

**MARCIA UEMATSU FURUKAWA**

**O AUXÍLIO-RECLUSÃO NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**PUC/SP  
2006**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**MARCIA UEMATSU FURUKAWA**

**O AUXÍLIO-RECLUSÃO NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**PUC/SP**

**2006**

**MARCIA UEMATSU FURUKAWA**

**O AUXÍLIO-RECLUSÃO NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais (Subárea de Direito Previdenciário), sob orientação do Professor Doutor Wagner Balera.**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**

**SÃO PAULO**

**2006**

**PONTIFÍCIA UNVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Pós-graduação em Direito**

Auxílio-reclusão

Marcia Uematsu Furukawa

Comissão Julgadora:

1º. \_\_\_\_\_

2º. \_\_\_\_\_

3º. \_\_\_\_\_

Nota do 1º Examinador: \_\_\_\_\_

Nota do 2º Examinador: \_\_\_\_\_

Nota do 3º Examinador: \_\_\_\_\_

Média: \_\_\_\_\_

## **Dedicatória**

À minha mãe,  
grande responsável por todas minhas conquistas  
Ao meu pai,  
que tão cedo nos deixou,  
mas que certamente nos acompanha  
a cada nova etapa de nossa vida.  
Ao meu amado esposo César e  
aos meus queridos irmãos Nívea e Roberto.

## Agradecimentos

Agradeço a Deus, pelo sublime dom da vida.

Agradeço ao meu esposo, pelo apoio e empenho incondicionais e, sobretudo, por compreender e compartilhar dos meus ideais, que muitas vezes nos privaram do convívio e do lazer.

A Zélia Pierdoná, pela contagiante energia e pela contribuição imprescindível para a conclusão deste trabalho.

A Sérgio Shimura, eterno mestre e constante incentivador.

Às minhas amigas Noemi Martins, Lin Peng Jeng e Priscila Tanaka, pelas palavras de carinho e apoio, nos momentos difíceis.

À Fundap, na pessoa de Solange, que tão gentilmente me auxiliou nas pesquisas.

Em especial ao Professor Wagner Balera, meu orientador, pelos preciosos ensinamentos e por instigar nosso espírito acadêmico, conduzindo-nos ao estudo das questões sociais de maneira aprofundada e crítica.

## RESUMO

Trata-se de estudo sobre a prestação previdenciária do auxílio-reclusão no Regime Geral de Previdência Social. Visando à plena compreensão da presente prestação, partiu-se do estudo do histórico do desenvolvimento da seguridade social, até a conformação obtida nos tempos modernos. A seguridade social foi erigida na Constituição de 1988, como instrumento da ordem social, na busca dos objetivos da justiça social e do bem comum, que se concretiza por meio dos subsistemas da saúde, da assistência social e da previdência social. Em capítulo destinado à previdência social, estudamos as características desse subsistema, bem como a proteção que destina à família do segurado, classe na qual se enquadra o benefício do auxílio-reclusão. A partir de breve histórico da prestação, demonstramos que o auxílio-reclusão não constitui novidade em nosso ordenamento jurídico, tendo sido erigido à categoria de norma constitucional com a Constituição de 1988. Consignamos as críticas que o benefício recebe. Estudamos o benefício com a análise do risco protegido, a influência que o exercício da atividade laboral traz para fins de configuração do risco/necessidade, as alterações perpetradas pela Lei n. 10.666/03. Por fim, dedicamos considerações às alterações trazidas pela Emenda Constitucional n. 20/98, que limitou o benefício aos dependentes do segurado de baixa renda, fazendo uma análise à luz dos princípios constitucionais da isonomia, seletividade e distributividade, e trazendo ainda à baila os posicionamentos jurisprudenciais sobre a questão.

Em capítulo próprio, a fim de facilitar a compreensão do benefício do auxílio-reclusão, dissecamos a norma da prestação em antecedente e, no conseqüente, identificando os diversos critérios (material, temporal e espacial, pessoal e quantitativo). Por fim, traçamos breves considerações sobre a tutela coletiva, por meio da ação civil pública de questões previdenciárias, ressaltando a importância dessa via, mormente para fins de manutenção da equidade do grupo dos segurados e dependentes, de modo que às questões a eles afetas sejam decididas uniformemente.

## **ABSTRACT**

This work is about the benefit of reclusion-aid foreseen in the General Regime of Social Security. For a better comprehension of this benefit, it was analyzed the Social Welfare as a whole, from the beginning of its development to its modern aspect. The Social Welfare arose with the Constitution of 1988, as a tool of the Social Order in search of social justice and well being, becoming concrete through the subsystems of health, social assistance and social security. In the chapter that describes the Social Security, it is studied the characteristics of this subsystem, as well as the protection that it gives to the family of the insured, which includes the benefit of reclusion-aid. Through a historical summary of this benefit, it is demonstrated that the reclusion-aid is not new in our judicial system; it has been appearing in welfare laws since the 1950's and became a constitutional rule with the Constitution of 1988. Despite the criticism against the benefit, it is among the several protection measures enacted by the constitutional legislator in accordance with the aims of the Social Security. The benefit is studied with the analysis of the protected risk, the influence of the work activity to establish the conception of risk/necessity and the alterations brought by Law 10666/03. There are still some comments about the alterations brought by the Constitutional amendment no. 20/98, which limited the benefit for the dependents of the insured with low income, considering the constitutional principles of uniformity and equivalence of benefits, selectivity, and distributiveness. Some law cases about this question were also taken into account. In the end, there are some brief considerations about collective protection, through the public civil action in issues of social security, highlighting the importance of this tool, especially for the maintenance of the equity of the group of insured and dependents, in a way that similar issues can be decided uniformly.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I – SEGURIDADE SOCIAL.....</b>	<b>4</b>
1.1 Evolução.....	4
1.2. Conceito de Seguridade Social .....	11
1.3. Seguridade Social na Constituição de 1988.....	13
1.3.1. Os Valores do Bem-estar e da Justiça Social .....	16
1.4. Subsistemas da Seguridade Social .....	19
1.4.1. A Saúde .....	20
1.4.2. A Assistência Social .....	21
1.5. As Prestações da Seguridade Social .....	22
<b>CAPÍTULO II – A PREVIDÊNCIA SOCIAL.....</b>	<b>27</b>
2.1. Características da Previdência Social .....	31
2.1.1. Regime Geral .....	31
2.1.2. Prévia e Obrigatória Filiação .....	35
2.1.3. Contributividade.....	38
2.1.4. Superação da Noção de Risco Social .....	40
2.1.5. Equilíbrio Econômico-Financeiro .....	46
2.2. Da Proteção à Família.....	48
2.3. A Prisão e Direitos Previdenciários .....	49
<b>CAPÍTULO III – AUXÍLIO-RECLUSÃO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO .....</b>	<b>57</b>
3.1. Breve Histórico .....	57
3.2. Finalidade da Proteção Social .....	60
3.3. Crítica ao Benefício .....	62
3.4. Norma Previdenciária do Auxílio-Reclusão .....	68
3.4.1. Carência.....	71
3.4.2. Segurados Obrigatórios e Facultativos .....	72
3.4.3. Espécies de Prisão.....	75
3.4.4. O Risco Protegido: prisão do segurado.....	77
3.4.4.1 Exercício da Atividade Laboral pelo Segurado-recluso.....	78
3.4.4.1.1. Contornos Jurídicos do Trabalho do Preso .....	78

3.4.4.1.2. Atividade Remunerada e Risco Social.....	82
a) No regime aberto.....	85
b) Regime semi-aberto e fechado .....	88
c) Considerações conclusivas .....	90
3.4.5. Limitação do Benefício pela Emenda Constitucional n. 20/98.....	92
3.4.5.1. Análise à Luz dos Princípios da Seletividade e da Distributividade, como Expressão do Princípio da Isonomia.....	93
3.4.5.2. Segurado ou Dependente de Baixa Renda .....	105
3.4.6. Dependentes do Segurado-recluso.....	108
3.4.6.1. Cônjuge e Filhos. ....	110
3.4.6.2. Exclusão do Menor sob Guarda do Rol de Dependentes .....	118
3.4.6.3. Pais e Irmãos .....	119
3.4.7. Início da Prestação.....	120
3.4.8. Causas de Suspensão .....	122
3.4.9. Causas Extintivas da Relação Jurídica Previdenciária .....	125
3.4.10. Auxílio-Reclusão no Regime Próprio dos Servidores Federais.....	128

#### **CAPÍTULO IV – REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO**

<b>DE AUXÍLIO-RECLUSÃO.....</b>	<b>130</b>
4.1. Noções Iniciais .....	130
4.2. Carência .....	132
4.3. Antecedente da Norma Previdenciária .....	134
4.3.1. Critério Material.....	134
4.3.2. Critério Espacial .....	135
4.3.3. Critério Temporal .....	136
4.4. Conseqüente da Norma .....	136
4.4.1. Critério Pessoal.....	137
4.4.1.1. Sujeito Ativo.....	137
4.4.1.2. Sujeito Passivo .....	138
4.4.2. Critério Quantitativo.....	138
4.4.2.1. Base de Cálculo.....	138
4.4.2.2. Alíquota.....	139

<b>CAPÍTULO V – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DE DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS POR MEIO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS .....</b>	<b>141</b>
5.1. Noções Gerais.....	143
5.2. A Declaração de Inconstitucionalidade Incidental nas Ações Civis Públicas.....	148
5.3. A Utilização da Ação Civil Pública na Proteção de Direitos Previdenciários e sua Adequação.....	158
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>172</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>178</b>

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo analisar a prestação do auxílio-reclusão, concedida no âmbito do regime geral de previdência social. A escolha do tema deveu-se à notada escassez de obras dedicadas a esse tema.

A limitação introduzida ao benefício pela recente Emenda n. 20/98 também contribuiu para despertar o interesse sobre a matéria, tendo em vista que suscitou discussões doutrinárias de ordem constitucional, bem como acerca das finalidades da prestação.

