AS POLÍTICAS DE DISCRIMINAÇÃO POSITIVA NA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO BRASIL

Henrique Araújo Galvão de Carvalho¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Política de discriminação positiva – uma explicação inicial. 3. A Previdência Social no Brasil – aspectos gerais. 4. Os benefícios assistenciais e previdenciários. 5. Os benefícios previdenciários de cunho eminentemente assistencial. 6. Razões de índole constitucional para a inserção de política de discriminação positiva na previdência social do Brasil. 7. A cidadania ativa – um primeiro olhar. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

Resumo:

Este trabalho tem por objetivo demonstrar que a política pública de discriminação positiva permeia a previdência social brasileira, fato que atende aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, a despeito do sacrifício aos princípios, também constitucionais, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário, sendo a plena cidadania, aqui tratada como cidadania ativa, o fator que explica tal sentido da ação estatal.

Palavras-chave: Política estatal de discriminação positiva. Previdência social no Brasil. Cidadania ativa.

1. INTRODUÇÃO

Muito se debate nos dias que correm sobre as políticas de discriminação positiva adotadas pelo Estado, visando compensar setores da sociedade brasileira que foram e ainda são desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros, dos índios, das mulheres, dos pequenos agricultores, ou seja, aqueles que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social.

Aceitas por parte da população e repudiadas por outros tantos, o certo é que tais políticas de inclusão social já permearam diversos setores da Administração Pública brasileira, atingindo, já de longa data, o Sistema de Seguridade Social, indo além dos meros benefícios assistenciais, invadindo o regime de previdência social, a despeito de seu caráter contributivo e atuarial.

As razões que levaram a inserção de políticas de discriminação positiva na previdência social pátria não podem deixar de ser investigadas, principalmente para fomentar um processo de discussão sobre os acertos e os erros perpetrados.

¹ Advogado da União. Especialista em Direito Público pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA. Professor de Direito Administrativo, Jurisdição Constitucional e de Direito Constitucional Econômico nos Cursos de Graduação da UNEB e UNIVERSO. Ex-Consultor Jurídico do extinto Banco do Estado da Bahia – BANEBA (1997-1999). Autor. Endereço eletrônico: henriqueagc@bol.com.br

O presente trabalho se propõe a ser um início de reflexão a respeito da problemática aqui abordada, dispondo-se a buscar explicações constitucionais para a escolha política de criar benefícios previdenciários de cunho assistencial, típico exemplo de política social inclusiva, principalmente sob o viés da criação da denominada cidadania ativa.

2. POLÍTICA DE DISCRIMINAÇÃO POSITIVA – UMA EXPLICAÇÃO INICIAL

A política estatal de discriminação positiva, também chamada de ação afirmativa do Estado, tem um caráter nitidamente compensador dos cidadãos que foram historicamente discriminados e excluídos dos benefícios sociais, criando em seu favor uma série de vantagens que lhes legam um tratamento diferenciado. No dizer do professor Ferraz (2012, p. 137):

As ações afirmativas surgiram dentro de políticas de inclusão de grupos que foram excluídos por motivos diversos da sociedade. São desigualdades que se formaram durante a evolução histórica das sociedades, e essas ações visam eliminar ou minorar as diferenças. Têm sempre um caráter temporário, esperando-se que a evolução social dos grupos excluídos transforme as ações propostas em normas.

Não se pode olvidar que as políticas de inclusão social são fruto do Estado do Bem-Estar Social, que legou aos cidadãos um sem número de direitos sociais (saúde, educação, cultura, assistência social, previdência social, etc.), tornados dever de agir da Administração Pública, da sociedade, das famílias e de todos os componentes da sociedade, tendo como norma-matriz a própria Constituição.

A criação da rede protetiva típica do Estado de índole social é explicada, dentre outros motivos, pelo crescente processo de industrialização e migração urbana verificado no final do século XIX e em quase todo o século XX, que fez nascer a necessidade de ultrapassar os desequilíbrios causados pelo desenvolvimento e modernização do capitalismo, conforme bem pontuado por Draibe (2007, p. 44):

Tal como aqui é entendido, o Estado de bem-estar é um fenômeno histórico moderno, isto é, as instituições da política social acompanharam o processo de desenvolvimento e modernização capitalistas em sentido preciso. Ao provocar a migração de grandes massas humanas do campo para as cidades, tal processo introduz desequilíbrios e mesmo destruição das comunidades locais, de seus sistemas culturais e familiares, de seus tradicionais mecanismos de proteção social.

