observância de certos parâmetros sociais e no objetivo de proporcionar as pessoas o melhor que o Estado possa oferecer.

Este entendimento foi firmado pelo STF:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. O

Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. ARE 801676 AgR. Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgado em 19-08-2014. DJe – 170 02-09-2014).

Essa autoridade também encontra fundamento nos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, primordialmente a dignidade da pessoa humana e a busca da administração pública em promover o bem de todo o bem comum.

No aspecto da Lei nº 6.370/2015 do município de Maceió, sendo ela uma política pública ligada ao direito à saúde, seu conteúdo pode ser objeto de avaliação judicial, questionando sua constitucionalidade ou pela exigência de que seu benefício seja estendido a demais pessoas que comprovem necessitar do passe livre no transporte rodoviário dentro de Maceió.

Fato que já existem ações no Poder Judiciário de Alagoas contestando requisitos da lei e a exclusão de certos destinatários que antes eram contemplados com o passe livre nos ônibus circulados dentro do Município.

A lei nº 6.370/2015 de Maceió excluiu do grupo de doenças incapacitantes os portadores do vírus HIV, pois a norma apenas menciona os portadores do vírus que já tenham desenvolvidos a AIDS, a manifestação da doença. Neste aspecto a nova legislação violou direitos e garantias fundamentais adquiridos pelos portadores do vírus, pois agora encontram empecilhos de continuar seu tratamento, sabendo-se que boa parte da população soropositiva não possui condições financeiras de se locomover ou custear os tratamentos médicos.

Diante deste cenário de retrocesso na proteção do direito à vida e à saúde da população, o Ministério Público de Alagoas (MP/AL) ajuizou uma Ação Civil Pública contra o estado de Alagoas para ampliar o direito ao passe livre aos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV), a ação foi proposta pelo Promotor de Justiça Flávio Gomes da Costa, na qual foi conseguido posicionamento positivo a demanda autora.

A ação foi interposta após uma série de reclamações de cidadãos que não conseguiam a obtenção do cartão da gratuidade no transporte público ou não conseguiam revalidar seu cadastro na SMTT. A alegação feita na petição pelo Ministério Público foi que a nova lei fere direito adquirido, já que em seu texto exige a

manifestação de doenças oportunistas, ou seja, o desenvolvimento do vírus, colocando uma condicionante a mais no processo de concessão do benefício.

O Ministério Público procurou expor argumentos que justificassem a dificuldade que encontrariam essas pessoas sem a concessão de passagens pelo governo do município, duas delas primordiais para a plena efetivação do tratamento que são a periodicidade e o acompanhamento psicológico regular. Além da busca por medicamentos, o deslocamento serve para realizar de exames e visitas regulares a médicos especializados.

Assim como apresentada em um trecho da Ação Civil Pública:

Mesmo sem desenvolver doenças oportunistas, os portadores de HIV têm necessidades e direito a este benefício. A concessão do benefício tem o objetivo de oferecer melhores condições, não só para o tratamento contínuo e seguro, mas contribuir para a integração social destas pessoas, incentivando-as a evitar o isolamento e se locomoverem em busca de atividades que possam enriquecer sua existência, facilitando, o quanto possível que estas continuem a produzir e a participar das atividades na sociedade e em especial para irem aos postos de saúde aderir ao tratamento da doença. (BRASIL. 14° Vara Cível de Maceió. Ação Civil Pública – ACP n° 0800901-42.2016.8.02.0001. Autor: Ministério Público do Estado de Alagoas. Réu: Município de Maceió. Julgado em 25-01-2018).

A exposição dos fatos e do direito da Ação Civil Pública foram voltados a evidenciar a importância do transporte gratuito no acesso universal e multidisciplinar, necessário mesmo sem ter existido a manifestação de doenças oportunistas que configurariam a AIDS.

A Lei Municipal de Maceió ao deixar de atender os portadores do vírus HIV se torna um retrocesso na luta contra a epidemia na AIDS no mundo, contrariando desta forma as diretrizes constitucionais que estabelecem o dever do Estado em promover à saúde de forma universal.

A decisão proferida pela 14° Vara Cível de Maceió foi positiva a pretensão autora, ordenando que o Poder Executivo de Maceió e a Superintendência de Transporte Urbano concedessem o benefício aos portadores de HIV, não eximindo a obrigação do governo municipal na promoção do direito à saúde:

Defiro o Pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela, a fim de que o Município de Maceió seja obrigado a conceder gratuidade da isenção tarifária com concessão mínima de créditos de 04 (quatro) passagens diárias, sob pena de multa diária a ser atribuída por este juízo, independentemente de serem portadores de HIV ou HIV/AIDS. (Ação Civil Pública – ACP n° 0800901-42.2016.8.02.0001. Autor: Ministério Público do Estado de Alagoas. Réu: Município de Maceió. Julgado em

25-01-2018).

Com esta decisão ficou evidenciado que o transporte público neste caso significa uma questão de saúde pública e procura diminuir as desigualdades em relação às demais pessoas. O caráter da ação é puramente efetivar a garantia do Direito à Saúde amparando a parte da população que além de ter uma doença crônica, não tem condições financeiras de custear seu tratamento, o que envolve sua locomoção, fato este que explica a aplicação do princípio da igualdade material que tem por objetivo apaziguar as diferenças, concedendo benefícios aos que por necessidade precisam de amparo estatal.

O Ministério Público em sua argumentação sustentou a possibilidade de intervenção judicial sobre a efetivação deste direito social por considerar o texto da Lei nº 6.370/2015 do Município de Maceió uma forma de ampliar a parcela da população que já é bastante fragilizada. Assim como foi exposto na apresentação da petição:

À margem do lastro maior, da isonomia, constitui, ademais, providência altamente discriminatória, pois o ordenamento jurídico da Lei 6370/2015, potencializa A EXCLUSÃO DE PARCELA DA POPULAÇÃO JÁ TÃO FRAGILIZADA. Daí a plena possibilidade do controle judicial sobre a efetividade de direitos sociais, econômicos e culturais à luz do reconhecimento de um padrão de existência digna à pessoa, conjugado a uma repercussão de pouca significância no âmbito de outros princípios constitucionais, sobretudo no da separação dos poderes do Estado. (Juízo de Direito – 14º Cível de Maceió. Ação Civil Pública – ACP nº 0800901-42.2016.8.02.0001. Autor: Ministério Público do Estado de Alagoas. Réu: Município de Maceió. Julgado em 25-01-2018).

A defesa do Município se pautou na justificativa de que não haveria probabilidade do direito e nem risco ao resultado útil para conceder a tutela de urgência. Ademais não houve argumento plausível para sustentar a constitucionalidade da Lei nº 6.370/2015, a procuradoria do município em sua defesa comparou a diferença da patologia manifestada e das pessoas que não manifestaram doenças, estas que por ainda não apresentarem sintomas não fariam jus ao benefício da gratuidade do transporte público.

A isonomia apresentada pela defesa não guarda relação com o direito constitucional, pois independente da manifestação viral no organismo o tratamento no combate ao HIV deve ser feito constantemente com periodicidade e habitualidade, através de políticas públicas que garantam o acesso ao tratamento estas pessoas poderão continuar exercendo suas atividades e evitar o progresso da carga viral que

levará a pessoa a morte já que não há cura para o vírus HIV.

A defesa do município chega a ser estarrecedora por dispor que simplesmente ter o vírus não permite a concessão do benefício. Posição esta que contraria o sentido da base norteadora da proteção estatal ao seu povo, como fica demonstrado em um trecho da contestação apresentada:

Não se justifica excelência que a mera constatação do referido vírus enseje a gratuidade, e vedar tal situação não é absolutamente atentar de qualquer forma contra a obrigação constitucional de assistência à saúde, pois prever o mesmo dispositivo legal que se pretende ver declarado como inconstitucional, tal gratuidade para os portadores que dela necessitem para tratarem a referida patologia. (Juízo de Direito – 14º Cível de Maceió. Ação Civil Pública – ACP nº 0800901-42.2016.8.02.0001. Autor: Ministério Público do Estado de Alagoas. Réu: Município de Maceió. Julgado em 25-01-2018).

Ao impugnar a contestação o Ministério Público destacou o descaso por parte do município de Maceió em viabilizar o transporte público gratuito sob alegação que não há justificativa para concessão do benefício, como bem explicado por parte do MP ao remeter a proteção concedida pela lei revogada de nº 4.637/1997:

São dezessete anos, sete meses e cinco dias nos quais, caso sigamos a lógica argumentativa do douto Procurador Municipal, em sua peça contestatória, todo o transporte público restou inviabilizado, inviabilização causada, certamente, por alguma parcela dos 4.331 (quatro mil trezentos e trinta e um) (números da Secretaria Estadual da Saúde, referentes ao ano de 2016) portadores do HIV que faziam uso do benefício. É patente excelência a ausência de preocupação da parte ré com a manutenção de preservação das ações de promoção e tratamento dos portadores da vergastada patologia, alicerçadas em nossa Carta Magna, bem como na lei orgânica do município de Maceió e em outros diplomas legais, razão pela qual não deve prosperar o requerido em sede de contestação. (Juízo de Direito – 14º Cível de Maceió. Ação Civil Pública – ACP nº 0800901-42.2016.8.02.0001. Autor: Ministério Público do Estado de Alagoas. Réu: Município de Maceió. Julgado em 25-01-2018).

O posicionamento do Ministério Público estadual demonstra que a legislação apresenta incompatibilidades constitucionais que provocaram demandas no Judiciário Alagoano, que acabou por determinar que o Poder Executivo ampliasse rol de contemplados na legislação.

Estas demandas evidenciam o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade do Poder Judiciário determinar que o Executivo execute certa política pública visando salvaguardar direitos que não podem ser colocados de lado e nem suprimidos do ordenamento jurídico.

Ademais, um ponto importante é que essa determinação na concessão do benefício às pessoas que perderam seu direito em razão da nova lei, é que não houve aumento de despesas por parte do Município de Maceió, já que o orçamento contava com todos os destinatários usuários do transporte público por meio das passagens fornecidas pelo governo, excluindo desta forma a aplicação do princípio da reserva do possível.

CONCLUSÃO

Por representar um retrocesso no progresso dos direitos sociais dentro do Município de Maceió, a Lei nº 6.370/2015 é inconstitucional, pois seu texto não condiz com a Constituição Federal e suas diretrizes que buscam otimizar o Estado Democrático de Direito.

As novas condições de admissibilidade da concessão do benefício do passe livre e a redução das doenças físicas e incapacitantes retiram direitos adquiridos capazes de colocar em risco o bem-estar físico e psíquico de pessoas.

A mais disso, não se pode deixar de atender pessoas em situações peculiares, principalmente as mais necessitadas, que justificadamente necessitam da intervenção estatal para ter acesso à saúde de qualidade. Além que retirar o benefício de certas pessoas coloca em risco a continuidade de tratamentos, ocasionando a diminuição da saúde da população.

O estudo feito através de jurisprudência e doutrina permite demonstrar que a lei do município de Maceió contraria todo o progresso de um entendimento voltado para o crescimento dos direitos fundamentais e meios de concretização.

O que se tem como reflexo diante da aplicação da Lei nº 6.370/2015 de Maceió é o de que ela não trouxe resultados satisfatórios aos mesmos, mas sim desproteção e exclusão.

De fato, o Poder Judiciário encontra margens para interferir nesta política pública e determinar que o governo forneça a gratuidade a certo grupo de cidadãos que forem por ela excluídos, por ser uma lei direcionada a concretização do direito à saúde não é possível pôr em risco a vida de pessoas, o Estado tem o dever de zelar pela integralidade física e mental de seu povo.

O que se busca neste artigo científico é esclarecer a importância da Lei nº 6.370/2015 do Município de Maceió e como sua entrada no mundo jurídico foi capaz de causar controvérsias e prejuízos para algumas pessoas.

Por último, gostaríamos de ressaltar a importância que se tem em refletir sobre a garantia dos direitos fundamentais, especificamente o direito à saúde, que mesmo com a evolução das consolidações jurisprudências e programas de governos, ainda é possível encontrar fragilidades e retrocessos.

Conclui-se que a Lei nº 6.370/2015 do Município de Maceió é inconstitucional e apresenta um retrocesso à sociedade alagoana, tanto de legitimação quanto de avanço na construção de uma cidade protetora de sua população.

REFERÊNCIAS

ASCOM MPE. MP instaura ação que garante acesso gratuito ao transporte para pessoas com HIV. Maceió 03 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.cadaminuto.com.br/noticia/320116/2018/05/03/mp-instaura-acao-que-garante-acesso-gratuito-ao-transporte-para-pessoas-com-hiv>. Acesso em 28 de setembro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado Federal, 2011.

BRASIL. **Lei nº 6.370/2015**. Dispõe sobre o direito à gratuidade no pagamento de tarifas do sistema de transporte público de passageiros do município de Maceió. Disponível em: www.legisweb.com.br. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. STF. **ARE 926469 AgR**, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgado em 07-06-2016. DJe-128 20-06-2016.

BRASIL. **RE 271.286**. Relator: Ministro Celso de Melo, Segunda Turma, Julgado em 12-09-2000. DJ 24-11-2000).

BRASIL. **ACO 1.472 AgR-segundo**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Julgado em. 01-09-2017, DJE de 18-9-2017.

BRASIL. **ARE 801676 AgR**. Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgado em 19-08-2014. DJe – 170 02-09-2014

BRASIL. Ação Civil Pública – ACP nº 0800901-42.2016.8.02.0001. Autor: Ministério Público do Estado de Alagoas. Réu: Município de Maceió. (Julgado em 25-01-2018).

CARMO, Michelly Eustáquia; GUIZARDI, Francini Lube. Desafios da Intersetorialidade nas políticas públicas de saúde e assistência social: uma revisão do estado da arte. **Revista de Saúde Coletiva**, v. 27, out – dez. 2017.

Constituição da Organização Mundial de Saúde: Nova York, 22 de jul 1946. Disponível

em: www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em: 20 de mar 2018.

CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DERGINT, Dario Eduardo Amaral. Participação, Transparência e Avaliação de Políticas Públicas. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. 2014.

LONCHIATI, Fabrizia Angelica Bonatto; MOTTA, Ivan Dias da. Reflexões Acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Educacional. **Revista Jurídica**. V. 4, n. 45, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SALES NETTO Pedro Riberio de, MACHADO, Mateus Mendes; SILVA, Laskara Thamires Sousa; COSTA, Sabrina da silva; GUEDES, Virgílio Ribeiro; AOKI, Raquel Lima de Abreu. Judicialização da Saúde e a crise econômica: Uma breve análise quanto à necessidade de ponderação de interesses em tempo de crise. **Revista de Patologia de Tocantins**. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 111-156, out/dez. 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A proteção à dignidade da pessoa humana e as medidas provisórias nº 664/2015 e 665/2014: uma análise à luz da vedação ao retrocesso social. **Revista Jurídica**. 2015.

STURZA, Machado Janaina. O município enquanto espaço de consolidação de direitos: a saúde como bem comum da comunidade. **Revista Jurídica**. Vol. 04, nº 49, 2017.

TRAVASSOS, Denise Vieira; FERREIRA, Raquel Conceição; DUARTE VARGAS, Andréa Maria de Moura; ARAUJO CONCEIÇÃO, Rosa Núbia Vieira de; FREITAS MARQUES, Elza Maria de; FERREIRA, Daniela. Judicialização da Saúde: um estudo de três tribunais brasileiros. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**. Vol. 18, nov. 2013.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lucia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da Saúde, acesso à justiça e a efetividade do Direito à Saúde. **Revista de Saúde Coletiva**. 2010.

**DO FINALISMO À TEORIA SIGNIFICATIVA:
Uma releitura da conduta sob o aspecto criminal¹⁸**

João Antônio Sampaio Camelo
Pesquisador/Cesmac
Juliana Teixeira Silva Valença
Pesquisadora/Cesmac

Prof. Me. Marcus Robson Costa Nascimento¹⁹

RESUMO: *A teoria finalista da ação, proposta por Hans Welzel (1904-1977), defendeu ser a conduta o exercício de uma atividade final. Com o passar do tempo, surgiram diversas críticas ao sistema finalista, principalmente no que concerne aos crimes culposos e aos crimes omissivos, bem como em relação à sua adequação às finalidades do Direito Penal moderno, definidas segundo os princípios do Estado constitucional de direito. Com efeito, após as críticas formuladas principalmente pelos teóricos do funcionalismo penal, surgiram as concepções de conduta fundadas na filosofia da linguagem, dentre elas a chamada concepção significativa da ação, do jusfilósofo espanhol Vives Antón, que rompe com alguns critérios ontológicos aceitos pela teoria da ação final, de Welzel. Neste sentido, a presente pesquisa se comprometeu com a problemática de esclarecer se a teoria significativa inaugura um novo paradigma na teoria geral do crime ou se estabelece um nexo de complementaridade em relação à teoria finalista da conduta. Assim, à luz do método dialético, centrado na relação de contradição entre ambas as teorias, verificou-se que, apesar da exclusão de alguns dos principais elementos ontológicos da conduta humana punível, tais como a própria noção de ação, que deixa de ser aquilo que os homens fazem e passa a ser considerada como o significado daquilo que fazem, Vives Antón preservou muitos pontos tidos como consensuais trazidos pelas teorias da conduta humana anteriores à concepção da ação comunicativa, a partir da abordagem causalista, o que não permite falar em rompimento, mas em correção das teorias pretéritas.*

¹⁸ Este artigo foi submetido para publicação em setembro de 2018 e é resultado de uma pesquisa de Iniciação Científica desenvolvida pelo Psic/Cesmac.

¹⁹ Mestrado em Direito, Professor no Cesmac. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente na linha temática Direito, linguagem e ideologia. Promotor de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Causalismo. Finalismo. Concepção Significativa da Ação.

ABSTRACT: *The finalist theory of Action, proposed by Hans Welzel (1904-1977), defended being the conduct the exercise of a final activity. Over time, several criticisms arose in the finalist system, especially with regard to culpable crimes and omissive crimes, as well as their suitability for the purposes of modern criminal law, defined according to the principles of the State Constitutional law. Indeed, after the criticism formulated mainly by the theorists of criminal functionalism, emerged the conceptions of conduct founded on the philosophy of language, among them the so-called significant conception of action, of the Spanish jusphilosopher Vives Antón, which it breaks with some ontological criteria accepted by Welzel's theory of final action. In this sense, the present research has committed itself to the problem of clarifying whether the significant theory inaugurates a new paradigm in the general theory of crime or establishes a nexus of complementarity in relation to the finalist theory of conduct. Thus, in the light of the dialectical method, centered on the relationship of contradiction between both theories, it was found that, despite the exclusion of some of the main ontological elements of punishable human conduct, such as the notion of action itself, which ceases to be what Men do and become regarded as the meaning of what they do, Vives Antón preserved many points as consensual brought by theories of human conduct prior to the conception of communicative action, from the causalist approach, which does not allow talking about disruption, but in correcting the past theories.*

KEYWORDS: Causalism. Finalism. Meaningful conception of action.

INTRODUÇÃO

O conceito de conduta penalmente relevante vem sendo discutido pelo direito penal desde o século XIX. Na época de grande prestígio do positivismo filosófico, surgiu a teoria causal-naturalista da ação, que, influenciada pelo pensamento acadêmico preponderante, reduziu a conduta a uma mera relação de causa e efeito, engessando o direito penal sob diferentes aspectos.

Após diversas discussões e propostas de modificação do causalismo, emergiu, no âmbito da academia, a teoria neokantista da conduta, sob a influência da teoria dos valores baseada em Immanuel Kant (1724-1804), em que se procurou valorar as categorias criadas pela teoria clássica (causalista) da conduta, a partir do reconhecimento de elementos normativos e subjetivos no tipo, entre outras constatações que romperam com os ditames naturalistas do positivismo.

Não obstante, ante as inúmeras dúvidas que as teorias clássica e neoclássica da conduta não conseguiam responder, os doutrinadores buscavam, àquela altura, isto é, já no início do século XX, a nota essencial da conduta humana. Neste sentido, emergiu no meio doutrinário a chamada teoria finalista da ação, encabeçada por Hans Welzel, que identificava a finalidade como sendo aquilo que há de comum a todas as modalidades de ação.

Conduto, paralelamente, já o neokantismo e os defensores das teorias sociais da ação passaram a criticar o finalismo, principalmente no que toca à dinâmica própria das categorias da conduta punível organizadas por Hans Welzel e em função em razão da excessiva importância dada pelo finalismo ao chamado *tipo subjetivo*, que admite a ideia de que o homem sempre antevê o resultado de sua conduta. Deve-se registrar que a concepção finalista da conduta foi estruturada sobre os alicerces da fenomenologia de Edmund Husserl (1858-1938), para a qual toda ação humana traz em si o germe da intencionalidade. Welzel substituiu o termo *intencionalidade* por *finalidade*.

Posteriormente, surgiram as críticas funcionalistas ao finalismo, a partir, de um lado, do penalista alemão Günther Jakobs, influenciado por seu conterrâneo o filósofo Niklas Luhmann (1927-1998); e, de outro, de Claus Roxin. Este último, tido como o principal partidário do chamado funcionalismo moderado, ou teleológico, criticou a teoria finalista da conduta, afirmando ser a concepção de Welzel demasiadamente omissa em relação à principal função do direito penal, segundo as modernas concepções de política criminal e aos princípios do estado democrático de direito, qual seja, a proteção dos bens jurídicos mais sensíveis da coletividade e a promoção da liberdade individual contra as ingerências indevidas do estado.

No entanto, após as críticas funcionalistas, surgiu um novo conceito de conduta, baseado não em critérios ontológicos, mas em princípios oriundos da filosofia da linguagem, qual seja, a concepção significativa da ação de Vives Antón, desenvolvida à luz da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e da chamada *gramática profunda*, do austríaco Ludwig Wittgenstein (1889-1951). Vives Antón, a partir de modificações referentes à compreensão das definições de norma, ação e liberdade de ação, tendo em vista um direito penal mais democrático e em harmonia com os valores constitucionais, funda um novo modelo de tipo, no qual a conduta não é aquilo que os homens fazem, mas o significado do que fazem.

Assim, surge o questionamento: ora, a concepção significativa de ação representa uma ruptura com os modelos de conduta pretéritos, especialmente no que diz respeito ao finalismo, ou uma necessária correção daqueles conceitos?

