

A Possibilidade de Potencialização do Acesso ao Direito Fundamental à Previdência Social por Meio das Novas Tecnologias

DOI: <http://dx.doi.org/10.20501/pf340/2016.15-28/06>

MARIANNA MARTINI MOTTA LOSS

Mestranda do PPGD, Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo, Rio Grande do Sul.

E-mail: mottamarianna@hotmail.com

SALETE ORO BOFF

Professora do PPGD, Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo, Rio Grande do Sul.

E-mail: salete.oro.boff@terra.com.br

Resumo: O presente trabalho, por meio do método fenomenológico-hermenêutico, destina-se a analisar a relação entre os avanços das ciências biológicas e das tecnologias da informação e o direito fundamental à Previdência Social. O intuito é investigar qual a posição atual do Estado, como prestador do direito, frente às novas tecnologias, bem como a influência delas na geração de novos direitos e como condição de possibilidade de potencializar o acesso aos direitos previdenciários já existentes. A solução que se propõe pretende a horizontalização das fontes do direito por meio do (re) posicionamento dos direitos fundamentais como paradigma regulador do acesso à Previdência Social, porém não ocupando o topo da pirâmide do ordenamento jurídico, mas situando-se no seu centro.

Palavras-chave: Novas Tecnologias; Direito Fundamental; Previdência Social; Teoria das Fontes.



A Possibilidade de Potencialização do Acesso ao Direito Fundamental à Previdência Social por Meio das Novas Tecnologias

MARIANNA MARTINI MOTTA LOSS

SALETE ORO BOFF

INTRODUÇÃO

A sociedade atual, denominada de sociedade da informação, tem suas características originárias do processo de globalização e está sedimentada nas novas tecnologias, incluídos aqui os avanços das ciências biológicas e das tecnologias da informação e comunicação. Todavia, as novas tecnologias não podem andar dissociadas da efetivação de direitos fundamentais, destacando-se, em especial, o direito fundamental à Previdência Social, que é o núcleo do direito previdenciário, em situações de contingência.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia responsável por gerir a Previdência Social no país, é visto pela sociedade como fator de entrave à concretização de seu direito. Por outro lado, o Estado vem implantando mudanças conceituais e estruturais na Previdência Social de modo que já se pode verificar alguns progressos no que tange à gestão do conhecimento e prestação eficaz do serviço, tendência inaugurada pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, no governo de Fernando Henrique Cardoso sob a coordenação de Luiz Carlos Bresser-Pereira, então Ministro da Administração Federal e da Reforma do Estado.

Entretanto, a melhoria da gestão das novas tecnologias que tem impactos diretos na eficácia do direito fundamental à

Previdência Social deve ser contínua e orientada para resultados, não se contentando com ações isoladas e dissociadas da realidade do universo legal, razão pela qual a sociedade reclama o aprimoramento continuado da autarquia.

Nesse contexto, propõe-se, pelo método fenomenológico-hermenêutico, analisar a relação entre os avanços das ciências biológicas e das tecnologias da informação e da comunicação e a geração de novos direitos previdenciários e a efetivação dos já existentes como meio de desenvolvimento e consolidação da cidadania.

Para que se cumpra o objetivo proposto, o trabalho é dividido em três capítulos. O primeiro destina-se à análise do direito fundamental à Previdência Social no contexto da Constituição Federal de 1988. O segundo, a identificar a relação entre os avanços das ciências biológicas e das tecnologias da informação e da comunicação e a geração de novos direitos previdenciários e a efetivação dos já existentes. E, por fim, o terceiro, propõe-se a revisitar o direito previdenciário a partir do reposicionamento da Constituição Federal diante das demais fontes do direito.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O novo papel desempenhado pelo Estado como prestador de direitos é o atributo marcante do Estado Social, nascido no pós-guerra em substituição ao Liberal. Deu-se conta de que a sociedade civil não conseguiria, sozinha, resolver as crises sociais, razão por que surgiu a necessidade de que o Estado interviesse nos problemas econômico-sociais advindos da Revolução Industrial e do consequente desenvolvimento econômico.

O conceito de Estado Social de Direito transfere parte essencial das tarefas sociais da sociedade civil ao Estado e busca conciliar

diferentes segmentos sociais determinando que, com fundamento na nova ordem constitucional, o Estado assumia compromissos de organização do espaço social e a gestão da miséria social (ROCHA, 2004, p. 33).

Enquanto que, na visão tradicional do Estado liberal, os direitos e liberdades estavam consagrados em face do poder fixando limites ao Estado, a ideia nova de direitos e créditos reconhecidos aos indivíduos traduzem um poder de exigibilidade em face do Estado supondo, para a sua realização, a mediação estatal, o que justifica a extensão ilimitada de intervenções do Estado na vida social (CHEVALLIER, 2013, p. 80-81). Pois, “não se trata somente de uma ampliação da lista dos direitos do homem, mas, sim, de uma concepção radicalmente diferente desses direitos, que reveste uma transformação da relação entre indivíduos e Estado (CHEVALLIER, 2013, p. 81)”

Portanto, o desafio do Estado Social de Direito é compatibilizar, num mesmo sistema, os elementos do sistema capitalista como forma de produção e a concretização do bem-estar social geral (ROCHA, 2004, p. 30). Entretanto, o Estado Social não propicia a igualdade material, razão por que tem lugar o desenvolvimento do conceito de Estado Democrático de Direito, fundado na democracia e nos direitos fundamentais, não como substitutivo do Estado Social, mas como forma de seu aprimoramento destacando a íntima relação entre os princípios democrático e social e evitando uma interpretação fragmentária e programática de tais princípios (ROCHA, 2004, p. 34).

