

A PROTEÇÃO AOS DESAMPARADOS PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS*

Wandisa Loreto Edilberto Pompeu**

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar o Direito Civil, especificamente, os institutos da responsabilidade civil e dos danos morais, incidindo sobre as relações de Direito da Seguridade Social firmadas entre Estado e administrado concernentes a benefícios previdenciários e assistenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana. Seguridade social. Benefícios. Responsabilidade civil. Danos morais.

Introdução

Nega-se um auxílio. Nada mais natural em tempos em que a competição e a pressa reinam soberanas e impedem que se olhe amistosamente para o outro e criticamente para si mesmo. De fato, não há diploma legal que preveja a caridade ou a atitude solidária individual. Assim, a sobrevivência parece cada vez mais depender somente dos próprios esforços. Será mesmo? Relações de dominação formam-se em uma sociedade de oprimidos e opressores. Não é novidade - “uns com tanto, outros com tão pouco”. De quem é a responsabilidade?

Ações de auxílio desinteressado a terceiros multiplicam-se, mas são insuficientes para a garantia do mínimo existencial a todos. Paradoxalmente, passa-se a exigir menos do Estado, da administração pública, num conformismo paralisante.

Problemas humanos do presente são friamente tratados como secundários, mesmo pelas instituições incumbidas de impedi-los, de resolvê-los, de minorá-los ou de repará-los - como é o caso do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e, até mesmo, do Judiciário. A chamada “proteção ao patrimônio público” passa a constituir prioridade, embora, para tanto, seja preciso ferir ou não reconhecer integralmente os direitos alheios. E isso, estranhamente, em tempos em que o princípio da dignidade da pessoa humana, estrela de primeira grandeza do sistema jurídico, se irradia sobre todos os ramos do Direito.

Em meio a essa desarmonia é que se situa o Direito da Seguridade Social, fundamental para garantir e proporcionar as condições materiais mínimas para uma existência digna aos que se encontrem impossibilitados de obtê-la com as próprias forças. Presente no dia a dia dos cidadãos - talvez de modo oculto, por não oferecer nenhuma “vantagem” imediata aos que não necessitem de amparo - destaca-se, justamente, nos momentos críticos de suas vidas. E mesmo aqueles que, distantes do sistema previdenciário e do mercado de consumo, deficientes ou idosos, também merecerão ser assistidos.

* Enviado em 31/3, aprovado em 20/6, aceito em 5/8/2011.

** Bacharel em Direito - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito, Departamento de Graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: wandisa.pompeu@ymail.com.

Entretanto, o injusto desamparo é real. Gera transtornos, intensifica vulnerabilidades. Dispensam-se cogitações em torno de culpados, a necessidade é por soluções. Reparações. E a isso o Direito Civil serve plenamente, principalmente devido à sua recente constitucionalização. Assim, procurar-se-á demonstrar neste artigo que uma relação integrada pode se formar entre Direito da Seguridade Social e Direito Civil, gerando benefícios à compreensão e à aplicação de ambos.

1 Evolução da responsabilidade civil do Estado

Na evolução da responsabilidade civil do Estado, a concepção mais recente e de conteúdo mais avançado é a da responsabilidade objetiva, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço. O *dano* é o elemento básico desta espécie de responsabilidade civil, de forma que, conforme leciona Patrícia Ribeiro Serra Vieira (2005, p. 137), “muitos juristas entendem que, para a imputação de responsabilidade ao causador de um evento danoso, apenas para este elemento devemos nos voltar”.

Constitui um aprimoramento das teorias anteriores, uma vez que confere eficácia jurídica aos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Isso porque “se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 222). Tal perspectiva impede que apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa.

Em sede de responsabilidade objetiva, portanto, não há de se cogitar em verificação de culpa de possível funcionário causador do dano nem sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. O Estado responde por ter causado dano ao seu administrado, simplesmente por haver relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.

Dessa forma, desde que foi abandonada a “concepção civilista”, fundada na culpa do agente público e nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, preponente, mandante, representante), a busca pela reparação junto àquele foi posta em segundo plano. Tal abandono remonta a quando passou a ser utilizada a “teoria do órgão”, caracterizada por tornar uma relação de imputação direta os atos dos agentes ao Estado, sem bipartir ambos os sujeitos.

A dificuldade (ou impossibilidade) do usuário dos serviços públicos de, em meio a tantos servidores desconhecidos, identificar quem, nominalmente, teria sido o culpado pelo funcionamento defeituoso – inclusive demora ou ausência do serviço devido – fez nascer a teoria da culpa anônima, antecessora da responsabilidade objetiva. Tal teoria trouxe vantagens ao sistema da responsabilidade o qual privilegia a vítima, mas menores se comparadas à sua sucessora, notadamente por ainda fazer alusão à culpa.

Diante disso, torna-se evidente não ser possível dispensar a aplicação da responsabilidade objetiva, já que se trata de importante evolução ocorrida no âmbito da responsabilidade civil. A prova da culpa acabaria por tornar impossível a tentativa de corrigir ou minimizar o prejuízo do indivíduo, com destaque para o que buscara,

a princípio em vão, proteção junto à autarquia previdenciária. A não responsabilização dela - embora preenchidos os requisitos para tanto - configura, na prática, evidente retrocesso à época do Estado despótico e absolutista, em que vigorava o princípio da irresponsabilidade do Estado, que fazia prevalecer a ideia de que uma responsabilidade pecuniária da Administração seria um entrave perigoso à execução de seus serviços (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 219).

2 O dever de segurança da autarquia previdenciária na proteção integral do administrado diante dos riscos

O alicerce da responsabilidade civil objetiva estatal encontra-se na teoria do risco administrativo, uma das vertentes da teoria do risco - concebida no final do século XIX, com o desenvolvimento industrial e a problemática dos acidentes de trabalho e sua reparação. Note-se: é nesse mesmo contexto histórico que, em plano mundial, marca-se o nascimento da Previdência Social.

O risco, aqui, deve ser entendido como a “possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 223).

Uma vez que a atividade estatal é exercida com o intuito de gerar benefícios a todos, repele-se a ideia de deixar aqueles que por ela tenham sido lesados ao desalento, os quais não devem arcar com tais prejuízos individual e isoladamente. Forçoso é, portanto, que todos suportem os ônus gerados pela atuação da Administração. Por outro lado, cabe lembrar que a representação de toda a coletividade é feita pelo próprio Estado; e, por isso mesmo, será ele quem deverá suportar os ônus de seu agir.

Sabe-se que a atividade desenvolvida pela administração pública submete os indivíduos a riscos variados, notadamente em virtude da dimensão da interferência coercitiva do Estado em diversos setores da vida dos cidadãos. E, ainda, percebe-se que as funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os gerados pelos particulares; além do que, os administrados não têm como se furtar dos perigos de danos provenientes da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas. Em contrapartida, demonstra-se necessário conferir a eles uma proteção proporcional aos riscos criados, e dos quais ninguém pode esquivar-se.

Nesse contexto, afasta-se a necessidade da prova da culpa do agente público causador da lesão ao particular. Leciona José Cretella Júnior (1991, p. 1.019) que, enquanto a culpa vincula-se ao homem, ao seu espírito, sendo pessoal e subjetiva, o risco liga-se ao serviço, à empresa, ao aparelhamento, à coisa, sendo de caráter impessoal e objetivo.

A Previdência Social, seguro público que é, é precioso instrumento na cobertura dos riscos sociais. Se, por um lado, a sociedade se depara com os novos riscos decorrentes - destacadamente, do desenvolvimento científico e tecnológico - indispensável sempre será a cobertura dos riscos sociais tradicionais, como incapacidade para o labor, idade avançada e morte, que impedem a percepção de rendimentos. Essa missão fica a cargo daquele importante setor da Seguridade Social.

Assim, pode-se afirmar que a proteção civil do administrado, sob forma de reparação, surge sucessivamente em caso de descumprimento indevido da prestação originária previdenciária, sendo aplicável a teoria do risco administrativo e ficando claro que ambas as prestações (civil e previdenciária) visam à tutela da incolumidade do destinatário da prestação do serviço público.

A ideia de risco, por sua vez, está intimamente ligada - por contraposição - à noção de segurança. Sobre isso, adverte Paulo Nader que o homem não se sente totalmente seguro devido ao fato de não ser autossuficiente no plano material e espiritual.

A certeza das coisas e a garantia de proteção são uma eterna procura do homem. A segurança é, portanto, uma aspiração comum aos homens. Não obstante o seu natural desejo de segurança, o homem se lança ao perigo e termina por se adaptar ao risco, quando se dispõe a lutar pela sobrevivência ou se entrega, de corpo e alma, em favor de certos valores ideológicos e aos ideais de justiça. (NADER, 2005, p. 120)

No âmbito do Direito brasileiro, pode-se dizer que o princípio da segurança jurídica nem sempre apresentou os mesmos contornos. Em um primeiro momento, consubstanciou-se na previsibilidade e certeza dos atos estatais. Significava tão somente um dever de abstenção da administração pública, de modo a garantir a não intervenção ilegítima ou desastrosa do Poder Público frente à iniciativa particular. Chegava, mesmo, a confundir-se com o princípio da estrita legalidade, além de recobrir o princípio da confiança, conotado pela ideia de estabilidade ou permanência.

Esse “dever de não agir” da Administração, no entanto, demonstrou-se insuficiente para a proteção integral dos indivíduos de uma sociedade em permanente transformação: do “mundo da segurança” passou a ser “sociedade do risco”.