À luz desta problemática, a presente pesquisa procurou realizar um estudo sobre as principais teorias referentes à conceituação da conduta (ação ou omissão humana) no âmbito penal; estabelecer os pontos de contato e de oposição entre a

teoria finalista da ação, de Hans Welzel, e a teoria da ação significativa, de Salvador Vives Antón; e, finalmente, responder à questão de saber se a teoria significativa inaugura um novo paradigma na teoria geral do crime ou se estabelece um nexo de complementaridade em relação à teoria finalista da conduta.

A discussão sobre o tema revela-se necessária ante o grau de ingerência do direito penal na vida das pessoas, sendo a conduta humana penalmente relevante o primeiro fator a ser apreciado pelo intérprete da norma penal no momento de sua aplicação – o que exige uma estreita delimitação e clareza do tema. Neste sentido, a dogmática penal não pode se furtar a tentar explicar os temas mais obscuros da teoria do crime, como a explicação dos crimes culposos e omissivos, e a adequação do Direito Penal as suas finalidades constitucionalmente delimitadas.

METODOLOGIA

A pesquisa tem caráter eminentemente bibliográfico, seguindo uma abordagem qualitativa do tema. Seu foco tem como estratégia a leitura e a interpretação de ideias contidas em livros, revistas científicas e textos publicados na rede internacional de computadores, que possibilitem uma melhor compreensão do tema, facilitando a tomada de posição a seu respeito, e procurará trazer à luz os pontos de vista dos autores que estruturaram o conhecimento atual sobre o tema da pesquisa e continuam os esforços para aproximar duas das teorias mais relevantes para o Direito Penal.

Aplicou-se, no desenvolvimento da pesquisa, o método de dialético, em que o pesquisador deverá analisar a relação de contradição entre duas ou mais posições, de modo a extrair-lhes uma síntese.

Em síntese, o método dialético parte da premissa de que, na natureza, tudo se relaciona, transforma-se e há sempre uma contradição inerente a cada fenômeno. Nesse tipo de método, para conhecer determinado fenômeno ou objeto, o pesquisador precisa estudá-lo em todos os seus aspectos, suas relações e conexões, sem tratar o conhecimento como algo rígido, já que tudo no mundo está sempre em constante mudança (PRODANOV, FREITAS, 2013, p. 35).

Neste sentido, o presente trabalho tem como finalidade identificar, à luz do método dialético, a relação de contradição e, conseqüente, a síntese existente entre a concepção significativa e finalista da conduta, sem deixar de levar em consideração as demais teorias que se destacaram na compreensão da dogmática penal referente

à delimitação conceitual da conduta punível.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

1 PRIMEIRAS TENTATIVAS DE DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE CONDUTA PENALMENTE RELEVANTE

Ao longo das últimas décadas, diversas teorias têm sido propostas no meio acadêmico, visando delimitar o conceito de conduta penalmente relevante. É conhecido o fato de que tal assunto não se limita ao direito penal, visto que este depende de outras áreas do conhecimento para responder a esta questão, principalmente da filosofia, onde a categorização da ação remonta aos tempos de Aristóteles (REALE, 1991).

Embora a questão não seja recente, como se afirmou acima, a tentativa de delimitar o conceito de conduta penalmente relevante tem levado os doutrinadores a afirmar, de modo geral, que a concepção causal-naturalista pode ser tida como a mais importante dentre as antecedentes teorias da ação humana no âmbito da dogmática penal (ROCHA, 2016). Com efeito, é à luz desta proposição que este trabalho começará a discussão do tema.

Como exposto acima, a discussão sobre o conceito de conduta penalmente relevante não pode ser restringida ao direito penal, devendo este ser informado por outros ramos do conhecimento. À época da teoria causal-naturalista, vigorava na Europa a filosofia positivista, encabeçada, principalmente, por Auguste Comte (1798-1857) e, secundariamente, como ensina Reale (1991) por Stuart Mill (1806-1873), Herbert Spencer (1820-1903), Jakob Moleschott (1822-1893), Ernst Heckel (1834-1919) e Roberto Ardigò (1828-1920).

A filosofia positivista tinha como principal objetivo traçar a estrutura e a possibilidade de comunicação entre os diversos ramos das ciências naturais, sendo estas consideradas como a única possibilidade segura de conhecimento. Para os positivistas, o amor à sabedoria deveria ser traduzido como a amizade entre o homem e o conhecimento empírico. Tratava-se de uma rejeição completa da metafísica e da teologia, consideradas, pelo principal expoente do positivismo, Auguste Comte, como estágios atrasados do conhecimento humano, que devem ser simplesmente deixados

de lado, isto é, abandonados. Reale (1991), citando Comte, anota: “Diversamente do idealismo, o positivismo reivindica o primado da ciência: nós conhecemos somente aquilo que as ciências nos dão a conhecer, pois o único método de conhecimento é o das ciências naturais”.

A definição dogmática de crime é produto da elaboração inicial da doutrina alemã, a partir da segunda metade do século XIX, que, sob influência do método analítico, próprio do “moderno pensamento científico”, foi trabalhando no aperfeiçoamento dos diversos elementos que compõem o delito, com a contribuição de outros países, como Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Áustria e Suíça. O conceito clássico de delito foi produto desse pensamento jurídico característico do positivismo científico, que afastava completamente qualquer contribuição de valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas. (BITENCOURT, 2016, p. 262).

Neste sentido, não havendo outro modo de delimitar o conceito de ação, o jurista alemão Franz Von Liszt (1851-1919), influenciado pela física newtoniana, que foi o primeiro proponente da teoria causal-naturalista, diz ser a conduta a simples modificação do mundo exterior através de um movimento corpóreo voluntário, ressaltando o reducionismo da conduta humana a uma simples relação de causa e efeito (BUSATO, 2012).

Com efeito, segundo Liszt, o delito seria a conjunção de um fato típico, antijurídico e culpável. O tipo e a tipicidade representavam apenas a face objetiva do delito, de caráter descritivo e valorativamente neutro, deixando todo e qualquer lastro de subjetividade a cargo do exame de culpabilidade. A ilicitude aparece em Liszt como um elemento objetivo, valorativo e formal, que diz respeito única e exclusivamente à face objetiva do delitivo, traduzindo por um juízo de desvalor da conduta. A culpabilidade se reveste, na teoria causal-naturalista, como o elemento puramente psicológico do crime, visto como fenômeno simplesmente descritivo, pois [a culpabilidade] trazia consigo o dolo e a culpa em sentido estrito, fase em que o aplicador da norma penal deveria demonstrar o vínculo subjetivo que une o autor do injusto ao resultado praticado (BITENCOURT, 2016).

Essa orientação, que pretendia resolver todos os problemas jurídicos nos limites exclusivos do Direito positivo e de sua interpretação, deu um trabalho exageradamente formal ao comportamento humano que seria definido como delituoso. Assim, a ação, concebida de forma puramente naturalística, estruturava-se com um tipo objetivo-descritivo; a antijuridicidade era puramente objetivo-normativa e a culpabilidade, por sua vez, apresentava-se subjetivo-descritiva (BITENCOURT, 2016, p. 262).

O primeiro proponente do causalismo subdividia a ação em positiva e negativa. Assim, a primeira seria tida como uma contração muscular efetuada pela intervenção motora, embora determinada por ideias ou representações, que, para o referido jurista, seria o dolo. Anote-se que Liszt distinguia estas ideias e representações do que chamava *motivo e resolução do crime*, isto é, os momentos subjetivos do delitivo. Já no que tange à ação negativa, o primeiro proponente da teoria causal-naturalista afirmava tratar-se do descumprimento de um dever jurídico de ação (ROCHA, 2016), uma abstenção de ação em face da norma impositiva do dever de agir.

Contudo, tais afirmações não se compatibilizam com a ideia central da teoria naturalista da ação, cujo fundamento é a redução da conduta a uma simples relação de causa e efeito, evidentemente inexistente no que tange às considerações de Liszt referentes à ação negativa, isto é, à omissão. Com efeito, Ernst Von Beling, na tentativa de tornar mais coerente o sistema criado por Liszt, conceitua a ação positiva como uma tensão muscular, distinta da ação negativa, por ser esta um esforço de distensão muscular. Porém, não demorou muito para que a doutrina levantasse objeções às considerações de Beling, principalmente porque não é necessário que o sujeito esteja inerte para que a omissão seja configurada (ROCHA, 2016).

Com efeito, coube a Gustav Radbruch (1878-1949) tentar dirimir o problema, através da interpolação da linguagem da vida à forma como a ação aparece na lei, tendo em vista considerações lógico-sistemáticas. Assim, segundo o professor alemão, a ação deve ser conceituada à luz da relação entre feito e vontade, desvinculada da relação entre feito e resultado, visto que a ação não inclui necessariamente a imputação, isto é, o resultado. Ademais, a relação entre vontade e feito deve ser antijurídica, culpável e punível. Entretanto, Radbruch afirma que, mesmo nesta concepção de ação, a omissão aparece como um caso à parte (ROCHA, 2016), o que evidencia a fragilidade do modelo.

Neste sentido, Radbruch (apud ROCHA, 2016, p.43) sustenta que

assim como nada pode resultar do nada, o nada deve necessariamente se resolver no nada. A consequência dessa enunciação para os crimes omissivos é das mais contundentes: apela-se não só para a inexistência de um nexos causal entre ausência de movimento e resultado (algo suficientemente pacífico), mas para a inexistência de um “nexos causal” entre a vontade de omitir (o movimento exigido) e a não execução do movimento corpóreo.

Radbruch conclui, com isso, pela inexistência de um vínculo causal entre

vontade e feito, isto é, o professor de Heidelberg defende não apenas a inexistência necessária da relação vontade-resultado (da omissão), mas, também, a prescindibilidade da relação vontade-omissão (abstenção de ação).

Aos delitos omissivos, portanto,

Radbruch nega qualquer dimensão subjetiva relevante e, com isso, tais delitos adquirem uma natureza qualitativamente distinta dos delitos comissivos. Posto de outra maneira, como para a omissão não concorre qualquer nexos causal entre vontade e resultado, ela não se encaixa no conceito radbruchiano de ação, ou, de forma mais abrangente, sequer poderia ser encaixada em qualquer conceito de ação, por lhe faltar vontade e feito (ROCHA, 2016, p.44).

A omissão, segundo Radbruch (*apud* ROCHA, 2016, p.45), seria, então, um delito que só existe na mente do homem, sugerindo a conclusão de que “[...] a existência depende de um componente ‘mental’ coletivo, ou seja, de uma expectativa social.”

*Dado que se suele hablar de omisiones a secas, contraponiéndolas a las acciones, la palabra se há asociado de un modo difícil de separar con la imagen de la ausencia de movimiento corpóreo, lo cual genera la suposición de que la omisión también sería un suceso perceptible que ocurre en el mundo externo, mientras que, empero, posee en verdad una existencia sólo en el mundo mental del hombre (RADBRUCH *apud* ROCHA, 2016, p.45).*

Com efeito, Radbruch parece não fornecer um conceito suficientemente amplo de conduta, de modo a albergar todas as possíveis situações da vida humana que sejam passíveis de reprovação por parte do direito penal, abrindo espaço para o surgimento de novas concepções ainda mais distantes do positivismo filosófico e da redução da ação a uma simples relação de causa e efeito.

Nesse íterim, por influência da teoria dos valores encabeçada por Windelband, Stamler, Rickert e Lask, surgiu a teoria neoclássica de conduta punível, defendida por Mayer, Fisher, Mezger, Hebler, Bettiol, entre outros que, ante o reducionismo da teoria causal-naturalista no que tange à simplificação da ação a uma mera relação de causa e efeito, procurou valorar as categorias criadas pela teoria clássica, além de ampliar o conceito de ação, agora tida como conduta humana (BUSATO, 2005).

Esta iniciativa promoveu uma nova valoração das chamadas ciências culturais, as quais foram chamadas ‘de ciências do espírito’, com seu método próprio, quer dizer, com um método referido a finalidades e valores e não mais simplesmente a relação de causa e efeito, um método mais compreensivo e valorativo que explicativo e descritivo (BUSATO, 2005, p.10).

A teoria dos valores representa um distanciamento das proposições

positivistas, cujo conteúdo limita diversas áreas do conhecimento, inclusive o Direito Penal, fazendo uma distinção entre o chamado *mundo da natureza*, que o homem deve explicar e descrever à luz das ciências naturais, e o mundo da cultura, composto por finalidades e valores, que o homem deve compreender e valorar (BUSATO, 2005).

A teoria do conhecimento concernente à teoria dos valores influenciou o Direito Penal, fazendo com que os juristas supramencionados valorassem todas as categorias da conduta penalmente relevante, desde a conduta típica, que passou a ser dotada de elementos normativos e subjetivos, passando pela ilicitude, agora composta pela ideia de danosidade social, até chegar à culpabilidade, que, no neoclassicismo, passa a conter a noção de reprovação defendida por Frank.

Com essa nova orientação, todos os elementos do conceito clássico de crime sofreram um processo de transformação, a começar pelo conceito de ação, cuja concepção, puramente naturalística, constituía o ponto mais frágil do conceito clássico de crime, particularmente nos crimes omissivos, nos crimes culposos e na tentativa [...]. A tipicidade, por sua vez, com o descobrimento dos elementos normativos, que encerram um conteúdo de valor, bem como o reconhecimento da existência de elementos subjetivos do tipo, afastou definitivamente uma concepção clássica do tipo, determinada por fatores puramente objetivos (BITENCOURT, 2016, p. 275).

A doutrina, então, passou a encarar o tipo de outro ponto de vista, adicionando-lhe aspectos normativos e subjetivos, sem os quais o tipo seria, como era, uma mera fórmula descritiva, sem o alcance que, à luz da nova epistemologia, ele passou a ter.

No que respeita à ilicitude e à danosidade social, leciona César R. Bitencourt (2016, p. 275):

A antijuridicidade, igualmente, que representava a simples contradição formal a uma norma jurídica, passou a ser concebido segundo o aspecto material, exigindo-se uma determinada danosidade social. Esse novo entendimento permitiu graduar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida. Dessa forma, onde não houver lesão de interesse algum, o fato poderá ser qualificado de antijurídico. [...] A culpabilidade também foi objeto de valoração na fase teleológica, recebendo de Frank a 'reprovabilidade', pela formulação da vontade contrária ao dever, facilitando as questões que a teoria psicológica da culpabilidade não pode resolver.

Assim, à luz do neokantismo, a conduta deixa de ser simplesmente mecânica, reduzida a uma mera relação de causa e efeito, e passa a ser constituída por elementos normativos e subjetivos, obrigando o Estado-acusador a ter de demonstrar os danos que ela causou a sociedade para que seja penalmente relevante; além do fato de que a culpabilidade, antes puramente psicológica, adota elementos valorativos

através da ideia de reprovação trazida por Frank, transformando-se em uma culpabilidade psicológico-normativa (BUSATO, 2005).

No transcorrer do século XX, surgiram muitas críticas à teoria causal-naturalista de ação, principalmente em virtude de a mesma mostrar-se incapaz de distinguir condutas humanas e processos naturais – devido à exclusão da finalidade do conceito causal de ação (ROCHA, 2016).

Alguns nomes surgiram, se destacaram e chegaram a ser considerados precursores do finalismo, em sua maioria neokantistas, tais como Hellmuth Von Weber, Alexander ZuDohna e Helmut Mayer. Estes juristas criticaram de forma veemente a ideia naturalista de que o delito deveria ter como norte a causação de um resultado, ressaltando a existência de crimes cuja compreensão extrapola a observação de uma simples mudança no mundo exterior. Para Weber, por exemplo, podem-se punir condutas que dão causa a determinado resultado, como também comportamentos dirigidos a um resultado especificado – daí, surge a distinção entre “Direito Penal do Resultado” e “Direito Penal da Vontade” (ROCHA, 2016).

Contudo, apesar da contribuição dos referidos doutores, ao lançar ideias fundamentais para o finalismo, havia um problema comum nas propostas vestibulares, qual seja: o fato de que o dolo e a culpa em sentido estrito serem considerados partes integrantes de orientações dogmáticas distintas, isto é, ainda que a doutrina enxergasse na conduta dolosa uma atividade final, nenhum dos autores conseguiu resgatar a culpa em sentido estrito do abismo da causalidade. Dentro deste contexto, surgiu o modelo de conduta de Welzel, onde tanto o dolo como a culpa em sentido estrito são tidos como atividades finais. Para o professor alemão, a única distinção entre ambos seria de que, no dolo, a finalidade é atual, enquanto que na conduta culposa a finalidade é potencial (ROCHA, 2016): atual é o que existe agora; potencial, o que tem capacidade própria de se constituir no futuro.

Com efeito, seguindo a linha de raciocínio de Welzel, mesmo não havendo consciência e vontade no resultado de um crime culposos, o agente delitivo possui uma finalidade potencial ao atuar finalisticamente, de modo a violar um dever jurídico de cuidado. Assim, para o proponente do finalismo, se o sujeito agir com vontade e conhecimento e violar um dever jurídico de cuidado, será ele responsável pelos resultados decorrentes de sua negligência, imprudência ou imperícia (ROCHA, 2016).

Anote-se que, segundo Welzel, é possível compreender melhor a visão finalista

dos crimes culposos quando se admite que o delito, de uma forma geral, é uma obra humana onde os fins últimos não são mais relevantes que os fins intermediários. Assim, a conduta negligente, imprudente ou imperita não seria punida pelo Direito Penal em razão da finalidade última do agente, mas em função de um querer intermediário, qual seja, a vontade de violar um dever jurídico de cuidado (ROCHA, 2016).

Paralelamente a Welzel, isto é, ainda na década de 1930, surgiu a primeira teoria social da ação, encabeçada por Eberhard Schmidt, que pretendeu elaborar uma concepção de conduta intermediária entre o finalismo e o causalismo. O autor criticava tanto o reducionismo causalista como o fato de que o finalismo determina a conduta de forma unilateral em função da vontade individual, quando deveria fazê-lo de forma objetiva do ponto de vista social (BITENCOURT, 2016).

Segundo Eberhard Schmidt, a ação é qualquer conduta arbitrária referente ao mundo social externo. Após este conceito primitivo de conduta à luz da teoria social, vários adeptos desta concepção procuraram adaptar o conceito primitivo a seus pontos de vista. Os maiores nomes relacionados a esta linha da dogmática penal foram Engisch, Maihofer, Jescheck e Wessels. De acordo com Engisch, a ação seria a observação de consequências calculáveis e socialmente relevantes através de uma causa voluntária provocada pelo sujeito. Por outro lado, na visão de Maihofer, a conduta penalmente relevante deveria corresponder a um comportamento objetivamente dominável desde que dirigido a um resultado social objetivamente previsível (BITENCOURT, 2016).

Já segundo Jescheck, a conduta que interessa ao direito penal é todo comportamento humano socialmente relevante, acrescido de um atuar final, no caso dos delitos dolosos, ou qualquer comportamento objetivamente dirigível e que tenha relevância social, nas hipóteses de delitos culposos. Na linha sugerida por Wessels, por sua vez, a conduta punível é traduzida por qualquer ação ou omissão que tenha relevância social e que seja dominada ou dominável pela vontade humana (BITENCOURT, 2016).

Apesar da importância das teorias sociais da ação, é notória a falta de reconhecimento e de acolhimento dela por parte da doutrina, o que revela a sua menor relevância quando comparada ao causalismo e ao finalismo, e a sua redundância por ser rejeitada mesmo após sucessivas modificações. Ademais, acrescenta Welzel que

a concepção social da ação não passa da velha doutrina da imputação objetiva (causal) de resultados travestida de uma nova teoria da conduta, que coincide com a teoria da causalidade adequada (BUSATO, 2005).

2 DA RELAÇÃO DE CONTRADIÇÃO ENTRE O FINALISMO E CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO:

Antes de qualquer outra conjectura, deve-se partir do pressuposto de que o Direito Penal tem como função precípua a proteção dos bens jurídicos, assim entendidos aqueles bens de hierarquia superior no universo dos interesses indispensáveis à existência e ao desenvolvimento do ser humano em sociedade e à estabilidade do corpo social. Smanio (2004, p.2), referindo-se ao tema, leciona:

Conceituamos, então, bem jurídico como objeto da realidade, que constitui um interesse da sociedade para a manutenção do seu sistema social, protegido pelo Direito, que estabelece uma relação de disponibilidade por meio da tipificação das condutas.

No entendimento de Luiz Regis Prado (2001, p. 263), “todo delito deve lesar ou pôr em perigo de lesão determinado bem jurídico (princípio da ofensividade, da lesividade ou da exclusiva proteção de bem jurídico)”. Esse mesmo autor leciona:

o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (*Wertbild*) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito”(PRADO, 2011, p. 265).

A questão se mostra de todo pertinente. O Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n° 236 (Anteprojeto do Novo Código Penal), ora em tramitação no Congresso, dispõe, no art. 14, *caput*: “A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico”. Enfim, o codificador reconheceu o Direito Penal como instância tutelar de bens jurídicos (e não de direitos subjetivos, como pregavam os iluministas), realçando muito mais o seu caráter protetivo que repressivo, embora essas duas dimensões estejam presentes em sua metodologia e aplicação.

Feitas essas considerações preliminares, temos que o momento inicial da construção de um modelo teórico para o tipo penal é marcado pela doutrina natural-causalista, fortemente influenciada pela filosofia positivista do francês Auguste Comte, segundo a qual o conhecimento só atingiria o *status* científico se pudesse ser submetido, com êxito, às leis das Ciências Naturais, como a Física. Não por acaso, o próprio Comte deu à Sociologia o nome de “Física Social”.

A esse respeito, Luiz Regis Prado (2011, p 278) comenta:

O ponto central dessa concepção radica na causalidade, de ordem puramente objetiva, fruto do positivismo filosófico em que a causa é o que permite deduzir o efeito [...]. A ação se exaure, pois, na simples produção do resultado.

No dizer de Luiz Regis Prado (2011, p. 278), “O Direito Penal é, por excelência, um direito tipológico. O tipo é a descrição abstrata de um fato real que a lei proíbe (tipo incriminador)”

No Direito Penal germânico, de fins do século XIX, a noção de tipo estava estreitamente ligada ao conceito de delito. O tipo representava, do ponto de vista doutrinário, o próprio delito, de modo que nele a doutrina alojava, segundo as teorias da época, tanto a conduta quanto o resultado e a causalidade (*Tatbestand*).