A partir do surgimento do *Welfare State* ou Estado Social, que propicia uma integração mais efetiva entre sociedade e Estado, o predomínio do direito privado vê-se abalado pelo surgimento de um novo ramo do direito, o público, no qual se inclui o direito previdenciário. O núcleo gravitacional do direito previdenciário

é o direito à Previdência Social que, na classificação dos direitos fundamentais, consta como de segunda geração ou dimensão, o qual está calcado no princípio da igualdade e requer, além do respeito às liberdades sociais, prestações positivas por parte do Estado para efetivá-lo (SARLET, 2006, p. 57).

No Brasil, o direito à Previdência Social tem sua fundamentalidade formal extraída do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a Previdência Social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ao contrário do que ocorre com os demais direitos sociais, em que a definição do conteúdo é um problema complexo e aflitivo em razão da alusão genérica a direitos prestacionais (ROCHA, 2004, p. 113), no que tange à Previdência Social, sua fundamentalidade material não é difícil de ser reconhecida posto que a Constituição contém, na Seção III do Capítulo II do Título VIII, considerável detalhamento.

Da leitura dos artigos 201 e 202 da CRFB/1988, percebe-se um quadro normativo denso que, muitas vezes, carece de concretização legislativa, pois, “além da auto-aplicabilidade preconizada pelo § 1º do art. 5º, a vinculação necessária do legislador ordinário imporá a edição de leis que se limitariam a repetir os dispositivos constitucionais” (ROCHA, 2004, p. 113).

Tendo em vista que o direito previdenciário fica à mercê da disponibilização de recursos financeiros pelo Estado na medida em que o modelo de Previdência Social brasileiro é de inspiração *beveridgiano*¹ submete-se, por conseguinte, às crises do Estado

1 O Relatório *Beveridge* foi publicado na Inglaterra em 1942 e deu origem ao plano de mesmo nome, sendo responsável pela origem da Seguridade Social, o que

Social, identificadas por José Luiz Bolzan de Moraes (2002, p. 40-44) como fiscal-financeira, filosófica e ideológica, sendo esta a que mais repercute no âmbito da previdência.

A crise ideológica repercute na forma de organização e gestão do Estado do Bem-Estar Social e é caracterizada pelo embate entre a democratização do acesso ao espaço público da política e a burocratização das fórmulas para responder às pretensões sociais a partir da constituição de um corpo técnico-burocrático que tem a tarefa de definir a estratégia de atendimento de demandas (MORAIS, 2002, p. 43).

A participação alargada da sociedade faz com que o Estado tenha um aumento significativo de demandas, bem como emerge a complexificação das pretensões sociais. Assim, a lógica democrática, como manifestação do poder ascendente, vai de encontro à lógica da decisão tecnoburocrática, marcada por uma verticalidade descendente fazendo com que a demanda política se veja frustrada pela solução técnica (MORAIS, 2002, p. 43).

Nesse contexto, tem-se o Estado devedor de prestações previdenciárias não porque, por exemplo, deixa de conceder, revisar ou restabelecer benefícios, mas porque o faz de forma ineficaz. O Estado indefere direitos tanto porque não dispõe dos recursos tecnológicos quanto porque sua legislação está dissociada da realidade social. Isso faz com que se repense o “papel desempenhado pela função executiva do Estado para o cotidiano da prática constitucional” (MORAIS, 2005, p. 402).

implica afirmar que a responsabilidade estatal não é só do seguro social, mas também de ações na área de saúde e assistência social. Dentre as conclusões do relatório está o seguro social compulsório – todas as pessoas devem participar do sistema protetivo; a adoção da tríplex fonte de custeio – o Estado, as empresas e os trabalhadores devem custear os sistema protetivo, ou seja, não deve ser incumbência de uma única pessoa, mas de várias; e a unificação do seguro de acidentes do trabalho com o seguro social (IBRAHIM, 2015, p. 47-49).

Assim, o direito previdenciário e a Previdência Social, como instituição responsável pela implementação de políticas públicas², não devem se voltar contra os avanços das ciências biológicas e das tecnologias da informação, mas devem andar *pari passu* de modo a concretizar de forma plena o direito fundamental à Previdência Social.