Primeiramente, empreenderemos breve análise da evolução do sistema de proteção social até alcançar o modelo de seguridade social hoje vigente. Analisamos a seguridade social no ordenamento jurídico brasileiro, partindo da descrição dada pela Constituição de 1988, como instrumento apto a atingir as finalidades da Ordem Social – o bem-estar e a justiça social, estudando cada um dos subsistemas da seguridade social. Capítulo específico foi dedicado à previdência social, com destaque para suas principais características.

Entendemos oportuno, para melhor compreender a prestação do auxílio-reclusão, traçar breves considerações acerca das possíveis repercussões da prisão no Direito Previdenciário.

O estudo a ser desenvolvido adota como ponto de partida a estrutura positiva do benefício, situando-o como prestação concedida no âmbito do regime geral de previdência social, sem deixar de fazer menção à previsão desse instituto também no regime próprio de previdência dos servidores públicos federais. Dedicamos algumas linhas a analisar a *mens legis* da prestação, abordando críticas formuladas acerca da própria existência desse benefício.

De outro giro, abordaremos discussões surgidas em razão das alterações perpetradas pela Emenda Constitucional n. 20/98, bem como pela Lei n. 10.666/03.

Por fim, para melhor configurar a prestação em todos seus elementos, utilizaremos o modelo de análise da norma hipotética de estruturação do benefício, decompondo-a em antecedente e conseqüente, conceitos retirados da teoria geral das normas jurídicas.

Assim, no antecedente da norma, identificaremos os critérios que descrevem o fato jurídico, quais sejam, os critérios material, espacial e temporal. No seu conseqüente, destacaremos o critério subjetivo, estudando os sujeitos integrantes da relação jurídica obrigacional, bem como o critério quantitativo, constituído pela base de cálculo e alíquota, que nos fornecerá o valor exato da prestação previdenciária.

Com isso, pretendemos analisar essa prestação em todos seus aspectos, de modo a compreender em sua inteireza as hipóteses de concessão, o início de sua vigência, e as causas de suspensão e extinção do benefício.

A análise das diversas discussões suscitadas a partir da limitação introduzida pela Emenda Constitucional n. 20/98 ao benefício em estudo levou-nos a examinar brevemente a problemática da salvaguarda coletiva dos direitos previdenciários. Nesse passo, traçamos algumas considerações acerca do controle incidental de constitucionalidade por meio das ações coletivas, bem como acerca da legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura de ações coletivas que visem à tutela de direitos previdenciários.

Pondere-se que essas considerações não têm o escopo de analisar todas as discussões que cercam a intrincada e fascinante matéria da tutela coletiva, incansavelmente estudada em diversos trabalhos específicos, mas objetivam dar uma pequena amostra das influências da matéria na seara da seguridade social e previdenciária, bem como de sua relevância no alcance dos objetivos da proteção social.

Com isso, intenta-se contribuir, ainda que de modo singelo, para a compreensão do instituto do auxílio-reclusão, bem como da sistemática da seguridade social em nosso ordenamento jurídico, entrelaçando o tema a algumas inquietudes verificadas na seara da tutela coletiva dos direitos

previdenciários, instituto que somente vem a efetivar a proteção social prestada pelo Estado, permitindo a constante fiscalização de grupos organizados e do Ministério Público, no cumprimento de sua função institucional traçada constitucionalmente.

## **CAPÍTULO I – SEGURIDADE SOCIAL**

### **1.1 Evolução**

O modelo de proteção social atualmente adotado na maioria dos ordenamentos jurídicos percorreu longo caminho de desenvolvimento e reformulação para atingir sua atual conformação.

A preocupação com a proteção do homem e de seus familiares, visando a liberá-lo de sofrimentos e privações e da falta de recursos para satisfazer as necessidades essenciais, sempre esteve presente desde os primórdios da sociedade humana. Leciona Augusto Venturi que intervenções individuais ou coletivas em favor de indivíduos em situação de penúria decorrem da própria índole humana, tanto assim que podem ser encontrados diversos registros de ajuda mútua nos tempos mais remotos, desde a época do antigo Egito<sup>1</sup>.

No início, o homem era assistido nas situações de necessidades pelos familiares, pelos vizinhos e, ainda, por instituições religiosas ou profissionais de iniciativas particulares, adiantando-se à atuação do próprio Estado. Aos poucos, formaram-se verdadeiras sociedades de ajudas mútuas, embriões do modelo de seguro social obrigatório<sup>2</sup>.

Vigia, até então, pensamento individualista segundo o qual o próprio trabalhador deveria responsabilizar-se pela formação de fundos que viessem a garantir a subsistência própria e de sua família em situações futuras.

Importante marco para o surgimento de um modelo de proteção obrigatória foi a Revolução Industrial, cujas transformações evidenciaram ainda mais o crescente problema do grande número de trabalhadores em situação de privacidade.

As precárias condições de trabalho, que causavam incontáveis acidentes geradores de invalidez, aliadas ainda aos baixos salários pagos aos

---

<sup>1</sup> VENTURI, Augusto. Los fundamentos científicos de la seguridad social, p. 21-24.

<sup>2</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. Previdência social brasileira, p. 18

trabalhadores, colocaram termo às iniciativas de solidariedade familiar e profissional, já que os trabalhadores não dispunham de condições financeiras para custear os programas de proteção, ficando compelidos a uma vida desprovida do mínimo necessário para a manutenção própria e de sua família.

A instituição desse modelo de proteção social, no entanto, não se deu meramente pela mudança do pensamento individualista predominante, mas também em face de um cenário político favorável, mormente para refrear as idéias do socialismo que surgiam na Europa.

O modelo inicial de proteção social é atribuído a Otto Von Bismarck, criador da Lei do Seguro-Doença de 1883, considerada a primeira forma de política pública para socorro dos trabalhadores. Consistia em um seguro custeado por contribuições dos empregados, empregadores e do Estado. O mesmo chanceler alemão conseguiu ainda aprovar a Lei do seguro-acidente em 1884 e, anos depois, em 1889, os seguros de invalidez e velhice.

Armando de Oliveira Assis<sup>3</sup> faz expressa referência aos motivos que levaram à instituição desse modelo de seguro social:

*“[...] Observada a fraqueza do moderno proletariado no sentido de poder, à sua custa e por sua própria iniciativa, fazer face aos riscos normais da existência humana, concluiu-se pela necessidade de instituir o seguro obrigatório. Procurava-se atender, com isso, a uma situação que começara a preocupar os dirigentes das nações. **Preponderaram mesmo, na nascente, intuítos outros que não o simples desejo de corresponder às aspirações dos trabalhadores; surgiu ele na Alemanha, em 1883, como fruto da política de Bismarck, que lançou mão da idéia como um dos instrumentos utilizados na unificação do Estado Alemão**” (nossos os destaques).*

Almansa Pastor<sup>4</sup> também traça considerações sobre o tema. Segundo ele, para compreender a origem dos seguros sociais na Alemanha, é preciso observar

---

<sup>3</sup> ASSIS, Armando de Oliveira. Em Busca de uma Concepção Moderna de “Risco Social”, p. 24.

que os princípios individualistas então predominantes na Europa foram contestados pelos pensamentos de *Fichte*, *Hegel* e *Marx*, que promoveram um prematuro desenvolvimento das idéias socialistas. Bismarck, prevendo que apenas as medidas repressivas implementadas pelo governo seriam insuficientes para conter o avanço de tal pensamento, propôs uma atuação defensiva, e passou a adotar alguns dos postulados defendidos pelo socialismo. Assim, em mensagem de 17 de novembro de 1881, expôs uma nova visão do Estado, dirigida não somente a garantir os direitos individuais, mas também a promover o bem-estar de todos os membros da coletividade, especialmente dos necessitados, mediante a criação dos seguros sociais.

Nada obstante a instituição da Lei do Seguro-Doença tenha-se dado por motivações políticas, é inegável sua relevância para a evolução do sistema de proteção social, visto que foi a primeira lei a declarar obrigatória a previsão dos riscos, dispondo sobre a repartição da sua carga entre os membros da sociedade e firmando pela primeira vez as bases do seguro social, entendido não apenas como um seguro obrigatório, determinado por lei, mas como um seguro no qual a previsão do risco se embasa na idéia de responsabilidade compartilhada entre o empregador, o trabalhador e a sociedade<sup>5</sup>.

Nessa primeira fase do seguro social, poucos países não-europeus seguiram os exemplos alemão e inglês, instituindo legislação que tratasse da proteção social. Nesse contexto, a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII e

---

<sup>4</sup> *Para explicación coherente del origen de los seguros sociales en Alemania hay que partir de que los principios individualistas imperantes en Europa fueron contrarrestados por el pensamiento de Fichte, de Hegel y de Marx, que promovieron un temprano desarrollo de las ideas socialistas. Plasmación de éstas fue la creación en 1863 de la Asociación General de Trabajadores Alemanes (Allgemeiner Deutscher Arbeiterverein), que daría lugar más tarde, en 1867, a la fundación Del Partido social-democrático obrero (Sozialdemokratische Arbeiter-partei). La expansión el Partido, y sus tácticas violentas hicieron recelar al Canciller, quien emprendió una política represiva, declarando ilegal el Partido, prohibiendo sus reuniones, y persiguiendo a sus jefes. Sin embargo, **y comprendiendo que la simple política represiva no bastaría, Bismark, clarividente, se propuso además una actitud defensiva, la acoger y practicar algunos de los postulados defendidos por el socialismo.** A tal fin, adoptó, para su proyección política principios defendidos por las tendencias más moderadas del socialismo científico o de cátedra, impulsor de una solidaridad entre los individuos y las clases sociales, que había de expresarse a través del impuesto como instrumento redistributivo. [...] A estas orientaciones respondió el mensaje de 17 de noviembre de 1881, en el expuso Bimarck una nueva visión del Estado, dirigido sólo a garantizar los derechos individuales, sino también a promover el bienestar de los miembros de la colectividad y especialmente de los necesitados, mediante la creación de los seguros sociales (nossos os destaques). Cf. PASTOR, José M. Almansa. p. 70.*

<sup>5</sup> FERRARI, Francisco de. Los principios de la seguridad social, p. 101.

a aprovação em 1911 da Lei de Seguro Nacional Obrigatório, pelo parlamento britânico, constituíram importante marco que sinalizava a mudança de mentalidade individualista, reconhecendo-se que a solução dos problemas sociais somente poderia ser alcançada com a participação do Estado.