O jurista e civilista alemão Ruldolf Von Jhering formulou, em 1867, um novo conceito de ato ilícito, no qual delimitou as esferas da objetividade e da subjetividade da conduta, inaugurando um novo paradigma no campo da antijuridicidade (ROXIN, 2002). Daí passou-se à compreensão de que o tipo penal não podia mais ser visto como um todo monolítico, puramente empírico-normativo, sem considerações de ordem valorativa.

O sistema penal causalista projetou-se na doutrina jurídica no final do século XIX e começo século XX, impulsionado pelos trabalhos precursores de Ernst Beling e Franz Von Liszt. Em 1906, Beling publicou o livro *Die Lehrevom Verbrechen*, onde deu corpo a uma nova concepção sobre a teoria do delito. Sua inovadora contribuição permitiu que o conceito analítico-dogmático de crime, até então estruturado sobre a conduta e a ilicitude, ganhasse uma nova categoria – no caso, o tipo penal. O tipo passa, a partir daí, a compor, juntamente com a ação e a antijuridicidade, a estrutura dogmática do delito (TAVARES, 2002).

Beling concebia o tipo penal como sendo o amálgama de todas as possibilidades objetivas do delito, construindo a fração descritiva do injusto; ao seu

lado ele inscreveu a ilicitude, que nada mais é que a contrariedade da conduta em relação à ordem jurídico-penal – por isso mesmo, suscetível de valoração ético-jurídica.

O posicionamento de Beling alterou substancialmente o sentido que os penalistas atribuíam ao *tatbestand*, para eles representativo de todos os elementos de que se compunha o delito, aí inclusos a descrição material, a ilicitude e a culpabilidade, conforme anotado acima. Na versão trazida por Beling, o *tatbestand* manteve-se como sinônimo de tipo, mas como encarnação apenas de uma entidade ligada ao delito, um mero anunciado descritivo, correspondente a uma ação que o legislador incriminou, delimitando-a literalmente e ameaçando com pena os seus autores, visando à proteção de bens jurídicos. Tipo é, portanto, a descrição literal de uma ação ou de uma omissão penalmente proibida.

Reportando-se ao conceito de tipo inaugurado de Beling, Aníbal Bruno lembrou que

antes disso, como acontece ainda em alguns autores modernos, aparecia a figura do tipo, mas com um conceito amplo que abrangia o conjunto dos pressupostos da punibilidade, incluídos os elementos do injusto e do culpável, e com tal amplitude de conceito não se atingiam o sentido e a função própria da figura típica legal, Beling libertou o tipo dessa esdrúxula posição limitando-lhe o conceito e pondo a tipicidade na dianteira entre os elementos do fato punível (BRUNO, 2005, II, p. 213).

Exsurge, desse conceito renovado de tipo, a noção de tipicidade, vista como a perfeita adequação da conduta ao tipo penal, ou seja, à descrição dada pelo legislador à ação, aquela que reproduz, em todos os seus detalhes empíricos (e posteriormente valorativos) a descrição contida no tipo legal de crime.

Epistemologicamente justificada pelo dogma causal, essa visão do tipo penal o definia por meio de uma escala simples, objetiva; daí falar-se, em alusão ao causalismo, no tipo simples objetivo, ponto de partida para a construção de todas as teorias que se seguiram a Beling e a Franz Liszt. Tipo objetivo, encarregado da descrição da conduta típica, do resultado e da relação de causalidade entre um e outro.

Qual o conceito de conduta (ação ou omissão humana) em Beling?

Ação é o movimento corpóreo voluntário que a causa modificação no mundo exterior. A teoria causalista limita a função da ação à atribuição de uma mera modificação no mundo exterior decorrente de uma volição (BRANDÃO, 2008, p. 123).

Mobilizada a carga volitiva sobre a engrenagem corpórea do homem, seus músculos e enervação, e uma vez produzida uma alteração típica, no mundo sensível (resultado) como consequência dessa mobilização, tem-se a conduta típica, uma vez demonstrada a correlação entre a ação e o resultado. A conduta é parte integrante do tipo, mas não uma conduta guiada pela intencionalidade do autor, mas como um produto do fazer ou deixar de fazer humano que provocasse mudança sensorial ou jurídica, ou ambas, no mundo dos fatos. Interessante era a produção de um resultado malsinado por um tipo penal como efeito da conduta, independentemente de ela ter sido direcionada àquele fim. Lei da causa e efeito; lei da causalidade material.

O tipo penal é visto assim como tipo independente ou avalorado, adotado no sistema Liszt-Beling. A tipicidade, consistente na perfeita identificação entre a conduta realizada pelo agente e a descrição inserta no tipo, assume, conseqüentemente, valor apenas descritivo, objetivo, sem nenhuma aproximação com a antijuridicidade. Nas palavras de Regis Prado (2011, p. 326):

A tipicidade tem função meramente descritiva, objetiva e valorativamente neutra, absolutamente separada da ilicitude, nada indicando a seu respeito. O tipo legal é avalorado, sem qualquer elemento normativo ou subjetivo, e cumpre função de descrever os aspectos objetivos externos do comportamento.

Reduzido o tipo legal a uma fórmula descritiva, avalorada, os elementos subjetivos e normativos do delito seriam examinados em outro nível da dogmática penal, mais precisamente na ilicitude e na culpabilidade, de modo que o simples nexos causal, ligando conduta e resultado, já seria condição suficiente na caracterização do delito na fase primária de investigação.

A dimensão dada ao tipo e à sua importância na dogmática penal define a questão do delito. Não se pode negar, por outro lado, que a abordagem do tipo penal não pode ser realizada com sucesso sem se levar em conta, desde logo, o conceito de ação, porque é a partir desse conceito que é possível construir a teoria do tipo e, por via de consequência, a teoria do crime.

No período causalista, a ação humana, ou conduta, interessava ao Direito Penal quando, independentemente da vontade do seu autor, causasse uma alteração sensível no mundo exterior. Tinha-se, pois, uma visão puramente mecanicista da ação (penalmente relevante), reduzido que foi o comportamento humano à lei de causa e efeito, isento de qualquer valoração axiológica ou teleológica. Agir significava produzir

mudança sensível no mundo empírico, e a vontade da ação era um elemento a ser considerado *a posteriori*, não no momento de verificação da tipicidade penal, já de si preenchida pelo juízo de causalção.

Ao tomar a conduta na acepção causalista, o tipo não poderia expressar-se senão nas características descritivas de seu enunciado legal: conduta avalorada, tipo neutro; conduta típica consoante o modelo descritivo, correspondendo imediatamente à tipicidade penal.

A ação humana se objetiva no mundo exterior, e esse processo pode ser apreendido pelos sentidos. Ela é, portanto, um dado do mundo da experiência, do mundo ôntico, porque dotada de realidade e sentido. Ao dizer “dotada de realidade”, pretende-se dispor a ação no campo das realidades extrajurídicas, uma vez que o agir humano, quer se dirija à obtenção de um resultado altruístico, quer se predetermine a produção de um ato ilícito, existe antes mesmo da criação do direito. Não há como negar o caráter ontológico da conduta, tanto no plano social quanto na dimensão da normatividade jurídica. O causalismo, como visto, trabalhou a noção de conduta dentro desta mesma perspectiva material, admitindo-a como pressuposto lógico da tipicidade. Só que, pelo método causalista, a ação era produto da inervação muscular do agente, que produzia, no mundo exterior, uma mudança tipicamente incriminada.

Dúvida não há de que a conduta é o ponto de partida da ciência criminal – mais do que isso, de toda ciência social. O Direito Penal regula condutas, desvalorando algumas delas, que então proíbe; e valora positivamente outras, que impõe. Com isso, o legislador estabelece os tipos penais de ação (cuja conduta descreve e proíbe por meio de uma sanção) ou de omissão (cuja conduta obriga, sob a cominação de pena). Ou seja: a matéria prima de delito não pode ser outra que não a ação humana; a questão está na visão epistemológica que se tem acerca do agir humano para os fins do Direito Penal. A teoria do delito se constrói, nunca é demais repetir, com base na estrutura de tipo penal, que depende primariamente da conduta.

Na opinião de Aníbal Bruno (2005, II, p. 183), “A ação é que dá corpo ao fato punível, constituindo o elemento central do seu conceito, o suporte material, por assim dizer, sobre que assentam os outros elementos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade”.

O tipo, no causalismo, apresentava exclusivamente uma face – a face objetiva. Daí falar-se em tipo simples, descritivo, cuja função era tão-somente conectar as três

estruturas naturais representadas pela ação, pelo resultado e pelo nexa causal. No finalismo, doutrina criada pelo alemão Hans Welzel na primeira metade do século XX, o tipo evoluiu e ganhou uma face subjetiva, passando assim a representar a soma do tipo objetivo e do tipo subjetivo, derivando para o que conhecemos hoje como tipo complexo.

Essa nova orientação repercutiu no conceito de tipicidade, porque agora, dividindo-se o tipo penal em tipo objetivo e tipo subjetivo, é possível que um fato seja objetivamente típico e, ao mesmo tempo, subjetivamente atípico: é precisamente este o caso de erro de tipo (erro essencial escusável sobre elemento constitutivo do tipo penal), que exclui o dolo. “Segundo Welzel”, lembra Peres (2005, p. 4), “exclui-se o dolo se o autor desconhece ou se encontra em erro acerca de uma circunstância objetiva do fato que deva ser abarcada pelo dolo e pertença ao tipo penal”.

Do mesmo modo, ante o tipo complexo do finalismo, pode ocorrer um fato objetivamente atípico e subjetivamente típico, como se dá no crime impossível (Código Penal Brasileiro, art. 17).

Welzel operou uma reengenharia no tipo penal, introduzindo o conceito de tipo complexo pela adjunção do dolo e da culpa ao tipo. Desse modo, os elementos subjetivos e normativos do delito (dolo e culpa), antes associados à culpabilidade, passaram a elementos do tipo penal, a partir do câmbio filosófico que desbancou o positivismo e instalou a fenomenologia no centro do sistema teórico da conduta delitiva.

Na concepção finalista, a ação humana perde sua “inocência” mecanicista e passa a ser tomada como produto da vontade, deixa de ser um comportamento “cego” e assume a condição de um agir consciente, dependente de um movimento volitivo que almeja alcançar determinado fim. No magistério de Welzel, segundo Aníbal Bruno, “a ação humana é sempre uma atividade dirigida a um fim” (2005, II, p. 187). Miguel Reali Jr. (apud PERES, 2005), afirma também que a ação humana é ontologicamente finalista, integrando-a a intencionalidade, por força de sua própria estrutura.

Há quem atribua a Aristóteles as bases do finalismo welzeliano. Souza da Silva (2010) comentou assim sobre a origem e o conteúdo do finalismo.

Surgido para superar a teoria causalista da ação, o fundamento filosófico do finalismo, criado por Hans Welzel e amparado no pensamento aristotélico, encontra-se lastreado no reconhecimento de que toda conduta, comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, é uma atividade final do homem. Assim, enquanto a atividade causal não está

dirigida a um fim, a atividade final se baseia na orientação prévia e consciente dirigida a um fim, onde o homem determina suas ações, representando mentalmente o objetivo a ser alcançado com o movimento físico.

De fato, o conceito de finalidade sempre existiu na filosofia grega, sendo também muito desenvolvido na escolástica. Aristóteles, ao indagar o porquê das coisas, estabeleceu quatro causas essenciais, quais sejam, a causa formal, a causa material, a causa eficiente e a causa final. Esta era tida como aquilo para o qual a coisa é feita. Tomás de Aquino, professando seu aristotelismo, também incorporou as quatro causas aristotélicas em seu sistema filosófico, tanto em sua antropologia, como em sua teoria das virtudes (MARIAS, 1952).

Em Aristóteles vê-se, pois, que a noção do *telos* tinha raízes metafísicas, e se dirigia à organização lógico-formal do mundo segundo o princípio da Ordem e da Beleza.

Na verdade, a fonte filosófica do finalismo no Direito Penal deve ser procurada na Fenomenologia, um método gnosiológico que pretende identificar as leis da consciência intencional. Nesse sentido, assim se manifesta Ronaldo Tanus Madeira, em seu artigo intitulado Fenomenologia e teoria final da ação:

O sistema jurídico penal moderno de base finalista tem uma nítida e notória influência do pensamento fenomenológico. E essa dimensão fenomenológica da teoria final da ação é confirmada pelo próprio Welzel que, no prólogo da 4^a. Edição de sua obra O Novo Sistema Jurídico Penal, ao refutar as críticas daqueles que interpretavam o seu sistema sob a ótica de relação de dependência com o sistema filosófico de Nicolai Hartmann, afirma que as sugestões para a formulação da teoria da ação final procederam de autores que se escreveram sobre os fundamentos da psicologia do pensamento e dos fenomenólogos, principalmente P. F Linke e Alexander Pfander, entre outros. Tudo isso porque os referidos autores, entre a década de 20 e 30 do século XX, elaboraram trabalhos que promoveram uma ruptura, uma cisão, uma crítica à antiga psicologia causal-mecânica, de elementos e associações, priorizando um modo ou uma forma de realização da conduta humana que não era causal-mecânica, mas de “intencionalidade dos fins” (MADEIRA, 2008, p. 55).

“O caráter de objetividade do Direito aí se apresenta no seu ‘estado originário’, como estado de coisas vivido pela consciência enquanto intencionalidade doadora de sentidos” (GUIMARÃES, 2008). Mais adiante, no mesmo trabalho, o autor acrescenta:

toda objetividade só pode ser legitimada a partir da subjetividade, uma vez que o objeto será sempre aquele X que só adquire sentidos a partir da intencionalidade intuitiva da consciência. Nesta perspectiva poderíamos afirmar que todo Direito é subjetivo, posto que ele não

existe fora do sujeito humano. É nessa interação da consciência com o mundo jurídico que acontece a verdade do Direito (GUIMARÃES, 2008).

Traçado o itinerário filosófico que levou ao surgimento da teoria finalista da conduta proposta por Welzel, cabe examinar o impacto que essa nova concepção metodológica causou na teoria do delito.

Em primeiro lugar, o conceito de ação desprega-se do viés causal-naturalista da concepção clássica, segundo a qual a vontade atuava como simples mola propulsora do movimento corpóreo, e adquire contorno onto-teleológico: a ação passa a ser encarada como realização da vontade vidente do homem, que se move no eixo de uma clara intencionalidade (Welzel, nos primeiros passos de sua teoria, costumava empregar a expressão “intencionalidade dos fins” em lugar de “finalidade”, que só aparece após 1935, consoante informa Ronaldo Madeira do texto retromencionado).

Em segundo lugar, o tipo é preenchido pelo dolo (elemento subjetivo do injusto) e pela culpa (elemento normativo de injusto). Antes agregados à culpabilidade, esses elementos migraram em direção à tipicidade, integrando a conduta típica. Com isso foi possível reformar a teoria do erro, que ressurgiu como erro de tipo e erro em proibição, em lugar do erro de fato e do erro de direito da velha escola causalista. Por sua vez, a culpabilidade perde as bases subjetivas sobre as quais se assentavam, quais sejam o dolo, a culpa e a consciência da ilicitude, transformando-se na unidade normativo-objetiva do conceito de crime, constituída pela imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Antes, no vigor da escola causalista, a consciência da antijuridicidade apontava para uma condição subjetiva do agente (adquirir ou não tal consciência tinha relação com a subjetividade, o conhecimento que pudesse haurir da realidade circunstancial); transformada em consciência potencial significa agora a comprovação fática, logo objetiva, de que o agente, nas circunstâncias dadas, poderia ter alcançado essa consciência, isto é, o conhecimento da ilicitude da conduta. Não interessava mais saber se ele tinha consciência do conflito entre a conduta e a ordem jurídica, mas se ele tinha condições objetivas de atingir essa consciência e, assim, agir conforme ao direito.

Do tipo simples do causalismo, a doutrina da ação final criou o tipo complexo, bidimensional: tipo objetivo (ação, resultado, relação de causalidade) e tipo subjetivo (dolo, culpa e especiais fins de agir).

Da fase da independência, o tipo passou a ser considerado a razão de se conhecer a ilicitude (*ratiocognoscendi* da ilicitude). A ocorrência de um fato supostamente típico não desperta de imediato o juízo de criminalidade. Diante de um fato aparentemente típico, o intérprete deve passar ao exame da ocorrência do erro escusável, que pode afastar a tipicidade (erro de tipo), antes mesmo da análise da ilicitude; ou, no exame posterior de culpabilidade, o erro de proibição excluiria o juízo de reprovabilidade da conduta, que também não estaria em confronto com o direito, por falta de potencial consciência da antijuridicidade.

Embora o finalismo represente um avanço no que se refere ao causalismo, ele se omite completamente no que se refere às modernas políticas criminais e, especialmente, no que diz respeito aos princípios do Estado democrático de direito, que colocam ante o Direito Penal a função precípua de resguardar apenas os bens jurídicos mais sensíveis. Com efeito, surgiram, a partir dessa constatação, as teorias funcionalistas da conduta.

Embora tenha dado ao tipo penal, acertadamente, uma dimensão subjetiva, com a criação do tipo subjetivo, compatível com a noção de valoração da conduta anteriormente trabalhada no âmbito do neokantismo (Immanuel Kant, filósofo idealista alemão), Welzel deixou praticamente intocado o conceito de tipo objetivo, com os seus elementos clássicos: ação, resultado e nexa causal. Neste último aspecto, abraçou sem maiores críticas a teoria da equivalência dos antecedentes causais, em nome da qual tudo contribui para a produção do resultado é causa da lesão ao bem jurídico. De observar-se que os limites impostos ao elastério dessa teoria, que ameaçava colher em suas malhas quem e o quê, de alguma forma, tivesse concorrido para o resultado lesivo, como no caso do fabricante da arma quando esta fosse usada como meio para a prática de um homicídio, não iam além da noção de dolo e culpa, ou seja, apenas estaria fora da cadeia causal de evento delituoso aquele a quem não se pudesse atribuir dolo ou culpa. Ou seja, a questão da imputação se resolveria no âmbito do tipo subjetivo, enquanto o tipo objetivo guardaria a função de identificar a tipicidade pela simples subsunção da conduta ao tipo. Passavam longe desta análise as considerações de ordem jurídica, porque a matéria se resolveria mediante um juízo de subsunção concreta do fato ao tipo (objetivo), segundo o critério da equivalência das condições, ou da *conditio sine qua non*.

O finalismo quedou-se assim preso em uma armadilha. Se por um lado

entronizou a vontade de ação no centro do tipo, valorando a essência dos atos de querer e de conhecer do homem (LUIZI, 1987), base ontológica do sistema, por outro lado esqueceu as finalidades do Direito Penal em sua exclusiva função de proteção de bens jurídicos; para cumprir corretamente seu destino, a ciência penal deve encarar a teoria do delito como um conjunto de valorações, aproximando-se cada vez mais da política criminal. Diga-se, ademais, que ao manter a estrutura do tipo objetivo com as mesmas características herdadas do causalismo, o finalismo deixou aberto um largo espectro de imputação ao tipo subjetivo, na perspectiva mesma da equivalência dos antecedentes causais.

Nesse cenário, despontou, na Alemanha, a doutrina do funcionalismo penal, sendo o professor Claus Roxin, da Universidade de Göttingen, um dos seus mais proeminentes formuladores.

Busca o funcionalismo adaptar os fins do Direito penal às necessidades de uma política criminal que respeite a liberdade individual. Para a vertente encabeçada por Roxin, a do chamado funcionalismo teleológico, o Direito Penal deve ser guiado pela finalidade de proteção dos bens jurídicos mais relevantes, tomando a prevenção geral como fundamento da pena. Uma nova epistemologia do Direito Penal, emergente da nova escola, parte da discussão acerca dos critérios de aplicação da pena, da função de proteção de bens jurídicos, “das amarras que as estruturas pré-normativas significam para o desenvolvimento sistêmico da teoria do crime” (GUARAGNANI, 2005, p. 235) e da atipicidade de condutas insignificantes (de onde deriva o *princípio da insignificância*, batizado por Roxin). “O sistema jurídico-penal propugnado por ClausRoxin baseia-se em critérios teleológicos, os quais decorrem de decisões político-criminais” (GUARAGNANI, 2005, p. 235).

O funcionalismo penal tem dois eixos básicos e imanentes: o tipo penal e a pena. O compromisso do Direito Penal em relação a essas duas categorias básicas deve seguir a linha de submetê-las aos influxos dos valores consagrados pela maioria do povo brasileiro, o que corresponde a identificar esses valores na Constituição Republicana, de matriz principiológica e garantística, amante da liberdade e do respeito à dignidade da pessoa humana. Esse atributo constitucional conduz inevitavelmente à limitação do alcance do dolo no tipo; e quanto à pena, a reconhecê-la como necessário à prevenção da criminalidade e, ao mesmo tempo, útil ao sistema penal. Se não for útil ao sistema penal, a pena não deve ser aplicada.

O Direito Penal tem uma função claramente definida: ele atua na perspectiva da proteção dos bens jurídicos. Na promoção dessa tutela legal, o legislador cria os tipos penais e suas respectivas penas. Essa tarefa, dado o caráter invasivo do direito penal, deve ser exercida com moderação, segundo padrões constitucionais, razão pela qual o direito penal deve ser visto como uma via subsidiária dos demais ramos do direito na ordenação das relações interpessoais no espaço público. Oportuno citar Claus Roxin: “Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas” (ROXIN, 2006, p. 32).

A função do direito penal? A questão já foi abordada linhas acima, na esteira do pensamento de Luiz Regis Prado (2011, p. 65): “A função primordial desse ramo na ordem jurídica radica na proteção de bens jurídico-penais – bens do Direito – essenciais ao indivíduo e à comunidade.”

No cumprimento dessa função,

Roxin não se cansava de ressaltar a irrelevância de dados ontológicos tomados em si mesmos e a necessidade de um ponto de partida normativo, teleológico, referido aos fins do Direito Penal. E, ainda em 1970, vem ele expor ao público em que consiste esta nova concepção: uma revisão total do sistema da teoria do delito, reconstruindo cada conceito à luz de sua função político-criminal (GRECO, 2002, p. 62).