A nova significação do princípio da segurança - atribuída, no campo doutrinário, a Almiro do Couto e Silva - não mais permite que ele se confunda com a legalidade estrita e dá nova vida ao princípio da confiança. Esta, então, passa a ser inter-relacionada a outros princípios, destacadamente direitos fundamentais da personalidade humana, além de carecer de ação (e não de abstenção). Assinala Judith Martins-Costa:

Com efeito, a personalidade humana, considerada em seus aspectos existenciais, protegidos, em larga medida, no catálogo dos direitos fundamentais, mas também nas leis infraconstitucionais, é o bem jurídico fundamental por excelência. Proporcionar as condições para o seu desenvolvimento livre na vida comunitária é também dever de atuação do Poder Público. A confiança do cidadão na Administração Pública vem aí relacionada a um dever de atuação do Poder Público. (MARTINS-COSTA, 2004, p. 114)

O despertar da consciência social sobre a relevância do dever da administração de proteger ativamente os direitos da personalidade, pertencentes ao núcleo dos direitos fundamentais, anda no mesmo passo da exigência de um comportamento ativo da Administração Pública na tutela da confiança legítima dos cidadãos.

A respeito dos direitos e garantias fundamentais, é certo que os direitos sociais enquadram-se nessa categoria, conforme se extrai do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988, cláusula imutável. Diante dos direitos sociais, também é exigível essa postura ativa, positiva, do Estado na sua proteção, o que se traduzirá, por conseguinte, na tutela da confiança dos administrados.

Nessa perspectiva, questiona-se: o Instituto Nacional do Seguro Social, como parte integrante da Administração Pública, tem feito jus ao crédito de confiança dos seus usuários? Tem ele agido de acordo com o mais amplo significado do princípio da segurança jurídica?

É de se ressaltar que o órgão responsável pela concessão dos benefícios previdenciários destaca-se no Judiciário, principalmente devido ao significativo número de demandas em que figura tanto no polo passivo quanto no ativo. Em recente pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi considerado o maior litigante no âmbito nacional e da Justiça Federal. O resultado desse levantamento corrobora um anterior - feito pela Seção de Sistema de Processantes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - o qual, considerando o período compreendido entre 1989 (instalação da corte) e 2004, apontou a autarquia previdenciária na 2ª colocação nos *rankings* de maiores demandantes e demandados.

Na pesquisa do CNJ, verificou-se que 43,12% do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Federal têm como parte o INSS. Dentre esses processos, a autarquia figura no polo passivo da grande maioria: 81%, contra somente 19% no polo ativo (CNJ, 2011). De acordo com os dados do levantamento do STJ, o INSS respondeu a 56.098 ações e ajuizou 169.851 demandas no respectivo tribunal, de um total de 761.273. A líder na lista dos maiores demandados foi a União, que respondeu a mais de metade das ações que passaram por lá (STJ, 2004). Em 2008, cerca de 160 mil ações previdenciárias eram protocoladas mensalmente na Justiça contra o INSS, sendo a maioria delas referentes aos benefícios por incapacidade e aos da Lei Orgânica da Assistência Social (Loas). Em 2009, tramitavam contra a autarquia previdenciária mais de 5,8 milhões de ações (CORREIO DO ESTADO, 17/1/2009).

Não se pode negar sua relevantíssima função social, mas também não é possível ignorar que, sendo a atividade estatal geradora de riscos, o respeito ao dever de segurança é imprescindível. No caso do INSS, tal obrigação é duplamente exigível, pois deve proporcionar tanto a segurança material aos que a ela fizeram jus quanto a psicológica a todos possíveis beneficiários - ou seja, a confiança de estarem realmente assegurados.

A inobservância do dever de segurança, além dos danos que ocasiona diretamente ao administrado, faz com que haja uma perda do crédito de confiança que ele deposita no instituto. E o dano ocasionado a um beneficiário passa a ser fato conhecido dos outros integrantes do sistema, generalizando-se, aos poucos, a insegurança. A certeza de se estar seguro somente se obterá com uma adequada prestação de serviços ou, ao menos, com uma redução dos prejuízos gerados aos destinatários de seus serviços.

Um breve parêntese merece ser feito a respeito das razões da crise do sistema previdenciário brasileiro, as quais foram apontadas por Juliana Presotto Pereira Netto

(apud CASTRO; LAZZARI, 2009, p. 639) como sendo de caráter: a) estrutural (decorrentes do envelhecimento da população); b) conjuntural, consequência de problemas econômico-sociais; e c) administrativa, a exemplo dos desvios de recursos e de má gestão do sistema.

A má gestão dos recursos é outro fator desencadeante e fomentador da crise. Durante muitos anos, o regime serviu para custear não os benefícios, nem formar o fundo de reserva que hoje estaria sustentando as políticas sociais: ao contrário, serviu para construir Brasília e outras obras públicas “faraônicas”. Dilapidou-se assim o lastro existente no sistema, que, segundo Stephanes, deveria ser de, no mínimo, seis meses de despesa. Além disso, a falta de controle efetivo sobre a concessão de benefícios acarretou os escândalos das famosas fraudes das décadas de 80 e 90, com a descoberta de verdadeiras quadrilhas de assaltantes do caixa dos fundos previdenciários, compostas por servidores do próprio órgão, advogados e magistrados. A gestão não profissional da Previdência, vale dizer, com cargos de direção sendo objeto de barganhas políticas e “cabides de emprego” para pessoal totalmente desqualificado, serviu para agravar o quadro e permitir o desajuste entre aportes e pagamentos. (CASTRO; LAZZARI, 2009, p. 642)

Não é objetivo deste trabalho discutir os destinos da seguridade social no Brasil, mas pode-se fazer ligeira referência a algumas polêmicas propostas de reformas comumente difundidas e questionadas acerca de seu cabimento, como: alterações no regime vigente; modelo de previdência ideal; “encargos sociais”; e contribuição dos inativos.

Cabe, ainda, alusão ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, cláusula geral de responsabilidade objetiva, que prevê a obrigação daquele cuja atividade habitualmente exercida implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Trata-se de norma disciplinadora da responsabilidade pelo desempenho de atividade de risco que evidencia a adoção da teoria do risco criado. É necessário, então, entender o exato significado da expressão “implicar, por sua natureza, risco”, que remete à distinção entre risco inerente e risco adquirido. Este diz respeito a bens e serviços que se tornam perigosos por apresentarem algum defeito, não o sendo em condições normais e regulares. Caracterizam-se pela imprevisibilidade e anormalidade. Aquele diz respeito aos riscos que não podem ser evitados, ainda que o serviço seja prestado com toda a técnica e segurança: seria ônus insuportável, que inviabilizaria a própria atividade, a transferência das consequências desses riscos, inerentes, para o prestador do serviço.

A incapacidade, a invalidez, a velhice e a morte – é fato – são riscos inerentes à condição humana. Já a deficiência na prestação do serviço público não deve ser encarada da mesma maneira, ou seja, como intrínseca à sua existência: é evitável, desde que prestado regularmente. Sendo assim, são adquiridos os riscos a que o serviço da autarquia previdenciária submete os administrados ao gerar danos que, por conseguinte, devem ser integralmente reparados.

3 A debilidade do cidadão na defesa de seus direitos

Não raramente, o trabalhador encontra grande dificuldade para a comprovação de suas atividades, tendo em vista que a falta de instrução aliada ao decurso de longo

período de tempo faz com que perca ou jogue fora documentos que seriam importantes para a comprovação dos vínculos contraídos em sua vida contributiva e de sua filiação à previdência. Somado a isso, encontra-se o encerramento das atividades das empresas onde trabalhou e a ausência de cadastro feito pelo Estado com relação aos empregados delas. Outra dificuldade enfrentada é a obtenção de documentos que demonstrem a dimensão real das debilidades físicas, mentais ou emocionais experimentadas.

Assim, é comum que o cidadão não consiga comprovar o seu tempo de serviço - apesar de ter trabalhado arduamente durante toda a sua vida - ou mesmo a ausência de forças para o trabalho.

Relata Álvaro Sólón de França a realidade de enorme parcela de indivíduos que têm direito aos benefícios previdenciários, mas que, por ineficiência e perversidade do Estado, veem-se impossibilitados de programar seus direitos. Assinala também a relação que se forma entre Estado e cidadão, a qual acaba por humilhar e degradar este último, uma vez que o ônus da prova, que deveria ser daquele, passa a ser deste:

O Estado, que deve ser agente da promoção da dignidade, acaba se transformando no ente que cerceia, constrange e maltrata as pessoas, excluindo-as da cidadania. Presenciei diversas cenas dessa natureza, quando fui instado por cidadãos que perderam seus documentos e as empresas para as quais trabalharam encerraram as suas atividades, e o Estado não possuía o cadastro com as informações dos empregados daquelas empresas. Como explicar para esse cidadão que o Estado brasileiro, que sempre foi pródigo em construir exigências, não foi capaz de construir um cadastro para proteger o cidadão? (FRANÇA, 2009)

Conquanto atualmente exista o Cadastro Nacional de Informações Sociais, que se propõe a servir como base de dados informadora de vínculos e contribuições, este ainda apresenta-se reconhecidamente deficiente e falho.