A partir de então, sucessivamente, vários países passaram a adotar o modelo de seguro social obrigatório.

Esse sistema de proteção, no entanto, destinava-se tão-somente aos operários-empregados, isto é, aos trabalhadores que mantinham vínculo empregatício de subordinação, o que o tornava limitado e insuficiente para o pleno atingimento e consecução do princípio do bem-estar erigido pela maioria das sociedades modernas.

Com a evolução do sistema, passou-se a difundir a idéia de segurança nacional, superando-se o modelo destinado tão-somente a proteger os trabalhadores que mantinham vínculo empregatício, com a construção de um plano voltado a liberar os cidadãos das situações de necessidades.

Nesse sentido são os ensinamentos de Maria Ligeró<sup>6</sup>, que anotou com bastante propriedade a idéia de que a solidariedade foi-se formando aos poucos, reconhecendo-se a responsabilidade da coletividade no sentido de garantir a todos os seus membros um mínimo, de modo a assegurar melhor repartição das rendas, em razão das necessidades do indivíduo, fazendo da seguridade social uma forma de garantir o mínimo social.

Ressalta ainda a autora que tal idéia, no entanto, não descarta aquelas prestações adquiridas pelos trabalhadores assalariados. Entretanto, segundo essa concepção, a seguridade social passa a ser um direito subjetivo do cidadão, estruturada como política pública das nações<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> LIGERO, Ma de los Santos Alonso, Los Servicios Sociales y la Seguridad Social, v. 6., Revista Ibero-Americana de Seguridade Social, p. 1.497

<sup>7</sup> Segundo as palavras da autora: "Va abriéndose paso, poco a poco, la idea de solidaridad, van afirmándose las responsabilidades propias de la colectividad, destacándose cada vez con más fuerza la idea de que es la colectividad la que debe tomar a su cargo las prestaciones destinadas a garantizar a todos los miembros de la colectividad un mínimo. Se trata de asegurar

Arnaldo Sussekind leciona com maestria que podemos observar basicamente três momentos na evolução do sistema de proteção social. O primeiro, de expansão do seguro social na Europa, verifica-se no período de 1883 até a I Guerra (1914-1918). O segundo momento, de 1919 até a II Guerra Mundial, é a fase em que ocorreu a universalização do seguro obrigatório, e finalmente o terceiro período, iniciado em meio à II Guerra Mundial, em 1941, marca o surgimento da seguridade social, com a filosofia de tornar o cidadão titular do direito subjetivo ao bem-estar social<sup>8</sup>.

A primeira lei a utilizar a expressão 'seguridade social' foi a *Social Security Act, de 1935*<sup>9</sup>, editada para enfrentar a grave crise econômica vivida nos Estados Unidos da América. Essa lei instituiu um sistema único de proteção social, que congregou as principais modalidades de seguro social, incluindo ainda algumas medidas de assistência e, o mais importante, atribuindo a este natureza de direito subjetivo a todos os seres humanos.

Estruturava-se, assim, o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), capaz de fazer frente a essa tarefa atribuída ao Estado diante de nova concepção dos direitos sociais, de uma seguridade social voltada a libertar o homem do estado de necessidade, cujo novo ideário encontrou eco na Inglaterra, por meio do Plano Beveridge.

A seguridade social surgiu, portanto, da evolução do sistema de seguro social, antes de concepção marcadamente mutualista, e encontrou sua conformação moderna na Inglaterra, com o Plano *Beveridge*, elaborado em 1942, por *Lord William Beveridge*, que nos dizeres de Marcus Orione e Érica Paula B. Correia foi o "*triunfo da seguridade social – tal como é concebida atualmente*".

---

un mejor reparto de las rentas en función de las necesidades del individuo: **la Seguridad Social reviste así la forma de un sistema de garantías de un mínimo social**. Ahora bien, sin olvidar nunca que por encima de estos niveles mínimos están las prestaciones adquiridas por los trabajadores asalariados en cuanto tales. La relación entre la prestación de trabajo y la prestación en especies ha perdido su valor; **la Seguridad Social se convierte en un derecho del ciudadano como tal**; en principio, cada uno puede hacer valer este derecho la renta del trabajo anterior, sino a título de participación en el nivel general de bien estar". Cf LIGERO, Ma de los Santos Alonso, Los Servicios Sociales y la Seguridad Social, v 6., *Revista Ibero Americana de Seguridade Social*, p. 1.497.

<sup>8</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. Previdência social brasileira, p. 26-27.

<sup>9</sup> Ob. Cit. p. 44.

O plano de seguridade social explicitado no relatório de William Beveridge constitui uma parte de um programa geral de política social voltada a combater “os cinco gigantes malignos: a necessidade por falta de meios de subsistência; a enfermidade, que frequentemente causa aquela necessidade; a ignorância, que nenhuma democracia deve permitir entre seus cidadãos; a miséria e a ociosidade”.<sup>10</sup>

A insuficiência do modelo de proteção social, limitado subjetivamente, já que destinado tão-somente aos trabalhadores com vínculo empregatício, foi uma das limitações que o Plano *Beveridge* procurou superar, tal como podemos observar no trecho da introdução do Relatório<sup>11</sup>:

*“4. A limitação do seguro compulsório às pessoas vinculadas por um contrato de trabalho e submetidas a certa remuneração, quando empregadas em serviços não-manuais, é uma séria lacuna. Muitas pessoas, que trabalham por conta própria, são mais pobres e mais necessitadas do amparo do Estado do que os empregados; o limite de remuneração para os empregados de serviços não-manuais é arbitrário e não leva em conta as responsabilidades de família*

*[...]*

*5. Poderíamos citar muitos outros exemplos semelhantes, que são o resultado natural do modo como se desenvolveu, na Grã-bretanha, o seguro social. E aqui surge a questão de saber se, mediante mais estreita coordenação, os serviços sociais existentes não poderiam tornar-se mais benéficos e racionais para aqueles aos quais servem, bem como mais econômicos para a administração”.*

O modelo elaborado por *William Beveridge* e sua equipe adotou como uma das principais medidas a criação de um plano voltado a todos os cidadãos, sem

---

<sup>10</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. Previdência social brasileira, , p.46

<sup>11</sup> BEVERIDGE, William. O plano beveridge, tradução de Almir de Andrade, , p. 11.

qualquer limite de rendimento, considerando-se tão-somente seus diferentes modos de vida, sendo “*um plano de alcance universal, quanto às pessoas e às necessidades, porém classificados quanto a sua aplicação*”<sup>12</sup>. Procurou-se superar também o limite objetivo, dos modelos de seguros sociais até então vigentes, que se dedicavam apenas à cobertura de alguns riscos sociais.

Em suma, o Informe de *Beveridge* delimitou de forma bastante clara as principais características da seguridade social, fundamentado sobre os princípios da universalidade, unidade e integridade. Propôs um sistema de defesa contra os fatores sociais da miséria, proporcionando a todos os membros da sociedade um mínimo, para fazer frente a todas as eventualidades que pudessem afetar a renda do grupo familiar. Esse plano restou conhecido à época por meio da célebre frase *from de cradle to the grave*, isto é, como um plano de proteção que acompanharia o homem *do berço ao túmulo*.

Isso não implica, no entanto, que o modelo anunciado pelo Plano *Beveridge* esteja a salvo de críticas, já que um plano de proteção social tão amplo fatalmente encontraria barreiras para sua plena implementação, mormente no tocante à sustentabilidade econômica, o que levou à crise do Estado Providência<sup>13</sup>.

Consoante leciona Armando Oliveira Assis, “um sistema de seguridade social é a cupola (sic) da estrutura econômica da sociedade humana e, portanto, não poderá assumir volume despropositado à resistência dos alicerces desse edifício”<sup>14</sup>.

De qualquer sorte, visando a uma breve digressão sobre a evolução da seguridade social, importa afirmar que não mais se concebe a idéia de um Estado que não busque atingir os objetivos da seguridade social, considerando-se que a paz social e o bem comum somente serão atingidos com a implementação de

---

<sup>12</sup> BEVERIDGE, William. *O plano Beveridge*, tradução de Almir de Andrade, p. 16.

<sup>13</sup> Nesse sentido consigna Wagner Balera que “o ideal beveridgiano acaba sendo considerado como antecedente remoto da ‘crise’ por que atualmente passa o modelo do Welfare State, considerado como inviável, nos planos históricos, estrutural, econômico e político, por certos setores do pensamento dito moderno” in *Introdução à seguridade social*, in Monteiro, Meire Lucia Gomes, *Introdução ao direito previdenciário*, p. 42.

<sup>14</sup> ASSIS, Armando Oliveira. *Em busca de uma concepção moderna de “risco social”*, p. 30.

programas sociais que libertem o homem da angústia do futuro e das situações de necessidades.

O ideário da seguridade social constitui um norte a ser seguido, de modo que cada país implemente o plano de proteção social conforme suas condições sociais, econômicas, culturais, políticas e demográficas.

No Brasil, como veremos a seguir, embora tenha havido grandes avanços nessa seara, não se verifica a existência de uma seguridade social ampla, universal e irrestrita, de forma a socorrer os cidadãos em todas as situações de necessidade.

## 1.2. Conceito de Seguridade Social

A dificuldade em obter uma definição de seguridade social, universal, geral, aplicável a todos os ordenamentos jurídicos, decorre da própria noção de seguridade social que vimos no capítulo anterior.

Maria Ligeró<sup>15</sup> afirma ser impossível firmar-se um conceito uniforme aplicável e válido a todos os ordenamentos jurídicos, pois diversos são os princípios ético-políticos que inspiraram a legislação de cada país, assim como são diversas as condições econômicas e sociais que determinam a eleição dos diversos sistemas de seguridade social possíveis.