O próprio Roxin aponta o caminho a ser palmilhado pela nova teoria do crime: “O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema penal” (ROXIN, apud GRECO, 2006, p. 62). Mais adiante, Greco (2002, p. 64) acrescenta uma observação crucial para a perfeita inteligência do funcionalismo penal do mestre alemão Claus Roxin. Diz ele:

É justamente neste ponto que o funcionalismo da escola de Roxin realiza um progresso fundamental: os valores e as finalidades fundamentais serão fornecidos pela política criminal. E não por qualquer política criminal, que poderia ser desde lei e ordem até abolicionista, mas pela política criminal do Estado Social e Democrático de Direito, que adscrive ao Direito Penal uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos, através da prevenção geral e especial, sempre com respeito absoluto aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. As decisões valorativas fundamentais encontram-se, assim, positivadas constitucionalmente, e é dentro destes limites que a política criminal atuará, concretizando-as, racionalizando-as, levando em conta o conhecimento empírico, refletindo sobre as alternativas mais eficazes e menos gravosas para a realização destes fins básicos.

A teoria do delito passa a ser compreendida, com o funcionalismo, como um conjunto de valorações, aproximando-se da política criminal (programa de prevenção e repressão das práticas delituosas, definido pelo Estado), na feliz observação de Carlos Miguel Villar de Souza Júnior (2012), que aduz, no mesmo texto, valendo-se de uma frase extraída da obra *Tratado de Derecho Penal*, de Roxin: “*La formation juridicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidade, estructuras lógico-reales etc.) sino que única e exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal*”.

É importante sublinhar o papel absolutamente central da política criminal no funcionalismo de Roxin. Ele mesmo escreveu: “O progresso está, principalmente, em substituir-se a vaga orientação a valores culturais do neokantismo por um parâmetro sistematizador especificamente jurídico penal: os fundamentos político-criminais das modernas teorias da pena” (ROXIN, 2002, p. 206).

O que é política criminal?

Nilo Batista explica que a política criminal é o conjunto de princípios e recomendações resultantes do processo de mudança social, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal e dos avanços e descobertas da criminologia (BATISTA, 1990). Quanto ao sistema criminal, o autor o divide em três setores: a política de segurança pública, com ênfase na instituição policial; a política judiciária, com ênfase na instituição judicial, e a política penitenciária, com ênfase na instituição prisional.

Criminologia, segundo Lola Aniyar de Castro (apud BATISTA, 1990, p. 27), entende a criminologia como

a atividade intelectual que estuda o processo de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e de desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e conteúdo e os seus efeitos.

Helena Cláudio Fragoso (apud BATISTA, 1990) ensinava, nos idos de 1980, que uma política criminal moderna deve orientar-se no sentido da descriminalização, evitando-se o apelo ao direito penal em situações que podem ser reprimidas ou controladas sem emprego de sanções criminais, reduzindo ao mínimo possível o sistema punitivo do Estado.

É exatamente nesta linha que segue o funcionalismo Claus Roxin. Para o atingimento desse desiderato, ele se fixou no método da imputação objetiva e na expansão do conceito de culpabilidade.

Com relação à culpabilidade, Roxin (2006, p. 207-208) amplia seu conteúdo para identificá-la com a categoria da responsabilidade:

À culpabilidade, enquanto condição indispensável de qualquer pena, deve ser acrescentada também a necessidade preventiva (geral ou especial) da sanção penal, de modo que a culpabilidade e exigências de prevenção limitem-se reciprocamente e só cheguem à responsabilidade pessoal do autor se concorrerem em conjunto.

Vê-se que o funcionalismo de Claus Roxin significa um distanciamento do ontologismo e dos conceitos pré-jurídicos característicos do finalismo. Roxin acentua: “É de partir-se da tese de que um sistema jurídico-penal moderno deve estruturar-se teleologicamente, isto é, alicerça-se sobre pontos de vista valorativos” (ROXIN, 2002, p. 231). Como prova de que o sistema se orienta pela tópicoproblemática realização do direito (NEVES, 1993), Roxin acrescenta ao comentário acima a seguinte reflexão: “O que deve ser decisivo é sempre a solução do caso concreto, enquanto exigências da sistemática devem recuar para o segundo plano” (ROXIN, 2002, p. 231).

No respeitante à ação, Roxin defende que o reconhecimento da prática de uma conduta deva passar pelo crivo de uma valoração. O juízo valorativo dirá se o comportamento humano, comissivo ou omissivo, deve ser imputado a alguém, e em que medida, como exteriorização de sua personalidade. Só poderá haver imputação de um resultado qualquer se esse resultado puder ser atribuído a alguém como “obra sua”, não obstante o seu aspecto exterior, porque “a unidade da ação não é definível por um dado prévio empírico (nem a causalidade, tampouco um comportamento voluntário ou a finalidade)” (ROXIN, 2002, p. 231).

No tocante à imputação objetiva, Roxin inspirou-se no tipo complexo do finalismo, com ênfase no tipo objetivo, nele introduzindo novos requisitos de imputação, sendo o mais importante deles, para reconhecimento da ação típica, a criação ou incremento de um risco juridicamente proibido para o objeto da ação. Ou seja, a tipicidade passa, doravante, a exigir além da realização de todos os elementos do tipo penal, a criação, pelo autor do fato, de uma situação de risco proibido para o objeto jurídico alvo da tutela penal. Assim, se o garçom serve comida estragada aos comensais no restaurante e algum deles passa mal, não se pode imputar, objetivamente, o resultado à conduta do agente, porque seu papel, enquanto garçom,

era apenas servir a refeição, e não zelar pela qualidade dos alimentos. Nessa condição, ele não criou um risco proibido para ninguém, uma vez que sua função é servir – e foi exatamente o que ele fez. Essa simples constatação afasta a possibilidade de se examinar os elementos subjetivos (dolo) ou normativos (culpa), insertos genericamente no tipo subjetivo.

Outro requisito de imputação objetiva é a realização do risco proibido no resultado concreto. Assim, se o agente atira na vítima e esta é socorrida, logo em seguida, ao hospital, e vem a morrer devido a uma fratura craniana após uma queda da maca que a conduzia ao centro cirúrgico, o risco proibido criado pelo agente (atentar contra a vida do ofendido) não se realizou no resultado concreto, porque a causa da morte foi outra.

Outro requisito é a inserção do resultado no alcance do tipo penal ou na esfera de proteção da norma. Assim, se o médico, que não teve possibilidade de perguntar ao se ele tinha alguma enfermidade cardíaca antes de realizar uma cirurgia, ministra-lhe uma droga anestésica que causa colapso cardíaco na vítima, o alcance da norma de proteção (homicídio) não se verifica em tal caso, porque o direito penal protege a vida contra ataques dolosos ou culposos, e não contra condições da própria vítima em que se pretende exatamente salvá-la de um mal atual.

Convém lembrar o requisito de exclusão da imputação na diminuição do risco: segundo Roxin (2002, p. 313). “Faltarão a criação de um risco e, portanto, a imputação, se o autor modificar um curso causal de tal maneira que ele diminua a situação de perigo já existente para a vítima, ou seja, se melhorar a situação do objeto da ação”. É o caso de quem desvia o curso de uma pedra para evitar que ela atinja a cabeça da vítima, e o petardo fere a vítima no braço: ao agente não poderia ser imputado o delito de lesão corporal (ROXIN, 2002, p. 313).

Aliás, a esse respeito, o Código Criminal do Império, de 1830, prescrevia como atenuante, no art. 18 § 2º, “ter o delinquente cometido o crime para evitar mal maior”.

Afasta-se ainda a imputação quando ocorre, por parte da vítima, a auto colocação em situação de risco, ou de perigo, como na hipótese em que alguém pede a outrem para lhe aplicar dose excessiva de entorpecente e vem a morrer em decorrência de overdose.

Outros requisitos há, porque o funcionalismo se orienta mais pela jurisprudência que pela dogmática. Ele aplica o método que Castanheira Neves

chamou de a tópicoproblemática realização do direito (NEVES, 1993).

Em síntese, a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de perigo criado pelo autor (como obra sua) não acobertado por um risco permitido dentro do alcance do tipo (ROXIN, 2006, p. 364).

Além das críticas funcionalistas, o finalismo passou a ser questionado também em relação à dinâmica própria de suas considerações lógico-sistemáticas e em função de seus aspectos ontológicos.

Segundo Mezger, Niese e Rodríguez Muñoz (apud BITENCOURT, 2016), a finalidade potencial alegada por Welzel é problemática, pois a teoria finalista antecipa a análise da possibilidade de conduta conforme o direito constante no exame de culpabilidade.

Outra crítica levantada contra o finalismo diz respeito aos crimes omissivos, onde se sustenta que o modelo de Welzel não explica a ausência denexo causal referente a esta modalidade de delito. Ocorre que, na omissão delituosa, o sujeito não causa o resultado, isto é, não dirige suas atividades a finalidade por ele almejada, ficando este comportamento supostamente de fora do conceito finalista de conduta. Contudo, como sustenta Welzel, a omissão não deixa de ser um meio para que o sujeito delitivo consiga satisfazer suas vontades, ou seja, existe uma relação de meio e fim nos crimes omissivos, não sendo plausível, segundo o mestre de Göttingen, atender aos questionamentos doutrinários (ROCHA, 2016).

Outro ponto que vem sendo destacado pela doutrina, em especial pelos defensores da Concepção Significativa da Ação, é que as teorias do delito tradicionais (e, em especial, a teoria finalista), por sua ancoragem em conceitos ontológicos de ação, jamais produziram qualquer recorte da incriminação de *estados pessoais* (como o ato de possuir ou de ser alguma coisa), tendo como resultado um suposto processo de expansão do encarceramento no Brasil e em outros lugares do mundo (BUSATO, 2016).

A Concepção Significativa da Ação, de autoria de Vives Antón, foi inspirada na abordagem filosófica de Wittgenstein e Habermas, onde se discute a chamada "gramática profunda ou filosófica", ou seja, a gramática voltada a indagar sobre as condições universais de produção de significados, que, no caso do direito, se traduzem na existência de alguns elementos, quais sejam: ação, norma e liberdade de ação (PÉREZ, 2016).

Tal abordagem (qual seja, a gramática filosófica) busca, evidentemente, entender não as regras gramaticais da linguagem empregada por determinado sujeito (gramática superficial), mas o próprio significado de suas atividades, visto que, segundo esta concepção filosófica, a linguagem é o único meio válido de conhecimento (PÉREZ, 2016).

A partir de Wittgenstein e Habermas, Antón desenvolveu um novo sistema a ser utilizado no Direito Penal. Para compreender a linha de pensamento do autor, devemos analisar suas conclusões a respeito do conceito de ação, suas observações a respeito da norma penal e a importância da chamada liberdade de ação, visto que juntas (ação, norma e liberdade de ação) constituem as condições universais de compreensão de significados penalmente relevantes (PÉREZ, 2007).

Na concepção de Antón, à luz do giro lingüístico de Wittgenstein e das contribuições de Habermas, a ação não figura como algo pertencente ao mundo fático, mas como o próprio significado de uma conduta humana; não algo que os homens fazem, mas o sentido do que fazem; não como o substrato de um sentido, mas como o sentido de um substrato, questionando a concepção cartesiana da mente como substância, que conduziria o direito penal a uma doutrina da ação como fato composto, ou seja, como a reunião de um fato físico e um fato mental (PÉREZ, 2007).

Neste sentido, a ação não se confunde com os fatos, mesmo porque os fatos acontecem, as ações tem sentido; os fatos podem ser descritos, as ações, entendidas; os fatos se explicam mediante leis físicas, químicas, biológicas etc., as ações se interpretam através de regras gramaticais; os fatos estão a mercê do acaso e são desprovidos de sentido (BUSATO, 2016).

Trata-se de um novo momento do conceito de tipo, que deixa de ser uma conduta típica traduzida naquilo que os homens fazem, dando lugar ao sentido do que os homens fazem, traduzido pela norma penal incriminadora. É dizer, não há ação sem norma anterior que a defina. O tipo, dentro da concepção significativa da ação, é um tipo de fato (BITENCOURT, 2016).

Isso traz várias consequências para o Direito Penal, mais especificamente no que tange à dogmática penal, em virtude da aceitação de diversos critérios ontológicos nas categorias incriminadoras da conduta, a começar pela eliminação de subcategorias referentes ao tipo subjetivo, tais como os chamados crimes *praeterdolosos* e as hipóteses de erro de tipo e erro de proibição (PÉREZ, 2007).

No que toca às normas penais, o referido autor realça a importância de se ter em mente que, embora estas sejam sempre *decisões de poder*, atuando como diretrizes de conduta (como mandados), elas são também *determinações da razão*, dotadas de uma linha de raciocínio que justifica sua existência. Com efeito, é razoável afirmar que toda norma deve, em um primeiro momento, ser valorada. Neste sentido, Antón defende que, no que tange à sua fundamentação, as normas são carregadas de valores, não figurando apenas como preceitos objetivos vazios, isto é, não são apenas normas de determinação, mas axiomas positivados ligados ao valor da justiça (*apud* PÉREZ, 2007).

No que tange ao fundamento e conteúdo da norma, Vives Antón defende ser a norma jurídica, ao mesmo tempo, uma norma de determinação (por ser imperativa, objetiva e geral) e uma norma de valoração (pois repleta de valorações e desvalorações; aprovações e desaprovações) (*apud* PÉREZ, 2007).

No que tange a função da norma jurídica, afirma Vives Antón (*apud* PÉREZ, 2007) está explicada a partir de uma relação dialética entre a lógica da prevenção e a lógica das garantias, ou seja, entre os fins do direito penal e a fins da teoria da pena, tendo como síntese as diversas categorias do Direito Penal.

Vale também ressaltar a importância da liberdade de ação trazida por Antón. Neste sentido, mais do que o fundamento da teoria da culpabilidade, a liberdade de ação figura como o elo existente entre as teorias da ação e da norma. A liberdade de ação é tida como o pressuposto da própria ação, pois que o comportamento humano não pode ser entendido por leis naturais, só sendo inteligível através da interpretação (PÉREZ, 2007).

Tecidas as ideias fundamentais que sustentam a Concepção Significativa da Ação, podemos adentrar no sistema jurídico-penal idealizado por Vives Antón.

Na concepção de Vives Antón o aplicador da norma penal deve levar em conta não uma ação típica, mas um tipo de ação, visto que sequer existe ação antes do tipo penal incriminador. O tipo de ação indicado pelo professor espanhol nada mais é do que a composição de todos os pressupostos da ação, que cumpram a função de definir de que classe de conduta estamos falando, traduzidos em quatro pretensões (BUSATO, 2012), como se verá mais adiante.

A Concepção Significativa da Ação adotou quatro elementos para a identificação e aplicação das normas penais, definidos por pretensões, quais sejam:

Pretensão Geral de Relevância; Pretensão de Ilícitude; Pretensão de Reprovação; Pretensão de Necessidade de Pena. Quanto à Pretensão Geral de Relevância, é válido ressaltar que neste primeiro momento procura-se identificar se a ação é relevante para o direito penal (PÉREZ, 2007).

Para cumprir com esta tarefa, o autor biparte a Pretensão Geral de Relevância em dois momentos, quais sejam: a) Pretensão Conceitual de Relevância (onde deve ser empreendida: uma correta compreensão da formulação linguística com que se define o tipo de ação na lei; uma comprovação de que os movimentos físicos ou corporais levados a efeito pelo sujeito se acomodam na regra de ação a ser seguida – ou seja, equivale à tipicidade); b) Pretensão de Ofensividade (trata-se da antijuridicidade material, isto é, do grau de ofensividade ao bem juridicamente protegido) (PÉREZ, 2007).

Anote-se, desde já, que Antón não incluiu o dolo ou a culpa na Pretensão Geral de Relevância (no conceito de ação típica), justamente porque, para o autor, nem toda ação comporta uma intenção. Segundo Vives, o dolo e a culpa representam instâncias de imputação da antinormatividade de uma ação ou de uma omissão previamente entendidas como tais (PÉREZ, 2007).

A seguir, temos a Pretensão de Ilícitude, onde será examinada a desconformidade ou não da ação com o direito. Vale aqui destacar que, dentro do âmbito da ilícitude, segundo a linha adotada pelo autor, estão: a) a culpa em sentido amplo (esta saiu do âmbito da conduta típica para se fazer presente na Pretensão de Ilícitude); b) o exame das causas de justificação (permissões fortes); a análise de escusas ou exclusões de responsabilidade pelo fato (permissões débeis, por exemplo, a exigibilidade de conduta diversa) (PÉREZ, 2007).

No que tange à intenção, é válido sublinhar se tratar da chamada intenção subjetiva, ou seja, aquela que consiste na atribuição concreta de intenções ao sujeito e que, ainda que não desempenhe um papel definitivo na delimitação conceitual da ação, realiza a função substantiva de possibilitar o julgamento da conduta levada a efeito pelo sujeito (BUSATO, 2016).

Ainda sobre a intenção, note-se que, ao contrário do que se observa no propósito e no desejo, não se pode atribuir ao sujeito uma intenção se este não prestar o compromisso de levar a cabo a ação correspondente, em outras palavras, para determinar se uma ação foi ou não intencional, será necessário atender não a

inverificáveis processos mentais que residem no fundo da alma, mas a comprovação de um compromisso de atuar por parte do autor (ROCHA, 2007).

No que tange ao dolo, insta frisar que Vives Antón o define como um compromisso de atuar do autor, que não pode fundamentar-se naturalisticamente num processo fisiológico, mas desde um plano normativo. Para determinar este compromisso, terá de se examinar a regras sociais e jurídicas que definem ação como uma ação típica e relacioná-la com a bagagem de conhecimento ou a competência do autor, ou seja, as técnicas que este dominava, de tal modo que seja possível afirmar que o autor sabia que estava levando a cabo uma conduta lesiva ao bem jurídico (apud PÉREZ, 2016).

Já no que tange à culpa em sentido estrito, temos que ela se caracteriza a partir de uma dupla ausência de compromisso: a) por um lado, a ausência de compromisso com o resultado típico característico do dolo; b) por outro, pela ausência de compromisso normativamente exigido pela lesão, isto é, se trata de uma infração ao dever jurídico de cuidado (PÉREZ, 2007).

Anote-se que, na chamada Pretensão de Reprovação, não mais se julga a ação, mas o próprio sujeito, ou seja, o autor. Nesta pretensão, será examinada a imputabilidade do agente e a potencial consciência da ilicitude (PÉREZ, 2007).

Finalmente, por influência das críticas funcionalistas encabeçadas por Roxin, saindo do campo abstrato e procurando adequar o direito ao caso concreto, têm-se a Pretensão de Necessidade de Pena. Trata-se de um corolário do princípio da proporcionalidade, onde a punição pode deixar de ser aplicada ante as condições objetivas de punibilidade, as causas pessoais de exclusão da pena e as hipóteses de graça previstas no ordenamento (PÉREZ, 2007).

3 A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO COMO UMA NECESSÁRIA CORREÇÃO DO MODELO FINALISTA DE HANS WELZEL

A teoria finalista da ação representou um grande avanço no âmbito da dogmática penal, ao tentar superar os problemas ínsitos à teoria causal-naturalista no início do século XX. O Direito Penal realmente necessitava de uma nova teoria da conduta que explicasse minimamente o conceito de conduta penalmente relevante. O causalismo se mostrou insuficiente na delimitação de critérios ontológicos e

normativos, engessando o direito penal e exportando incongruências no momento de concretização da justiça.

Com o finalismo, a doutrina penal pôde desfrutar daquilo que mais almejava, isto é, um conceito de conduta suficientemente amplo, de modo a albergar as diversas modalidades de ação, seja ela comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, num único supraconceito: o exercício de uma atividade final.

Hans Welzel, através do finalismo, conseguiu satisfazer a doutrina da época, distinguindo as diversas modalidades de ação através da teoria das finalidades últimas e intermediárias e retirando da culpabilidade (antes psicológica) o dolo e a culpa, de modo a conduzi-los à conduta típica, agora dotada de uma face objetiva, subdividida em ação e omissão; e de uma face subjetiva, composta pelo dolo e pela culpa.

Ante este novo conceito de tipo complexo, surgiram novas subcategorias, fincadas eminentemente em critérios ontológicos, que atravessaram as décadas em todos os tribunais onde o finalismo foi aceito, tais como os chamados crimes *praeterdolosos*, hipóteses de erro de tipo e erro de proibição, que substituíram o chamado erro de direito e erro de fato, além dos casos de crime impossível e da distinção entre dolo eventual e culpa consciente (BUSATO, 2012).

Contudo, as primeiras críticas começaram a surgir com o advento da doutrina do funcionalismo. Claus Roxin já alertava para a ausência, no finalismo, de elementos que o tornassem plenamente compatível com as atuais concepções de política criminal e com o tão aclamado ideal do Estado democrático de direito, que colocam ante o Direito Penal o dever precípua de se ater à guarda dos bens jurídicos mais sensíveis da sociedade e, conseqüentemente, de buscar reduzir a tendência de criminalização de condutas cuja punição não se apresente necessária (NEVES, 1993).

Assim, Roxin procurou dirimir a preponderância do tipo subjetivo, através da teoria da imputação objetiva, principalmente no que tange ao princípio da criação de risco proibido para o objeto da ação, e reduzir a aplicação de penas desnecessárias, incluindo no conceito de crime a necessária demonstração da punibilidade do sujeito ante o princípio constitucional da proporcionalidade (NEVES, 1993).

Além das críticas funcionalistas, é válido ressaltar, também, a questão das dificuldades do finalismo em sua dinâmica própria, mais especificamente na confusão feita entre finalidade potencial e exigibilidade de conduta diversa; e no que toca à

ausência de qualquer explicação concernente ao nexó de causalidade entre a conduta do sujeito e o resultado observado (ROCHA, 2016).

Assim, à luz do giro linguístico representado pela Gramática Profunda ou Filosófica de Wittgenstein, e da Teoria da Ação Comunicativa de Habermas, onde se tem a idéia de que linguagem é a única forma válida de conhecimento e de que o objetivo precípua da filosofia é a busca das condições universais de compreensão de significados, Vives Antón fundou uma nova concepção de conduta punível, qual seja, a concepção significativa da ação (BITENCOURT, 2016).

Segundo Vives Antón, tais condições universais de compreensão de significados são traduzidas no Direito Penal a partir das noções de ação, norma e liberdade de ação, como foi acima aludido. A conduta, no âmbito da teoria significativa da ação, deixa de ser uma conduta típica objetivo-subjetiva e passa a ser um tipo de fato, em que não há ação ou omissão antes de uma cominação legal, tendo em vista que a conduta humana não é aquilo que os homens fazem, mas o significado do que fazem. Não se trata do sentido de um substrato, mas do substrato de um sentido, de modo a englobar todas as hipóteses de construção significativa do agir humano, afastando a impossibilidade de fazê-lo segundo os critérios ontológicos do finalismo (BUSATO, 2005).