Sob outro ângulo, o desconhecimento dos direitos previdenciários/assistenciais é realidade incontestada entre os cidadãos, principalmente entre os de baixa escolaridade, muitas vezes analfabetos e que correspondem a substancial parcela dos interessados na prestação desses serviços. Sensível a isto, Fabio Zambitte Ibrahim (2009, p. 525) assinala não ser razoável exigir-se do segurado o pleno domínio da legislação previdenciária. Ressalta, ainda, que esse domínio não é atingido nem mesmo pelos servidores mais dedicados.¹

É nesse ambiente que se percebe a formação de uma relação desequilibrada: o segurador público como parte mais forte, detentora do poder e da informação, e os aspirantes aos benefícios - na sua grande maioria, hipossuficientes (mais fracos jurídica e economicamente), por conseguinte, carecedores de maior proteção individual e social.

Em entrevista concedida à "Previdência Revista" (2009, p. 22), o Diretor de Benefícios do INSS, Benedito Adalberto Brunca, expôs esse panorama do desconhecimento do segurado a respeito de suas próprias informações: "De modo geral sabemos mais da vida dele do que as vezes ele mesmo porque conseguimos através do sistema todos os períodos de admissão e salário. Normalmente, se formos perguntar para o segurado se ele lembra de cada uma dessas situações ele não se recordará [...]".

Além das desvantagens apontadas, há também a vulnerabilidade social, caracterizada pela fragilidade do vínculo firmado entre indivíduo e sociedade, a qual pode levar à sua ruptura, à exclusão propriamente dita do sujeito.

A vulnerabilidade de um indivíduo, família ou grupos sociais refere-se à maior ou menor capacidade de controlar as forças que afetam seu bem-estar, ou seja, a posse ou controle de ativos que constituem os recursos requeridos para o aproveitamento das oportunidades propiciadas pelo Estado, mercado ou sociedade. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO; DIEESE, 2007, p. 14)

Esses ativos estariam assim ordenados:

(i) *físicos*, que envolveriam todos os meios essenciais para a busca de bem-estar. Estes poderiam ainda ser divididos em capital físico propriamente dito (terra, animais, máquinas, moradia, bens duráveis relevantes para a reprodução social); ou capital financeiro, cujas características seriam a alta liquidez e multifuncionalidade, envolvendo poupança e crédito, além de formas de seguro e proteção; (ii) *humanos*, que incluiriam o trabalho como ativo principal e o valor agregado ao mesmo pelos investimentos em saúde e educação, os quais implicariam em maior ou menor capacidade física para o trabalho, qualificação etc; (iii) *sociais*, que incluiriam as redes de reciprocidade, confiança, contatos e acesso à informação. Assim, a condição de vulnerabilidade deveria considerar a situação das pessoas a partir dos seguintes elementos: a inserção e estabilidade no mercado de trabalho; a debilidade de suas relações sociais e, por fim, o grau de regularidade e de qualidade de acesso aos serviços públicos ou outras formas de proteção social. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO; DIEESE, 2007)

Destaca-se ainda, nesse contexto, a vulnerabilidade mais acentuada de determinados sujeitos – público-alvo dos benefícios previdenciários e assistenciais – tais como os inválidos, os incapazes, as crianças, os adolescentes órfãos e os idosos.

Tal a dimensão da vulnerabilidade destes últimos que a Constituição Federal de 1988 lhes assegurou proteção integral, ao disciplinar, no artigo 230, que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. O artigo 227, igualmente, aponta como dever da família, da sociedade e do Estado:

Assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Tais artigos pertencem ao título VIII da Constituição, denominado “Da ordem social”, que aponta o trabalho como principal alicerce da ordem social, cujos objetivos correspondem ao bem-estar e à justiça sociais (art. 193). É nele (logo no Capítulo II) que são elencadas as previsões a respeito da Seguridade Social – composta pela Saúde,

Previdência e Assistência Sociais –, demonstrando-se, assim, a ligação indissolúvel que deve existir entre ela e os sujeitos mais fracos da sociedade, de forma a beneficiá-los sempre.

4 Elementos da responsabilidade civil em indeferimento de benefício previdenciário: o nexos causal e aspectos correlatos

O elo imprescindível entre conduta ilícita praticada pelo agente e dano sofrido pela vítima, formando uma relação de causa e efeito, constitui o nexos causal. Daí a necessidade “de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do direito, possa ser considerado causa daquele” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 46). Na prática, essa verificação nem sempre é tarefa das mais simples, principalmente quando o dano alegado se consubstancia no falecimento do sujeito desamparado.

Exemplifica essa situação um caso em que a segurada, após requerer o auxílio-doença, teve o benefício indeferido por não ter sido constatada a dimensão incapacitante da sua doença pelo perito do INSS - ou seja, segundo o perito, sua doença não a impediria de trabalhar. Ela veio a falecer no ano seguinte à realização daquele exame pericial, justamente em razão daquela mesma enfermidade (mero acaso?). A família não obteve êxito na ação ajuizada posteriormente, por não ter sido considerado provado o nexos causal (Apelação Cível nº 2005.70.04.004561-4/PR, TRF4). Poder-se-ia questionar: “como uma atitude tão rotineira quanto negar a concessão dessa espécie de auxílio poderia levar uma pessoa à morte? Até porque ela chegou a ser submetida ao exame pelo *expert*...”.

Com efeito, é de conhecimento geral que cada doença apresenta suas peculiaridades. Muitas há que permitem que seu portador prossiga trabalhando normalmente ou com pequenas restrições até a fatalidade da morte. Já se tem notícias, inclusive, da chamada “função terapêutica” associada ao trabalho, de grande valor para o equilíbrio psicofísico do ser humano. Todavia, cabe lembrar que a forma de lidar com as diversas disfunções e a perda de forças varia enormemente de um indivíduo para outro, de modo que se alguns conseguem enfrentar tais dificuldades com bom ânimo e ajustamento no grupo social, outros ficam transtornados e desequilibrados intimamente.

Além do mais, não se pode olvidar os enormes percalços com que se depara grande parcela da população em meio à realidade cruel do mercado de trabalho, ao fantasma do desemprego, ao descumprimento da legislação trabalhista e à rotina estressante e inevitável das metrópoles. Nem todos estão aptos a suportar tudo isso.

Trata-se de um verdadeiro heroísmo a superação de tantas injunções sociais, além das debilidades orgânicas, mas esse esforço não pode ser exigido daquele que pede a proteção social - por necessidade - e que deixa a mínima margem de dúvida sobre se a sua doença é incapacitante ou não: hipótese de ser aplicado o princípio *in dubio pro* ao segurado. Caso contrário, haveria descumprimento direto do princípio norteador da solidariedade social. A apurada sensibilidade dos segurados no curso do processo administrativo ou judicial aliada a um estado especialmente frágil, ou mesmo mórbido no

mesmo contexto recomenda cautelas maiores com eles - se não por respeito, ao menos por precaução.

Quanto à difícil e respeitável missão do profissional incumbido de esclarecer sobre a (in)existência de capacidade para o trabalho, cabe lembrar uma questão fundamental: o tamanho da responsabilidade sobre suas conclusões. Estas, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, têm apresentado caráter decisivo, praticamente vinculante, por ser considerado, via de regra, o critério mais apropriado para uma tomada de decisão supostamente segura e justa.

Assim, e talvez pela necessidade de um pragmatismo, a técnica e a ciência médica tradicional especializada (aptidões próprias dos peritos) ficam consagradas neste campo como as únicas fontes nas quais o julgador pode se basear para analisar cada situação, além, é claro, da documentação juntada pelo interessado - nem sempre suficiente para descrever a realidade independentemente do seu modo de se expressar ao ser arguido pelo profissional naquela ocasião única e decisiva.

Não é à toa. Os avanços tecnológicos, científicos e da medicina são cada vez mais surpreendentes. Novos tratamentos de saúde e conhecimentos elevados são divulgados, enchendo de esperança a todos, a exemplo das pesquisas envolvendo células-tronco.

Mesmo com esse panorama tão otimista, ainda hoje é difícil estabelecer os limites exatos do que sejam "saúde" e "qualidade de vida" (onde a incapacidade está inserida). Para a Organização Mundial de Saúde (1946), a definição de saúde não é somente a ausência de doença, mas a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social; todavia, esse conceito tem sido considerado ultrapassado.

Desde a Assembléia Mundial de Saúde de 1983, a inclusão de uma dimensão "não material" ou "espiritual" de saúde vem sendo discutida extensamente, a ponto de haver uma proposta para modificar o conceito clássico de "saúde" da Organização Mundial de Saúde para "um estado dinâmico de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social e não meramente a ausência de doença". (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 98.2, p. 15)

A Carta de Ottawa - um dos documentos mais importantes que se produziram no cenário mundial sobre o tema da saúde e qualidade de vida - afirma que são recursos indispensáveis para se ter saúde: paz, renda, habitação, educação, alimentação adequada, ambiente saudável, recursos sustentáveis, equidade, justiça social. Isto implica no entendimento de que a saúde não é nem uma conquista, nem uma responsabilidade exclusiva do setor saúde. Ela é o resultado de um conjunto de fatores sociais, econômicos, políticos e culturais, coletivos e individuais, que se combinam, de forma particular, em cada sociedade e em conjunturas específicas, daí resultando sociedades mais ou menos saudáveis. (BUSS, 2011)

Já a qualidade de vida, dentro da Bioética, é tida como algo intrínseco, só possível de ser analisado por cada um - ou seja, depende da subjetividade individual, uma vez que a realidade é a de cada um (BION, 1988 apud FERRAZ; SEGRE, 1997, p. 541). Nesse sentido, há os que defendam (visão antipositivista) a atenuação dos conceitos de

qualidade de vida que aí estão, além de uma manifestação mais humana dos profissionais de saúde em suas atividades, na tentativa de formar-se “um contato mais sintônico, mais empático e, conseqüentemente, mais ético, entre eles e a população assistida” (FERRAZ; SEGRE, 1997, p. 542). Quanto à incapacidade, sustenta Eduardo Henrique de Almeida:

Constitui julgamento, haja vista não existir como conceito *per se*, mas sempre relacionado a alguma habilidade; e cabe ao perito verificar se o conceito se aplica ao caso concreto que analisa, ou seja, transcende o diagnóstico nosológico principal e leva em conta outras comorbidades, aspectos sociais e crenças pessoais e ideológicas do próprio perito médico. A denominação *auxílio-doença*, se não bastassem as já inevitáveis dificuldades, confunde ao insinuar que seja a doença e não a incapacidade, o que a Previdência Social se propõe a amparar.