---

<sup>15</sup> LIGERO, Ma de los Santos Alonso, Los servicios sociales y la seguridad social, v 6., Revista Ibero Americana de Seguridade Social. 1971, p. 1.497. “Va abriéndose paso, poco a poco, la idea de solidaridad, van afirmándose las responsabilidades propias de la colectividad, destacándose cada vez con más fuerza la idea de que es la colectividad la que debe tomar a su cargo las prestaciones destinadas a garantizar a todos los miembros de la colectividad un mínimo. Se trata de asegurar un mejor reparto de las rentas en función de las necesidades del individuo: **la Seguridad Social reviste así la forma de un sistema de garantías de un mínimo social**. Ahora bien, sin olvidar nunca que por encima de estos niveles mínimos están las prestaciones adquiridas por los trabajadores asalariados en cuanto tales. La relación entre la prestación de trabajo y la prestación en especies ha perdido su valor; **la Seguridad Social se convierte en un derecho del ciudadano como tal**; en principio, cada uno puede hacer valer este derecho la renta del trabajo anterior, sino a título de participación en el nivel general de bien estar.”

Almansa Pastor<sup>16</sup>, por sua vez, enfatiza a dificuldade de juridicalizar a expressão seguridade social, na seguinte passagem de sua obra:

*“Quizá sea el de seguridad social unos de los conceptos que más se resisten a su juridización. En el lenguaje común se sabe lo que es seguridad y se sabe lo que es social. Sin embargo, no hay acuerdo para expresar un contenido jurídico com la unión de ambos vocablos. Y es que las dificultades de conceptualización derivan de la propia equivocidad terminológica; del propio contenido jurídico, mutable por la evolutividad de las circunstancias y los sistemas de organización social, y, sobre todo, por la diferente perspectiva, política y jurídica, desde la que observa la seguridad social”.*

O conceito de seguridade social é mutável diante de cada ordenamento jurídico, adequando-se às circunstâncias sociais, demográficas, econômicas e culturais de cada país. Daí a dificuldade de obter-se uma definição estanque e de aplicabilidade universal.

A seguridade social, como vimos, foi concebida por *William Beveridge* como uma política social para libertar o homem das situações de necessidade.

Segundo Celso Barroso Leite, *“seguridade social deve ser entendida e conceituada como o conjunto das medidas com as quais o Estado, agente da sociedade, procura atender à necessidade que o ser humano tem de segurança na adversidade, de tranqüilidade quanto ao dia de amanhã”*<sup>17</sup>.

Ao mesmo tempo, a seguridade social deve ser entendida como um direito subjetivo do cidadão, visto que o bem-estar passa a ser direito inalienável do cidadão, de forma a garantirem-se os recursos mínimos para uma vida desprovida de necessidades.

---

<sup>16</sup> PASTOR, José M. Almansa. Derecho de la seguridad social, p. 70.

<sup>17</sup> LEITE, Celso Barroso. Conceito de seguridade social, in Curso de direito previdenciário, p. 17.

Em uma visão finalística, a seguridade social constitui um fim que envolve toda a sociedade no sentido de prover aos cidadãos os bens materiais, morais e culturais integrantes do conceito geral de bem comum, cuja concretização implica a erradicação das necessidades sociais.

Mattia Persiani afirma que a seguridade social é implementada em um sistema complexo, em que a administração pública e outros entes públicos executam ações inspiradas na solidariedade geral, distribuindo bens ou serviços aos cidadãos que se encontram em situação de necessidade. E aduz que o sistema é complexo, pois *“comprende, oramai, tanto l’assistenza che la previdenza sociale”*<sup>18</sup>.

Diante dessa dificuldade, devemos partir da noção de seguridade social delineada pela Carta Constitucional de 1988.

### **1.3. Seguridade Social na Constituição de 1988**

A expressão seguridade social foi inauguralmente empregada na Constituição de 1988 e tratada no Título VIII, da Carta Constitucional, que cuida da ordem social.

O artigo 194 da Carta Constitucional traçou as diretrizes-mestras do sistema de seguridade social de nosso ordenamento, dispondo quais ações compõem o sistema, suas finalidades, bem como os objetivos que deverão ser implementados por meio daquelas ações.

A seguridade social encontra-se descrita na Constituição da República como um sistema que compreende o conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, destinadas a assegurar direito à saúde, à assistência e à previdência social (art. 194, CF). Com isso, a Carta Constitucional deixa de definir o que é a seguridade social, para explicitar que ela constitui um todo que compreende três subsistemas: a assistência social, a saúde e a previdência social, esta última integrada pela previdência complementar de caráter facultativo.

---

<sup>18</sup> PERSIANI, Mattia. Diritto della previdenza sociale, p. 26.

Estrutura-se, assim, o sistema de proteção social brasileiro, conclamando a participação de toda a sociedade no mister de superar as situações de necessidade.

A seguridade social rege-se pelos princípios insculpidos na Carta Constitucional no parágrafo único do artigo 194, denominados pelo legislador constituinte como os objetivos da seguridade social. São eles: I – universalidade da cobertura e do atendimento; II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV – irredutibilidade do valor dos benefícios; V – equidade na forma de participação no custeio; VI – diversidade da base de financiamento; VII – caráter democrático e descentralizado da administração mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados.

Esses princípios dão a exata dimensão do sistema de seguridade social, fornecendo aos intérpretes e aos juristas os instrumentos necessários para compreender os institutos que integram o sistema.

Diante da descrição dada pela Constituição da República, conclui-se que o sistema de seguridade social engendrado pelo legislador constituinte buscará, embasado nos princípios insculpidos no parágrafo único, do artigo 194, suprimir as necessidades dos cidadãos, garantindo vida humana digna, por meio de duas vias de acesso : a via assistencial e a via previdenciária.

A saúde é prestada a todos. A assistência social é destinada a todos os necessitados que não tenham condições de prover a subsistência própria ou de tê-la provido por sua família, enquanto a previdência social é destinada tão-somente aos segurados e dependentes do segurado que esteja previamente filiado ao sistema previdenciário e para ele contribua.

O sistema constitucional de seguridade social só pode ser compreendido com a análise do disposto no artigo inaugural do título que trata da Ordem Social, qual seja, do artigo 193, cuja análise levará à demonstração de que a seguridade

social e seus objetivos encontram-se em consonância com as finalidades do próprio Estado democrático brasileiro.

O artigo 193 da Carta Constitucional, “chave interpretativa”<sup>19</sup> do sistema de seguridade social brasileiro, enuncia que “a *ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais*”.

Da análise da estrutura do texto constitucional, nota-se que a seguridade social foi concebida pelo legislador constituinte como o instrumento apto a implementar os objetivos da ordem social consubstanciais no bem-estar social e justiça social (art. 193, CF), fulcrado no primado do trabalho.

Desse dispositivo extrai-se que a seguridade social se embasa sobre três pilares, a saber: a valorização do trabalho, a busca do bem-comum e a busca da justiça social.

A importância do valor do trabalho para a consecução da ordem social e, assim, para a seguridade social não poderia passar despercebida, uma vez que é por meio do trabalho que o homem afasta as situações de necessidade e contribui para a construção da sociedade, em suma, para o bem comum<sup>20</sup>.

Cumprindo ainda ressaltar que “os valores sociais do trabalho” foram elencados como um dos fundamentos da República Federativa, no artigo inaugural da Carta Magna, art. 1º, inciso IV, ao lado da dignidade da pessoa humana.

Em capítulo anterior, tivemos a oportunidade de ressaltar a intrínseca relação entre a busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e as finalidades da seguridade social. De outra parte, demonstrando estreita correlação entre a seguridade social e os fundamentos econômicos do Estado, observa-se, do disposto no artigo 170 da Carta Constitucional, que a ordem econômica e financeira do Estado brasileiro está embasada também na

---

<sup>19</sup> BALERA, Wagner. A seguridade social na Constituição de 1988, p. 32.

<sup>20</sup> SIMÕES, Aguinaldo. Princípios da segurança social. p. 42.

“*valorização do trabalho humano*”, tendo por finalidade garantir existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Inegável, assim, a relevância desse valor em nosso ordenamento e, especificamente, para a matéria ora em análise, restando claro que o trabalho constitui um dos pilares fundamentais da ordem social, e também da seguridade social.

Nada obstante a relevância supra-ressaltada, bem asseverou Wagner Balera que, nas reformas procedidas no sistema de seguridade social, deixou-se de dar a devida atenção à proteção ao desemprego, ressaltando que “*nenhuma reforma será capaz de colaborar com a construção de Ordem Social duradoura se não implementar concretas medidas de amparo contra o desemprego aliadas a medidas de fomento ao emprego*”<sup>21</sup>.

Mister se faz observar que os demais vetores – bem-estar e justiça social – também são imprescindíveis para compreender o sistema de seguridade social e seus institutos, na medida em que os mecanismos e instrumentos implementados nessa seara somente se justificarão se instituídos visando ao atingimento daqueles objetivos da ordem social.

### **1.3.1. Os Valores do Bem-estar e da Justiça social**

Explicita Wagner Balera que, “no direito brasileiro, o bem-estar e a justiça estão situados como valores supremos de nossa sociedade”<sup>22</sup>.

O bem-estar constitui, em nosso ordenamento jurídico, verdadeira pedra de toque, encontrando-se expressamente declarado no preâmbulo da Carta Constitucional. Assim, esse valor deve inspirar a interpretação de todos os demais dispositivos e institutos previstos no texto constitucional.

O vetor do bem-estar foi mencionado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XXV, e remete à idéia de bem comum. A Carta Constitucional

---

<sup>21</sup> BALERA, Wagner. Noções preliminares de direito previdenciário. p. 175.

<sup>22</sup> Balera, Wagner. Noções Preliminares de Direito Previdenciário, p. 16.

brasileira, em seu artigo 3º, inciso IV, dispõe que a promoção do bem de todos constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O bem comum é idéia imanente à própria existência do Estado, já que constitui o objetivo da sociedade<sup>23</sup>.