Essa concepção tem a pretensão de traçar uma nova perspectiva dos conceitos e significados básicos do direito penal. Essa proposta de sistema penal repousa nos princípios do liberalismo político e tem como pilares dos conceitos essenciais: ação e norma, unidos em sua construção pela idéia fundamental de 'liberdade de ação'. O conceito significativo de ação na ótica de seus ardorosos defensores, como Vives Antón, Zugaldía Espinar e Paulo César Busato, identifica-se melhor com o moderno direito penal, respondendo aos anseios de uma nova dogmática e respeitando os direitos e garantias fundamentais do ser humano. Reconhecem, no entanto, que sua perspectiva metodológica não se encontra plenamente desenvolvida, embora – sustentam – suas propostas político-criminais sejam sensíveis à crítica do próprio sistema e prometam bases bastante seguras e mais adequadas a uma interpretação humanista do direito penal garantista (BITENCOURT, 2016, p.296-297).

Com efeito, conclui-se que a concepção significativa da ação não representa uma ruptura com os modelos de conduta anteriores, visto que preserva, na medida do possível para a construção do Direito Penal democrático, quase toda a estrutura erigida pelo causalismo e muitas contribuições do neokantismo e das teorias sociais da ação, além da estrutura básica do finalismo e do funcionalismo penal, principalmente no que toca à exclusão da culpa em sentido amplo da culpabilidade; e

no que diz respeito à pretensão de necessidade de pena. Pretende-se tão somente operar uma “mudança de foco” na teoria da conduta, de modo a compatibilizar a aplicação do direito penal às mudanças sociais e, ao mesmo tempo, evitar que comportamentos irrisórios venham a ser tipificados, mediante a exclusão de alguns elementos das categorias criadas pela dogmática penal, em sua maioria, de teor ontológico, cujos conteúdos encontram dificuldades de adaptação nas chamadas pretensões de Vives Antón. Assim, a dogmática penal busca fundar um conceito de conduta mais democrático e compatível com a proposta de um verdadeiro Estado constitucional de direito, tendo em vista as finalidades do Direito Penal, no âmbito de proteção dos bens jurídicos mais sensíveis da coletividade, embora os próprios defensores da teoria de Vives Antón reconheçam a necessidade de um melhor aprimoramento e clarificação da teoria, principalmente no que diz respeito à sua conformidade com a necessidade de se construir um Direito Penal pautado pela segurança jurídica, de modo a proteger os cidadãos das ingerências indevidas do estado.

CONCLUSÃO

Como já explicitado, a teoria finalista da ação procurou, dentro das perspectivas filosóficas de sua época, contribuir para a dogmática penal ao tentar dirimir as incongruências levadas a efeito pela teoria causal-naturalista, mais especificamente no que tange à superação do mecanicismo filosófico no âmbito do Direito Penal e do reducionismo cientificista da conduta a uma mera relação de causa e efeito desprovida de critérios normativos e subjetivos.

Através de sua teoria e por influência de Nicolai Hartmann, Welzel reuniu dolo e culpa, ação e comissão, em um supra conceito fundado na finalidade humana. Segundo o professor alemão, existem duas modalidades de finalidade, quais sejam, as finalidades últimas e as finalidades intermediárias. A conduta dolosa possui ambas, ao passo que a conduta culposa, embora também possua finalidades últimas, só poderá ser objeto de responsabilização no que toca às finalidades intermediárias, segundo os critérios de previsibilidade objetiva. Com efeito, segundo esta linha de raciocínio, a nota essencial de toda conduta humana é a finalidade.

Welzel operou uma verdadeira engenharia na idéia de tipo penal, retirando os

elementos psicológicos da culpabilidade, é dizer, o dolo e a culpa, conduzindo-os para a conduta típica, fundando uma noção de tipo simultaneamente objetivo e subjetivo e um modelo de culpabilidade eminentemente subjetivo, direcionado à valoração de uma ação ou omissão humana.

O finalismo, como visto, sofreu várias críticas, tanto por parte dos partidários da teoria neokantista, como por parte dos defensores das teorias sociais da ação e dos modelos funcionalistas. Os neokantistas afirmam que o finalismo, além de não trazer uma explicação do nexo de causalidade referente às condutas omissivas, faz uma antecipação do exame de culpabilidade ao conceituar a conduta culposa como o exercício de uma finalidade potencial. Os partidários das teorias sociais, por sua vez, afirmam que o finalismo peca ao não fazer uma consideração da conduta sob o aspecto social, dando demasiada importância ao tipo subjetivo. Já o funcionalismo teleológico encabeçado por Claus Roxin, ficado nas modernas políticas criminais e no princípio do Estado democrático de direito, aponta que o finalismo é omissivo em relação à principal finalidade do Direito Penal, isto é, a proteção dos bens jurídicos mais sensíveis e que não podem ser protegidos por outros ramos do direito, conferindo uma excessiva importância à culpa em sentido amplo e desconsiderando a discussão a respeito da necessidade de aplicação da pena ao sujeito que praticou um injusto.

Neste sentido, a concepção significativa da ação de Vives Antón pretendeu, à luz do giro lingüístico de Habermas e de Wittgenstein, em que se tem a idéia de que a linguagem é a única forma de conhecimento válido e de que a filosofia deve apenas buscar as condições universais de compreensão de significados, estabeleceu, a partir de modificações nos conceitos de ação, norma e liberdade de ação, uma nova concepção de tipo, não mais referente àquilo que os homens fazem, visto que a ação é criada pela norma, mas concernente ao significado daquilo que os homens fazem. Não há mais fato típico, mas um tipo de fato.

Contudo, apesar de tais modificações na concepção de tipo penal, Vives Antón preservou muitos pontos tidos como positivos nas outras teorias da conduta humana, tais como a estrutura da conduta punível projetada pelo causalismo, a rejeição de elementos psicológicos na culpabilidade, feita pelo próprio finalismo, e a tentativa de construir um direito penal direcionado a fins e em consonância com as modernas políticas criminais e com o princípio do Estado democrático de direito, cuja importância

foi sublinhada pelo funcionalismo teleológico de Roxin.

Assim, conclui-se que a concepção significativa da ação não se encontra numa situação de oposição ao finalismo. Sem dúvida, as teorias em apreço possuem uma relação de contradição. A concepção significativa da ação nada mais é do que uma nova teoria da conduta, ainda inacabada e passível de críticas, que visa corrigir o finalismo em alguns de seus principais pontos e fundar um direito penal democrático e em harmonia com o princípio do Estado constitucional de direito, capaz de atender à finalidade última deste ramo do direito, qual seja, a de proteger os bens jurídicos mais sensíveis da coletividade e, da mesma forma, preservar as liberdades.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BINI, Diego. O Estado democrático de direito e o direito penal no Brasil. Finalismo ou funcionalismo? Eis a questão. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3353, 5 set. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22564>. Acesso em 01. fev. 2018.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal –Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**. Código Penal Brasileiro, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 29. fev.2018.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Parte Geral– Tomo I**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense 2005.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e ação significativa**: Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BUSATO, Paulo César. Delitos de posse e ação significativa – crítica aos *Besitzdelikte* a partir da Concepção Significativa da Ação. **Sielo**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552016000200075&script=sciabstract&lng>. Acesso em: 29. fev. 2018.

BUSATO. **Fundamentos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Juruá, 2016.

GRECO, Luís. **Introdução a funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**

(Claus Roxin). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GUARAGNANI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal** – um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUIMARÃES, Aquiles Córtes. Para uma eidética do direito. **Cadernos de EMARF, Fenomenologia e Direito**. Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p.1-100, abr./set. 2008.

MARÍAS, Julián. História de La filosofia. **Revista de Occidente Madrid**, Madrid, 1952.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993.

PERES, César. A teoria finalista da ação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10 (/revista/edições/2005), n. 699. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6797>. Acesso em: 13. fev.2018.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **A Concepção significativa da ação de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do Direito**. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: v. I**. 10. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. – 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REALE, Giovanni. **História da filosofia: do romantismo até nossos dias**. São Paulo: Paulus, 1991.

ROCHA, Renato Gomes de Araújo. **Teorias da conduta: antecedentes, tendências e impasses**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. Uma leitura do sistema teórico finalista da ação à luz da política criminal garantista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2588. 2 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17082>. Acesso em: 14. fev.2018.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O bem jurídico e a Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 432, 12. set. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5682>. Acesso em: 17. fev.2018.

SOUZA JÚNIOR, Carlos Miguel Villar de. **O processo de constitucionalização do**

direito penal: aportes sobre o horizonte de expansão do direito penal nas novas formulações de política criminal e na dogmática jurídico-penal. Dissertação (Mestrado em Direito). Unibrasil, Curitiba, p. 97. 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

A FÓRMULA 85/95 DA LEI 13.183/2015 PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIAS POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO²⁰

Marcelo Acioli de Vasconcelos

Aluno da Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário

Prof. Dr. Antônio Castro do Amaral²¹ - Orientador

RESUMO: *O presente estudo dedica-se a analisar a fórmula progressiva 85/95 proposta pela Lei 13.183/2015, objetivando promover uma discussão acerca da progressividade que se estende de 2016 a 2022, quando o segurado terá que cumprir os cem pontos para fazer jus à aposentadoria por tempo de contribuição sem a incidência do fator previdenciário. Para analisar tal questão, nesta monografia, tratamos da seguridade social, o seu funcionamento e, ao fim, destacar a inexistência do chamado déficit previdenciário, alegado como justificativa à criação do fator previdenciário. É certo que a seguridade social não é deficitária, tendo um superávit da ordem de R\$ 54 Bilhões em 2014. Ao término do trabalho, trouxemos casos exemplificativos a fim de se demonstrar eventual vantagem na renda mensal inicial da aposentadoria decorrente da aplicação contida na fórmula progressiva 85/95.*

PALAVRAS-CHAVE: *Seguridade Social. Aposentadoria.*

ABSTRACT: *This study is dedicated to analyze the progressive formula 85/95 proposed by the Law No. 13.183/2015, aiming to promote a discussion about the progressivity that extends from 2016 to 2022, when the insured will have to fulfill one hundred points to be entitled to his retirement due to contribution time without the incidence of the Social Security factor. In this monograph, to analyze such a question, we treat about the Social Security, its operation, and, at the end, we highlight the absence of the so-called Social Security deficit, alleged as an excuse to the creation of the Social Security factor. It is known that the Social Security is not deficient, having a surplus of the order of 54 billion in brazilian currency. At the end of this*

²⁰ Este artigo foi submetido para publicação em setembro de 2018. O trabalho foi apresentado na Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário do Cesmac.

²¹ Doutor e Mestre em Letras, Graduação em Filosofia (Licenciatura e Bacharelado) e em Ciências/Matemática (Licenciatura). Especialista em Filosofia, Educação e Previdência. Atualmente é Professor na Graduação e Pós-Graduação do Cesmac. É membro do Grupo de Pesquisa em Análise do Discurso (CNPq-CAPES). É autor de artigos acadêmicos e livros. Líder de Grupo de Análise de Discurso Jurídico no Cesmac.

essay, we brought sample cases to demonstrate a possible advantage in monthly income of the retirement due to the application contained in the progressive formula 85/95.

KEYWORDS: *Social security. Retirement.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz uma discussão a respeito da recém-criada “fórmula progressiva 85/95”, instituída pela Medida Provisória 676/2015 e convertida na Lei 13.183, de 04 de novembro de 2015, a qual incluiu o artigo 29-C na Lei 8.213/91, que será o principal enfoque de nosso estudo. A grande novidade do referido artigo é a possibilidade de que a incidência do fator previdenciário no cálculo do salário de benefício, quando do pedido de aposentadoria, seja facultativa, uma vez que, o total da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição na data do início do benefício seja: a) igual ou superior a 95 pontos, se homem, observado o tempo mínimo de contribuição de 35 anos; ou b) igual ou superior a 85 pontos no caso de mulheres, levando em consideração o tempo mínimo de contribuição 30 anos.

A recém-criada fórmula, proposta pela Lei 13.183/2015 se apresenta como vantagem em relação à aplicação do fator previdenciário? Assumimos a hipótese que ela traz benefícios no que se refere à renda mensal inicial do segurado que preenche os requisitos da aposentadoria por tempo de contribuição. Tal benefício será demonstrado no terceiro capítulo desta monografia, através de exemplificação de casos concretos.

O objetivo principal desse estudo é fazer uma análise da proposta emanada pela Lei 13.183, de 04 de novembro de 2015, aplicáveis aos segurados do regime geral de previdência social nos casos de aposentadoria por tempo de contribuição. Para alcançar esse objetivo foi necessário se fazer uma discussão do quadro da previdência social no mundo e no Brasil, o seu funcionamento e, ao fim apresentar os resultados decorrentes do que foi emanado na referida lei.

A justificativa é dada por ser um tema recente, pouco se escreveu sobre o assunto, permeando, assim dúvida sobre a nova regra, desta forma, necessário se faz apontar as principais consequências à vida do segurado, principalmente no que diz respeito à idade, o tempo mínimo de contribuição e os possíveis ganhos na renda mensal do benefício, tendo sempre como parâmetro o fator previdenciário que vem sendo utilizado nas aposentadorias por tempo de contribuição, com isso diminuindo

consideravelmente a renda mensal inicial do benefício.

A metodologia utilizada teve como ponto base a pesquisa bibliográfica: doutrinas, jurisprudência, além de sites especializados na temática, através de um trabalho de coleta de dados históricos e atuais, fazendo um comparativo entre eles, sempre envolvendo a natureza do tema com os objetivos traçados pela pesquisa.

A presente pesquisa foi construída a partir das contribuições de vários autores da área previdenciária: Amado (2016), Castro e Lazzari (2014), Ibrahim (2015), Kertzman (2015), Leitão (2015), Mello (2010), Tsutiya (2013), Santos (2016), Soares e Farias (2017).

1 SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL E NO MUNDO

1.1 SEGURIDADE SOCIAL NO MUNDO

Ao percorrer as bases da evolução histórica da proteção social no Brasil torna-se indispensável, *a priori*, que se faça referência, mesmo que de forma sucinta, de como se deu o processo de evolução da seguridade social no mundo, até atingir o Brasil.

A preocupação com a proteção dos indivíduos quanto as suas adversidades, sempre foi presente na humanidade, porém, só no século XVII o Estado viria intervir de forma concreta, através da tão conhecida Lei dos Pobres. A partir daí a problemática se tornou imprescindível no ordenamento jurídico dos Estados.

Ibrahim (2015, p. 1) considera que: “A preocupação com os infortúnios da vida tem sido uma constante da humanidade. Desde tempos remotos, o homem tem se adaptado, no sentido de reduzir os efeitos das adversidades da vida, como, fome, doença, velhice e etc”.

O mesmo autor segue informando que a proteção social tem sua origem na família. Em tempos passados os povos viviam em grandes comunidades familiares, os jovens tinham o dever de cuidar dos mais velhos e dos incapacitados.

Porém, nem todos os velhos e incapazes eram protegidos por familiares, mesmo quando essa proteção existia, ela era insatisfatória. Destarte, a necessidade de auxílio externo, ajuda voluntária de terceiros, sendo quase sempre de incentivo da igreja, mesmo que tardiamente. O Estado só viria a intervir mais fortemente na

proteção social no século XVII, na Inglaterra com instituição da *Poor Law*, ou seja, Lei dos Pobres de 1601.

Como bem trata Castro e Lazzari (2014), até o século XVIII, não havia por parte do Estado qualquer prestação social, por se entender que não era atribuição do Estado o dever de dar assistência aos necessitados. Continua o autor afirmando que a exceção que se verifica na história, foi *Poor Law*, que em 1601 instituiu na Inglaterra a contribuição obrigatória de cunho social, para fins assistenciais.

O objetivo das primeiras normas criadas era o assistencialismo. Em 1601, foi criado o auxílio e socorros aos necessitados, com a criação da *Poor Relief Act*, a conhecida Lei dos Pobres na Inglaterra.

A ideia de justiça não vinculava a prestação de auxílio aos pobres e necessitados, surgia apenas como caridade. A situação era ainda mais dramática, pois a pobreza aparecia às pessoas carentes como uma garantia de ingresso ao Reino de Deus. Havia uma honra própria da pobreza. Pois a miséria era tida como uma punição de Deus, cabendo ao indigente arcar com todas as mazelas de sua condição, pois se acreditava que essa condição foi gerada por sua própria culpa.

Ensina Santos (2016, p. 37) que

O indivíduo em situação de necessidade — em casos de desemprego, doença e invalidez — socorria-se da caridade dos demais membros da comunidade.

Nessa fase, não havia direito subjetivo do necessitado à proteção social, mas mera expectativa de direito, uma vez que o auxílio da comunidade ficava condicionado à existência de recursos destinados à caridade.

Grupos de mútuo, também surgiram, na sua origem livre sem a ação efetiva do Estado. Mútuos eram grupos de pessoas que se reuniam com objetivos comuns, visando o recolhimento de contribuição para a proteção de todos, com o objetivo de dá cobertura às adversidades.

Eram formados fundos para atender pessoas que contribuíam para o grupo, com o fim de serem socorridas nos momentos de dificuldade. Os *sodalitates* romanos, os *coleggia* e *hetrias*, as *confradias*, as *aguildas* ou *ligas*, eram exemplos de mutualismo na idade média.

Na verdade, era um anúncio do que viria a ser chamados de sistemas privados de previdência complementar. Esses mútuos foram muito difundidos pelas sociedades da época, sendo comum até nos dias de hoje.

Ibrahim (2015) vai além, a sociedade industrial foi a principal impulsionadora do surgimento do que conhecemos hoje como proteção social. Motivada principalmente pelos acidentes de trabalho, pois seus trabalhadores estavam sendo mutilados e até mortos pelos acidentes ocorridos no ambiente de trabalho, mão de obra infantil e o alcoolismo, dentre tantas mazelas da época.

Nesse ponto, acrescenta Tsutiya (2013, p. 50):

Com o advento da Revolução Industrial, tais sistemas restritos de proteção social se tornaram insuficientes. O Estado Moderno trouxe a mudança para a fase atual, o intervencionismo estatal, o que aconteceu após a Revolução Francesa.

Deste modo, há de se notar a importância de uma ação por parte do Estado, através de uma ordem jurídica que proporcione o ajuste ou, ao menos, diminua as desigualdades sociais.

Na mesma linha de abordagem, Kertzman (2015, p. 43), "A seguridade social, como regime protetivo, surgiu a partir da luta dos trabalhadores por melhores condições de vida".

Otto Von Bismarck, na Alemanha em 1883, cria a primeira lei de cunho previdenciário, instituindo o seguro-doença. Em seguida, foi instituída a cobertura compulsória para os acidentes de trabalho. Ainda na Alemanha, foi criado o seguro de invalidez e velhice, em 1889.

Tsutiya (2013, p. 51), ainda tratando dessa questão, acrescenta:

A Alemanha vivenciou a primeira experiência. O Chanceler Otto Von Bismarck foi convidado pelo Parlamentar da Confederação Norte, em 1869, a desenvolver um projeto de proteção social à classe trabalhadora. Entrava em cena a Previdência Social, na forma de Seguro Social.

Esse é o marco inicial da gestão e organização de um benefício custeado por contribuições advindas das empresas por força de lei, onde o Estado ficou responsável apenas por sua organização e gestão.

Conhecido como Sistema *Bismarckiano*, este sistema previdenciário, trouxe duas particularidades que hoje é comum em todos os sistemas previdenciários modernos, quais sejam, a contributividade e a compulsoriedade, que é à base da previdência brasileira. Nesse passo, o Estado pela primeira vez passar a ser o financiador da previdência social, através da arrecadação dos tributos.

Logo depois, muitos países Europeus instituíram suas leis objetivando a

proteção social. Nesse contexto, foi criado o seguro obrigatório contra acidente de trabalho na Inglaterra, o qual ficou conhecido como *Workmen's Act*.

O México foi o primeiro a tratar sobre o tema previdenciário em sua Constituição de 1917, logo depois em 1919, a Constituição Alemã de Weimar, também inseriu em seu texto Constitucional o tema previdenciário. Explica Soares e Farias (2017, p. 91), “Seguindo os mandamentos da Carta Magna Mexicana, a Constituição de Weimar, na Alemanha, dava cobertura aos trabalhadores em diversos casos, como invalidez e riscos de saúde”.

Nesse momento, duas grandes nações inserem em seu texto constitucional normas voltadas ao direito previdenciário, México aparece como pioneiro em 1917, seguido por Alemanha em 1919. Nesse mesmo ano foi criada Organização Internacional do Trabalho (OIT).

No mesmo ano de 1919, o Tratado de Versalhes criou a Organização Internacional do Trabalho. Tsutiya, (2013, p. 52), “A partir de então, o seguro social obrigatório universalizou-se, atingindo a América e também a Ásia”.

Leciona Santos (2016, p. 39), com o Tratado de Versalhes, veio a primeira obrigação de introdução de um regime universal de justiça social. Nesse passo, foi criado o Bureau International Du Travail (BIT), a Repartição Internacional do Trabalho, o BIT em sua primeira Conferência Internacional do Trabalho, imputou o desenvolvimento da previdência social em todas as nações civilizadas. Da referida conferência surgiu a 1ª recomendação à criação do seguro-desemprego.

Continua a autora afirmando que partir da primeira Conferência Internacional do Trabalho, realizada pelo BIT, surgiram outras conferências como, por exemplo, a terceira conferência realizada em 1921 que, recomendou a extensão do seguro social aos trabalhadores rurais e a décima conferência em 1927, a qual estendeu a recomendação do seguro-doença aos obreiros da indústria, comércio e da agricultura.

Os Estados Unidos criaram o *New Deal*, após a crise de 1929, modelo inspirado pelo *Welfare State* ou Estado do bem-estar social. Tal modelo consistia em uma política onde o Estado tinha uma maior ação na economia, na organização social e em especial na saúde pública, assim como na assistência social e na previdência social.

Em plena segunda guerra mundial, em 1942 o britânico, economista, Barão de Beveridge, William Henry Beveridge, criou o Report on Social Insurance and Allied

Services, o que veio a ser chamado de Plano Beveridge, o qual teve por propósito ajudar às pessoas que passavam por adversidades. A proposta era que todos, economicamente ativos, tinham que recolher uma prestação pecuniária semanal ao governo, para posteriormente ser utilizado como custeio para desempregados, doentes, viúvas e outros necessitados.