Por formação, inexperiência ou por crenças pessoais, peritos podem ter posturas mais legalistas ou mais sensíveis aos componentes sociais que integram o conceito saúde e, por via reflexa, o de doença e incapacidade. Alguns são autoritários e outros empáticos e suas posturas pessoais podem resultar em conclusões médico-periciais diversas. (ALMEIDA, 2011, p. 292)

Algumas diferenças essenciais entre a abordagem terapêutica (médico-paciente) e a pericial previdenciária merecem ser esclarecidas: a primeira fundamenta-se na confiança entre médico e doente, em busca da saúde deste, que ficará satisfeito se receber atendimento compreensivo e obtiver sua cura - uma relação de desejável empatia entre o profissional e o sujeito que o procura; na segunda abordagem, há desconfiança, às vezes ocultação, com o interesse principal de obtenção de pecúnia por parte do requerente, a qual é condição para contentar-se - firma-se uma relação assimétrica entre os participantes. O compromisso do médico é com o paciente; já o do médico-perito é com a justiça e a verdade (ALMEIDA, 2011, p. 288).

A questão da Bioética nas perícias-médicas previdenciárias abrange diversos aspectos importantes, com destaque para a natureza assimétrica das conflituosas relações aí formadas, uma vez que somente o periciado fornece informações ao perito, que as recebe (ALMEIDA, 2011, p. 277). A maneira pela qual acontece o atendimento - em que a objetividade, ao lado da aplicação da ciência, é um valor - pode acabar produzindo uma impessoalização excessiva, que tenda à falta de humanidade.

Em âmbito judicial torna-se mais que necessário o entendimento do que é a perícia - em que ela consiste, como deve transcorrer, o que o periciado pode fazer, como deve se comportar para prestar um bom esclarecimento sobre sua situação - ao lado de uma postura empática e fundada no respeito de quem ocupa a posição mais poderosa sobre o outro mais fraco. Além disso, parece importante que o magistrado não se omita de modo que, apesar de não possuir a técnica - ou seja, não é profundo conhecedor da ciência médica, embora possa ter cultura e conhecimentos relevantes também nessa área - atue sobre as questões éticas, as quais lhe são acessíveis. Para tanto, é útil que se aproxime criteriosamente da atuação do profissional convocado e que aceite as manifestações do leigo, buscando sanar divergências, principalmente as fundadas em subjetivismos.

Assim pronunciou-se o desembargador Paulo Afonso Brum Vaz:

No exercício da magistratura federal, tenho testemunhado a utilização dos mais artificiosos expedientes, por parte do INSS, para furta-se ao cumprimento da lei. Tudo o que foi dito alhures, acerca das condutas processuais caracterizadoras de abuso de direito de defesa e desígnio protelatório, representa a manifestação da prática forense daquela entidade. Recordo o caso de um segurado, que, internado na Unidade de Tratamento Intensivo de um hospital, às vésperas de passamento, em virtude de falência do sistema hepático, teve contestado seu estado mórbido e objetada com recurso a sentença concessiva do benefício, tudo sob o argumento de que não haveria incapacidade para o trabalho. (VAZ, 1998)

Certamente, o caso inicialmente exposto, apto a gerar hesitação sobre a existência do nexos causal entre indeferimento e óbito, não está isolado, tendo em vista as inúmeras hipóteses idênticas não noticiadas e que não chegam à apreciação do Judiciário. Tem-se conhecimento de outro, semelhante, em que houve a negativa daquele benefício, o posterior falecimento da segurada e o pedido da reparação pela sua família na esfera judicial. Diferentemente, neste foi reconhecido o nexos entre o indeferimento, indevido por não ter sido reconhecida a incapacidade existente, e o óbito da segurada (cuja *causa mortis* secundária foi a enfermidade que alegava gerar sua incapacidade para o labor). Com isso, o pedido da família foi julgado procedente, mas somente em 2ª instância (Recurso Especial nº 1.026.088 - SC (2008/0023141-0)).

Embora se alegue que os atos da Administração Pública gozam presunção de veracidade, referente aos pressupostos de fato utilizados pela administração (PIETRO, 1997, p. 164), esta não é absoluta. Vale lembrar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello que, ao reconhecer a presunção de legalidade dos atos administrativos, aduz que “dita presunção só existe até serem questionados em juízo” (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 195). No mesmo sentido, a professora Lúcia Valle Figueiredo vai ainda mais longe ao afirmar que a presunção se inverte quando os atos forem contestados não apenas em juízo, mas também administrativamente (FIGUEIREDO, 2001, p. 171). Afastada a presunção de veracidade da autarquia previdenciária em face de indeferimento arbitrário, fica caracterizada a prática do ato ilícito.

Portanto, sempre necessário será identificar o resultado danoso. Assinalando-se a morte como tal, a sua causa real há de ter sido tudo o que engloba o indeferimento negligente para a configuração do nexos causal. Assim, seria necessário o convencimento no sentido de que a fatalidade da morte ocorrera por motivo do retorno forçado ao trabalho - com isto, sobreveio um agravamento irreversível e brutal do seu estado de saúde - ou mesmo em razão da ausência completa de verbas, devido a qual tenha se visto impossibilitado de realizar um tratamento eficaz. Esta verificação é válida quando se trate de hipótese de causalidade múltipla.

Finalmente, é possível apontar outras hipóteses, isoladas, de danos a serem reparados e que costumam ser mais comuns para as vítimas de decisões indevidas e injustificadas do INSS: retorno forçado ao trabalho; negação de verba de caráter alimentar; dificuldades financeiras para custear tratamento; danos ao bem-estar do grupo familiar, que se tenha visto injustamente privado de renda significativa para o seu sustento, etc.

4.1 Indenização aos dependentes de segurado falecido

Outro aspecto a ser brevemente anotado diz respeito à possibilidade de transmissão do dano moral em situações em que a vítima dele tenha falecido anteriormente à propositura da ação indenizatória. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui orientações divergentes sobre a matéria, mas seus entendimentos mais recentes são no sentido da admissão da transmissibilidade aos herdeiros do direito à indenização do dano moral sofrido pela vítima, já que o direito que se sucede é o de ação, cuja natureza é patrimonial, e não o direito moral – personalíssimo e intransmissível – STJ, Recurso Especial nº 978.651/SP – DJ de 26/3/2009.

Compartilham o referido entendimento José de Aguiar Dias, Leon Mazeaud, Maria Helena Diniz, Sérgio Cavalieri Filho e Mário Moacyr Porto. O fundamento do posicionamento comum encontra-se nos artigos 11, 12 e 943 do Código Civil.

Resta lembrar que a obrigação de indenizar o dano moral nasce no mesmo instante em que surge a de indenizar o dano patrimonial, isto é, com o início da prática do ilícito e com a lesão ao bem juridicamente tutelado.

4.2 Os limites da (i)licitude na proteção do patrimônio público

Em sede de responsabilidade civil objetiva, Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 10-11) leciona que “só tem guarida o ato ilícito *lato sensu*, assim entendido como a mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente”.

O Código Civil de 2002, no art. 187, conceitua o ato ilícito cujo sentido é mais abrangente por acolher dano oriundo de abuso de direito, ao dispor que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Judith Martins-Costa (2006) denomina os bons-costumes, a boa-fé e a finalidade econômica ou social do direito de “três balizas da licitude no exercício jurídico”, destacando a boa-fé objetiva como “a mais promissora para possibilitar um efetivo controle das condutas abusivas”.

A expressão “abuso do direito” recobre, na verdade, os variados casos de exercício jurídico inadmissível, indicando no hoje vigente Direito brasileiro, forma de ilicitude civil, ilicitude objetiva a que se segue habitualmente – embora não forçosamente – eficácia indenizatória. (MARTINS-COSTA, 2006)

Ao exercer o seu papel de controle ou operacionalização de benefícios, a autarquia previdenciária está no exercício legal de seu direito (poder-dever), atuando, até aí, licitamente. No entanto, a questão que parece gerar mais controvérsias seria se o seu atuar estaria sempre coberto pelo manto da licitude, independentemente dos resultados apresentados. Ou seja, se o seu dever jurídico – originário – limita-se (com relação aos benefícios, por exemplo) a dar uma resposta aos requerimentos, mesmo que viciada, ou somente extingue-se licitamente com a correta apreciação de cada caso.