Leciona Jacy de Souza Mendonça que:

*“(...) O verdadeiro conceito de bem comum será aquele em que as realizações do convívio forem modeladas de tal forma que o homem, realizando uma tarefa social, encontre nessa realização um meio de consumação e efetivação de seus destinos meta-estatais, meta-históricos, meta-espaciais. **Só há bem comum quando há harmonia entre os fins do Estado e os fins da pessoa que transcendem os primeiros.** Na base da idéia de bem comum, portanto, está sempre uma Filosofia da pessoa humana”<sup>24</sup> (grifo nosso).*

André Franco Montoro conclui, de forma lapidar, que “o bem comum é o bem de uma comunidade de homens. Ele consiste, fundamentalmente, na vida dignamente humana da população ou, em outras palavras, na boa qualidade de vida da população”.

Nesse sentido, pode-se dizer que o Estado somente alcançará a plenitude de suas atribuições quando possibilitar que todas as pessoas tenham uma vida humana digna, conceito que pressupõe a idéia de solidariedade.

A seguridade social, tal como delineada na Constituição da República, fulcra-se na idéia de solidariedade entre todos os membros da sociedade e, em conceito ainda mais amplo, na solidariedade entre gerações dos sujeitos protegidos<sup>25</sup>, transcendendo-se a idéia de solidariedade entre as pessoas que

---

<sup>23</sup> MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito, p. 219.

<sup>24</sup> MENDONÇA, Jacy de Souza. O Curso de filosofia do direito do professor Armando Câmara, p. 224.

<sup>25</sup> BALERA, Wagner. Introdução à seguridade social. p. 15.

compunham determinado grupo ou classe de trabalhadores, tal como vigia nos sistemas de proteção mútua.

Essa solidariedade exige que todos os membros da sociedade cumpram seu papel na finalidade de concretizar o bem-comum, responsabilidade essa atribuída pelo legislador constituinte à sociedade, consoante disposto no artigo 194, *caput* da Carta Constitucional, dispositivo no qual se ressalta também a responsabilidade do Estado no implemento das ações de seguridade social.

Ao lado desse objetivo, a ordem social deve ainda buscar a promoção da *justiça social*.

O sistema de proteção social constitui “*valioso instrumento da justiça social*”<sup>26</sup>, visto que constitui um conjunto de medidas por meio das quais a sociedade deve assegurar a todos os seus cidadãos um nível mínimo de condições de vida.

A justiça social constitui valor fundado na solidariedade, o que reforça mais uma vez a noção de bem comum. Isso porque a idéia de bem comum está intrinsecamente ligada ao valor da justiça, já que “*Justiça e Direito voltam-se para a realização do bem comum, pois o direito é um meio para a realização dos fins sociais da vida*”<sup>27</sup>.

Essa intrínseca co-relação da justiça social e do bem comum foi ressaltada por André Franco Montoro<sup>28</sup>:

*“Justiça social é o nome novo de uma virtude antiga – justiça geral ou legal – que Aristóteles estudou detidamente e exaltou nos seguintes termos: ‘Nem a estrela da manhã, nem a estrela vespertina são tão belas quanto a justiça geral’.*

*Velho de mais de 20 séculos, esse conceito é, entretanto, de vigorosa atualidade. Podemos fazer, quando se aproxima do ano*

---

<sup>26</sup> LEITE, Celso Barroso. A proteção social no Brasil., p. 24/25.

<sup>27</sup> MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito, p. 219.

<sup>28</sup> MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito, p. 213.

*2000, que praticar essa justiça é despertar em nós o sentido social, que um século de individualismo quase destruiu. **É considerar-se servidor do bem comum**" (grifos nossos).*

A noção de justiça social, em nosso ordenamento, à luz do disposto no art. 3º da Carta Constitucional, deve ser entendida como a redução das desigualdades sociais<sup>29</sup>.

Nesse diapasão, os direitos e mecanismos do sistema de seguridade social, formatados pelo legislador constituinte, devem ser implementados tendo-se como vetores básicos os valores erigidos pela Carta Constitucional como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º, quais sejam, a promoção do bem-estar de todos, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária e a redução das desigualdades sociais, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Brasileiro (art. 1º, CF).

Saliente-se que essa breve digressão acerca dos objetivos da ordem social, superficial à vista da complexidade da matéria, não guarda, com efeito, qualquer pretensão de exaurir o tema, tendo como única finalidade ressaltar a importância desses valores no estudo dos institutos relativos à seguridade social, já que, como visto, constituem os vetores do sistema.

#### **1.4. Subsistemas da Seguridade Social**

O sistema constitucional de seguridade social engendrado pelo legislador constituinte, na busca do objetivo de liberar o homem do estado de necessidade, congrega ações na via assistencial e na via previdenciária.

A via assistencial compreende os subsistemas da assistência social e da saúde, que visam a assistir todas as pessoas em caso de necessidade, independentemente de vinculação ou contribuição. A previdência social, por sua vez, encerra um sistema eminentemente contributivo, no qual fazem jus aos benefícios e serviços apenas aqueles previamente inscritos e filiados ao sistema.

---

<sup>29</sup> BALERA, Wagner. Noções preliminares de direito previdenciário, p. 23 e 28.

Passa-se a analisar cada um dos subsistemas da seguridade social.

#### **1.4.1. A Saúde**

A saúde foi garantida pela Constituição em seu artigo 196 como um direito de todos e dever do Estado, cabendo a este prestar serviços de caráter preventivo e curativo por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco doença.

O Estado deve prestar medidas de saúde preventiva e curativa, evitando, de um lado, que a integridade física do cidadão seja afetada por enfermidades e, de outro, fornecendo todo tipo de tratamento necessário para recuperar a higidez física daquele que a teve comprometida.

A Carta Constitucional trouxe importante inovação quanto à prestação da saúde, ao torná-la um direito universal de todos os homens (art. 196 da CF), já que antes era prestada tão-somente aos segurados filiados à previdência social.

Tal alteração está em plena consonância com a nova concepção do ideário de seguridade social adotado no ordenamento jurídico.

A Carta Constitucional elenca, no artigo 198, as seguintes diretrizes que balizam as ações e serviços da saúde: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e a participação da comunidade.

Assim, diante da nova disciplina da matéria, a saúde será prestada pelo Estado a todos, por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada em um sistema único, disciplinado em nível infraconstitucional pela Lei n. 8.080/90.

A gestão da saúde será prestada de forma descentralizada pela União, pelos Estados e pelos Municípios, facultada ainda a participação da iniciativa privada (art. 197 e 199 da CF).

A saúde como sistema integrante da seguridade será financiada com recursos do orçamento da seguridade social, bem como por meio de parte dos recursos arrecadados pela contribuição provisória sobre movimentação financeira (CPMF), criada pela Emenda Constitucional n. 12/96, cuja validade vem sendo prorrogada pela Emenda Constitucional n. 37/2002. A disposição inserida no artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias constituiu uma garantia de que recursos mínimos seriam repassados para implementar os programas de saúde.

#### **1.4.2. A Assistência Social**

A assistência social, por sua vez, constitui expressão da solidariedade.<sup>30</sup> Tem a função de proteger todos os necessitados, sem exigir prévia vinculação ou contribuição ao sistema, assentada na idéia básica, antes traçada, de que não haverá bem-comum em uma sociedade em que haja indivíduos em situação de necessidade.

A garantia de uma vida humana digna constitui fundamento do Estado democrático brasileiro, que deverá prover a subsistência daquele incapaz de fazê-lo por conta própria ou por sua família.

O Estado deve prover o mínimo social, por meio das ações da assistência social, realizando ações integradas junto com a sociedade para garantir as necessidades básicas dos homens.

A Carta Constitucional tratou da assistência social nos artigos 203 e 204. O artigo 203 deixou claro o caráter universal da assistência social, dispondo que esta será prestada a todos que dela necessitarem, independentemente de contribuição, consoante se observa no dispositivo abaixo, que dispõe, *in verbis*:

---

<sup>30</sup> Diz-se que na assistência social vigora o princípio da solidariedade de forma plena, pois, não se exige prévia filiação ou contribuição, sendo essas prestações concedidas aos necessitados que não disponham de meios para prover a subsistência, nos termos em que previsto na Lei Orgânica da Assistência Social.

*“Art. 203. A assistência social **será prestada a todos a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social**, e tem por objetivos:*

*I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;*

*II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;*

*III – a promoção e integração ao mercado de trabalho;*

*IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida da comunidade;*

*V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (nossos os destaques).*

Tem a assistência social, não apenas a função de garantir rendas mínimas, mas também de reintegrar ou integrar à vida comunitária, bem como ao mercado de trabalho, pessoas portadoras de deficiência.

A assistência social, ao lado da saúde e das prestações de previdência social, completa a malha de proteção delineada pelo Estado brasileiro, visto que socorrerá as pessoas em situação de necessidade, não cobertas pelo sistema da previdência social, seja por não terem preenchido algum requisito legal (carência ou tempo de contribuição), seja porque se encontram à margem do sistema previdenciário.

A assistência social, assim como a saúde, será prestada de forma descentralizada, cabendo aos Estados e Municípios executar os programas. Deve ainda haver a participação de entidades privadas beneficentes a serem financiadas com recursos do orçamento da seguridade social (art. 204, CF).

Analisaremos o subsistema da previdência social em capítulo próprio, aproximando-se da análise do benefício do auxílio-reclusão.

### **1.5. As Prestações da Seguridade Social**

Prestações são meios através dos quais a seguridade social realiza a proteção social, suprimindo as situações de necessidade dos cidadãos.

Wagner Balera conceitua prestação como sendo o objeto da relação jurídica que se resume no “comportamento devido pelo sujeito passivo, que tanto pode consistir na ‘realização de um fato’ como na ‘dação de uma coisa’”.

No direito obrigacional, a prestação designa o objeto das obrigações que, na seguridade social, pode equivaler a serviços ou benefícios.