2 OS AVANÇOS DAS CIÊNCIAS BIOLÓGICAS E DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO: A GERAÇÃO DE NOVOS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS E A EFETIVAÇÃO DOS JÁ EXISTENTES

O acelerado avanço das ciências biológicas e das tecnologias da informação³ é contemporâneo ao surgimento da sociedade da informação e do conhecimento. Ao tempo em que a sociedade amadurece politicamente, exige do Estado postura semelhante no que tange ao seu desenvolvimento. Todavia, quando se fala em desenvolvimento do Estado e, conseqüentemente, de suas instituições e, aqui, em especial, da Previdência Social, não se está a tratar do aperfeiçoamento técnico-burocrático, posto que é indubitável que seu corpo técnico é formado por servidores que prestaram concurso público de provas e títulos.

O aperfeiçoamento que o Estado Social e Democrático requer é aquele orientado a soluções que contemplem a técnica e os avanços das ciências fazendo com que estas produzam efeitos práticos

2 Ao resumir o conceito de política pública, Celina Souza (2006, p. 26) descreve como “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.”

3 Conforme Castells (1999, p. 67), é o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações/rádiodifusão, e optoeletrônica e, inclui, ainda, a engenharia genética e seu crescente conjunto de desenvolvimentos e aplicações.

capazes de trazer benefícios à humanidade e, em especial, aos beneficiários e dependentes da Previdência Social.

Os avanços das ciências biológicas referentes ao sequenciamento da molécula de DNA e ao mapeamento genético, a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial e a transmutação genital têm demandado o direito previdenciário e requerido seu posicionamento a partir do momento em que os custos dos procedimentos advindos dos avanços das ciências são barateados e, por conseguinte, as técnicas descobertas são democratizadas. O sequenciamento do DNA, por exemplo, teve implicações na concessão do benefício de pensão por morte àqueles que não tiveram a paternidade reconhecida em vida pelo genitor.

A prática jurídica⁴ demonstra que, comprovada a paternidade pela realização do exame de DNA e reunidas as condições para a ocorrência do fato gerador do benefício de pensão por morte nos termos do art. 74 e seguintes da Lei nº 8.213/91, o dependente fará *jus* ao benefício não importando se já há outros dependentes habilitados à pensão - irmãos, cônjuge, avós - para fins de pagamento dos valores pretéritos, pois a Lei nº 8.213/91 não faz diferenciação. Nesse caso, apenas tem relevância a idade do dependente habilitado à

4 PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PAGAMENTO DO BENEFÍCIO DESDE O ÓBITO. DEPENDENTE HABILITADO ANTERIORMENTE DE FORMA REGULAR.

1. Até a data em que obteve judicialmente o reconhecimento da paternidade, a autora não possuía documentos comprobatórios do vínculo de parentesco com o segurado instituidor, o que, a toda evidência, lhe impedia de requerer a pensão na via administrativa, ainda que dela necessitasse para sua subsistência.

2. Considerando que a sentença que declara a relação de paternidade tem efeitos 'ex tunc', os valores devidos a título de pensão por morte devem corresponder à data do óbito do ex-segurado.

3. A 3ª Seção desta Corte consolidou entendimento no sentido de que, não podendo o menor ser prejudicado pela omissão de seus responsáveis, tem o direito de receber a pensão desde a data do óbito, ainda que tenha ocorrido habilitação regular de dependente em data anterior à sua própria habilitação. (TRF4. 5ª Turma. APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO 5006577-52.2013.404.7000/PR. Des. Rel. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. D.E. 19.12.2014).

pensão e a data em que formulou o requerimento administrativo (art. 74 da Lei nº 8.213/91 e a arts. 3º e 197 do CC/2002).

Assim, tem-se hipótese legal de pagamento em duplicidade de benefício previdenciário pelo INSS não cabendo à autarquia invocar que o benefício já foi pago aos demais dependentes habilitados à pensão, ou seja, não lhe cabe restringir aquilo que a Lei nº 8.213/91 concedeu, principalmente quando se trata de acesso a um direito fundamental como é a Previdência Social.

No caso de reconhecimento *post mortem* da paternidade por meio da realização de exame de DNA, a concessão da pensão por morte ao filho absolutamente incapaz descoberto em período posterior ao óbito não equivale à criação de um novo direito, mas à efetivação de um já existente por meio do avanço das ciências duras.

Por sua vez, a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial têm possibilitado que um único fato gerador – o parto – dê direito a que um mesmo benefício previdenciário – salário-maternidade – seja pago simultaneamente a duas pessoas distintas. Essa situação ocorre quando há diferença entre a mãe solicitante, que pode ser ou não a doadora biológica do óvulo, e a mãe hospedeira, responsável pela hospedagem do embrião. A prática é conhecida como útero de substituição, doação temporária do útero, gestação de substituição, “barriga solidária” ou popularmente como “barriga de aluguel”, em que pese, neste caso, a Resolução nº 1.957, 06 de janeiro de 2011, do Conselho Federal de Medicina, no item 2 do inciso VII do Anexo Único vedar a doação temporária do útero com caráter lucrativo ou comercial.