Ao contrário do que aconteceu nos países centrais, que implementaram o *welfare state* na segunda metade do século passado, os países da periferia do mundo ainda marcham para a sua efetivação, com dívidas sociais agudas, que acabam por criar o ambiente adequado a implantação de um sistema de proteção social que discrimina positivamente, com vistas a compensação ou ao reequilíbrio, pois seus subsistemas “[...] de seguridade social, educação e outros serviços sociais viabilizam o trânsito e a incorporação das massas [...]”² na condição de cidadania.

² DRAIBE, S. M. *Políticas Públicas no Brasil. Estado de Bem-Estar, Desenvolvimento Econômico e Cidadania: algumas lições da literatura contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007, p. 44.

Percebe-se, então, que a proliferação das ações afirmativas³ no Brasil, como país de desenvolvimento tardio, decorre de uma omissão histórica da sociedade e do Estado quanto à implementação dos mais mezinhos direitos fundamentais das pessoas humanas, gerando nos dias que correm uma insustentável situação de desequilíbrio social, que vem sendo minorada, mesmo que de modo ainda não satisfatório, com medidas governamentais de diversas espécies, inclusive no âmbito da seguridade social, conforme será demonstrado nos passos seguintes deste ensaio.

3. A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL – ASPECTOS GERAIS

No Brasil, a Previdência Social integra o subsistema contributivo do sistema de seguridade social, que ainda é composto pelo subsistema não contributivo, formado pela assistência social e pela área de saúde.

A ideia de seguridade social, no entanto, é contemporânea da formação do Estado Social de Direito, já que nos regimes absoluto e liberal não se tinha, em escala minimamente satisfatória, medidas governamentais securitárias positivas, dada a inexistência do Estado de Direito no absolutismo e por conta da intervenção estatal mínima apregoada pelo liberalismo político, que se preocupava apenas com os direitos fundamentais de primeira dimensão (as liberdades públicas)⁴.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a prever, mesmo que implicitamente, um sistema de seguridade social formado pelas ações na área da assistência social, previdência social e saúde. Neste sentido é o pensamento de Amado⁵:

De efeito, conquanto não haja previsão expressa na Constituição Cidadã, é certo que a seguridade social forma um Sistema Nacional, pois regulada por um conjunto normativo harmônico e por órgãos e entidades estatais que objetivam concretizar os direitos fundamentais à saúde, à previdência e à assistência social.

A previdência social, componente do subsistema contributivo, pressupõe, dado o seu caráter atuarial, o pagamento (real ou presumido) de contribuições previdenciárias, o que não ocorre com a saúde e com a assistência social, custeadas que são com os tributos inespecíficos, deles podendo usufruir todos os necessitados, independentemente da paga de contribuições específicas.

Com tal desenho, seria de se supor que no sistema de seguridade social brasileiro seria a assistência social a linha de ação que melhor comportaria as políticas de discriminação social de caráter positivo. Entretanto, conforme será visto adiante, a Previdência Social no Brasil vem sendo utilizada para implementar um grande número de ações afirmativas, que, longe de serem desnecessárias, já que asseguradoras da dignidade da pessoa humana, do bem-estar e da justiça social, melhor poderiam estar alocadas no assistencialismo.

4. OS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS E PREVIDENCIÁRIOS

³ Na obra *Cotas raciais: por que sim?* 3ª ed. Rio de Janeiro: Ibase, 2008, p. 7, a ação afirmativa é apresentada, também, como um conjunto de ações privadas, além de políticas públicas, que "... tem como objetivo reparar aspectos discriminatórios que impedem o acesso de pessoas pertencentes a diversos grupos sociais às mais diferentes oportunidades...".

⁴ Para a implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, portanto, não é necessário apenas a lei libertadora de que trata o Padre Lacordaire, mas ações positivas do estado. (... entre o fraco e o forte a liberdade escraviza e a lei liberta ...). LACORDAIRE *apud* HERKENHOFF, João Batista. *Justiça, Direito do Povo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002, p. 71.