Sobre o assunto, destaca Kertzman (2015, p. 44):

Ponto chave do estudo da evolução histórica mundial é o chamado Plano Beveridge, construído na Inglaterra, em 1942, por William Beveridge. Este plano é o que marca a estrutura da seguridade social moderna, com a participação universal de todas as categorias de trabalhadores nas três áreas da seguridade: saúde, previdência social e assistência social. Para isso, a seguridade deveria ser financiada por meio da arrecadação tributária, não necessariamente vinculada a esta finalidade específica. O Estado é responsável por arrecadar tributos de toda a sociedade e por oferecer os serviços da seguridade social para todos os administrados.

Para o plano *Beveridge*, a proteção social é de caráter universal, atendendo a toda a sociedade, se apresentando com sérias críticas ao modelo *Bismarkiano*.

Destarte, necessário se faz diferenciar o sistema *bismarckiano* de 1883, do sistema *beveridgeano* de 1942, ambos difundidos no mundo. O modelo *beveridgeano* é de cunho universal, protege a toda a sociedade, independe de contribuição por parte do assistido. Em oposição a isso, temos o modelo *bismarckiano* que só protege aqueles que contribuíram para o sistema, aqueles que não dispunham do financeiro, ficariam desprotegidos pelo sistema previdenciário.

Com o objetivo de resolver a problemática social, o Presidente Americano Roosevelt, coloca em prática a política do *New Deal*, motivado pela filosofia do *Welfare State* ou Estado do Bem-Estar Social. Deste modo, foi criada a “Social Security”, em 1935, a seguridade social americana.

Kertzman (2015) também destaca que, na atualidade, esse modelo de proteção social utilizado desde o *New Deal*, vem sendo trocado em muitos países latino-americanos, por uma política previdenciária que se dá sem o envolvimento do Estado ou a mínima participação deste. O que se verifica no Chile, o primeiro a implementar tal modelo, assim como México, Argentina, Colômbia, Uruguai e Peru.

Nesse modelo, o Estado apenas custeia a assistência social, tornando a previdência social totalmente privada.

Como explica Castro e Lazzari (2014, p. 58), “o que se nota, todavia, é que o privatizante parece ter atingido seu ocaso”. Ou seja, o autor explica que o modelo

Chileno das privatizações, chegou ao seu limite. O Chile modificou seu sistema previdenciário de forma radical, passando a partir do ano de 2008 a valer regras de cunho social, o qual alberga pessoas que tenham contribuído com insuficiência, assegurando um complemento em sua renda, custeada pelo Estado, assim como, uma proteção social maior que assistencial.

Outro ponto importante para a evolução da seguridade social foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, perfilhada pela ONU em 1948.

Sobre o assunto, acrescenta Soares e Farias, (2017, p. 91):

Dentre outras normas relevantes, podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), onde o tema foi evidenciado no art. 25, e dispõe que, entre outros casos, todo cidadão terá direito a segurança em casos de velhice e doença.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adota pela ONU em 1948, traz o tema previdência social em seu artigo 25, onde aparece de forma implícita através dos termos segurança em caso de desemprego, doença e invalidez, sendo a aposentadoria e o auxílio-doença o meio de segurança previsto no artigo versado da Declaração Universal dos Direitos dos Humanos.

Ibrahim (2015), o Brasil, por força da Constituição Federal de 1988, segue a regra do Bem-Estar Social. Desta forma, a proteção social da sociedade brasileira é dever do Estado, impondo como contrapartida, contribuição dos empregados.

A Seguridade Social, só foi incorporada na Constituição Federal de 1988, onde foi inserido um capítulo dedicado a ela.

1.2 SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

Assim como no restante do mundo, foi com as organizações privadas que se deu o início à proteção social no Brasil, através de políticas intervencionistas.

Como observa Leitão e Meirinho (2015, p. 33):

Pode-se afirmar que a evolução da proteção social no Brasil seguiu o mesmo caminho trilhado no plano internacional: da origem privada e voluntária da continuidade, passando pela formação de planos mutualistas chegando à intervenção do Estado.

Neste sentido, explica Kertzman (2015, p. 43) que em 1543 foram criadas as santas casas de misericórdia, elas foram às primeiras entidades encarregadas da proteção social, exemplo disso foi a de Santos, que atuava na assistência social.

Em 1835, foi criado Montepio Geral dos Servidores do Estado ou Mongeral, a primeira instituição de previdência privada do Brasil, ainda com características mutualistas.

O primeiro texto constitucional a inserir a proteção social no Brasil foi a Constituição de 1824, tratando em seu artigo 179, inciso XXXI, dos socorros públicos.

Já a constituição de 1891 instituiu a aposentadoria por invalidez para os servidores públicos, sendo a mesma financiada pela população.

Acrescenta Soares e Farias, (2017, p. 56):

A primeira Constituição preconizava a instituição de socorros públicos para quem deles necessitasse, o termo “aposentadoria” foi introduzido na legislação com a Constituição de 1891, benefício que era previsto para os servidores em caso de invalidez a serviço da Nação.

A primeira Constituição a utilizar o termo “aposentadoria” restringiu seu alcance aos servidores públicos em caso de invalidez, desde que a serviço do Estado, como seu financiamento se dava pelos próprios servidores, a aposentadoria não atingiria outras classes sociais.

A Lei 3.724, de 1919, criou o seguro obrigatório de acidente de trabalho, além de uma indenização que deveria ser paga pelas empresas aos empregados acidentados.

Kertzman (2015, p. 45) acrescenta que "A doutrina majoritária considera o marco da previdência social brasileira a publicação a Lei Eloy Chaves, Decreto-Legislativo 4.682, de 24/01/23, que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPS) - para os empregados das empresas ferroviárias".

No governo de Getúlio Vargas, no ano de 1930, foi criado o Ministério do trabalho, Indústria e Comércio, encarregado em organizar a previdência social no Brasil. Nesta mesma década, foram reunidas as 183 CAPS existentes, formando, assim, o Instituto de Aposentadoria e Pensão, o IAPS, tornando o sistema mais efetivo.

Com a Constituição de 1934, a manutenção do sistema previdenciário seria custeada através de contribuições do Governo, dos empregadores e dos trabalhadores, é o que se convencionou chamar de “tríplice forma de custeio”. A primeira Constituição brasileira a trazer em seu texto o termo "seguro social" foi a Constituição de 1937, porém não trouxe grandes inovações previdenciárias.

Em 1942, o Decreto-Lei 4.890/42, criou a Legião Brasileira da Assistência Social (LBA).

A Constituição de 1946 garantiu proteção às doenças, invalidez, velhice e morte. Utilizando de forma inovadora a expressão "previdência social", ela ficou marcada por ser a primeira Constituição a sistematizar as normas de proteção social no Brasil.

Em 1960, foi criado o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, além da aprovação da Lei Orgânica da Previdência Social, a LOPS, marcando, assim, a padronização dos critérios utilizados nos IAPS. Nesse período os trabalhadores rurais e domésticos não eram abrangidos pela previdência social.

Com a criação do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), pelo Decreto-Lei 72 de 1966, vindo vigorar um ano depois. Houve a unificação de todos os IAPS. Firmando-se, assim, o sistema previdenciário brasileiro. Neste mesmo ano foi instituído o auxílio-desemprego.

A Constituição de 1967 inovou em exigir a precedência do custeio em relação à criação de novos benefícios. Sendo assim, sempre que a legislador criar novos benefícios, se faz obrigatório indicar a fonte de custeio.

Com a instituição da Lei Complementar 11/71, de 1971, foi criado o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), beneficiando os trabalhadores rurais, os quais a partir desta data passaram a ser protegidos pela previdência social. Só no ano seguinte com a criação da Lei 5.858/72, os empregados domésticos passaram a integrar o sistema previdenciário.

O Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS) foi criado em 1977, com o intuito de unificar a assistência social, previdência social, assistência médica e gestão das instituições vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

Ainda que atrasada, a Seguridade Social foi positivada na Lei Maior de 1988, influenciada pela filosofia do Lord Beveridge. A Seguridade Social foi oficializada como um modelo criado para dar a toda à sociedade proteção à Saúde, Previdência Social e Assistência Social.

Sobre o tema, Tsutiya (2013, p. 57) ainda pondera que

A despeito da grande conquista da sociedade, equívocos foram cometidos na elaboração desse importante instrumento de cidadania. O sistema é denominado 'Seguridade Social'. No entanto, verifica-se que somente a Saúde e a Assistência Social se inserem nessa filosofia. Por outro lado, a Previdência Social conserva ainda a ultrapassada filosofia introduzida por Bismarck há mais de um século, qual seja, a de seguro social.

Para melhor entendimento do discorrido acima, se faz necessário, novamente, trazer a diferenciação entre o modelo *Beveridge* e o modelo criado por Otto Von Bismarck. Para o primeiro, toda a sociedade tem o direito à proteção social, não importando se é contribuinte ou não do sistema. Em contraposição, o segundo sistema, criado por Bismarck condiciona que para que se ter direito a assistência social, o necessitado tenha que ter vertido ulterior contribuições, sem as quais ficaria fora do sistema de proteção.

O autor segue afirmando que a Previdência Social no Brasil preserva a ideia ultrapassada de seguro social.

Com a Constituição de 1988 foi inserido um novo modelo à Seguridade Social, contemplando a Saúde, Previdência Social e Assistência, os quais se encontram concretizados nos arts. 194 a 204.

O caput do artigo 194, assim dispõe, *in verbis*: “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”.

Estabelecido o sistema de Seguridade Social pela Constituição de 1988, a saúde, a assistência social e a previdência social, passaram a atuar conjuntamente, sendo as prestações do Estado custeadas pelas contribuições sociais, e não só às da Previdência Social.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 201, preceitua que o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), não atinge a toda a população economicamente ativa, atinge apenas aqueles que nos termos da lei, mediante prévia contribuição, façam jus aos seus benefícios, não protegidos por regimes próprios de seguro social.

Ficando fora do citado RGPS: os servidores públicos civis, abrangidos por regimes próprios de previdência; os militares; os membros do poder judiciário e do ministério público; os membros dos tribunais de contas da União, além dos que não contribuem para previdência social.

A Carta Magna de 1988 preconiza em seu artigo 198 que, as ações de saúde, são direcionadas a ofertar políticas sociais com o objetivo de minimizar riscos de doenças e outros males, sendo o responsável para isso o Sistema Único de Saúde (SUS), tendo um caráter descentralizador.

Sobre o tema, Castro e Lazzari destacam (2014, p. 66):

O direito à saúde, que deve ser entendido como direito à assistência e tratamento gratuito no campo da medicina, é assegurada a toda a população, independentemente de contribuição social, para que se preste o devido atendimento, tendo atribuições no âmbito da repressão e prevenção de doenças [...].

O Texto Maior de 1988 tem por objetivo que todos sejam protegidos, ou seja, qualquer indivíduo que tenha contribuído ou não para a seguridade social. Que tal proteção se fixe em razão do custeio e da necessidade de cada indivíduo.

Na mesma linha, Santos (2016, p. 43) ressalta, sendo o necessitado segurado da previdência social, o acolhimento se dará através de concessão de benefício previdenciário, conforme a eventualidade que o tenha atingido. No caso de um necessitado não ser segurado de algum regime de previdência social, desde que preencha os pressupostos legais, fará jus à assistência social.

Com o intuito de melhorar a concessão dos benefícios previdenciários foi criado o denominado Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) instituído pelo Decreto nº 99.350, de 12/04/1990, surgiu da reestruturação das atribuições do IAPAS e do INPS.

Hoje, a responsabilidade sobre os pagamentos dos benefícios é atribuição do INSS, no que se refere à arrecadação e fiscalização das contribuições sociais, essas estão sob a competência da Secretária da Receita Federal do Brasil, instituída pela Lei nº 11.457, de 16/03/2007, resultado da junção da Secretaria da Receita Federal e da Secretaria da Receita Previdenciária.

Emenda Santos (2016, p. 77), “A partir de 1º.05.2007 (art. 16), cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais [...]”.

Em 1991 foram criadas as leis: Orgânica da Seguridade Social, sob o nº 8.212 e a Lei de Benefícios da Previdência Social sob o nº 8.213. Já a Assistência Social foi regradada pela Lei nº 8.742, de 07/12/1993.

A partir de então, houve várias alterações nas normas da Seguridade Social, Castro e Lazzari, destaca (2014), em 1993 com Lei nº 8.742 é criada a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS); em 1998, entra em vigor a emenda Constitucional nº 20 cessa emenda alterou várias normas do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), além do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), previdência social dos servidores públicos. Tais alterações tiveram como fim mudar as regras das aposentadorias, as quais deixaram de ter como pressuposto o tempo de serviço, e

passaram a ter como exigência legal o tempo de contribuição, valendo tanto para RGPS como para RPPS.

O autor segue afirmando, “A Emenda trouxe, basicamente, reduções de despesas no que tange aos benefícios do regime geral, geridos pelo INSS, não tendo sido tomada qualquer medida para o aumento da arrecadação”.

Em 1999, foi criada a Lei 9.876, ela veio a substituir a regra da exigência de idade mínima para aposentadoria voluntária no RGPS, essa regra traz uma fórmula de cálculo para a aposentadoria que considera a idade do segurado, o seu tempo de contribuição e a expectativa de vida dos brasileiros. É o que se convencionou chamar de “fator previdenciário”. Essa fórmula tem por objetivo minimizar as despesas com a aposentadoria por tempo de contribuição a segurados com idade abaixo daquela considerada ideal para a Previdência Social.

Sobre o tema, leciona Castro e Lazzari (2014, p. 71):

Trata-se de uma fórmula que, aplicada a segurados com idade e tempo de contribuição menores, tende a reduzir o valor do salário de benefício e conseqüentemente, reduzir a renda mensal da aposentadoria. Em compensação, aplicada a segurados com idade e tempo de contribuição maiores, tende a elevar o salário de benefício e na renda mensal.

Essa regra atingiria aos segurados do RGPS que ingressaram depois de julho de 1994, tendo seu período de cálculo com início da atividade laborativa, ou do efetivo início das contribuições, para os contribuintes não empregados.

Em 2003 foi aprovada as Emendas Constitucionais nº 41 e 42, as quais foram chamadas de PEC da Reforma da Previdência e Reforma Tributária. Para o RGPS houve pouca alteração, as referidas Emendas afetaram principalmente a previdência dos agentes públicos, tanto da União, dos Estados, Distrito Federal, assim como, dos municípios.

Bem como as Emendas de 2003, supracitadas, a Emenda Constitucional nº 47, de 2005, só modificou as regras de transição dos agentes públicos pertencentes aos Regimes Próprios de Previdência, trazidas pela Emenda nº 41, de 2003.

Castro e Lazzari (2014, p. 72) ainda destacam:

Trata-se, em verdade, de parte da Proposta de Emenda Constitucional que tramitou em 2003 e que, por falta de consenso entre os parlamentares, constituiu nova PEC, apelidada de PEC paralela da Previdência, em que houve retorno à primeira Casa Legislativa para votação das matérias alteradas no Senado.

Conforme o discorrido, ela trata fundamentalmente dos Regimes Próprios de Previdência Social, não contemplava os segurados do RGPS, atingia apenas o regime dos agentes públicos.

2 CONDIÇÕES GERAIS DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL: CUSTEIO E AS REGRAS DE ACESSO ÀS APOSENTADORIAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

2.1 CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

O financiamento da Seguridade Social é composto por dois sistemas, quais sejam: o de capitalização e o de repartição simples. Para o sistema de capitalização é observado às regras do mercado financeiro, onde as contribuições recolhidas são alocadas em um fundo. Quando o contribuinte deste fundo tiver saldo suficiente, poderá retirar quantias mensais, em períodos estipulados conforme os cálculos atuariais.

Sobre o assunto, Tsutiya dispõe (2013, p. 102): “Tal sistema parte da premissa de que a maioria dos cidadãos não consegue poupar o necessário para enfrentar as agruras da vida”. O autor segue afirmando que isso acontece, pois o cidadão ganha mal e não dá para poupar, ainda que não ganhasse mal não teria a preocupação de fazer uma programação de longo prazo. A intervenção do Estado é feita através da criação de fundos para que as pessoas possam viver sem grandes problemas nos momentos de dificuldade.

Esse modelo foi adotado pelo Chile em 1981, Peru em 1993, Argentina e Colômbia em 1994, Uruguai em 1995, México em 1997, Bolívia em 1997 e El Salvador em 1998.

Tal modelo foi preconizado pelo Banco Mundial, tomando como base a política econômica do Fundo Monetário Internacional (FMI).

Para o sistema de repartição simples, o Estado é o grande financiador do fundo que deverá atender a qualquer segurado que preencha as condições impostas pela lei.

Ensina Soares e Farias (2017, p. 94), na ordem jurídica pátria a previdência social possui um sistema contributivo e de repartição simples. Repartição simples

significa um único fundo que atende as necessidades de qualquer segurado desde que estejam dentro requisitos legais, o Estado participa de forma intensa na constituição do orçamento, sendo obrigatória a participação dos trabalhadores.

No sistema de repartição simples, também chamado de solidariedade, todas as pessoas são responsáveis pelo custeio da Seguridade Social.

Tsutiya (2013, p. 102) ainda considera que

O sistema fundamenta-se na solidariedade entre gerações. A geração atual contribui para que os que se encontrem em inatividade possam usufruir dos benefícios. De forma que, no momento de sua inatividade, outra geração de contribuintes cumpra a mesma tarefa que exerce atualmente.

Esse modelo denominado solidariedade se subdivide em solidariedade profissional e solidariedade social, no primeiro modelo os cidadãos em atividade vertem uma parcela de seus ganhos, que serve para manter as aposentadorias dos inativos.

Já no modelo de solidariedade social, os benefícios são mantidos por recursos públicos, arrecadados através de impostos e outros tributos. É o modelo que se fundamenta na responsabilidade de toda a sociedade de forma coletiva, no qual dá poderes para que o Estado faça intervenções em favor do indivíduo.

Tsutiya (2013, p. 102) também acrescenta que: “Nesse caso, o cidadão será, quando aposentado, custeado pelo conjunto da população que paga esses tributos”.

Esse modelo, de solidariedade social, é adotado pela Dinamarca. No entanto, o Brasil adota um modelo híbrido, caracterizado pelo modelo de solidariedade profissional e social, levando em consideração que tanto o segurado e a sociedade, contribuem para o custeio dos benefícios.

2.1.1 Natureza Jurídica

A Carta Maior preceitua que a Seguridade Social será mantida por todos os brasileiros, direta ou indiretamente, através de recursos advindos dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das contribuições sociais.

O *caput* do artigo 195, assim dispõe, *in verbis*:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos

provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.

Observa-se através da leitura do artigo acima referenciado que, o financiamento da Seguridade Social acontece de forma direta e indireta. O financiamento direto é feito através das contribuições sociais, do outro lado o indireto é feito através das dotações orçamentárias, as quais são fixadas no orçamento fiscal. As contribuições sociais são as principais fontes de custeio da Seguridade Social, porém, não são as únicas. Como fora determinado no *caput* do art. 195, da Constituição Federal de 1988, acima transcrito: o financiamento também virá de dotações orçamentárias de todos os entes da federação. Dessa forma, é patente que o financiamento direto, assim como o indireto, fica a cargo da sociedade.

Completa Santos (2016, p. 75) que as contribuições sociais carregam uma discordância em relação a sua natureza jurídica. Contudo, prevalece na doutrina e na jurisprudência o consenso de que as contribuições sociais são tributos, especificamente contribuições especiais. O autor segue afirmando que as contribuições para a manutenção da seguridade social é “gênero”, tendo as contribuições previdenciárias como “espécie”.

Essas contribuições sociais advêm das contribuições especiais, tida pela doutrina como um tributo. Tais contribuições especiais tem em sua natureza o financiamento estatal atrelado ao social, com o fim de se alcançar o bem-estar e a justiça social.

Sobre o assunto, dispõe Ibrahim (2015, p. 85): “De modo amplamente majoritário, tanto perante a doutrina como pela jurisprudência, as contribuições sociais são tratadas como tributos”. Segue o autor, concluindo que o enquadramento das contribuições sociais no conceito de tributos, está preceituado no artigo 3º, do Código Tributário Nacional e no artigo 149, da Constituição Federal de 1988.

As contribuições especiais ou sociais no seu sentido amplo, preceituadas pela Constituição em seu artigo 149, são divididas em contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições no interesse de categorias profissionais.

Ibrahim (2015, p. 86), tratando das contribuições sociais, esclarece que

Para alguns, as contribuições sociais teriam a natureza de imposto (contribuição de empregador) ou natureza de taxa (contribuição dos trabalhadores). Entretanto, a atual corrente majoritária trata as contribuições especiais como espécie autônoma de tributo, ao lado de

impostos, taxas, contribuições de melhoria e empréstimos compulsórios.

Desta forma, se verifica que as contribuições diferem das taxas, mesmo que haja semelhança em seus conceitos, à diferença se encontra em uma ação direta por parte do Estado em relação às taxas e em uma ação indireta em relação às contribuições sociais. Na mesma linha de raciocínio, destaca-se que as contribuições diferem dos impostos, pois nesse a característica principal é a desvinculação específica de qualquer prestação por parte do Estado, naquela há uma ação efetiva por parte do Estado.

Sendo assim, temos os impostos como tributos não vinculados. Nesse sentido, Ibrahim (2015, p. 86): “A materialidade do imposto depende, tão somente, de situações que indiquem a capacidade econômica, ao contrário das contribuições, que demandam uma atuação concreta do Estado”.

É que, a cobrança dos impostos é feita baseada na capacidade contributiva, do outro lado, às contribuições sociais são baseadas levando em consideração o princípio da solidariedade do seguro social.

Segundo Castro e Lazzari (2014), são duas as espécies de relação jurídica que decorrem da norma previdenciária, quais sejam: a relação de custeio e a relação de prestação. Na relação de custeio o Estado determina a obrigação embasada pela norma previdenciária às pessoas que contribuam para a manutenção do sistema conforme as regras pré-estabelecidas. Já na relação de prestação, também obrigado por norma jurídica, é dever do Estado de dar, pagar benefício ou de fazer aos segurados e seus dependentes a prestação de serviço, desde que preenchido os requisitos legais. Ou seja, na primeira relação o Estado é credor e na segunda o Estado é devedor.