Desse modo, o salário-maternidade tem sido pago tanto à mãe hospedeira quanto à solicitante em que pese a ausência de regulamentação específica na Lei nº 8.213/91. O fundamento da concessão em duplicidade é extraído pelo direito previdenciário do Decreto nº 3.048/99, art. 93-A, § 1º, que estabelece a concessão

do salário-maternidade à segurada independentemente de a mãe biológica ter recebido o mesmo benefício quando do nascimento da criança.

Todavia, os elementos que compõem o fato gerador do benefício de salário-maternidade são o parto, a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção. No caso da gestação por substituição, a mãe solicitante não adota nem dá à luz a criança, o que poderia gerar dúvidas quanto à legalidade do deferimento do benefício previdenciário em seu favor.

A alternativa jurídica encontrada tenta concretizar as diretrizes de promoção e proteção da família, bem como das crianças e adolescentes. Se o objetivo imediato da concessão do salário-maternidade é possibilitar que as mães se dediquem exclusivamente ao novo membro da família, que reclama cuidados especiais (ROCHA; BALTAZAR JUNIOR, 2012, p. 277) e o mediato é a convalescença do parto, não há razões para que se exclua tal possibilidade às mães solicitantes, e não hospedeiras, do bebê.

Por outro lado, deveria ser revisto o alcance do salário-maternidade às mães que dão os filhos à adoção e àquelas que geram o bebê em substituição. Nesses casos, o mais apropriado seria a concessão de auxílio-doença às seguradas, uma vez que ele se destina a assegurar uma renda mensal àqueles (as) que forem considerados incapazes para o trabalho ou para sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos podendo, inclusive, ser estendido pelo prazo de até 6 (seis) meses, o que não geraria diferenciação do prazo do salário-maternidade e permitiria que elas se convalescessem.

Ainda na esteira dos avanços das ciências biológicas e seu impacto no âmbito do direito previdenciário, tem-se os casos de transexualismo e de conseqüente cirurgia de transmutação genital por ato volitivo do segurado, que gera reflexos no direito previdenciário principalmente nos pedidos de aposentadoria por

idade, por tempo de contribuição e aposentadoria especial. Poder-se-ia perguntar, por exemplo, qual o índice de contagem de tempo especial exercido por homem que se transexualiza mulher quando já segurado e contribuinte do Regime Geral de Previdência Social. Aplicar-se-ia o índice multiplicador do tempo comum de 1,4 enquanto homem e o índice de 1,2, quando transexualizado mulher, ou, ainda, criar-se-ia um terceiro índice intermediário de 1,3?

Outra questão que pode vir a surgir refere-se ao tempo de contribuição para fins de aposentadoria. Após a transexualização do sexo masculino ao feminino, diminui-se a exigência do tempo de contribuição ao RGPS pelo segurado de 35 para 30 anos? E, em caso inverso, ou seja, da redesignação sexual do feminino ao masculino, aumentaria a exigência de tempo de contribuição do segurado?

Os casos de pedido de aposentadoria por idade também não estão indene de dúvidas, pois havendo a transmutação de um sexo a outro, haveria a consequente majoração ou diminuição da idade para fins de concessão do benefício pela Previdência Social?

O ponto nodal que perpassa as questões postas em debate é saber quais os efeitos irradiados pela cirurgia de redesignação sexual, ou seja, se ela constitui uma situação jurídica ou se apenas declara uma situação pré-existente.

O conceito de transexualismo refere que o transexual experimenta a condição de nascer com cromossomos, genitais e hormônios de um sexo, mas com a convicção íntima de pertencer ao gênero oposto. Não se trata de pessoa de um sexo que deseja se tornar do outro sexo. Psicologicamente, o transexual já é do sexo oposto ao biológico, gerando transtorno de identidade sexual incluído na 10ª versão da Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, conhecido como CID-10.

Desse modo, o *dies a quo* reporta-se à data do nascimento, e não à data da cirurgia de transgenitalização nem à data da alteração

do prenome e do sexo no assento de registro civil. Inclusive, a Terceira Turma do STJ corrobora tal assertiva ao rever seu posicionamento (REsp. 678.933/RS) para permitir que o transexual altere seu registro civil no que tange ao prenome e ao gênero sem que constem anotações de que a alteração é oriunda de decisão judicial ou de redesignação sexual ou transexual (REsp. 1.008.398/SP), o que foi corroborado pelas alterações promovidas na Lei de Registros Públicos pela Lei 12.100/2009.

Assim, não basta a realização da transmutação sexual. É necessário que seja alterado o assento de nascimento da pessoa submetida à intervenção cirúrgica para que o exercício da sua cidadania⁵ se complete e sua dignidade possa ser efetivamente exercida.

Indubitável, portanto, que os avanços das ciências biológicas geram implicações no direito previdenciário nas mais variadas espécies de benefícios ora gerando novos direitos ora concretizando os já existentes.

Por outro lado, as novas tecnologias da informação têm reclamado das instituições governamentais, acostumadas ao conhecimento estritamente técnico, o desenvolvimento de novas formas de conhecimento, ganhando destaque o incidental, baseado numa visão holística, que conjuga aspectos históricos, sociais e econômicos.