Considerando-se um segurado que demonstre preencher todos os requisitos legais para a obtenção de determinado benefício, embora este tenha sido indeferido pela autarquia previdenciária, admite-se que esta comete ato ilícito ao transgredir seu dever jurídico de conceder a prestação previdenciária, ao descumprir sua obrigação originária. A não ser que, no caso concreto, tenha havido uma impossibilidade superveniente (e não imputável à autarquia) do cumprimento da obrigação, deve-se excluir o nexo causal devido a caso fortuito, força maior ou fato exclusivo de terceiro² ou da vítima, o que deverá ser devidamente provado. Adrede, é hipótese em que o titular do direito (no caso, o INSS), no direito de indeferir, cancelar o ato de concessão ou revisar um benefício, *v.g.*, excede, ao exercê-lo, manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico, social e pela boa-fé objetiva.

Por mais que haja a real necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, nos termos do artigo 201 da Constituição Federal, os limites da proteção deste encontrar-se-ão na medida do direito de cada indivíduo que peça a proteção social. Extrapolada essa divisa, fica configurado o abuso de direito.

Necessário se faz que os benefícios sejam distribuídos criteriosamente, e não aleatoriamente, sendo dispensável qualquer forma arbitrária de contenção de despesas.

Por outro lado, interessa ao próprio INSS (portanto, a toda a sociedade) promover a melhoria da prestação de seus serviços, a fim de evitar que atos ilícitos sejam perpetrados por segurados, servidores ou quem seja. Para tanto, administrativamente, é necessária uma postura mais atenta e incisiva:

A título ilustrativo, o comparecimento reiterado dos mesmos requerentes de auxílio-doença, sem nenhuma restrição e na mesma instância após sucessivos indeferimentos, além de ferir o princípio constitucional da eficiência explicita objetivos desvirtuados da finalidade compensatória da incapacidade, uma realidade sociocultural no Brasil. Cabe ao perito aplicar os princípios da justiça e da moralidade ante situações que afrontem a equidade no acesso a recursos financeiros públicos e esmerar-se em identificar tentativas de fraude previdenciária. (ALMEIDA, 2011, p. 285)

Os princípios norteadores das atividades da administração pública (artigo 37 da Constituição Federal, *cáput*: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência) são diretrizes a serem seguidas e merecem constante observância e aplicação por parte dos agentes da autarquia.

Atos administrativos punitivos - embasados "no poder de império da Administração sobre seus súditos, ou no poder hierárquico e disciplinar que exerce sobre seus servidores" (MEIRELLES, 1966, p. 201) - devem ser levados a efeito sensatamente, a fim de punir e reprimir as infrações administrativas ou a conduta irregular, violadora de leis e regulamentos normativos, de servidores ou dos particulares perante a autarquia federal.

Hely Lopes Meirelles (1966, p. 201) aduz que "internamente incumbe à Administração punir disciplinarmente seus servidores e corrigir os serviços defeituosos através de sanções estatutárias; externamente incumbe-lhe velar pela correta observância das normas administrativas". E conclui afirmando que a Administração possui uma

maior liberdade para atuar sobre a disciplina de seus agentes do que sobre a punição dos particulares “estranhos ao ordenamento hierárquico do Executivo, porque quanto àqueles atua no amplo campo do poder disciplinar, e quanto a estes encontra limites intransponíveis nos direitos e garantias individuais do cidadão”.

Em relação ao ilícito civil, cabe lembrar que, se praticado por segurado (ou qualquer pessoa física), é o artigo 186 do Código Civil que o regulamenta ao tratar do ato ilícito *stricto sensu*, sobre que se funda a responsabilidade subjetiva. O abuso de direito não caracteriza essa espécie de ato ilícito, por se referir a uma visão objetiva, que privilegia “valores ético-sociais consagrados pela norma em defesa do bem comum, que nada tem a ver com a culpa” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 11).

Como se sabe, os elementos para a configuração da responsabilidade subjetiva são, além da conduta ilícita, a culpa *lato sensu*, o dano e o nexa causal. Ao restar evidenciada a disparidade sócio-econômico-jurídica existente entre as partes, mesmo tendo havido dano – quando este for insignificante aos cofres previdenciários –, impõe-se que certas reparações sejam dispensadas. A própria Lei nº 8.213/91 assim estabelece ao prever distinções de tratamento a ser oferecido entre aqueles que agem com ou sem “má-fé”, prestigiando os de boa-fé (art. 78, § 2º, *in fine*; art. 103-A, cáput; art. 115, § 1º).

Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção. [...]

§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé. [...]

Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios: [...]

II- pagamento de benefício além do devido, [...]

§ 1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé. (BRASIL, 1991)

4.3 A boa-fé, a confiança e a lealdade

Acerca da boa-fé, cabe registrar a sua dupla faceta: subjetiva e objetiva. A primeira diz respeito à postura psicológica caracterizada pela ignorância de se estar a ferir direitos ou interesses alheios e contrapõe-se à noção de má-fé, denotando o convencimento individual da parte de atuar em conformidade com o direito. A segunda, diferentemente, “exprime o *standart* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o *civiliter agere* que deve pautar as relações intersubjetivas regradas pelo Direito” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 427). A boa-fé objetiva implica a “consideração para

com os interesses do *alter*, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado” e configura um “modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal” (REALE, 2003).

A noção de boa-fé, por sua vez, está intimamente ligada à de confiança. Esta sintetiza a proteção das legítimas expectativas; aquela traduz as exigências de probidade e correção nas relações jurídicas. Agem, portanto, associadamente “para coibir condutas que defraudem a expectativa de confiança - seja aquele grau mínimo de confiança que torna pensável a vida social, seja a confiança qualificada por uma especial proximidade social entre as partes” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 427).

A realidade sociocultural brasileira demonstra que não são poucos os que desejam se locupletar em detrimento dos cofres públicos, sendo dever da Administração identificá-los e reprimir a prática de tais condutas criteriosamente.

Lamentavelmente, outra preocupação corrente é com a banalização da reparação dos danos anímicos, o que gera um comportamento oposto ao temido, fazendo com que se negue a compensação quando ela deveria ser concedida. Mas existe uma fronteira bem delimitada que distingue as hipóteses do seu merecimento ou não, que consiste na demonstração concreta da culpa total ou parcial do lesado no evento danoso pela Administração. Eis aí a distinção fundamental da teoria do risco administrativo para a teoria do risco integral, cuja adoção poderia conduzir ao abuso e à iniquidade social (MEIRELLES, 1966, p. 531).

Se o INSS não pode confiar naqueles que nele buscam proteção social, devido à possibilidade de ausência de boa-fé por parte dos indivíduos, estes também têm seus motivos para desconfiar da autarquia, cuja conduta nem sempre é caracterizada pela boa-fé objetiva. O dever de lealdade do instituto é descumprido quando aquele não lhes oportuniza nem oferece a imediata proteção a que se propõe prestar nos momentos mais críticos das vidas dos destinatários de seus serviços. Há uma quebra de confiança devido à frustração de uma expectativa legítima.

O cidadão que paga durante anos suas contribuições na qualidade de contribuinte individual, ao ver-se incapacitado, evidentemente espera ter reconhecido, sem delongas, o seu direito ao auxílio-doença. Do mesmo modo, o trabalhador que ultrapassou o mínimo necessário para se aposentar, ao deparar-se com as debilidades orgânicas em decorrência da idade avançada, espera ver concretizada a sua aposentadoria. Entretanto, não raramente, tais indivíduos acabam decepcionando-se ao receberem respostas negativas e, portanto, desleais, da autarquia previdenciária.

Se a conduta, segundo a noção de boa-fé objetiva, é entendida como noção sinônima de “honestidade pública”, o que se espera do ente público é que aja com probidade perante seus administrados, aplicando a conhecida máxima de justiça consagrada por Ulpiano: dar a cada um o que é seu (“suum cuique tribuere”).

5 Ofensa à dignidade da pessoa humana por negativa de benefício assistencial: retificação da compreensão do dano moral

O primeiro aspecto a ser destacado em busca de uma melhor compreensão do dano moral toca à necessária distinção entre como este se configura e como este se define. A configuração aponta a aparência, as características, a forma dele, é “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 80). Possibilita a identificação da extensão do dano. Já a definição refere-se ao seu fundamento, à sua essência, contribuindo decisivamente para que se ofereça manifestação impessoal acerca da ocorrência ou não do dano extrapatrimonial, que deve ser entendido como a lesão à dignidade da pessoa humana, ao seu direito subjetivo à dignidade.

Entretanto, justamente por confundir essas noções, conforme diagnostica Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 46), “a jurisprudência tem se mostrado vacilante e confusa, seja no que toca à identificação do dano, seja, em consequência, no que se refere à sua avaliação”. Vocábulos referentes a sensações e emoções desagradáveis não conferem uma conceituação jurídica: trazem somente a descrição de sentimentos íntimos que, apesar de serem conhecidos por qualquer ser humano, não exprimem o fundamento principal para que se possa concluir pela responsabilização civil. Segundo a mesma autora, para tanto é preciso que, antes de tudo, reste demonstrada a ocorrência de um “dano injusto”, ou melhor, de “danos a situações merecedoras de tutela por parte do ordenamento” (MORAES, 2003, p. 130).