⁵ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4ª ed. Editora Juspodivm; Salvador, 2013, p. 34

A assistência social no Brasil e na maioria dos países do mundo é fenômeno anterior a previdência social, perpassando timidamente pelos regimes absoluto e liberal, onde era mera liberalidade governamental e não um direito público subjetivo do povo, tornando-se efetiva, apenas, com o advento do Estado Providência.

Hodiernamente, a Carta Magna de 1988 e a Lei nº. 8.742/93 (LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social) tratam das medidas assistencialistas em solo pátrio, que devem ser aplicadas na medida do necessário, para evitar a criação de um exército de necessitados sem acesso à dignidade humana, pondo em xeque o equilíbrio social, sem olvidar o risco de acomodação, dado o pagamento prolongado dos benefícios e o excessivo número de prestações assistenciais.

O certo é que a assistência social é o foro por excelência para o Estado colocar em prática as suas políticas de discriminação positiva, visando aurir a pessoa humana a condição de cidadão ativo, quando se tornará ciente e usufruirá de seus direitos fundamentais, além de fomentar novas espécies de garantias.

Assim, no sentido de proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência, de amparar as crianças e os adolescentes carentes, de promover a integração ao mercado de trabalho e de habilitar/reabilitar as pessoas portadoras de deficiência e promover sua integração à vida comunitária, sendo, ademais, vetor de vigilância socioassistencial e de defesa de direitos, a assistência social no Brasil possui, dentre outros, instituídos os seguintes benefícios, para cuja fruição, repise-se, os discriminados positivamente não precisam contribuir: **a)** amparo assistencial do idoso e do deficiente carente; **b)** seguro-desemprego; **c)** benefícios eventuais prestados aos cidadãos e às famílias em virtude do nascimento, morte, vulnerabilidade temporária e de calamidade pública; **d)** auxílio Emergencial Financeiro, para atendimento à população atingida por desastres, não podendo ser cumulado com outros benefícios eventuais; **e)** Programa Bolsa-Renda, para atendimento a agricultores familiares atingidos pelos efeitos da estiagem, em municípios em estado de calamidade pública ou situação de emergência, inacumulável com outros benefícios eventuais; **f)** Programa Bolsa Família.

Neste contexto, fica claro que a política social de discriminação positiva, máxime a que é produzida na seara da assistência social, é “[...] uma dimensão necessária da democracia nas sociedades modernas e está estreitamente ligada aos valores da equidade [...]”⁶

Ao contrário da assistência social, a previdência social brasileira, seja a do regime geral, seja a do regime próprio dos servidores públicos estatutários, inclusive a que se vislumbra nos planos complementares, conforme já se disse, tem caráter contributivo e atuarial, não sendo o *locus* mais adequado para abrigar a política estatal de ação afirmativa, já que, a priori, atende apenas a quem verte contribuições diretas ao regime.

A razão do que vem de ser dito é que os regimes previdenciários, sejam quais forem eles no Brasil, devem atender critérios que preservem o seu equilíbrio financeiro e atuarial⁷, exigências que não se coadunam com os benefícios fruto de políticas de discriminação positiva, cuja tônica é a gratuidade e a universalidade para os necessitados de todas as matizes.

⁶ IVO, Anete Brito Leal. *A reconversão do social: dilemas da redistribuição no tratamento focalizado*, São Paulo em Perspectiva, 2004, v. 8, n.2, p.57.

⁷ De acordo com Frederico Amado, o “... *equilíbrio financeiro* se refere às reservas monetárias que devem existir para o pagamento de benefícios e também por precaução, enquanto o *atuarial* são os cenários futuros que devem ser traçados para a manutenção ou alcance do equilíbrio financeiro, com o auxílio da matemática estatística, através do desenho dos prováveis cenários que advirão...”. Op. cit, p. 189.

Sem razão, portanto, na linha do que vem sendo defendido aqui, a inclusão que Horvath Júnior (2012, p. 350) faz do seguro desemprego dentre os benefícios previdenciários **típicos**, a despeito do art. 201, III, da Constituição Federal elencar o desemprego involuntário como risco social a ser coberto pela Previdência Social.

É que, no ramo da previdência social brasileira, têm-se os **benefícios previdenciários propriamente ditos (típicos)**, que exigem contraprestação direta dos beneficiários e respeito aos equilíbrios financeiro e atuarial, e os **benefícios previdenciários assistenciais**, que, na maioria dos casos, desequilibram as contas da previdência, por conta de relativizarem os princípios da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial.