Esse novo modelo de aprendizagem busca integrar as diversas áreas do conhecimento e manter atualizadas as instituições, posto que sua eficácia não depende apenas da técnica dos seus membros, mas do uso que fazem da informação que detém (WAGNER, 2010, p.

5 Cidadania significa o vínculo que liga as distintas formas de organização política com seus membros. A partir da modernidade, a cidadania significa o vínculo jurídico de pertencimento ao Estado de Direito e alude ao conjunto de direitos políticos por meio dos quais há a participação imediata dos seus titulares na vida estatal. (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 57).

1). Portanto, as duas instituições criadas para proteger o patrimônio público – a democracia e a administração pública burocrática – devem mudar: a democracia tem que aperfeiçoada para tornar-se mais participativa ou mais direta enquanto que a administração pública burocrática deve ser substituída por uma administração pública gerencial (BRESSER-PEREIRA; GRAU, 1999, p. 22).

Especificamente em relação à Previdência Social, as novas tecnologias vêm sendo adquiridas e desenvolvidas pelo INSS no tocante à gestão de suas informações. Diversos sistemas são disponibilizados aos servidores a fim de auxiliá-los quando da concessão, revisão, restabelecimento de benefícios ou, ainda, no momento da realização da perícia médica, por exemplo.

Desse modo, a Previdência Social dispõe de amplo espectro de informações a respeito de seus segurados, porém padece do vício da má gestão desses recursos seja porque os sistemas são compartimentados, não compatíveis e incomunicáveis seja porque não são colocados à disposição do cidadão de modo efetivo. Isso demonstra a necessidade de (re)posicionamento da Previdência Social dentro da “sociedade em rede” (CASTELLS, 1999, p. 107-113) fazendo com que suas informações saiam da imobilização e armazenagem rumo à circulação respeitando o dever de sigilo quando necessário.

Essa precarização das disponibilidades informáticas se reflete na concretização do direito à previdência, que, muitas vezes, é concedido a quem não faz *jus* ou é negado a quem legalmente o detém caracterizando, respectivamente, os dois tipos de injustiça de que se deve estar consciente: a inclusão injusta e a exclusão injusta (SEN; KLINSBERG, 2010, p. 36).

Ao se tentar rastrear as origens do problema, chega-se à procedimentalização ou formalização do acesso às novas tecnologias no âmbito previdenciário, pois o gerenciamento da informação é

feito a partir da presunção de má-fé do segurado. T o d a v i a , a lógica regente do direito à Previdência Social é reversa, uma vez que é fundamentada na boa-fé objetiva⁶ e deve ser orientada à substancialização das novas tecnologias como forma de incremento das oportunidades sociais (SEN; KLINSBERG, 2010, p. 28) e concretização dos direitos fundamentais, pois o êxito da democracia não consiste apenas em se ter a estrutura institucional mais perfeita que se pode conceber, mas depende dos padrões de comportamento real e do funcionamento das interações sociais e políticas (SEN, 2011, p. 388-389).

A adesão da Previdência Social às novas tecnologias requer, como contraponto, sua externalização e socialização aos segurados sob pena de, assim não fazendo, contribuir ao fenômeno da exclusão digital, caracterizado como uma das ameaças à participação cidadã (NETO, 2014, p. 8).

Enquanto não há o barateamento de custos teleinformáticos, o desenvolvimento de infraestruturas de rede e a prestação de formação educacional condizente, cabe ao Estado promover políticas socioeconômicas inclusivas que intensifiquem os usos sociais, culturais, educativos e políticos das tecnologias, universalizando o acesso do direito à previdência e auxiliando no combate à infoexclusão de populações de baixa renda (MORAES, 2007).

Nesse contexto, não se olvida que a Previdência Social, a passos lentos, já vem encontrando na internet a possibilidade de extensão dos limites físicos do seu cotidiano (ALMEIDA, 2005,

6 Ao diferenciar o princípio da proteção substancial da confiança do princípio da boa-fé, Maffini (2006, p. 61) refere que a boa-fé é um princípio que almeja um estado de coisas qualificado pela busca a condutas leais e, em relações bilaterais, pela busca de comportamentos reciprocamente leais, apresentando-se nas relações de direito administrativo numa via de duas mãos, pois impõe um comportamento franco da Administração Pública para com o administrado, bem como a reciprocidade de tal dever de lealdade, ou seja, uma conduta reta do administrado para com a Administração Pública.

p. 26). Um dos exemplos mais significativos é a possibilidade de agendamento do atendimento por meio da central 135, que funciona por telefone, e, dependendo da espécie de requerimento, a formalização do atendimento pode se dar via internet (<http://agencia.previdencia.gov.br/e-aps/inicio>). Caso o segurado não concorde com a decisão proferida no seu processo administrativo previdenciário, poderá interpor recurso na esfera administrativa por meio do sistema e-recursos (<https://200.152.40.110/login.php>), bem como acompanhar, em tempo real, a tramitação de seu processo. O sistema já conta com aplicativo disponível gratuitamente para usuários de telefones e *tablets* desde 2013, sendo o primeiro produto para dispositivos móveis da Previdência Social. Com isso, estima-se que houve ganho de tempo e economia de recursos financeiros na tramitação dos processos que, antes, circulavam por meio físico.