Vimos que o Estado tem diversas atribuições no mister de implementar o sistema de seguridade social, suprimindo as situações de necessidades dos cidadãos por meio de ações integradas da saúde, assistência e previdência social.

As prestações da seguridade social recebem regulamento das normas e passam a ser tratadas como relação jurídica. Segundo ensinamentos de Wagner Balera<sup>31</sup>, a relação jurídica, como esquema com que conta o direito para atuar nos fatos da vida social, “*se traduz em conceito fundamental para o estudioso do direito*”.

É sabido que a norma visa a regulamentar fatos ocorridos no mundo fenomênico. Entretanto, nem todos os fatos interessam ao direito. O direito, nesse tocante, dará coloração especial a alguns fatos ocorridos no mundo fenomênico, revestindo-os de conformação jurídica. Nos dizeres de Lourival Vilanova<sup>32</sup>, uma relação biossocial não pode ainda ser considerada, por si só, uma relação jurídica. Tal conformação somente ocorrerá quando a norma jurídica ligar a consequência, ou o “efeito”, àquela relação fática. Sobre o tema pontifica o autor: “*sem norma incidente na relação fática, essa relação factica não se eleva ao nível de relação jurídica*”<sup>33</sup>.

O estudo das prestações de seguridade social deve partir da análise da relação jurídica estabelecida entre os sujeitos que a compõem, visto que esta,

---

<sup>31</sup> BALERA, Wagner. Noções preliminares de direito previdenciário, p. 100.

<sup>32</sup> VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito, p. 75.

<sup>33</sup> Ob. Cit. p. 84.

segundo os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho<sup>34</sup>, “é o único instrumento de disciplina do comportamento humano”.

A relação jurídica da seguridade social, assim como as demais, envolve necessariamente um sujeito ativo, um passivo e o objeto.

O rol de sujeitos ativos e passivos nas ações de assistência e saúde não guarda limitação, posto que, como já visto em item anterior, a saúde e a assistência social são prestadas a todos, não se exigindo qualquer vínculo com o Estado ou relação jurídica prévia de contribuição, diferentemente do que ocorre na previdência social.

A teor das atribuições do sistema de seguridade social traçadas pela Constituição, como instrumento que prima pela supressão das situações de necessidade dos cidadãos, a relação jurídica obrigacional de seguridade social, de maneira geral, pode ter como objeto uma prestação de dar ou de fazer.

Em uma primeira e geral classificação das prestações de seguridade social identificam-se os serviços e benefícios, dependendo se se trata de prestações em dinheiro ou em utilidade, respectivamente.

As relações jurídicas de seguridade social que tenham por objeto prestação de fazer consistem basicamente nos serviços. Por outro lado, as relações jurídicas que tenham por objeto uma prestação de dar equivalem, no sistema de seguridade, aos benefícios.

De outra parte, as prestações podem ser classificadas ainda de acordo com o subsistema da seguridade. Podem ser de saúde, assistência ou de previdência social.

Assim, na seguridade social têm-se as prestações da saúde, previstas na Lei n. 8.080/90; as previdenciárias reguladas na Lei n. 8.213/91; e as prestações de assistência social previstas na Lei n. 8.742/93.

---

<sup>34</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Teoria da norma tributária, p. 188.

As ações da saúde que envolvem prestação de serviços de saúde preventiva e curativa podem abranger prestações de fazer ou mesmo de dar, exemplificativamente, na ação de fornecimento de medicamentos. As ações previdenciárias podem também revestir-se de natureza de prestação de dar e de fazer. Embora as prestações mais comumente estudadas na seara da previdência social sejam, de fato, os benefícios, a Lei n. 8.213/91 prevê, em seus artigos 88 e 89, a prestação de serviço social e serviços de habilitação e reabilitação profissional.

Os benefícios previdenciários, de sua parte, revestem-se da natureza de obrigação de dar visto, que são relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos ativos (segurados ou seus dependentes), titulares do direito de exigir do Estado prestação pecuniária, capaz de suprir a falta de remuneração, ante a incapacidade para o exercício da atividade laboral, cujas causas estão previstas em lei e na Carta Constitucional.

Dessa natureza também é o benefício concedido na seara da assistência social, tal como se dá com o benefício de prestação continuada, disciplinado pela Lei n. 8.742/93, cujo titular será qualquer pessoa idosa ou portadora de deficiência, incapaz de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família e que ainda preencha os demais requisitos de lei, como a limitação da renda familiar.

Como tivemos oportunidade de frisar anteriormente, na nova conformação da seguridade social, as prestações configuram direito dos cidadãos, não se concebendo que os benefícios, ainda que de natureza assistencial, revistam-se de caráter de serviços privados ou de caridade. Tal conceito já se encontra plenamente permeado em nosso ordenamento jurídico, no qual as prestações de seguridade social, como vimos, integram o rol de direitos públicos subjetivos dos cidadãos, encontrando respaldo no artigo 6º e nos demais artigos que tratam do título da ordem social da Constituição da República de 1988.

Cumpramos observar que a idéia, durante muito tempo assente, de que esses benefícios não se incluíam dentre os direitos subjetivos do cidadão e, sendo,

eram tratados como verdadeiras prestações de caridade, não mais se conforma aos princípios regentes do novo conceito de seguridade social.

As tutelas de seguridade social, sejam assistenciais ou previdenciárias, passaram a integrar o rol de direitos subjetivos do cidadão, não podendo ser consideradas como ato de caridade do Estado, a serem concedidas somente quando o Estado tenha provisões para tanto.

A promoção do bem-estar dos cidadãos, por meio das ações de seguridade, deve estar incluída dentre as finalidades do Estado, a quem cabe disponibilizar em orçamento recursos necessários para a concessão e implementação das ações e programas nessa área.

A Constituição da República de 1988, com o intuito de deixar a seguridade social a salvo de qualquer medida que visasse ao esvaziamento dessas ações, por meio de retenção ou diminuição orçamentária, determinou a instituição de um orçamento próprio da seguridade social, apartado do orçamento fiscal do Estado. Essa diretriz vem há muito sendo mitigada pelo Estado, que, por meio de emendas constitucionais, leis e medidas provisórias, autoriza a abertura dos cofres da Previdência para fazer frente a despesas outras que não aquelas ligadas à finalidade da seguridade social<sup>35</sup>.

Dessa forma, é possível também concluir que as prestações de seguridade social revestem-se da natureza de serviços públicos, visto que são prestações devidas pelo Estado, no caso, por meio de ente descentralizado e que observa o regime jurídico de direito público.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, importa demonstrar que as prestações de seguridade social abarcam serviços e prestações, dentre as quais se incluem os benefícios previdenciários, categoria na qual se enquadra o benefício de auxílio-reclusão, objeto da presente dissertação.

---

<sup>35</sup> Exemplo disso é o disposto no artigo 76 do ADCT, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 27/2000 e, posteriormente, pela n. 42/2003, que desvinculou de órgão, fundo ou despesa, 20% da arrecadação de impostos e contribuições sociais e contribuições de intervenção do domínio econômico, possibilitando a utilização do montante arrecadado por meio de contribuições sociais para outras finalidades que não as ligadas à seguridade social.

## CAPÍTULO II – A PREVIDÊNCIA SOCIAL

A previdência social, segundo os ensinamentos de Wagner Balera, é técnica de proteção que depende da atuação conjunta do Poder Público e dos demais atores sociais, e que estabelece uma série de seguros visando a minimizar os riscos sociais<sup>36</sup>.

É uma das vertentes de atuação da seguridade social e, como tal, deve também dirigir-se a atingir as finalidades da ordem social de bem-estar e justiça social, tal como afirmado em várias passagens do presente trabalho.

Da análise do disposto no artigo 201, *caput* da Carta Magna, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional n. 20/98, decorrem características do regime jurídico previdenciário, mormente quando se preceitua que a previdência social “***será organizada sob a forma de regime geral de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...)***”.

A previdência social destina-se a atender, nos exatos termos do que dispõe o artigo 201 da Carta Constitucional, a:

*I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;*

*II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;*

*III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;*

*IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;*

*V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no §2º”.*

---

<sup>36</sup> BALERA, Wagner. Noções preliminares de previdência social, p. 49.

O regime jurídico da previdência social insere-se em um sistema jurídico mais amplo, qual seja, o da seguridade social que constitui o sistema de proteção social engendrada pelo legislador constituinte.

Sobre o tema, vale transcrevermos as considerações de Daniel Pulino<sup>37</sup>:

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

*[...]*

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

As regras aplicáveis ao regime jurídico previdenciário devem ser extraídas do ordenamento jurídico, isto é, das normas e princípios enumerados na própria Carta Constitucional, bem como nas normas infraconstitucionais.

A partir da definição dada pelo legislador constituinte, nota-se a distinção marcante entre os sistemas da previdência social, de um lado, e da saúde e assistência social, de outro.

Na via assistencial que engloba tanto as ações da saúde quanto da assistência social, o princípio da universalidade faz-se plenamente presente, visto que esta é aberta a todos que dela necessitem, independentemente de prévia filiação ou contribuição ao sistema. Isso não implica concluir que o princípio da universalidade não tem aplicabilidade na previdência social, o que redundaria em afronta às regras da hermenêutica.

---

<sup>37</sup> PULINO Daniel. A Aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro, p. 31.

Com efeito, em sendo o princípio da universalidade norma basilar que rege a seguridade social, esse princípio deve encontrar eco também na seara da previdência social, ainda que de um enfoque diferenciado daquele que se verifica no âmbito da assistência social e da saúde.

Cumpra observar que a saúde é prestada a todos os cidadãos, enquanto a assistência social é destinada aos necessitados que não disponham de condições para prover o próprio sustento ou de tê-la provido por sua família.

A exigência de prévia filiação, bem como de contribuição, para que os beneficiários da previdência façam *jus* aos benefícios e serviços que ela oferece, parece não se coadunar com os princípios universalizantes de proteção que permeiam o sistema de seguridade social. Entretanto, tal aparente dicotomia pode ser compreendida tendo em vista a constatação de que o sistema de seguridade social brasileiro encontra-se ainda em evolução.