São benefícios previdenciários **típicos** dos segurados a aposentadoria por invalidez, a aposentadoria por idade, a aposentadoria por tempo de contribuição, a aposentadoria especial, o auxílio-doença, o salário-família, o salário-maternidade e o auxílio-acidente⁸. Para os dependentes existem as seguintes prestações **típicas**: pensão por morte e auxílio-reclusão.

Ocorre, entretanto, que algumas das prestações previdenciárias elencadas anteriormente assumem caráter meramente assistencial, conforme pode ser vislumbrado a seguir.

5. OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DE CUNHO EMINENTEMENTE ASSISTENCIAL

Mesmo não sendo o objeto deste estudo esgotar todas as hipóteses, é impossível passar ao largo do fato de que o regime previdenciário geral brasileiro abriga benefícios previdenciários assistenciais, como são exemplos os a seguir apresentados.

O primeiro benefício previdenciário assistencial é a aposentadoria por invalidez do segurado especial que, fugindo do caráter contributivo e ignorando o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, características maiores do típico benefício previdenciário, exige apenas a prova do cumprimento da carência correspondente a 12 (doze) meses de atividade rural ou pesqueira em regime de economia familiar para a subsistência.

Da mesma natureza assistencial, porque, também, ignora os princípios da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, é o salário-família, benefício cujo objetivo é apenas complementar as despesas domésticas do segurado de baixa renda com seus filhos menores de quatorze anos de idade ou inválidos de qualquer idade, estendendo-se aos enteados ou tutelados, sendo, neste caso, necessária a comprovação da dependência econômica.

O salário-maternidade da segurada especial tem, da mesma forma, nítido caráter assistencial, já que esta não precisa provar contribuição para dele usufruir, senão dez meses de atividade rural ou pesqueira em regime de economia familiar para a subsistência, sendo seu valor, no mais das vezes, um salário mínimo.

Calha, agora, explicar as razões para a existência de prestações assistenciais no regime estritamente previdenciário.

⁸ Augusto Massayuki Tsutiya crítica a terminologia aposentadoria por invalidez, já que se trata de auxílio por incapacidade permanente, mas não definitiva, bem assim a terminologia auxílio-doença, que na sua visão seria auxílio por incapacidade temporária. Assim, a terminologia aposentadoria por invalidez deveria ser empregada apenas quando a incapacidade fosse irreversível. TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito a Seguridade Social*. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

6. RAZÕES DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA A INSERÇÃO DE POLÍTICA DE DISCRIMINAÇÃO POSITIVA NA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO BRASIL

Mesmo deslocados do seu eixo natural, que seria a assistência social, a existência de benefícios de ação afirmativa no âmbito da previdência social não deixa de dar cumprimento as normas jurídicas da Constituição Federal de 1988, que, calcada no *État providence* dos franceses, tem o dever histórico, máxime porque de cumprimento atrasado, de fazer realizar os direitos sociais, por imperativo de justiça.

Tal plexo de prestações previdenciário-assistenciais, por certo, atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que visa permitir as pessoas hipossuficientes em termos econômico-financeiros o exercício pleno da cidadania, já que é “[...] antes de tudo o respeito à pessoa, na vida social, que exprime a aspiração à justiça como fim último do direito [...]”.⁹ É o **valor humano**, centro do sistema repersonificado, que explica a ação afirmativa estatal até em seara permeada por cálculos estatísticos, financeiros e atuarias, pois como disse Pineiro (*apud* Sussekind, 2005, p. 143), magistrado do Tribunal Constitucional da Espanha:

[...] a dignidade, a liberdade, a privacidade, o livre desenvolvimento da personalidade devêm ser tutelados não apenas em face do Estado e dos poderes públicos, mas também em face dos particulares. Daí a irrupção da Constituição nas relações entre particulares, pois doravante ninguém escapa da sua *longa manus* [...]

Outro princípio fundamental que respalda a atuação assistencial da previdência social é o da solidariedade, expresso na Magna Carta como objetivo da República Federativa do Brasil, país que deve construir uma sociedade livre, justa e **solidária**.