Desse modo, a informatização potencializa o acesso ao direito fundamental à Previdência Social na medida em que, além de permitir a inclusão digital, traz transparência às rotinas e ao conteúdo do trabalho desenvolvido fazendo com que, além da quantificação pelo maior número de segurados atendidos, seja efetivada a qualificação do direito social.

Os avanços decorrentes dos “vetores tecnocientíficos em marcha” (DUPAS, 2006, p. 255) permitem com que os usuários da Previdência Social saiam da função passiva, de meros espectadores, e assumam uma posição ativa, de participantes, contribuindo ao desenrolar do processo administrativo e agregando valor às novas tecnologias, abandonando a função de apenas consumidores dos sistemas informatizados previdenciários.

Essa nova postura institucional rearranja a relação Estado-cidadão. A verticalidade é substituída pela horizontalidade dos sujeitos e posiciona Estado e cidadão num mesmo nível, retirando-os da situação de desigualdade (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2012,

p. 62). Em outras palavras, é a substituição da supremacia do Estado pela supremacia do interesse público.

Frente ao exposto, o desafio da proposta apresentada é fazer com que, nos países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, os direitos previdenciários ganhem eficácia imediata tanto por meio do desenvolvimento e aperfeiçoamento da tecnologia da informação quanto pela democratização dos novos avanços das ciências biológicas.

Para isso, revela-se essencial a revisão da estrutura das fontes do direito, que será o objeto de estudo no próximo tópico, uma vez que o bom governo ou a boa administração, numa sociedade democrática, deve realizar a gestão e a administração do público a partir da condição central do ser humano e a partir da convicção de que o poder é uma instituição orientada a melhorar as condições de vida dos cidadãos (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2012, p. 63).

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL REVISITADO MEDIANTE A REESTRUTURAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO

As descobertas trazidas pelas ciências biológicas e pela tecnologia da informação, na medida em que reclamam respostas inéditas e transdisciplinares por parte do direito mediante a construção de novos marcos regulatórios (ENGELMANN, 2011, p. 388), o empurram rumo à revisão da estrutura de suas fontes.

O advento do Estado providência fez com que o direito se desformalizasse, perdendo os atributos da sistematicidade, generalidade e estabilidade (ZAGREBELSKY, 2008, p. 36), que o posicionavam na ordem da racionalidade. Os textos se proliferaram de maneira anárquica tentando cobrir cada vez mais os domínios estendidos da vida social e a estabilidade da regra de direito, reflexo da generalidade, se viu ameaçada pela necessidade de precisão e detalhamento fazendo com que fosse atingida mais rapidamente pela obsolescência (CHEVALLIER, 2013, p. 82).

A estrutura tradicional do Estado de Direito proclama a hierarquização do ordenamento jurídico e o posicionamento da norma fundamental em seu ápice fazendo com que a ordem jurídica apareça como um “edifício com vários andares superpostos”, uma pirâmide formada de “camadas de normas jurídicas” hierarquicamente subordinadas, tirando a validade de sua pertença a essa ordem (CHEVALLIER, 2013, p. 39).

Do mesmo modo é a organização da estrutura do Estado: hierárquica, vertical e burocrática, levando à conclusão de que a hierarquia das normas é reflexo da hierarquia dos órgãos de Estado, porém serve ao Estado de Direito, concebido como *gendarme* das normas jurídicas, que visa à racionalização e à regulação da produção jurídica (MALBERG, Garré R. *apud* CHEVALLIER, 2013, p. 40).

Essa visão normativista revela um formalismo abstrato, um idealismo, que faz desaparecer os seres reais por trás de uma ordenação de regras (HAURIOU *apud* CHEVALLIER, 2013, p. 40).

Todavia, os novos direitos relacionam-se às esferas individual, social, metaindividual, bioética, ecossistêmica e de realidade virtual (ENGELMANN, 2011, p. 388). Para que sejam construídos ou fortalecidos, a relação entre Estado e indivíduo deve ser pautada não pela superioridade ou anterioridade, mas pela reciprocidade solidária (ENGELMANN, 2011, p. 390), uma vez que a dignidade humana é construída, no sentido jurídico e moral, sobre uma simetria das relações, que exige reconhecimento recíproco e relacionamento igualitário entre as pessoas (DUPAS, 2006, p. 211).

O discernimento moral aponta a necessidade de a ciência voltar as suas atenções ao principal destinatário de todos os seus projetos: o ser humano, configurando o principal desafio trazido pelos avanços das ciências biológicas e da tecnologia da informação (ENGELMANN, 2011, p. 394).

Portanto, os novos direitos deverão ser desenvolvidos à luz de um direito constitucional altruísta (ENGELMANN, 2009, p. 555), “apontando para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais” (SARLET, 2006, p. 62).