Com efeito, a seguridade constitui uma política social que será implementada em cada ordenamento jurídico, observados diversos fatores (econômicos, políticos, demográficos), que influenciarão na maior ou menor abrangência do sistema de proteção social de cada país.

Da análise do sistema de proteção social engendrado pelo legislador constituinte extrai-se a conclusão que a seguridade social em nosso ordenamento jurídico vem evoluindo, não tendo encontrado sua conformação máxima, de uma seguridade social assistencial<sup>38</sup>, plenamente universal, de sorte a abranger todas as situações de necessidade e todas as pessoas necessitadas.

Tal ideário somente poderá ser alcançado quando existir uma solidariedade máxima, por meio do financiamento completo do sistema de proteção social pelo Estado, via tributos indiretos<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Modelo esse considerado pelo próprio Almansa Pastor como uma visão paradisíaca, uma idealidade platônica, que encontra seu principal entrave nos recursos financeiros que seriam necessários para implantá-lo (cf. Derecho de la seguridad social, p. 61).

<sup>39</sup> PASTOR, Almansa Manuel. Derecho de la seguridad social, p. 61.

Daí porque é possível observar vários níveis de proteção social, o que justifica a existência de diferentes regimes jurídicos dentro do sistema de seguridade social<sup>40</sup>.

A previdência social encerra um nível de proteção social, limitado objetiva e subjetivamente, como não poderia deixar de ser, visto que depende da contribuição direta dos segurados, sistema que visa a salvaguardar a situação de trabalhadores que têm comprometida a capacidade de continuar percebendo rendimentos do trabalho, assegurando meios indispensáveis à sobrevivência do segurado e de sua família (art. 1º da Lei n. 8.213/91). Assim, constitui um modelo de proteção social destinado aos segurados e seus dependentes, denominados de maneira geral como beneficiários da previdência social.

O sistema de seguridade social, que visa a proteger todos os cidadãos em caso de necessidade, encontra nos subsistemas da saúde e da assistência social o primeiro nível de proteção, voltado a fornecer a todos os mínimos necessários para uma vida humana digna. Em um outro plano está a proteção previdenciária, que assegurará proteção social em um nível economicamente mais elevado, visando a substituir a renda do trabalhador em situações de incapacidade, nas quais não tenha o segurado condições laborativas. Tal proteção, no entanto, ainda que tenha a finalidade de substituir a renda do trabalhador, não fornece proteção integral, em razão do teto do valor de benefícios, estabelecido em lei. Composto ainda o arquétipo do sistema de proteção social está a previdência complementar privada, destinada a assegurar o padrão de vida que o cidadão

Assim, fixa-se a premissa de que existem regras peculiares a serem observadas no campo da previdência social, mormente quanto à necessidade de os segurados contribuírem para o sistema e filiarem-se previamente para fazerem *jus* à rede de proteção previdenciária, inexistente nos subsistemas da assistência social e da saúde.

Tal fato demonstra que nada obstante tenha-se verificado evolução previdência social, mormente para abarcar as novas perspectivas trazidas pela

---

<sup>40</sup> PULINO, Daniel. A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro, p. 33.

seguridade social, esta não se afastou do modelo de seguro social que inspirou seu advento, mantendo em grande parte o arcabouço engendrado na Alemanha<sup>41</sup> por Bismarck.

Dissertando acerca da seguridade social, Celso Barroso Leite consignou que “... *não há como confundir seguridade social e previdência social*”<sup>42</sup> e, diante da definição dada pela Constituição à previdência, resta evidente sua nítida caracterização como seguro social, mormente ante a exigência da prévia contribuição ao sistema.

## **2.1. Características da Previdência Social**

Passemos à análise das principais características da previdência social, extraídas do disposto no artigo 201 da Carta Constitucional.

### **2.1.1. Regime Geral**

Dispõe o artigo 201 da Carta Constitucional que a previdência social será organizada por meio de um regime geral, tendo sido a expressão *regime geral* inserida no texto constitucional com a Emenda Constitucional n. 20/90.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>43</sup> conceituam regime previdenciário como sendo:

*“(...) aquele que abarca, mediante normas disciplinadoras da relação jurídica previdenciária, uma coletividade de indivíduos que têm vinculação entre si em virtude da relação de trabalho ou categoria profissional a que está submetida, garantindo a esta coletividade, no mínimo, os benefícios essencialmente observados em todo sistema de seguro social – aposentadoria e pensão por falecimento do segurado”.*

---

<sup>41</sup> BALERA, Wagner. Introdução à seguridade social, in introdução ao direito previdenciário, p. 31.

<sup>42</sup> LEITE, Celso Barroso. Conceito de seguridade social in curso de direito previdenciário - homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, p. 27.

<sup>43</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, Lazzari, João Batista. Manual de direito previdenciário, p. 92.

Embora a expressão *regime geral* pudesse conduzir à idéia de existir um regime único aplicável a todos, o certo é que, no ordenamento jurídico brasileiro, existem vários regimes previdenciários.

A previdência social foi engendrada sob três tipos de regimes: o regime geral de previdência social, o regime próprio dos servidores públicos civis e militares e, ainda, o regime de previdência complementar privada.

O regime geral de previdência social é regido pela Lei n. 8.213/91, abrangendo todos os trabalhadores da iniciativa privada. É de filiação compulsória e automática dos segurados obrigatórios, havendo a possibilidade de pessoas que não exerçam atividade remunerada filiarem-se facultativamente ao sistema. Destina-se ainda a proteger os dependentes dos segurados definidos no artigo 16 da Lei n. 8.213/91.

O regime geral de previdência social aplica-se a todos os trabalhadores que exerçam qualquer tipo de atividade remunerada, rural ou urbana, ainda que de natureza eventual, com ou sem vínculo empregatício. Abrange, assim, empregados que mantenham vínculo empregatício regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, urbano ou rural, empregados domésticos, contribuintes individuais, dentre os quais se inserem os trabalhadores autônomos, titulares de firmas individuais, empresários, trabalhadores eventuais, trabalhadores avulsos e segurados especiais, isto é, o produtor, parceiro, meeiro e arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e assemelhado, que exerçam atividades, individualmente, em regime de economia familiar.

O regime geral de previdência é gerida pela Secretaria da Receita Previdenciária, responsável por arrecadar as contribuições sociais, cabendo ao Instituto Nacional do Seguro Social a atribuição de conceder os benefícios previdenciários, com exceção do benefício de seguro-desemprego, que é administrado pela Caixa Econômica Federal.

O art. 18 da Lei n. 8.213/91 prevê dois tipos de prestações compreendidas no regime geral de previdência social: os benefícios e os serviços.

Os benefícios concedidos aos segurados são: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente. Aos dependentes dos segurados podem ser concedidos a pensão por morte e o auxílio-reclusão. Os serviços são a reabilitação profissional e o serviço social.

Pode-se dizer que o regime geral fornece proteção aos trabalhadores a ele vinculados em nível básico, isto é, provendo um padrão da remuneração percebida pelo trabalhador, suficiente para garantir a subsistência do segurado e de seus dependentes, em substituição à remuneração antes percebida, na medida em que prevê limite máximo de contribuição e valor de benefícios pagos nessa seara.

Há ainda o regime próprio dos servidores civis e o regime próprio dos militares. O regime próprio dos servidores civis abarca os servidores públicos dos diversos entes (União, Estado, Municípios e Distrito Federal). Os servidores públicos civis ou militares que se vinculem a regime próprio estão expressamente excluídos do regime geral (art. 12 da Lei n. 8.212/91). De outra parte, os servidores públicos vinculados a entes da Federação que não disponham de regime próprio são considerados segurados obrigatórios do regime geral, de modo que não se vejam alijados da proteção social do Estado.

A assertiva de que o regime próprio não fornecia proteção em nível básico, já que assegurava aos servidores públicos benefícios equivalentes ao valor total da remuneração percebida, deixou de ser verdadeira com o advento da Emenda Constitucional n. 20/98. O evidente esgotamento das forças do Estado trouxe a lume a Emenda Constitucional n. 20/98 e, mais recentemente, a Emenda Constitucional n. 41/2003, que apresentou aos novos servidores públicos<sup>44</sup> um regime diferenciado, estabelecendo forma diferenciada de cálculo do benefício que passa a incidir sobre a média das remunerações utilizadas como base para as contribuições (art. 40, §3º, CF). Prevê ainda a possibilidade de limitar os valores dos benefícios ao mesmo patamar dos concedidos no regime geral, desde

---

<sup>44</sup> Aplicáveis àqueles que se vinculem ao sistema após o advento da Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/1998 (art. 40, §14, da CF).

que instituída a previdência complementar, de natureza pública, a seus servidores.

Ao lado dos regimes públicos de previdência está o regime complementar, de natureza privada e adesão facultativa.

A previdência privada visa a cobrir as lacunas dos regimes públicos, colaborando para a instituição de um sistema mais eficaz de proteção e cumprindo sua função complementar da malha de proteção social assegurada pelo Estado.

A existência dos regimes complementares se justifica, pois nenhum sistema, por mais amplo que seja, possibilitará a cobertura de todas as contingências sociais que podem atingir os homens. Há uma natural limitação, além daquelas impostas pela lei em relação aos cidadãos protegidos (limitação subjetiva), ou mesmo pela imposição de condições para fruição dos benefícios concedidos pela previdência social (limitação objetiva), sem mencionar ainda as restrições de natureza econômica.

Leciona Wagner Balera, de maneira conclusiva, que “é a impossibilidade, financeira e política, de o regime básico conferir, a todos os filiados, a manutenção do mesmo padrão de vida que a atividade laborativa proporciona, que justifica a institucionalização dos planos complementares”<sup>45</sup>.

Conclui-se, então, que cabe à previdência privada a tarefa de manter o padrão de vida que o segurado apresentava durante sua vida ativa, uma vez que a previdência privada não prevê limite máximo para os benefícios, tal como acontece na seara do regime geral..