Ao definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos “dor”, “espanto”, “emoção”, “vergonha”, “aflição espiritual”, “desgosto”, “injúria física ou moral”, em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confunde-se o dano com a sua (eventual) consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas. (MORAES, 2003, p. 131)

A jurisprudência intuiu acertadamente acerca da real natureza jurídica do dano moral ao fazê-lo decorrer de tais sentimentos negativos. Percebe-se, no entanto, que, se analisados individualmente, levam a incertezas no que diz respeito à sua ocorrência; à sua distinção dos dissabores, mágoas e irritações profundas que não se consideram como tais; à intensidade que deve ter a dor; à dimensão que deve alcançar a perturbação psíquica para caracterizá-lo; à magnitude do sofrimento; e, enfim, à medida desses aspectos, essencialmente subjetivos (MORAES, 2003, p. 42).

De fato, tais sentimentos relacionam-se à personalidade de cada indivíduo - são aspectos subjetivos, repese-se. Enquanto uns têm sensibilidade extremada em determinadas circunstâncias, outros se apresentam indiferentes se expostos à idêntica situação.

Essa discrepância de um indivíduo para outro, por conseguinte, também se evidenciaria naqueles a quem seria atribuída a missão de exercer a empatia, alteridade - ou seja, colocar-se, hipoteticamente, no lugar do ofendido para dizerem, em nome da justiça, se houve ou não ofensa a ponto de o jurisdicionado ser merecedor de reparação pecuniária. Nessa linha de entendimento, o subjetivismo não merece espaço na aplicação do Direito para evitarem-se disparidades.

Como ensina Antunes Varela (apud CAVALIERI FILHO, 2007, p. 80), a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado é possível somente em caso de ocorrência de dano, de tal modo grave, que a justifique. E a gravidade do dano deve ser medida objetivamente, “conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso”, e não subjetivamente, sob a influência de uma “sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada” ou, ao contrário, sob a ação de uma indiferença excessiva.

O erro comum aqui pode ser identificado na própria conceituação do dano moral (considerando-o apenas do ponto de vista da subjetividade, das sensações), erro sobre o qual todos os demais aspectos da reparação do dano moral foram sendo construídos - também eles distorcidos, tal e qual o seu fundamento. Isto, com frequência impressionante, tem gerado - e, diga-se, não apenas no Brasil - arbitrariedades, imprevisibilidades e incertezas, em uma palavra: injustiça. (MORAES, 2003, p. 56)

À vista disso, tem sido sustentada como a melhor alternativa para identificar a ocorrência do dano moral a verificação de ofensa ao direito subjetivo à dignidade, já que este se consubstancia no princípio fundante de nosso Estado democrático de direito. É ele que institui a cláusula geral de tutela da personalidade humana:

Segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a elas causados. [...] A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha”. (MORAES, 2003, p. 132)

Vale ressaltar que os tribunais regionais federais têm atuado como a última instância nas decisões acerca do cabimento ou não da reparação extrapatrimonial em matéria previdenciária, já que o Superior Tribunal de Justiça não reexamina questões fático-probatórias (Súmula nº 7). Daí a relevância de seus veredictos, bem como das fundamentações deles. É imprescindível, portanto, dissociarem-se as noções de dano moral e de sofrimento - afastando-se juízos subjetivos - para que se possa compreender aquela como ofensa à dignidade da pessoa humana, propiciando, assim, objetividade e imparcialidade nas decisões a esse respeito.

5.1 O caráter de mínimo existencial dos benefícios assistenciais

A perspectiva do homem como fim em si mesmo, assinalada por Kant, permite que se construam as bases da compreensão da dignidade da pessoa humana, em que se repudia qualquer tentativa de coisificação do ser humano. Explicita Ingo Wolfgang Sarlet em que ela consiste:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60)

O mínimo existencial, núcleo do princípio constitucional basilar, conforme acentua Ana Paula de Barcellos (2002, p. 182), corresponde a um determinado patamar abaixo do qual “qualquer pessoa se encontrará em um estado de indignidade indiscutível, demandando alguma forma de assistência”. Equivale às condições materiais básicas para a existência exigíveis de prestação diante do Poder Judiciário. A respeito da ação estatal para a garantia dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana, duas vertentes são apontadas.

A primeira - ideia da corrente da igualdade de chances ou igualdade de oportunidades - é a que diz respeito à incumbência do Estado de oferecer às pessoas condições mínimas (principalmente de educação e saúde) para que possam se desenvolver e assegurar, por si próprias, sua dignidade. Em última análise, esse segmento acredita que a colocação de cada um na sociedade decorre diretamente de sua ação individual. Tal entendimento, no entanto, deve ser absorvido com cautela:

A verdade, todavia, é que, em muitas ocasiões, as pessoas simplesmente não tiveram acesso a essas prestações iniciais de saúde e educação ou, ainda que tenham tido, isso não foi suficiente para que elas chegassem a assegurar por si próprias sua dignidade. Que fazer diante dessa situação? Abandonar esse conjunto de indivíduos a sua própria mercê, ignorando a situação de completa indignidade em que se encontram? Por certo, tal opção viola o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este não se aplica apenas àqueles capazes de competir em uma sociedade capitalista, em detrimento dos outros que, por qualquer razão, vieram a fracassar nessa empreitada. A dignidade decorre da existência e natureza humanas e não da aptidão ou das habilidades de cada um. (BARCELLOS, 2002, p. 182)

Ressalte-se, ainda, não existir determinação constitucional conferindo igualdade de resultados para todos, padronizando a chegada a um determinado padrão de vida aos indivíduos, independentemente de suas ações e esforços individuais.

A segunda vertente diz respeito à assistência social ou aos desamparados, que passa a funcionar como uma “rede de segurança, abaixo da qual ninguém deve temer cair”, expressão precisa de João Carlos Espada (apud BARCELLOS, 2002, p. 182).

A garantia de um salário-mínimo mensal aos deficientes físicos e idosos que comprovem incapacidade de prover sua própria manutenção por si ou por sua família (art. 203, V, Constituição Federal) visa a evitar a miséria propriamente dita em dois grupos carentes de proteção: os deficientes físicos, pela dificuldade que têm de se inserir no mercado de trabalho, e os idosos, em razão da “natural dificuldade para o desenvolvimento de atividades laborativas que acompanha o envelhecimento e, além disso, uma conjuntura histórica bastante específica” (BARCELLOS, 2002, p. 185).

Nas últimas décadas, a falta de credibilidade do serviço previdenciário estatal, a inexistência cultural desse tipo de preocupação e o número reduzido de instituições privadas que oferecessem essa espécie de serviço fizeram com que um significativo número de trabalhadores ativos restasse afastado do quadro de segurados da previdência pública. Em decorrência, notou-se um proporcional número de idosos sem qualquer espécie de aposentadoria e completamente desamparados. Esse o motivo pelo qual a Constituição de 1988 previu a garantia de um salário-mínimo mensal a esse grupo da população. (BARCELLOS, 2002, 186). Confira-se a seguinte decisão:

I - No caso presente, um ancião, agora com noventa anos, valeu-se de possíveis fraudes para obtenção de aposentadoria. O benefício, no seu valor mínimo, deveria ser concedido, conforme estabelecido no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, por ter-se tornado ela auto-aplicável, em virtude de, até o momento, não ter sobrevivido a lei referida em tal dispositivo. Ademais, o benefício deveria, também, ser concedido, mediante a simples comprovação de se tratar de um ser humano. Invoca-se, para tanto, assim como o fez o saudoso Jurista Sobral Pinto, o Decreto nº 24.645/34, Lei de Proteção aos Animais, quando, no seu artigo 11, afirma: “todos os animais existentes no País são tutelados do Estado”. Já os brasileiros, somente gozarão de tal tutela se conseguirem, embora em idade propecta, doentes e desamparados, comprovar a prestação de serviços durante trinta anos. Pelo artigo 21, parágrafo 31, do mesmo diploma legal: “os animais serão assistidos em Juízo pelo representantes do Ministério Público”. Já, o segurado humano destes autos só logrou manifestação contrária à sua causa. O artigo 31, inciso V, da mesma lei considera maus tratos: “abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária”. O autor, com quase um século de existência, aguardou em vão, durante anos, a concessão de auxílio doença que, finalmente, *não veio*.

II - Recurso provido, em parte, para condenar o INSS a pagar ao autor o benefício de um salário-mínimo mensal a partir do ajuizamento da ação. Sem honorários nem custas em face da gratuidade e da sucumbência recíproca. Por unanimidade, deu-se parcial provimento ao recurso. [...] Perverso o Sistema Previdenciário que leva um ancião, agora com cerca de 90 anos, a valer-se de possíveis fraudes para obtenção de uma mísera aposentadoria. O benefício, num País civilizado, deveria ser concedido, no seu valor mínimo, mediante a simples comprovação de se tratar de um ser humano. [...] (BRASIL, *Apelação Cível nº 90.02.08648-2/RJ*, DJ de 19/3/1992, p. 6.092).

O fato é que esse benefício é concedido somente a uma parcela dos necessitados idosos ou deficientes que compõem a população brasileira. Além de preencherem os requisitos legais de renda, idade ou deficiência, é necessário que tais indivíduos tenham o precioso acesso à informação sobre a existência de tal benefício, considerado ainda pouco conhecido e divulgado. E ainda devem ter a iniciativa de procurar uma agência da Previdência Social para fazer o requerimento administrativo mais a motivação para persistir na busca pelo benefício, já que, não raras vezes, as idas ao INSS precisam repetir-se por diversos e, mesmo, inusitados motivos (documentação pendente, exigências, greves, etc.).

Certo é que a Assistência e a Previdência Social possuem atuação fundamental sobre a distribuição de renda, a retirada de pessoas da miserabilidade e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII, CF).