Dessa forma, a proposta de reestruturação das fontes do direito, surgida no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo⁷, visa a reposicionar a Constituição no epicentro do sistema ao redor do qual todo o ordenamento jurídico gravita⁸ contribuindo para que a hierarquia dos órgãos de Estado diminua ou desapareça à medida em que as normas jurídicas se comunicam por meio da comunhão e da integração, e não por subordinação (GURVITCH *apud* CHEVALLIER, 2013, p. 39).

A horizontalização das fontes do direito na interpretação das normas jurídicas torna obrigatório o fluxo de passagem pela Constituição Federal “como uma espécie de controle de legalidade e legitimidade do suporte fático e da resposta a ser construída” (ENGELMANN, 2011, p. 392). Abandona-se a ideia de verticalização do ordenamento jurídico e da Constituição como seu ápice – influência de Kelsen – em prol do diálogo e da resposta articulada constitucionalmente (ENGELMANN, 2011, p. 3), posicionando os direitos fundamentais como ponto de referência interpretativo da

7 Expressão cunhada por Lenio L. Streck para diferenciá-lo do Neoconstitucionalismo. O Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na praxis político-jurídica que se dá tanto no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado de Direito, quanto no plano da Teoria do Direito, com a reformulação da teoria das fontes – a supremacia da lei cede lugar à da Constituição; da teoria da norma – normatividade dos princípios; e da teoria da interpretação, pois representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos (STRECK, 2014, p. 298-299).

8 Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 184) ao discorrer sobre a norma fundamental e tratar da questão da distinção entre validade e imperatividade das normas e a questão da coesão do sistema, aponta a circularidade do deste.

regulamentação jurídica a ser desenvolvida (ENGELMANN, 2009, p. 553).

Paralelamente, a unidade do direito é substituída pela complexidade em virtude de o direito provir de fontes múltiplas, situadas em planos diferentes, e numerosos intervenientes são ouvidos ao longo de sua elaboração, o que privilegia a plasticidade e uma adaptação permanente à realidade, caracterizando-se pela flexibilidade, e não pela rigidez, e subvertendo o princípio da hierarquia das normas (CHEVALLIER, 2013, p. 121).

Como consequência, a reestruturação das fontes jurídicas permite a redescoberta do direito como meio de refundação do laço social e como dispositivo de limitação da influência estatal (CHEVALLIER, 2013, p. 97) por meio da ascensão de um novo (modelo) de direito representado pelo Estado Democrático de Direito e da consequente decadência do (velho/defasado) direito, produto de um modo liberal-individualista de produção do direito (STRECK, 2014, p. 99).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema inicialmente colocado questiona se, por meio da reestruturação das fontes do direito, os avanços das ciências e das novas tecnologias são capazes de potencializar o acesso ao direito à Previdência Social.

Em que pese o direito à previdência ser formal e materialmente constitucional e, portanto, possuir eficácia imediata, verifica-se que necessita de meios para otimizar sua produção de efeitos.

A proposta apresentada conjuga o direito fundamental à previdência ao dever constitucional do Estado de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. Entre o avanço dos vetores das ciências biológicas e das

tecnologias da informação e o direito à Previdência há, além de uma brecha legal, uma brecha social.

Nesse contexto, o direito tem vindo 'a reboque' das inovações e das descobertas e não como seu meio propulsor. Isso ocorre devido ao Estado ainda não ter assumido seu novo papel gerencial, que requer a previsão e a antecipação dos problemas e a busca de soluções antes de aqueles se concretizarem. Desse modo, inércia e passividade estatal caminham lado a lado.

Para que o Estado se reinvente e assuma as funções que a Constituição de 1988, compromissória e dirigente lhe impôs, é necessário que abandone as características liberais-individualistas que lhe moldavam e a burocracia que lhe era peculiar em prol de uma cultura social-coletiva e gestora.

Consequentemente, ao se alterar a estrutura do Estado, o ordenamento jurídico assumirá nova forma geométrica abandonando a estrutura piramidal rumo à circular e, com isso, a Constituição, que ocupava o ápice do ordenamento jurídico, passa a ocupar seu epicentro, exercendo o papel de filtro axiológico do sistema.

Paralelamente, a sociedade se reinventará. A partir do momento em que a estrutura do Estado se circulariza, se coloca em posição de igualdade à dos cidadãos fazendo com que seu relacionamento não seja marcado pela verticalidade, mas pela horizontalidade, e a supremacia do Estado seja substituída pela supremacia do interesse público.

Caso contrário, o Estado estará contribuindo à apropriação desigual da tecnologia, pois, além da disputa econômica, haverá a disputa social. Aqui, merece destaque o conceito de exclusão digital, que não diz respeito apenas à capacidade financeira do usuário da Previdência Social, mas se refere à possibilidade de acesso que o Estado lhe dá, por meio da apropriação do produto da técnica das marchas da biociência e da tecnologia da informação,

aos direitos fundamentais suprindo as necessidades individuais e coletivas.

Portanto, o resultado proposto e almejado sociabiliza o acesso aos avanços da biociência e da tecnologia da informação aos cidadãos por meio da ingerência estatal, reposicionando o Estado para atuar como coordenador dessas novas demandas, pois de nada adianta ter à disposição o produto da técnica se, por meio do seu uso, não efetiva o direito fundamental à previdência e, por outro lado, os cidadãos não exercem sua cidadania.