O modelo de previdência brasileiro tem um caráter contributivo, pois existe uma relação jurídica de financiamento própria em relação à Previdência Social. Conforme se verifica do *caput* do artigo 201, da Carta Magna, assim dispõe, *in verbis*: “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:”

Do preceito Constitucional acima, se verifica que, no modelo de contribuição, a receita da Previdência Social, especialmente para a legislação pátria, à seguridade

social em sua totalidade, advém de contribuições feitas por pessoas com o fim de financiar as atuações da seguridade social.

Castro e Lazzari (2014, p. 131) destacam que “há países que adotam o modelo de financiamento por meio da destinação de uma parte da arrecadação tributária, sem que se caracterize a existência de um ou mais tributos cuja receita seja destinada especificamente para a área do seguro social”. Diferente do que ocorre no Brasil, onde o financiamento da seguridade social advém de toda a sociedade de forma direta ou indireta.

Verifica-se da leitura do artigo 195 da Constituição Federal que, a Seguridade Social será financiada pela sociedade, abrangendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além dos empregadores, trabalhadores, os concursos de prognósticos, importador de bens e ou serviços do exterior, incluindo a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), a contribuição para o financiamento da seguridade (COFINS), devendo ser aplicadas no Fundo do Regime Geral da Previdência.

2.2 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E A APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

São quatro tipos de aposentadorias atualmente previstas pela legislação previdenciária: 1. Aposentadoria Por Invalidez; 2. Aposentadoria por Idade; 3. Aposentadoria por Tempo de Contribuição, nesse tipo aposentadoria temos a aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa portadora de deficiência e 4. Aposentadoria Especial.

Nos deteremos na análise das aposentadorias por tempo de contribuição e por tempo de contribuição da pessoa com deficiência, pois serão nelas que poderá incidir o fator previdenciário ou a nova fórmula progressiva, a chamada fórmula 85/95, ofertada pelo RGPS, tema central de nosso estudo.

A aposentadoria por tempo de contribuição encontra-se fundamentada no art. 201, § 7º, inciso I, da Constituição Federal, também nos artigos 52 a 56, da Lei 8.213/91 e nos artigos 56 a 63, do Decreto 3.048/99. Com a reforma da previdência social, trazida pela Emenda Constitucional nº 20/98, houve a extinção da aposentadoria por tempo de serviço e conseqüentemente criou-se a aposentadoria por tempo de contribuição.

Sobre o tema, Kertzman (2015, p. 377) afirma:

A aposentadoria por tempo de contribuição é o benefício devido a todos os segurados, exceto o especial que não contribua como contribuinte individual, que tiver contribuído durante 35 anos, se homem, ou 30 anos, se mulher. Essas idades serão reduzidas em cinco anos para o professor que comprove, exclusivamente, tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental ou no ensino médio, fazendo jus à aposentadoria após 30 anos de contribuição, se homem, ou 25 anos, se mulher.

Contudo a Súmula 726 do STF (DJ 09/12/2003) pacificou que “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de aula”. Em contraposição a jurisprudência, a Lei 11.301, de 10/05/2006, determina que para fazer jus a aposentadoria por tempo de contribuição, serão consideradas as funções do magistério exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho das atividades educativas, se exercidas em unidades de educação básica nos diversos níveis e modalidades, incluindo nesse rol as funções de direção de unidade escolar, além das de coordenação e assessoramento pedagógico.

Não concordando com a constitucionalidade da referenciada lei, a Procuradoria Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3772/DF, com entendimento de que a Carta Maior não previu o direito de redução de cinco anos para as atividades de direção e de coordenação. Porém, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) foi por maioria dos votos julgada parcialmente procedente, ou seja, os diretores e coordenadores pedagógicos têm direito à redução de cinco anos, se esses cargos forem exercidos por professores. Afastando de uma vez a possibilidade dos diretores e coordenadores que nunca exerceram a docência.

A aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência está prevista no art. 201, § 1º, da Constituição de 1988, seu texto se deu pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. Nesse sentido, discorre Soares e Farias (2017, p. 19), “cuja aplicabilidade ficou por um tempo prejudicada com relação à aposentadoria dos deficientes, uma vez que os seus critérios seriam definidos em lei complementar”.

Como não existia a aludida lei complementar, havia dificuldades na concessão do benefício, dificultando, assim, que a pessoa com deficiência fosse integrada à sociedade. Só em 08 de maio de 2013, foi regulamentado o § 1º, do art. 201 da Constituição Federal, através da Lei Complementar 142. Em 3 de dezembro do

mesmo ano foi alterado o regulamento da previdência social, com o Decreto nº 8.145, o qual tratou da aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria por idade da pessoa portadora de deficiência.

A própria lei complementar supracitada, traz o conceito de pessoa portadora de deficiência no *caput* do art. 2º. Vejamos *In verbis*:

Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Essa regra dá direito ao segurado da previdência social com alguma deficiência de longo prazo, à aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição, contudo, para aposentadoria por tempo de contribuição, esse tempo é variável, ele é medido conforme o grau de deficiência do segurado. Esse grau pode ser grave, moderado ou leve, de acordo com a avaliação da perícia médica realizada no INSS. Já para aposentadoria por idade basta que seja comprovado pela perícia médica do INSS alguma deficiência, seja ela leve, moderada ou grave, o segurado terá direito a uma aposentadoria por idade com critérios deferentes em relação ao segurado que não apresenta deficiência.

À vista disso, foi publicada a Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH nº 1, em 27/01/2014, que trouxe a forma de avaliação do segurado, assim como a de identificar o grau de sua deficiência.

Sobre o assunto discorre Soares e Farias (2017, p. 22):

Assim, nas hipóteses de deficiência leve, o segurado homem deverá se aposentar com 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, a mulher, por outro lado, se aposentará aos 28 (vinte oito) anos de tempo de contribuição. Nos casos de deficiência moderada, o segurado homem se aposentará aos 29 (vinte nove) anos de tempo de contribuição e, a mulher, aos 24 (vinte quatro) anos de tempo de contribuição.

Na situação em que for identificada a deficiência grave, os segurados homens e mulher serão aposentados nos respectivos tempos de contribuição, 25 (vinte cinco) e 20 (vinte) anos de tempo de contribuição.

Segue a autora afirmando que para à aposentadoria por idade, independe o grau de deficiência, sendo aos 60 (sessenta) anos de idade para os segurados homens e de 55 (cinquenta e cinco) anos de idade para as seguradas mulheres. Em ambos os casos, como na aposentadoria por idade comum, o tempo mínimo de

contribuição é de 15 (quinze) anos.

No intuito de fortalecer a questão previdenciária da pessoa com deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, no seu art. 41, dispôs que o segurado do RGPS, portador de deficiência tem direito à aposentadoria de acordo com a Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013.

Outro benefício desta aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência é possibilidade da não aplicação do fator previdenciário. Contudo, no caso de elevação de renda, o fator previdenciário deverá ser aplicado. Conforme se verifica no *caput* do art. 9º, inciso I, da Lei Complementar 142, *in verbis*: “Art. 9º Aplicam-se à pessoa com deficiência de que trata esta Lei Complementar: I - o fator previdenciário nas aposentadorias, se resultar em renda mensal de valor mais elevado”.

Dessa forma, a referida lei trouxe uma vantagem à pessoa portadora de deficiência, levando em consideração a deficiência em qualquer de seu grau, leve, moderada ou grave. A lei complementar em comento regulamentou o parágrafo 1º da art. 201 da Constituição federal, trazida pela Emenda Constitucional nº 47 de 2005, que permitiu a inclusão social da pessoa portadora de deficiência, garantindo, assim seus direitos fundamentais, levando em conta o que preconiza o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto importante, agora em relação à aposentadoria por tempo de contribuição, foi colocado pela Medida Provisória nº 676, publicada em 18 de junho de 2015 e posteriormente transformada na Lei 13.183, de 04/11/2015, com alterações em seu texto. Com a nova lei, é instituído a regra alternativa 85/95, sendo 85 pontos para mulheres e 95 pontos para homens. Tornando opcional a incidência do fator previdenciário na aposentadoria por tempo de contribuição.

Amado (2016, p. 421), tratando sobre requisitos, acrescenta:

O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição, poderá optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria for: I – igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou II – igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

Desta maneira, sem a revogação das regras da aposentadoria por tempo de contribuição, sem idade mínima e com a incidência opcional do fator previdenciário,

foi criada a regra progressiva 85/95 opcional ao fator previdenciário, observando, por óbvio, o tempo mínimo de contribuição de 30 anos para mulheres e 35 anos de contribuição para homens, tendo que a soma do tempo de contribuição com idade do segurado atinjam a regra abaixo:

Até 31/12/2018	85 – Pontos Mulher	95 – Pontos Homem
De 01/01/2019 até 31/12/2020	86	96
De 01/01/2021 até 31/12/2022	87	97
De 01/01/2023 até 31/12/2024	88	98
De 01/01/2025 até 31/12/2026	89	99
De 01/01/2027 em diante	90	100

Nota-se que a tabela foi esticada pela Lei 13.183/2015 em comparação ao texto originário da MP 676/2015, assim como houve a redução do tempo de contribuição em 5 anos em favor do professor exclusivo do ensino básico, o que não acontecia no texto da MP 676/2015.

Destaque-se que o tema fator previdenciário e a referida regra progressiva será objeto de estudo mais detalhado no próximo item.

3 REGRA OPCIONAL AO FATOR PREVIDENCIÁRIO – FÓRMULA PROGRESSIVA 85/95

O tema central que embasa o presente trabalho é a recém-criada Regra Opcional ao Fator previdenciário, a qual se convencionou chamar de Fórmula Progressiva 85/95, criada pela Medida provisória 676/2015, convertida na Lei 13.183, de 04 de novembro de 2015. Todavia, para que entendamos melhor esta nova regra, se faz necessário tecer uma breve análise de como se deu a criação do “Fator Previdenciário” e sua justificativa.

Dispõe Kertzman (2015) que a aposentadoria por tempo de serviço foi extinta e, no lugar dela foi criada a aposentadoria por tempo de contribuição, isso com o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, bem como, acabou com o que se convencionou chamar de contagem fictícia de tempo de serviço.

Houve a tentativa de tornar obrigatória a acumulação do pressuposto idade e tempo de contribuição para aposentadoria no RGPS, assim como, para os RPPS. Sendo o tema mais discutido na Reforma da Previdência de 1998.

Sobre o tema, Kertzman (2015, p. 354) também acrescenta que

O Governo Fernando Henrique Cardoso estava empenhado em aprovar o texto da Emenda com a exigência da cumulação para os dois regimes. Houve, entretanto, forte resistência de alguns setores da sociedade que queriam garantir a aposentadoria nos antigos moldes, tanto para o servidor público, quanto para o trabalhador da iniciativa privada.

Ou seja, o governo queria que os dois regimes de previdência, tanto o Regime Geral quanto o Regime Próprio, acumulassem o requisito tempo de contribuição mais a idade, pois as regras até então para os dois regimes aceitavam a concessão da aposentadoria precoce, destoando o objetivo da Previdência Social, qual seja, cobrir os riscos sociais. A Previdência Social não poderia cobrir aposentadoria por tempo de serviço ou por tempo de contribuição, pois não era risco social a ser coberto, não era justificativa plausível que um segurado que tenha contribuído por 30 anos ou mais não tenha condições de exercer uma atividade.

Kertzman (2015, p. 355): “No calor das discussões, lembramos que o presidente afirmou que quem se aposentava muito cedo era Vagabundo”.

No intuito de aprovar a Emenda Constitucional, o governo retirou do texto o item que exigia a acumulação dos requisitos de idade e tempo de contribuição para as aposentadorias concedidas pelo RGPS, mantendo, contudo esta exigência para os servidores públicos.

Ainda tratando dessa temática, Tsutiya, (2013, p. 376) acrescenta que:

O requisito idade não foi aprovado pela Câmara dos Deputados. Necessitava de 307 votos, haja vista o quórum de três quintos do total de 513 deputados. Conseguiram-se 306 votos. Ficou famoso o voto do deputado Federal Antônio Kandir (PSDB/SP), que afirmou ter-se enganado e apertado o botão errado, votando, assim, contra o projeto do Executivo, do qual havia servido como Ministro do Planejamento.

Por não aceitar o resultado da votação, com o argumento de sanear o RGPS, o governo cria uma alternativa para reduzir o benefício concedido pela previdência social, para os casos de aposentadorias precoces. Destarte, foi criado o Fator Previdenciário, onde seria aplicado obrigatoriamente nas aposentadorias por tempo de contribuição e, opcional às aposentadorias por idade.

A seu turno, Mello (2010, p. 270) observa que

Por outro lado, a bem da verdade, trata-se de uma forma transversa de implantação do limite etário derrocado por várias vezes no Congresso Nacional, um misto da correlação entre contribuição e

benefício e um passo a mais em direção ao sistema de capitalização para os benefícios imprevisíveis.

Verifica-se que se deu uma importância ao equilíbrio financeiro e atuarial com o pensamento de que, quanto mais idoso o cidadão menor seria o tempo em que receberia o benefício e, por óbvio maior o tempo de prestação mensal ao sistema de previdência.

Tsutiya (2013, p. 377) também acrescenta que “O fator previdenciário penaliza exclusivamente aqueles que se aposentam com pouca idade no caso de aposentadoria por tempo de contribuição. No caso de aposentadoria por idade, se o segurado tiver pouco tempo de contribuição”.

É que o objetivo primordial do Fator Previdenciário é o de encorajar o segurado a permanecer na atividade formal, atrasando sua aposentadoria com a escusa de não ter um decréscimo em sua aposentadoria.

3.1 O DÉFICIT DA PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO JUSTIFICATIVA À CRIAÇÃO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO

Conforme tratado acima, o governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, alegando o Déficit da Previdência Social, queria que os dois regimes de previdência, tanto o Regime Geral quanto o Regime Próprio, acumulassem os requisitos de tempo de contribuição somado com a idade, pois as regras até então para os dois regimes aceitavam a concessão de aposentadorias precoces, destoando o objetivo da Previdência Social, qual seja, cobrir os riscos sociais.

O artigo 195, da Constituição Federal de 1988 determina que, o financiamento da seguridade social se dará em três vertentes: sociedade, através da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos empregadores, dos trabalhadores, dos concursos de prognósticos, dos importadores de bens e serviços do exterior, acrescentando ainda a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Confins), devendo as referidas receitas ser destinadas ao Fundo do Regime Geral da Previdência.

Ao analisarmos o § 5º, do artigo 165, da Constituição Federal percebemos a complexidade do assunto em comento, o § 5º, do referido artigo, assim dispõe, *In verbis*:

§ 5º. A lei orçamentária anual compreenderá:

I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Porém, o que se verifica é que a Controladoria Geral da União elabora apenas dois orçamentos, juntando, assim o orçamento fiscal e o da seguridade social, além do que seu montante é utilizado no pagamento de outras despesas, como por exemplo, a dívida pública. Desta forma, a desculpa de que os recursos auferidos não suportam a manutenção da Previdência Social não é verdadeiro, todo ano oficialmente saem milhões de reais da Seguridade Social e são destinados a outros fins. É que nos mostra estudos feitos pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP), publicado em sua revista anualmente, mostram que a Seguridade Social do Brasil é superavitária.

É o que se extrai da Revista da ANFIP (2016, p. 56):

Em 2014, o superávit de todo o sistema foi na ordem de R\$ 54 bilhões, conforme análise e demonstrativo realizado pela ANFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (www.anfip.org.br), tendo como base a execução orçamentária.

Esse estudo é realizado anualmente pela ANFIP e se baseia no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), o qual declara que não há déficit. Afirma ainda que a Seguridade Social é financiada com as contribuições do trabalhador, do empregador e sobre a folha de pagamento e faturamento, assim como de tributos como Cofins, PIS/PASEP, além da CSLL.

Na Revista da ANFIP (2016, p. 57) também se pode ver que

A soma destes tributos foi de R\$ 686 bilhões em 2014. As despesas com os benefícios do Regime Geral da Previdência Social – RGPS e da Assistência Social, programas de transferência de renda como bolsa família, Seguro-Desemprego e serviços públicos de Saúde – o SUS, em parte custeado pela União, consumiram R\$ 632 bilhões do orçamento público federal em 2014, apurando-se, desta forma, o superávit da ordem de R\$ 54 bilhões.

Fontes da referida revista demonstram que a arrecadação da previdência urbana foi na ordem R\$ 312,8 bilhões, arrecadação líquida, as despesas com benefícios

foram na ordem de R\$ 296,4 bilhões, tendo um superávit de R\$16,4 bilhões. Contudo, em oposição, a arrecadação da previdência rural líquida foi de R\$ 6,7 bilhões, já as despesas foram de R\$ 86,5 bilhões, registrando um déficit de R\$ 79,8 bilhões, déficit suprido pelo superávit geral da previdência.

Acrescenta ainda, da mesma forma que em 2014, em 2015 também houve superávit. Os investimentos em programas da seguridade social, entre eles as aposentadorias, tanto urbanas como as dos rurícolas, benefícios assistenciais, além das despesas do Ministério da Saúde, dentre outros, somam R\$ 631,1 bilhões, ao passo que as receitas chegaram a R\$ 707,1 bilhões. Outra vez chegou-se a um resultado superavitário, o saldo positivo foi de R\$ 24 bilhões.

O que chama a atenção nesses dados trazidos pela ANFIP é que, o ano de 2015 foi tomado pelas dificuldades econômicas e financeiras, demonstrando, assim o quão é forte o atual sistema previdenciário brasileiro. Merece destaque que os dados divulgados pela ANFIP são dados do próprio governo. Isso mostra que o governo tem conhecimento do superávit, contudo, persistem na falácia do déficit com o propósito de realizar constantes alterações na previdência social.

Por fim, trocando em miúdos, quando o encontro de contas se dá conforme prescreve a Constituição Federal, a arrecadação da seguridade social é maior do que suas despesas.

Destarte, pelo que foi visto a Seguridade Social é e sempre foi superavitária. A necessidade de uma reforma na Previdência Social seria descabida?

No final das contas fica a pergunta, há déficit na Seguridade Social brasileira? Pois conforme ficou demonstrado acima, a fórmula de cálculo utilizada pelo Poder Executivo Federal diverge do que preceitua a norma constitucional.

Na mesma Revista da ANFIP (2016, p. 57) também se pode verificar que

Antes de se proceder à reforma na concessão dos benefícios se impõe a necessidade de: Revisão do financiamento da Seguridade Social, especialmente, quanto à desoneração da folha de pagamentos sem o correspondente repasse dos recursos da contribuição substitutiva.

O governo para realizar seus cálculos utiliza apenas uma fonte de custeio, qual seja a contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento, daí retira toda a despesa para pagar os benefícios. Trocando em miúdos, o tão criticado déficit previdenciário não passa de um “engodo político”.

3.2 O FATOR PREVIDENCIÁRIO

Com o advento da Lei nº 9.876, de 26/11/1999 foi criado o fator previdenciário, o qual se inseriu na nova fórmula de cálculo para a aposentadoria por tempo de contribuição e facultativamente na aposentadoria por idade, neste caso, sua incidência só será aplicada para a elevação do valor do salário do benefício do segurado, o cálculo leva em conta uma média nacional de expectativa de vida que é única para homens e mulheres.

Completa Soares e Farias (2017, p. 57), “Esse instituto apresenta seu lapso uma vez que a expectativa de vida feminina é maior que a masculina, conforme dados atuais da tábua de vida do IBGE, a publicação aponta que as mulheres vivem, em média, 7,2 anos a mais que os homens, com uma expectativa de 78,8 anos.

Explica a autora que, para os homens a expectativa de vida é de 71,6 anos, evidenciando assim que há falha na forma de se calcular o fator previdenciário, pois ele não leva em conta a sobrevivência feminina em relação à masculina.

Sobre o tema, destaca Soares e Farias (2017, p. 54):

A criação do Fator Previdenciário ocorreu durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso através da Lei nº 9.876/1999, que dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício altera dispositivos das Leis ns. 8.212 e 8213, ambas de 24 de julho de 1991, regulamentada também pelo Decreto nº 3.048/1999, art. 32, § 11.

Segue a autora ressaltando que o sistema de previdência social foi modificado com o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, com ela novas regras foram trazidas no intuito de retomar a ideia de se colocar um limite de idade para a aposentadoria por tempo de contribuição.

Também acrescentam Soares e Farias (2017, p. 54) que:

O governo não conseguiu aprovar no Congresso Nacional a idade mínima para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), assim foi criado o fator previdenciário com o intuito de controlar os gastos da previdência social preservando assim o equilíbrio financeiro e atuarial.

Mello (2010, p. 268) destaca: “As modificações estruturais de vultosa importância no cálculo dos benefícios podem ser expressas em duas palavras: fator previdenciário”.

Mello (2010), a Carta Magna em seu artigo 202, caput, antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, trazia em seu texto a forma de cálculo dos benefícios do

RGPS, porém, a referida Emenda Constitucional retirou da Constituição Federal de 1988 as regras para o cálculo dos benefícios, passando a normatizar tal assunto à legislação ordinária que, atualmente se encontram na Lei nº 9.876/99 e Lei 8.213/91.

Castro e Lazzari (2014, p. 448), tratando do cálculo do benefício, afirmam que

O cálculo do valor do benefício, até então feito pela média das últimas 36 contribuições, foi substituído pela média dos maiores salários de contribuição de todo o período contributivo, equivalente a 80% do total de salários de contribuição do segurado, multiplicado pelo fator previdenciário.

É que o fator previdenciário tem como base para o salário do benefício o tempo de contribuição, a idade no momento da aposentadoria e uma média do prazo que o benefício poderá ser pago, trocando em miúdos, ele mede a expectativa de sobrevida do segurado. Essa expectativa é aferida no momento da aposentadoria e definida a partir da tábua completa de mortalidade elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), conforme determina o § 8º, do artigo 29, da Lei 8.213/9, incluído pela Lei 9.876/99, assim dispõe, *In verbis*:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

§ 8º Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobre vida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

Essa nova forma de cálculo tem como objetivo principal fazer com que as pessoas se aposentem mais tarde, Mello (2010, p. 269): “Fomentando o retardamento da aposentadoria valendo-se de um aumento no valor do benefício em proporção ao tempo de contribuição, quanto maior o tempo de contribuição, maior será o valor da renda mensal do benefício”.

Na verdade, o que se percebe é que, de uma forma disfarçada a idade mínima para aposentadoria foi colocada, vale lembrar que essa proposta de idade mínima tinha sido rejeitada pela Câmara dos Deputados quando da votação da Reforma da Previdência Social na Emenda Constitucional nº 20/98.