Isso restou demonstrado no artigo “Evolução recente da proteção social e seus impactos sobre o nível de pobreza”, publicado pela Coordenação-Geral de Estudos Previdenciários do Ministério da Previdência Social:

Ainda de acordo com a PNAD/IBGE, pode-se observar que os benefícios pagos pela Previdência Social produzem impactos significativos sobre o nível de pobreza da população brasileira. Assumindo como condição de pobreza a percepção de rendimento domiciliar *per capita* inferior a meio salário mínimo, estima-se, para 2008, em 53,73 milhões a quantidade de pessoas em condição de pobreza - considerando rendas de todas as fontes. Caso sejam desconsideradas as rendas advindas do recebimento de benefícios previdenciários, esta quantidade de pobres seria de 76,31 milhões, o que significa dizer que o pagamento de benefícios pela Previdência Social retira da condição de pobreza cerca de 22,57 milhões de indivíduos. (BRASIL, 2009, p. 4)

A partir do momento em que se nega ou suspende indevidamente determinados benefícios, como é o caso do assistencial, o Instituto Nacional do Seguro Social está, automaticamente, conduzindo aquele beneficiário para a miserabilidade, deixando, com isso, de servir de rede de amparo, abaixo da qual ninguém deve temer cair.

A gravidade da questão é séria. Na sociedade brasileira, os outrora cognominados “excluídos” em função da falta de acesso aos meios de vida - emprego, salários, propriedades, moradia, nível mínimo de consumo, ausência ou dificuldades no acesso ao crédito, à educação, à cidadania, aos bens e serviços públicos básicos - ou do gênero; da orientação sexual; da cor da pele; da cultura (*v.g.*, analfabetos); da posição na família; da idade; das limitações físicas; e, até mesmo, do uso de drogas sofrem opressão de diferentes formas e graus de intensidade: é atualmente reconhecido o termo “vulnerabilidade social” como o mais adequado para exprimir a realidade por eles vivenciada.

A mudança terminológica parte das seguintes perspectivas:

(i) o termo *exclusão* apresenta-se muitas vezes desvinculado de uma relação de determinação, que para alguns autores está justamente na deterioração do mercado de trabalho, enquanto um eixo central dos processos de exclusão ou de inclusão social (Yépez de Castilho, 1994; Castel, 1998); (ii) o conceito retrata uma condição ou

estado das coisas, em contraposição à ideia de que se trata de um processo. Castel, por exemplo, busca estabelecer uma concepção dinâmica e defende a necessidade de distinção entre diferentes etapas na organização e evolução dos diferentes grupos sociais em países como a França: uma primeira etapa de integração, uma segunda etapa de vulnerabilidade caracterizada pela precariedade do trabalho e a fragilidade dos apoios proporcionados pelas relações familiares e sociais; e uma terceira fase de exclusão. Nesta perspectiva, a *vulnerabilidade identificaria a fragilidade do vínculo social antes de sua ruptura*; (iii) a inadequação do termo *exclusão* para o estudo da realidade dos países periféricos do capitalismo, já que seria um termo eurocêntrico que não teria sentido em sociedades que nunca conheceram a plena integração social. (BRASIL, 2009, p. 11-12)

O beneficiário do amparo assistencial pertence, no mínimo, a dois dentre os grupos vulneráveis - é deficiente ou idoso e sem renda para cobrir despesas essenciais. Retirar-lhe a renda proveniente da assistência social inevitavelmente o deixará em condições materiais de pobreza inadmissível.

A questão é que tanto para um idoso como também para um deficiente, as dificuldades de luta por seus direitos tornam-se maiores. A locomoção é tormentosa; o trato com indivíduos até então desconhecidos (certas vezes, funcionários maquinais, desatenciosos) pode ser problemático; muitas vezes, existe a dependência de alguém que possa ajudar com as imposições tecnológicas no dia a dia - enfim, ações consideradas simples para o indivíduo em pleno gozo de sua saúde não o são para o público-alvo do benefício assistencial.

Isso já ocorre nas condições - reduzidas - normais. A situação agrava-se a partir do momento em que o dinheiro que garante sua subsistência torna-se escasso e torna-se crítica quando sua renda é completamente cortada.

Fala-se aqui, obviamente, da pessoa de boa-fé, que é injustiçada com a cessação de seu benefício ou com a resposta negativa ao seu pedido, e não daqueles que, de fato, não façam jus a ele, os quais merecem outra forma de proteção.

Com efeito, verifica-se que o público-alvo a que se destina é formado por pessoas sofridas devido às suas debilidades físicas e sociais: muitas vezes, não têm acesso à educação, à saúde, ao lazer, à habitação, ao saneamento básico etc., embora sejam garantias constitucionais. Ora, o fato de estarem aparentemente acostumadas a sofrer em decorrência da insuficiência de recursos financeiros e da má prestação de serviços públicos não as torna imunes a outros gravames da mesma espécie a elas impostos.

Portanto, para medir-se a extensão do dano moral gerado, por exemplo, na hipótese de negativa indevida de um benefício assistencial, deve-se considerar o fato de o indivíduo viver em situação de risco social (vulnerabilidade social) e suas características pessoais como critérios objetivos. Não se trata de um fator subjetivo - "de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada" -, pois diz respeito a uma realidade social e, individualmente, a uma condição pessoal.

Vale lembrar o que prevê a Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo XXV:

1 Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

2 A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948)

A situação de penúria em que se encontra esse frágil membro da sociedade, hipervulnerável, diz respeito à coletividade como um todo, e não apenas àquele que está inferiorizado em decorrência de múltiplos fatores, muitas vezes alheios às suas forças, com nítido destaque para os de cunho histórico e cultural.

Há uma questão cultural nas sociedades orientais, que não desamparam o idoso, nem a criança. Mas o que dizer da sociedade brasileira, onde os de idade mais tenra são atirados ao abandono, na rua, e os idosos, marginalizados e excluídos pelo mercado de trabalho e, às vezes, pela própria família, colocados em asilos ou instituições afins? (CASTRO; LAZZARI, 2009, p. 652)

A bem da verdade, o realçado caráter alimentar dos proventos previdenciários que, em regra, têm o propósito de substituir a renda salarial e suprir necessidades essenciais do segurado e de sua família (saúde, alimentação, habitação, educação e vestuário) demonstra que a sua suspensão indevida e injustificada pode implicar afronta à dignidade do ser humano (o que é indiscutível quando se trata de benefício assistencial). Com toda a aparência do fato (*prima facie*, provado), caberia ao INSS demonstrar o contrário: a inexistência de ofensa à dignidade no caso concreto ou alguma causa de isenção de responsabilidade. Ora, se a jurisprudência pátria reconhece largamente a presunção de ocorrência de danos anímicos em hipótese de inscrição injusta de nome em cadastro de proteção ao crédito, nada obsta que se reconheça, sem maiores dificuldades e baseando-se nas máximas da experiência, a privação injusta dessa renda também como fator de danos morais.

6 Solidariedade social

Noção oposta a de individualismo, também não se confunde com filantropia nem com caridade. Para León Duguit (apud SERRA VIEIRA, 2005, p. 96), a solidariedade “é um valor objetivo de cunho social, ético e econômico, que traz em si um grau de imperatividade”. De acordo com o seu pensamento, o fato de os indivíduos em sociedade serem movidos pela solidariedade permitiria a manifestação do “direito objetivo”, sendo também a solidariedade um valor a ser atingido nas relações sociais.

Pode-se dizer, em suma, que a solidariedade diz respeito a uma interdependência ou a um auxílio mútuo, a uma ligação recíproca de pessoas que, considerando sempre a vida em sociedade, conciliam interesses contrapostos e buscam a melhor convivência dentro da comunidade.

A lógica da solidariedade social é empregada tanto no sistema de responsabilidade civil objetiva do Estado como também no sistema de Seguridade Social. No primeiro, verifica-se que o dano sofrido por um elemento da comunidade gerará impacto sobre todos os outros, aos quais também importará, mesmo que indiretamente, o dever de reparação do prejuízo alheio. Sustenta Patrícia Ribeiro Serra Vieira:

A direção objetivista pode ser considerada como um benefício não só para os interesses das vítimas, mas também, e sobretudo, para a coletividade, integralmente exposta às transgressões de massa inerentes aos riscos da industrialização; o que faz prevalecer o interesse social como propulsor do processo de socialização da responsabilidade civil (ibid., p. 95-96).

No segundo sistema, o princípio em comento trata-se do principal em matéria previdenciária: sem ele, torna-se inviável organizar a proteção social. O caráter de solidariedade ali presente faz com que essa proteção diga respeito a toda sociedade; e, por isso, todos contribuem para que os necessitados de amparo possam obtê-lo. É a cotização geral dos indivíduos que faz com que haja esse apoio mútuo, de todos por todos. Eis a importância do caráter solidário, já que toda a sociedade acaba participando do custeio do sistema. Nesse contexto, esse princípio configura-se ainda mais abrangente, por reunir passado, presente e futuro em sua base, pois se trata de um “pacto entre gerações”.

A previsão constitucional do dever de solidariedade social encontra-se no artigo 3º, I, ao estabelecer como princípio e objetivo fundamental a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”. Adiante, o inciso III aponta como meta *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*. E, ainda, um dos fins que se deve buscar atingir sempre, indica o inciso IV, é a promoção do bem de todos, rechaçando-se toda forma de preconceito e discriminação.