Dada a socialização dos riscos com toda a sociedade, os ativos de hoje sustentam os que não podem mais laborar, as crianças, as viúvas, bem assim os que, de modo geral, estão em risco social. Conforme Martinez (2011, p. 121):

[...] solidariedade quer dizer cooperação da maioria em favor da minoria, em certos casos, da totalidade em direção à individualidade [...] Significa a cotização de certas pessoas, com capacidade contributiva, em favor dos despossuídos [...].

Há, ainda, o princípio da vedação ao retrocesso¹⁰, que impede a redução dos direitos de índole previdenciária, preservando, ao menos, o mínimo existencial, norma esta que bloquearia a eliminação dos benefícios previdenciários assistenciais, sem a sua replicação na área da assistência social.

Mas não se pode esquecer que o sacrifício aos princípios da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, que os benefícios previdenciário-assistenciais representam, somente se justifica se as políticas de ação afirmativa correlatas levarem a criação de uma massa de cidadãos ativos, que ultrapassariam, com tais benesses, o primeiro portal rumo a cidadania plena, que é o que Carvalho (1996) chamou de superação da condição de “cidadão negativo”, sendo este aquele que, alijado do arcabouço da discriminação positiva, acaba não podendo exercer os seus direitos inerentes a cidadania, por não encontrar os canais adequados.

⁹BATIFFOL, Henri. *A filosofia do direito*. Difusão Europeia do Livro: São Paulo, 1968.

¹⁰ A existência deste princípio é defendida de maneira incisiva por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari. CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 11ª ed. Florianópolis: pp. 100/101.

7. A CIDADANIA ATIVA – UM PRIMEIRO OLHAR

A cidadania ativa é aquela que, além de garantir aos seus titulares o pleno exercício dos direitos fundamentais postos na ordem jurídico-constitucional (cidadania política), torna-os fomentadores de novos direitos.

Portanto, o foco do Estado na emancipação humana que é a cidadania ativa, mais que na simples emancipação política, vale a inversão dos subsistemas aqui replicada, tendo em vista a existência, repita-se, de contribuições previdenciárias sem a necessária e correspondente contraprestação.

A liberdade do ser humano começa quando este sabe o que o aprisiona, sendo certo que tal conhecimento somente pode ser conquistado com a plenitude da cidadania. Nada pode ser mais justo que o combate a pobreza absoluta, primeiro passo para a inclusão cidadã da pessoa, daí o acerto humano, apesar do desacerto técnico, de uma previdência social em parte de índole assistencial.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem ser necessário ir muito a fundo no que aqui se analisou, pode-se facilmente apreender que no sistema de seguridade social brasileiro o ideal seria que as áreas típicas dessem conta de seu papel institucional, sem resvalar nas que lhes ladeiam.

Assim, a previdência social, seguindo o seu caráter contributivo e de firmeza no equilíbrio das contas, não deveria ancorar em seu rol de benefícios prestações assistenciais, que, a depender da extensão, possam prejudicar o seu caráter atuarial e, assim, os demais contribuintes do fundo social.

Entretanto, principalmente por conta dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da vedação ao retrocesso, as prestações previdenciárias de ação afirmativa devem permanecer existindo, sendo aceitável, apenas, a sua migração para os contornos da assistência social, já que a emancipação humana conseguida com a cidadania ativa vale a inversão dos subsistemas contributivo e não-contributivo.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- BATIFFOL, Henri. *A filosofia do direito*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1968.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania: tipos e percursos*. In: *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro: n. 18, 1996.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Florianópolis: 11ª ed.
- DRAIBE, S. M. *Políticas Públicas no Brasil. Estado de Bem-Estar, Desenvolvimento Econômico e Cidadania: algumas lições da literatura contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.
- FERRAZ, Marcos Pacheco de Toledo. *Cotas nas universidades: análises dos processos de decisão. Ações afirmativas na Unifesp*. Salvador: CEAO, 2012.
- HERKENHOFF, João Batista. *Justiça, Direito do Povo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.
- HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 8ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

IBASE. Cotas raciais: por que sim? 3ª ed. Rio de Janeiro: Ibase, 2008.

IVO, Anete Brito Leal. A reconversão do social: dilemas da redistribuição no tratamento focalizado, São Paulo em Perspectiva, 2004, v. 8, n.2.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. 3ª ed. São Paulo: LTR.

SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições do Direito do Trabalho. 22ª ed. v. 1. São Paulo: LTR, 2005.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito a Seguridade Social. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.