A base de cálculo do fator previdenciário depende de três variáveis: idade, expectativa de sobrevida e tempo de contribuição, conforme se verifica na fórmula extraída no anexo de cálculo do fator previdenciário, da Lei 8.213/91, § 7º, artigo 29, incluído pela Lei 9.876/99:

Anexo

$$f = \frac{T_c \times a}{E_s} \times \left[1 + \frac{(I_d + T_c \times a)}{100} \right]$$

Onde:

f = fator previdenciário;

E_s = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

T_c = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

I_d = idade no momento da aposentadoria;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

Tsutiya (2013, p. 378) explica que

Todo o cálculo do fator previdenciário (f) para a aposentadoria por tempo de contribuição foi realizado tendo como base 35 anos de contribuição, o que corresponde à aposentadoria do segurado. Para compatibilizar a aplicação da fórmula criada, há necessidade de transformar o tempo de contribuição (TC) em 35 anos. O § 9º do artigo 201 da Constituição faz essa compatibilização.

Continua Tsutiya (2013): o professor que leciona no ensino infantil, fundamental ou médio, que pela regra necessita de trinta anos de contribuição para se aposentar, recebe um acréscimo de cinco anos em seu tempo de contribuição (T_c) para que se obtenha os trinta e cinco anos necessário, conforme a base de cálculo do fator previdenciário (f). Devendo ser aplicado a mesma regra para a professora, ou seja, vinte cinco anos de contribuição, (T_c) aumentado em dez anos, para que se obtenham os trinta anos de contribuição.

Desse modo, ao aplicar o fator previdenciário, o tempo de contribuição (T_c) mínimo é sempre de trinta e cinco anos. Na hipótese do segurado ter trinta e oito anos de contribuição, por exemplo, essa diferença será considerada no cálculo. Já para a alíquota de contribuição 0,31, essa alíquota é fruto da composição de: 20% da contribuição do empregador, mais 11% da alíquota da alíquota máxima do empregado.

(E_s) se refere a expectativa de sobrevida do segurado na data da aposentadoria, que será obtida, como já foi mencionado acima, através da tábua completa da mortalidade construída pelo IBGE, sempre levando em conta a média nacional única, tanto para o sexo masculino como pra o feminino, §8º, artigo 29, da Lei 8.213/91.

Destacamos que, com o advento da Lei Complementar 142/2013, a qual aprovou as regras para a aposentadoria especial do segurado portador de deficiência,

tal benefício só sofrerá a incidência do fator previdenciário, caso este seja favorável ao segurado.

Mello (2010, p. 363): “Deveras, com a incidência do fator previdenciário, é comum que os segurados que se aposentem por tempo de contribuição muito jovens possam perder por volta de metade do benefício previdenciário, pois certamente ele será bem inferior a 1,0”.

Com o objetivo de se ter uma aposentadoria com ganhos mais elevados, contudo, tendo que ter uma permanência maior na atividade laboral, além de uma idade mais elevada, surge o fator previdenciário.

Aduz Soares e Farias (2017, p. 56), “O objetivo do fator é proporcionar aposentadoria com valores superiores conforme seja maior a idade e o tempo de contribuição do segurado e baixa expectativa de sobrevida”.

Trocando em miúdos, o fator previdenciário tem como objetivo estimular a permanência do trabalhador na atividade delongando o acesso à aposentadoria para que venha sofrer a diminuição no tempo de seu recebimento.

Percebe-se que quanto mais jovem for o segurado e menor o tempo de contribuição que ele tenha, menor será o seu salário de benefício. Sobre o tema leciona Amado (2016, p. 364):

Apenas as pessoas com idade mais avançada e com grande tempo de contribuição se favorecerão do fator previdenciário, pois neste caso ele tende a ser superior a 1,0. Quanto maior o fator previdenciário melhor para o segurado. O fator superior a 1,0 irá aumentar o salário de benefício, ao passo que o fator inferior a 1,0 irá reduzi-lo. Ademais, quanto maior a idade e o tempo de contribuição maior será o fator previdenciário.

O que se verifica é um desrespeito ao princípio Constitucional da Isonomia, Soares e Farias (2017, p. 54) alude: “[...] claramente não há isonomia e correspondência pelo simples fato de que quanto mais jovem for o segurado, menor será sua RMI mesmo que tenha contribuído por um período proporcional e mediante os mesmos valores de outro contribuinte, de idade mais avançada”.

Quer dizer, sua renda mensal inicial (RMI) será menor mesmo que os segurados apresentem as mesmas condições, isto é, somem o mesmo tempo de contribuição, mesma base de cálculo, dentre outros, mesmo assim o cálculo de sua renda mensal será diferente por conta do fator idade.

Respeitando o princípio da segurança jurídica, o legislador através da Lei

9.876/99, em seu artigo 5º, determinou que a aplicação do fator previdenciário fosse progressiva ao longo de cinco anos, incidindo sobre 1/60 por mês, findando-se para os benefícios com data de início a partir de 01 de dezembro de 2004.

Para a aposentadoria por tempo de contribuição, atualmente só existe uma forma de tornar o fator previdenciário opcional, ou seja, uma faculdade do segurado para o cálculo do salário de benefício. Trata-se da “fórmula progressiva 85/95”, 85 para as mulheres e 95 para homens, que se encontra preceituada pela Lei 13.183, de 04 de novembro de 2016, que será melhor debatido a seguir.

3.3 A FÓRMULA PROGRESSIVA 85/95

Por fim, passemos a analisar o assunto que é o tema central pesquisa, a denominada “fórmula progressiva 85/95”, criada pela Medida Provisória 676/2015 e convertida na Lei 13.183 de 17 de junho de 2015, a qual incluiu o artigo 29-C na Lei 8.213/91. Trazendo várias alterações no âmbito previdenciário, entre elas está à regra alternativa ao fator previdenciário, a fórmula progressiva 85/95 para as aposentadorias por tempo de contribuição.

Para Soares e Farias (2017, p. 59), “Em suma é uma forma de conceder a aposentadoria de uma forma mais equânime, visto que o valor que será recebido a título de provento não será reduzido pela aplicação do fator previdenciário”.

De forma resumida, a autora afirma que a fórmula progressiva 85/95 é menos ingrata para o segurado que deseja se aposentar, sem, contudo, sofrer perdas na sua remuneração.

Vejamos o que preceitua o art. 29-C da supracitada Lei, *in verbis*:

Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria, for: (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)

I - igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)

II - igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015).

Para o segurado que preencher os requisitos da aposentadoria por tempo de

contribuição, será facultativo a incidência do fator previdenciário no cálculo de seu salário de benefício, desde que o total da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data do início do benefício seja: a) igual ou superior a 95 pontos, se homem, observado o tempo mínimo de contribuição de 35 anos; ou b) igual ou superior a 85 pontos no caso de mulheres, levando em consideração o tempo mínimo de contribuição 30anos.

Conforme determinar o artigo 29-C, da Lei 8.213/91, o somatório da idade com o tempo de contribuição será majorado em um ponto em: 31 de dezembro de 2018, em 31 de dezembro de 2020, em 31 de dezembro de 2022, em 31 de dezembro de 2024 e, 31 de dezembro de 2026.

Sobre essa questão, Amado (2016, p. 422) lembra que:

Acredita-se que a intenção do legislador seja mudar a faixa em 31 de dezembro dos referidos anos para a aplicação da nova a partir de 1º de janeiro, pois é ilógico mudar o regime jurídico no dia 31 de dezembro, ao invés de 1º de janeiro, o que seria prejudicial aos segurados que faltassem uma competência para integralizar o tempo de contribuição, como segurado facultativo e o contribuinte individual.

Na hipótese do segurado já ter preenchido todas as condições para se aposentar com a utilização da fórmula progressiva 85/95, contudo, não pleiteou o benefício, o fazendo quando a pontuação já tiver sido majorada. À vista disso, o § 4º do art. 29-C assegura o direito à pontuação corrente na data da efetivação das condições.

Sem a extinção da regra para a aposentadoria por tempo de contribuição, sem a obrigatoriedade da idade mínima aplicando compulsoriamente o fator previdenciário, é nasce a fórmula progressiva 85/95 para as aposentadorias por tempo de contribuição, sendo facultativa a aplicação do fator previdenciário, desde que preencha o pré-requisito de tempo mínimo de contribuição de 30 anos para mulher e 35 anos homens, a soma da idade com o tempo de contribuição atinja os pontos, conforme tabela abaixo:

Até 31/12/2018	85-Pontos Mulher	95-Pontos Homem
De 01/01/2019 até 31/12/2020	86	96
De 01/01/2021 até 31/12/2022	87	97
De 01/01/2023 até 31/12/2024	88	98
De 01/01/2025 até 31/12/2026	89	99
De 01/01/2027 em diante	90	100

Amado (2016), tendo como referência a tabela acima, aduz que o segurado que somar o pré-requisito de pontuação e não requerer sua aposentadoria leva-se em consideração o princípio do direito adquirido, neste caso estará assegurado o direito à opção com a aplicação da pontuação exigida na data em que cumpriu os requisitos.

Continua o autor, imagine que um segurado do sexo masculino que em 2015, 2016, 2017 ou 2018 somem 37 anos de contribuição, mais 58 anos de idade: $37+58=95$ pontos. No referido exemplo, ele preencheu os requisitos da fórmula progressiva e poderá se aposentar sem o fator previdenciário. Caso o fator venha para majorar a renda, então este se aplicará.

Em outro caso, o referido autor dar como exemplo hipotético de uma segurada que em 2023 ou 2024 tenha 30 anos de contribuição e 58 anos de idade: $30+58=88$. Desta forma, ela preencheu a regra progressiva e o fator será opcional.

O § 3º, do artigo 29-C, da Lei 8.213/91, incluídos pela Lei 13.183/2015, manteve a regra mais benéfica para o professor ou professora que comprovarem que atuam exclusivamente no exercício do magistério da educação infantil e no ensino fundamental e médio, será de 30 anos para o homem e 25 anos para a mulher, acrescidos de cinco pontos à soma da idade com o tempo de contribuição.

Tomando como base o parágrafo acima, temos como exemplo uma professora do sexo feminino que em 2018 possua 25 anos de tempo de contribuição exclusivamente como professor do ensino fundamental e conte com 55 anos de idade. Neste exemplo, ela somou: $25+55+5=85$ pontos, o fator previdenciário será opcional à professora.

Acrescenta Amado (2016, p. 423), tratando da citada tabela:

Nota-se que a tabela foi esticada pela Lei 13.183/2015 em comparação ao texto originário da MP 676/2015, assim como houve a redução do tempo de contribuição em 5 anos em favor do professor exclusivo do ensino básico, o que não acontecia no texto da MP 676/2015.

Como discorrido acima, a lei manteve a regra mais benéfica para o professor, seja do sexo feminino, seja do sexo masculino, com o complemento de cinco pontos à soma da idade com o tempo de contribuição. Sobre o assunto leciona Santos (2016, p. 299), “Os sujeitos da relação jurídica, bem como os termos inicial e final são idênticos aos da aposentadoria por tempo de contribuição”.

Contudo, há de se destacar que, para os professores que se incorporaram no Regime Geral de Previdência Social antes da entrada em vigor da Emenda

Constitucional nº 20 de 1998, sem que tivessem satisfeito os requisitos para a aposentadoria, a referida EC prevê regras de transição para aqueles segurados que laboravam no magistério anterior a sua entrada em vigor.

Detaca Santos (2016, p. 299): “Isso porque, a restrição ao magistério na educação e no ensino fundamental e médio não existia na legislação anterior e, por isso, não poderia retroagir para alcançar períodos antes computados para esse fim, retirando direitos já adquiridos”.

Dessa forma, a nova legislação, a chamada regra de transição não demanda que o magistério se realize exclusivamente no ensino infantil, no ensino fundamental e médio, abarcando também, o ensino de nível superior, com a ressalva de que não seja concomitante com outras atividades que as do magistério.

Neste caso, os docentes que ingressaram no RGPS anterior EC 20/98, também lhe foi dado o direito de optar pela não utilização do fator previdenciário em favor da fórmula 85/95.

Completa Santos (2016, p. 300), “Caso opte pela aplicação da fórmula 85/95, o professor não será beneficiado com o acréscimo de 5 (cinco) pontos à soma da idade com o tempo de contribuição porque não se exige a atividade exclusivamente na educação infantil e no ensino fundamental e médio”.

Ou seja, o professor que ingressou no magistério anterior a EC 20/98 e que não havia cumprido os requisitos para a aposentadoria, podem optar pela fórmula progressiva 85/95 em desfavor do fator previdenciário, contudo, não terão o acréscimo de 05 (cinco) pontos na soma da idade com o tempo de contribuição, tendo que contar no momento do pedido da aposentadoria com 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher. Desde que a atividade desenvolvida seja exclusiva no magistério.

Cabe frisar que a o fator previdenciário, assim como a fórmula progressiva 85/95, não se aplicam a aposentadoria especial em obediência ao art. 57, § 1º, da Lei 8.2013/91, o qual dispõe que a aposentadoria especial consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário de benefício.

Soares e Farias (2017, p. 59) colocam o seguinte exemplo:

Presume-se que um contribuinte homem com 60 anos de idade e 35 anos de contribuição ganhe por volta de R\$ 2.000,00, com a incidência do fator seu benefício ficaria em torno de R\$ 1.700,00, já com a aplicação da nova regra que soma a idade mais o tempo de contribuição sendo 85 “pontos” para mulheres e 95 para homens este

contribuinte atingirá a pontuação completa e receberá o valor integral.

No caso acima, de não aplicação do fator previdenciário, o beneficiário não teria a redução do seu salário, caso contasse com 85 pontos, se mulher, ou 95 pontos, se homem. Considerando que atingiu a pontuação necessária o segurado receberia a aposentadoria de forma integral, equivalendo a 100% da média salarial que leva em conta os 80% dos maiores salários recebidos desde 1994.

A autora segue trazendo um caso onde a opção pelo fator previdenciária elevará o salário do contribuinte quando de sua aposentadoria, ou seja, quando na ativa auferia uma média salarial na ordem de R\$ 3.0000,00. Estando esse contribuinte com 61 anos de idade e 38 anos de tempo de contribuição, recebendo um salário na média de R\$ 3.000,00. Seu salário na aposentadoria chegaria a R\$ 3.053,10, sendo, neste caso, a opção mais vantajosa à utilização do fator previdenciário.

Para melhor ilustrar como se dará efetivamente a aplicação da Fórmula Progressiva 85/95 em opção ao Fator Previdenciário, apresentaremos três casos: no 1º será usado para o cálculo do benefício o tão falado “fator previdenciário”; no 2º caso, não será usado o fator previdenciário e sim a fórmula progressiva 85/95 e; para o terceiro caso, será usado o fator previdenciário, porém, neste ele será benéfico para o segurado.

1º Caso:

Suponha que José (sexo masculino) possui 37 de tempo de contribuição e 60 anos de idade em 2016, desta forma, somando $37+60=97$ pontos, neste caso ele vai usar o fator previdenciário para a aposentadoria por tempo de contribuição.

Com salário de benefício = R\$ 2.000,00

Usando a fórmula, fator previdenciário ficaria em $= 0,902$, abaixo de um = R\$ 1.804,00.

Renda Mensal Inicial (RMI) = R\$ 1.804,00

Observa-se que mesmo com 97 pontos, se usasse o fator previdenciário o segurado diminuiria em torno de 10% o RMI em relação ao salário de contribuição, pois o fator previdenciário ficou abaixo de um, como foi visto no item 3.2, quanto maior o fator previdenciário, maior será seu salário de benefício.

2º Caso:

Suponha que o mesmo segurado, preenchendo os mesmos requisitos acima e requeresse aposentadoria por tempo de contribuição, neste caso sem o uso do fator

previdenciário, usando a fórmula progressiva 85/95.

Neste exemplo, como já somou os 97 pontos, dois a mais do necessário para o uso da fórmula progressiva, o segurado passaria a ter sua RMI no mesmo valor do seu salário de contribuição, qual seja, R\$ 2.000,00.

Observa-se que, a fórmula progressiva 85/95 foi benéfica para o segurado no sentido da não utilização do fator previdenciário.

3º Caso:

Neste exemplo, mostraremos que em alguns casos o uso do fator previdenciário é mais benéfico para o cidadão.

Suponhamos que João (sexo masculino) possui 40 anos de tempo de contribuição e 63 anos de idade em 2016, neste exemplo ele optou por usar o fator previdenciário para a aposentadoria por tempo de contribuição.

Salário de benefício = R\$ 2.000,00

Depois dos cálculos o fator previdenciário passaria de um, 1,110 = R\$ 2.220,00.

Renda Mensal Inicial (RMI) = R\$ 2.220,00

Neste caso em razão da idade do Sr. João e de seu tempo de contribuição, a utilização do fator previdenciário aumentou o seu salário de benefício e conseqüentemente a sua renda mensal inicial (RMI).

Com forme foi tratado, apenas os segurados com idade mais avançadas e com muito tempo de contribuição se favorecerão do fator previdenciário, pois neste caso ele tende a ser superior a 1,0. O fator previdenciário superior a 1,0 irá aumentar o salário de benefício, ao passo que o fator inferior a 1,0 irá reduzi-lo. Ou seja, quanto maior a idade e o tempo de contribuição maior será o fator previdenciário.

Diante de tudo que foi aduzido acima, cabe ao cidadão fazer uma análise do que é mais benéfico a ele, uma vez que os casos apresentados ajudarão na escolha da verdadeira vantagem ou desvantagem de se utilizar a fórmula progressiva 85/95.

CONCLUSÃO

Ao tratar de um assunto tão complexo que é seguridade social no Brasil, tornou-se indispensável na primeira parte dessa monografia, fazer uma referência, mesmo que de forma sucinta, de como se deu o processo de evolução da seguridade social no mundo. A preocupação com a proteção dos indivíduos quanto as suas

adversidades sempre foi presente na humanidade, porém, só no século XVII o Estado viria intervir de forma concreta, através da tão conhecida Lei dos Pobres. Assim como, no restante do mundo, foi com as organizações privadas que se deu o início à proteção social no Brasil, através de políticas intervencionistas.

As condições gerais da seguridade social no Brasil: seu financiamento composto por dois sistemas, o de capitalização e o de repartição simples. Para o sistema de capitalização é observado às regras do mercado financeiro, onde as contribuições recolhidas são alocadas em um fundo. Quando o contribuinte deste fundo tiver saldo suficiente, poderá retirar quantias mensais, em períodos estipulados conforme cálculos atuariais. No sistema de repartição simples, também chamado de solidariedade, todas as pessoas são responsáveis pelo custeio da Seguridade Social. O Brasil adota um modelo híbrido que leva em consideração que tanto o segurado e a sociedade, contribuem para o custeio dos benefícios.

A justificativa para a criação do fator previdenciário parece ter sido mais um “engodo político” do que a real necessidade de manutenção do sistema, afinal a seguridade social no Brasil é e sempre foi superavitária. Pois, conforme ficou demonstrada acima a fórmula de cálculo utilizada pelo Poder Executivo Federal diverge do que preceitua a norma constitucional. Em 2014, o superávit de todo o sistema foi na ordem de R\$ 54 bilhões, conforme análise e demonstrativo realizado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP).

Na terceira e última parte tratou-se da fórmula progressiva 85/95 para as aposentadorias por tempo de contribuição, sendo facultativa a aplicação do fator previdenciário, desde que preencha o pré-requisito de tempo mínimo de contribuição de 30 anos para mulher e 35 anos homens, além da soma da idade com o tempo de contribuição atinja os 85 pontos para mulher e 95 pontos para os homens. Outro ponto importante foi à manutenção da regra mais benéfica para o professor ou professora que comprovarem que atuam exclusivamente no exercício do magistério da educação infantil e no ensino fundamental e médio, regra ampliada pela jurisprudência para os diretores e supervisores escolares, desde que atuem também como professores, do ensino fundamental e médio, no mesmo período de cálculo do tempo de contribuição, que será de 30 anos para o homem e 25 anos para a mulher, acrescidos de cinco pontos à soma da idade com o tempo de contribuição.

Por fim, concordar-se-á que a nova regra da fórmula progressiva 85/95 traz um

ganho para o segurado, porém, esse ganho não vem de graça, apesar da legislação não falar em idade mínima, ela está embutida na regra, pois ela exige o mínimo de pontos somando-se idade e tempo mínimo de contribuição. Ou seja, em 2027 o homem, por exemplo, terá que somar 100 pontos, se tiver 35 anos de contribuição terá que ter no mínimo 65 anos de idade.

Tornar possível a garantia da proteção social à sociedade em geral, conforme a especificidade de cada política que compõe o Tripé formado pela Saúde, pela Previdência Social e pela Assistência Social, será um grande desafio. O que não se pode acontecer é aceitar que governos com intuito de privilegiar o capital privado, através da imprensa crie medo na população para justificar medidas que vão de encontro com o que está preceituado na Constituição Cidadã de 1988.

REFERÊNCIAS

AMADO, Amado. **Direito previdenciário**. 7. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 15 de ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 6.939, de 18 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6939.htm . Acesso em: 15de ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 8.145, de 03 de dezembro de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8145.htm. Acesso em: 15de ago. 2018.

BRASIL. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da previdência social. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acesso em: 15de ago. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013**. Regulamenta o § 1º do art. 201, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp142.htm. Acesso em: 15 de ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006**. Altera o art. 67, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm. Acesso em: 15de ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.183, de 04 de novembro de 2015.** Altera a Lei nº 8. 213. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13183.htm. Acesso em: 15 de ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 de ago. 2018.

BRASIL.. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em: 07 de set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 07 de set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 18 de ago. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória nº 676, de 17 de junho de 2015.** Estabelece regras para os benefícios da previdência social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/mpv/mpv676.htm. Acesso em: 15 de ago. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial.** Relator ministro Humberto Martins. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23340180/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-283029-sp-2013-0007488-1-stj>. Acesso em 10 de ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade.** Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5419527/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3772-df-stf>. Acesso em 10 de ago. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2014.

COSTA, Fernando Nogueira. **Desmistificando o déficit da previdência, proposta para uma previdência social pública, justa e solidária.** Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.files.wordpress.com/2016/08/desmistificando-o-dc3a9ficit-da-revidc3aancia-01-06-2016.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Sérgio Renato. **Benefícios previdenciários – Comentários à Lei nº 8.213/91**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, Flávia Salum Carneiro; FARIAS, Luciana Moraes. **Temas atuais da seguridade social**. São Paulo: Ltr, 2017.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.