Fábio Konder Comparato assinala:

O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas. (COMPARATO, 2001, p. 229)

Quanto à redução das desigualdades sociais e econômicas, deve-se atentar para o papel da Previdência Social em promover uma política de distribuição de renda, a qual se realiza ao exigir maiores contribuições das camadas mais favorecidas e, em contrapartida, conceder benefícios às populações mais carentes.

Vale ressaltar a questão da liberdade sob o aspecto do Direito Previdenciário. Embora a adesão ao seguro social seja obrigatória – até mesmo para permitir a sustentação do sistema financeiro, tratando-se de norma de ordem pública, a qual nenhum dos tutelados pode subtrair-se –, também aqui é atuante o princípio da liberdade.

Por mais que o princípio da obrigatoriedade incida nas relações previdenciárias, requerendo pesados ônus aos participantes enquanto não puderem auferir benefícios correspondentes aos encargos, essa privação (legítima) de determinado montante passa a significar liberdade a partir do momento em que aquelas cotas, anteriormente vertidas ao sistema, transformam-se em benefícios a serem recebidos em substituição à renda ou em serviços a serem usufruídos (MARTINEZ, 2005, p. 135). Aquele que não pode, por qualquer motivo, trabalhar será compensado com os valores que lhe retornarão pela ocorrência do fato gerador do benefício. A dependência econômica dos outros, assim, perde a razão de ser. A privação indevida de renda, então, significa cerceamento da liberdade de o indivíduo, que a ela faz jus, oferecer-lhe o destino que bem entender.

Portanto, conferir proteção especial às classes ou grupos sociais mais fracos ou necessitados nada mais é que concretizar a fraternidade ou solidariedade, alicerce dos direitos econômicos e sociais e princípio constitucional fundamental (artigo 3º, I, CF) que tem por finalidades proporcionar existência digna a qualquer pessoa e corrigir as desigualdades sociais e regionais.

Conclusão

Tratar de benefícios previdenciários e assistenciais diz respeito, diretamente, ao provimento de condições materiais mínimas para se assegurar uma existência digna. Se não se pode exigir que a administração pública - notadamente, o Instituto Nacional do Seguro Social - repentinamente passe a atuar de modo irrepreensível na distribuição da renda entre aqueles que nele buscam o amparo material, alternativas podem e devem ser buscadas para minimizar os prejuízos causados aos que pedem sua proteção e a têm negada indevida e ilicitamente. Tais indivíduos, as mais das vezes completamente desamparados pela sociedade, passam a sê-lo igualmente pela Seguridade Social. Ao Judiciário, então, caberá protegê-los - não parcialmente, mas integralmente.

Certamente, o ideal seria que fossem implantados programas governamentais em larga escala que proporcionassem a educação previdenciária da população, instruindo-a sobre seus direitos, de forma que os próprios indivíduos pudessem resguardar seus interesses. Já que esta sempre foi e ainda permanece uma realidade distante, torna-se necessário que essas pessoas gozem de uma proteção jurídica especial, de modo a compensar suas debilidades.

Assim é que se deve prestigiar o estudo da responsabilidade civil no Direito Previdenciário - especialmente, dos danos morais, instituto que pode acabar sendo beneficiado com esse encontro tão direto com a questão social, trazendo novos pontos de vista para a problemática a respeito do que é ou não dano moral e da sua reparação.

Se se vive em um Estado democrático de direito em que, entre os seus objetivos fundamentais, está a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mister se faz que liberdade e solidariedade se unam em prol da proteção da dignidade da pessoa humana. O desprovimento do mínimo existencial deve ser combatido e, jamais, chancelado pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário. Este artigo procurou demonstrar que, para tanto, não é necessário que se aguardem medidas excepcionais e milagrosas,

mas apenas - primordialmente - que se respeite o ser humano, de forma que diplomas legais, práticas administrativas e decisões judiciais não andem na contramão dos caminhos que levam à mais ampla e efetiva solidariedade social.

THE PROTECTION TO THE ABANDONED BY SOCIAL WELFARE: THE CONSTITUTIONALIZATION OF PAIN AND SUFFERING

ABSTRACT: This article aims to present the Civil Law, specifically, the institutes of civil liability and pain and suffering, focusing on the relationship of Social Security Law signed between the State and the people, related to welfare and assistance benefits.

KEYWORDS: Dignity of Human Person. Social Security. Benefits. Civil Liability. Pain and suffering.

Referências

ALMEIDA, Eduardo Henrique Rodrigues de. Aspectos bioéticos da perícia médica previdenciária. *Revista Bioética*, Brasília, v.19, n. 1, maio 2011. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/618/637>. Acesso em: 14 maio 2011.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SEVIDORES DA PREVIDÊNCIA E DA SEGURIDADE SOCIAL. *Previdência Revista*, ano I, n. 1, abr./jun. 2009, Brasília, p. 21-24.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. 100 Maiores Litigantes. Março de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 6 maio 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 6 maio 2011.

_____. *Evolução recente da proteção social e seus impactos sobre o nível de pobreza*. Informe da Previdência Social. Coordenação-Geral de Estudos Previdenciários do Ministério da Previdência Social, Brasília: vol. 21, n. 12, dez. 2009. p. 4.

_____. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 25 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 30 mar. 2011.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 mar. 2011.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Aspectos Conceituais da Vulnerabilidade Social*. Brasília, 2007. Disponível em: <www.mte.gov.br/observatorio/sumario_2009_TEXTOV1.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 978.651/SP* (2007/0159666-6), Primeira Turma. Relatora: ministra Denise Arruda. Julgado em 17/2/2009. Publicação DJ de 26/3/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.026.088/SC* (2008/0023141-0). Primeira Turma, Relator: ministro Francisco Falcão. Julgado em: 3/4/2008. Publicação DJe de 23/4/2008.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível nº 2004.72.10.000039-3/SC*. Terceira Turma. Relatora: Desembargadora Sílvia Goraieb. Julgado em 26/2/2006. Publicação DJU de 13/9/2006. p. 681-684.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *União lidera ranking das 20 mais processadas no STJ*. 4/8/2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=75816>. Acesso em: 14 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível nº 90.02.08648-2/RJ*. Primeira Turma. Relator: desembargador Chalu Barbosa. Julgado em 16/12/1991. Publicação DJ de 19/3/1992. p. 6.092.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível nº 2005.70.04.004561-4/PR*. Terceira Turma. Relator: desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgado em: 19/6/2007. Publicação no DE: 12/7/2007. (Boletim nº 619/2007).

BUSS, Paulo M. Saúde, sociedade e qualidade de vida. *Fundação Oswaldo Cruz*. Disponível em: <<http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=8&inford=34>>. Acesso em: 14 maio 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORREIO DO ESTADO. Brasília, 17 jan. 2009. *Previdência quer reduzir número de ações contra INSS*. Disponível em: <http://www.correiodoestado.com.br/noticias/previdencia-quer-reduzir-numero-de-acoes-contrainss_61981>. Acesso em: 14 maio 2011.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Aprovada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

DIDIER JR., Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Daniel. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova*. Salvador: Juspodivm, 2010.

FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo: Fapesp, v. 31, n. 5, out. 1997. p. 538-542.

FRANÇA, Álvaro Sólón de. *Resgatando a dignidade na Previdência Social*. Portal do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. Disponível em: <<http://www.diap.org.br>>. Acesso em: 2 maio 2010.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade dos atos da administração pública e o processo administrativo: o dever de fiscalizar provando. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto966.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. A Previdência Social na Sociedade de Risco: Solidariedade e Financiamento: A garantia da renda mínima. *Síntese Eventos*. Disponível em: <www.sinteseeventos.com.br/bien/pt> Acesso em: 15 nov. 2010.

_____. *Curso de Direito Previdenciário*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Dano moral no Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Curso de Direito Previdenciário*, São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista CEJ*. Brasília, n. 27, out./dez. 2004. p. 110-120.

_____. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 23 set. 2006. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/CostaJudith.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 2 ed. São Paulo: RT, 1966.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENEZES, Geraldo Bezerra de. *O Direito do Trabalho e a Seguridade Social na Constituição*. Rio de Janeiro: Pallas, 1976.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil-Constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 1, 2. ed. Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, jul./dez. 1991. p. 59-73.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em 25 set. 2010.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n. 4. Belo Horizonte, Fórum, 1999. p. 23-48.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. *Responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Antecipação da tutela em matéria previdenciária. *Boletim Jurídico*, Uberaba, a. 1, n 1. 26/7/1998. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=158>>. Acesso em: 19 dez. 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHOQOL and spirituality, religiousness and personal beliefs (SRPB). Report on WHO Consultation. Geneva, 1998. (WHO/MSA/MHP/98.2, 2-23)

Notas

- ¹ O pequeno apelo ao aprendizado do Direito Previdenciário nos bancos escolares e, especialmente, nas universidades certamente cria profissionais menos qualificados e cidadãos menos comprometidos com as preocupações sociais nesse setor. Desperdiça-se, desse modo, uma valiosa oportunidade de demonstrar e divulgar, principalmente aos mais jovens, o valor social do trabalho (art. 1º, III, Constituição Federal), um dos princípios fundamentais da Constituição de 1988.
- ² Seria a hipótese do advogado ou intermediário que, prestando serviço a alguém merecedor do benefício, utiliza-se de artifícios para que seu cliente não logre êxito na esfera administrativa a fim de que o direito seja reconhecido somente na esfera judicial. Eis a importância de um processo administrativo bem documentado e que relate fiel e detalhadamente os fatos e trâmites processuais.