A solução encontrada preconiza a horizontalização das fontes do direito de modo a reposicionar a Constituição Federal e, conseqüentemente, o direito fundamental social à Previdência Social não no topo do ordenamento jurídico, mas no seu centro, uma vez que sua estrutura passa a ser visto de forma circular, e não piramidal.

Submetido em: 05 fev 2015.

Processos de Aprovação: double blind peer review.

Aprovado em: 01 ago 2015.

Editor: José Ernesto Pimentel Filho

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marco Antônio. A gaiola de chips: apontamentos sobre tecnologia, sociabilidade e cultura na sociedade da informação. **Em Questão**, Porto Alegre, v. 11, p. 13-34, jan/jun. 2005. Disponível em << <http://www.revistas.univerciencia.org/index.php/revistaemquestao/article/view/3682/3470>>>. Acesso em 25.12.2014.

BRASIL. CFM. **Resolução nº 1.957**, 06 de janeiro de 2011. Disponível em << http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>>. Acesso em 08.01.2015.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>>. Acesso em 06.01.2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em 05.01.2015.

BRASIL. **Lei de Registros Públicos. Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm>>. Acesso em 08.01.2015.

BRASIL. **Lei nº 12.100**, de 27 de novembro de 2009. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12100.htm>>. Acesso em 10.01.2015.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>>. Acesso em 06.01.2015.

BRASIL. STJ. **REsp. 1.008.398/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrigui. Disponível em << https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=920837&num_registro=200702733605&data=20091118&formato=PDF>>. Acesso em 08.01.2015.

BRASIL. STJ. **REsp. 678.933/RS**. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em << https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=681002&num_registro=200400980835&data=20070521&formato=PDF>>. Acesso em 08.01.2015.

BRASIL. TRF4. **APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO 5006577-52.2013.404.7000/PR**. Des. Rel. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. D.E. 19.12.2014. Disponível em << http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_>>

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999. Disponível em: << <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=1507>>>. Acesso em 18.08.2014.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso** - ou progresso como ideologia. São Paulo: UNESP, 2006.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e os novos direitos: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do direito. **Anuário de derecho constitucional latino americano**. Año XVII, Montevideo, 2011, PP 383-396. ISSN 1510-4974. Disponível em << <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr25.pdf>>>. Acesso em 27.10.2014.

ENGELMANN, Wilson. O estado democrático de direito “ambiental” e as nanotecnologias: o diálogo entre as fontes do direito como condição de possibilidade para abrigar os novos direitos. *In: X Seminário Internacional: Os Direitos Fundamentais no Estado Socioambiental*, 2011, Porto Alegre. Anais do X Seminário Internacional: Os Direitos Fundamentais no Estado Socioambiental. Porto Alegre: www.esdm.com.br, 2011. v. 1.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MAFFINI, Rafael Da Cás. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MORAES, Denis de. Comunicação alternativa, redes virtuais e ativismo: avanços e dilemas. **Revista de economia política de las tecnologías de la información y comunicación**. Vol. IX, n. 2, mayo - ago/2007. Disponível em <www.eptic.com.br>. Acesso em 30.12.2014.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. O Estado nacional constitucional como fenômeno contemporâneo. Problemas e perspectivas. *In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005.

PÉREZ, LUÑO. Antonio Enrique. **Ciudadanya e definiciones**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, 2005.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Esmafe, 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya; KLINSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar. Ética e desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SICHONARY NETO, Saul de Oliveira. Democracia e sustentabilidade: a exclusão digital e a participação virtual. **Direito e novas tecnologias** [Recurso Eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Aires José Rover, José Renato Gaziero Cella, Fernando Galindo Ayuda. Florianópolis: CONPEDI, 2014. ISBN: 978-85-68147-12-2. Disponível em << <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9d9a7c23c3fef5fc>>>. Acesso em 26.12.2014.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, n° 16, jul/dez 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAGNER, Flávio R. Habilidade e inclusão digital – o papel das escolas. **CGI.br (Comitê Gestor da Internet no Brasil). Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação 2009**. São Paulo, 2010. Disponível em <<http://www.cgi.br/publicacao/habilidade-e-inclusao-digital-o-papel-das-escolas/>>. Acesso em 02.01.2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.

The Access Empowerment Possibility of the Fundamental Right to Social Security Through new Technologies

MARIANNA MARTINI MOTTA LOSS

SALETE ORO BOFF

Abstract: This paper, through the phenomenological-hermeneutic method, intended to examine the relationship between the advances in biological sciences and information technology and the fundamental right to social security. The aim is to investigate the current position of the State, and the right provider, in the face of new technologies and their influence on the generation of new rights and as a condition of possibility of enhancing access to existing social security rights. The solution that is proposed will be the flattening of the sources of law through the (re) positioning of fundamental rights as a paradigm regulator access to social security, but not occupying top of the pyramid of the legal system, but standing in its center.

Keywords: New Technologies ; Fundamental Right; Social Security; Theory of Sources