Com efeito, ao regime geral de previdência social é atribuída a função de manter o nível de vida dos beneficiários, na medida em que os benefícios concedidos nessa seara visam a substituir a remuneração percebida pelo segurado, quando este se veja incapacitado de continuar a exercer a atividade laboral. Entretanto, tal manutenção é limitada, tendo em vista o limite máximo dos

---

<sup>45</sup> BALERA, Wagner. Sistema de seguridade social, p. 76 .

benefícios pagos pela previdência social. Nesse sentido, afirma-se caber à previdência privada complementar a função de manutenção do exato padrão de vida econômica mantido pelo trabalhador durante sua vida economicamente ativa.

A Emenda Constitucional n. 20/98 deu nova conformação jurídica ao regime de previdência complementar, ressaltando sua independência do regime geral, que tem como papel precípuo complementar a previdência social, estendendo, como já pugnado, a malha de proteção social, assegurada pelo sistema de seguridade social.

### **2.1.2. Prévia e Obrigatória Filiação**

A obrigatoriedade da filiação ao sistema previdenciário constitui elemento intrínseco e ontológico do sistema de proteção social. Marly Cardone leciona que:

*“A obrigatoriedade significa que as pessoas que estejam em determinadas condições estipuladas pela lei não se podem furtar a ser sujeitos da relação jurídica que se instaura em virtude da própria lei. A obrigatoriedade abrange não apenas os segurados como também o órgão segurador, que não seleciona as pessoas com as quais manterá a relação jurídica assecuratória, desde que as mesmas reúnam as condições objetivas previstas pela lei. Nos dizeres de Lionello R. Levi tais condições funcionam como ‘fatos jurídicos objetivos que provocam o surgimento da relação’<sup>46</sup>.*

De certo, o Estado não seria capaz de fornecer a proteção, reduzindo as situações de necessidade, se o sistema de proteção não fosse obrigatório. Assim, as pessoas que se encontrem nas situações descritas pela lei devem obrigatoriamente sujeitar-se ao sistema previdenciário, decorrendo da própria lei a filiação do sujeito protegido.

---

<sup>46</sup> CARDONE, Marly. Previdência, assistência, saúde, p. 23.

Sobre esse tema Wagner Balera, em sua obra Sistema de Seguridade Social<sup>47</sup>, consigna que: “Deveras, a previdência social é compulsória, instituída ope legis, **e protege mesmo aqueles que nela não confiam ou que nela não acreditam (desde que atuem em conformidade com o ordenamento jurídico)**” (nossos os destaques).

Essa característica da previdência social marca também a distinção com a previdência complementar subsistema da previdência social, integrante da malha de proteção social, que tem natureza privada e cuja contratação é facultativa.

Assim, enquanto a filiação e a integração ao regime geral de previdência social não decorrem da vontade do segurado, mas sim de disposição legal, não havendo espaços para faculdade ou voluntariedade – salvo nos casos dos segurados facultativos, evidente exceção à regra –, na previdência privada, para que a relação jurídica se instale, deve haver expressa manifestação de vontade do interessado, formalizada por meio de contrato de previdência privada, visto que são características desta a facultatividade e a contratualidade.

A regra é de sujeição obrigatória ao sistema previdenciário; entretanto, abriu-se a possibilidade a qualquer pessoa com mais de dezesseis anos de idade filiar-se ao sistema previdenciário, exceção à regra da obrigatoriedade.

A Constituição da República exige o prévio vínculo entre o segurado e o órgão previdenciário, vínculo este denominado filiação.

A filiação constitui o vínculo jurídico que une o segurado à previdência social, o que se instala automaticamente quando verificadas as condições impostas pela lei, o que se dá basicamente pelo exercício de atividade remunerada vinculada ao regime jurídico previdenciário. Assim, no que tange à questão da filiação, existem causas que deflagram a adesão do segurado ao sistema, independentemente da sua vontade manifesta.

Desse vínculo jurídico decorrem duas relações jurídicas, : uma que obriga o segurado a custear o sistema, por meio do pagamento das contribuições, e outra

---

<sup>47</sup> BALERA, Wagner. Sistema de seguridade social, p. 70.

relativa ao direito à prestação previdenciária, isto é, a proteção social prevista pela lei..

A filiação delimita o âmbito subjetivo de aplicabilidade e subordinação da previdência social, já que identifica, de um lado, os titulares das prestações previdenciárias e, de outro, aquelas pessoas obrigadas a contribuir com o sistema previdenciário.

A filiação, como já visto, é, em regra, obrigatória e decorre da própria lei. Entretanto, em nosso ordenamento jurídico, como expressão do princípio da universalidade, previu-se a possibilidade de qualquer pessoa, desde que não vinculada ao sistema previdenciário de forma obrigatória, filiar-se à previdência social. Com isso, o sistema previdenciário brasileiro abarca duas categorias de segurados: os obrigatórios e os facultativos.

São segurados obrigatórios da previdência social, nos termos do artigo 11 da Lei n. 8.213/91, os empregados urbanos e rurais que prestem serviços com vínculo empregatício, os trabalhadores temporários, o servidor público ocupante de cargo em comissão sem vínculo efetivo, os empregados domésticos, os contribuintes individuais, dentre os quais estão os trabalhadores autônomos, titulares de firma individual urbana ou rural, sócio-gerente e sócio-cotista que recebam remuneração, os trabalhadores eventuais, além dos trabalhadores avulsos, e os segurados especiais, que são o produtor, parceiro, meeiro, arrendatário rurais, garimpeiro, pescador artesanal, que exerçam atividade em economia familiar.

Para os segurados obrigatórios, a filiação é automática e decorre do simples exercício da atividade remunerada. Ao lado desses, a lei permite, como expressão da solidariedade e da universalidade, que qualquer pessoa maior de dezesesseis anos venha a aderir voluntariamente ao sistema – sendo denominados segurados facultativos.

A vinculação dos segurados facultativos decorre da expressa manifestação da intenção de filiar-se ao sistema, com o recolhimento das contribuições sociais devidas. Assim, enquanto para os segurados obrigatórios a filiação ao sistema

previdenciário decorre do exercício de atividade remunerada, para os segurados facultativos exige-se que este manifeste expressamente sua vontade de filiar-se ao sistema, por meio da inscrição, que somente terá validade se acompanhada do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas.

### **2.1.3. Contributividade**

A exigência de contribuição constitui uma das características que mais marcam a distinção desse esquema de proteção das demais searas da seguridade social – assistência social a saúde.

A contributividade constitui elemento essencial para compreender o modelo de proteção social previdenciário, que exige do indivíduo protegido a participação no custeio do programa de proteção social, elemento que demonstra o atual estágio de desenvolvimento da seguridade social em nosso país.

A Carta Constitucional conclamou toda a sociedade a participar do custeio da seguridade social, exigindo também a participação direta dos sujeitos protegidos. Essa participação se dá por meio de pagamento das contribuições sociais, que constitui o *financiamento direto* a que faz menção o *caput* do art. 195 da Carta Constitucional:

*“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*

*I – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incluindo a contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201”.*

A exigência da contribuição por parte dos sujeitos protegidos pela previdência social tem relevância na própria constituição da relação previdenciária, por meio da exigência do número de contribuições mínimas (a

carência), bem como para configurar a condição de segurado, pressuposto da relação previdenciária.

Nada obstante comumente afirmar-se que a ausência de contribuição conduz inexoravelmente à perda do direito às prestações previdenciárias há institutos abarcados pela previdência que mitigam essa comutatividade direta existente nas relações securitárias, o que demonstra a marca distintiva da previdência social com o seguro social.

O período de graça regulamentado no artigo 15 da Lei n. 8.213/91 consiste em um desses institutos. Trata-se de lapso temporal durante o qual, ainda que não tenha o segurado vertido as contribuições devidas, faz *jus*, ele ou seus dependentes, a todos os benefícios e serviços da previdência social.

Outra situação digna de nota é a ausência de contribuição no caso do segurado empregado e avulso. A lei previdenciária retirou dos segurados empregados e dos avulsos a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições sociais, atribuindo ao contratante, ao empregador, a responsabilidade pela retenção e repasse dessas contribuições ao instituto de previdência social. Diante dessa sistemática, não seria justo que os empregados e trabalhadores avulsos pudessem ser prejudicados em face do descumprimento da obrigação de recolher as contribuições sociais pelas empresas contratantes, até porque a fiscalização do recolhimento cabe ao ente previdenciário, não podendo esse ônus ser transferido ao trabalhador.

Cunhou-se com base nesses fundamentos um princípio próprio aplicável ao direito previdenciário, denominado de *princípio da automaticidade das prestações*. Segundo ele, o órgão previdenciário não poderá deixar de pagar as prestações ao segurado<sup>48</sup> e seus dependentes, diante da falta de recolhimento das contribuições pelo empregador.

---

<sup>48</sup> Esse princípio era aplicável aos empregados e avulsos, pois estes tinham suas contribuições retidas e recolhidas pelo empregador. A Lei n. 10.666/03 determinou que a empresa passasse a reter contribuições devidas pelos contribuintes individuais que lhes prestassem serviços (art. 4<sup>o</sup>), devendo tal princípio ser estendido a todos os trabalhadores que prestem serviços a empresas.

As contribuições prestam-se a, de um lado, qualificar o indivíduo como beneficiário do sistema e, de outro, a quantificar, de forma ainda que não direta, os benefícios previdenciários que os segurados ou seus dependentes terão direito de receber.

Não se pode verificar uma relação direta entre o *quantum*, vertido pelo trabalhador ao instituto previdenciário, e o valor do benefício que perceberá diante da ocorrência de uma das situações cobertas pela previdência.

O regime previdenciário instituído pela Constituição da República de 1988 adotou a forma de repartição das receitas entre os beneficiários que delas necessitam. Constitui um regime no qual há solidariedade entre gerações, visto que a presente geração – dos trabalhadores economicamente ativos e vinculados à previdência – custeará os programas previdenciários das gerações passadas. Ademais, como já abordado, as contribuições vertidas pelos sujeitos obrigados formam o orçamento da seguridade social, custeando não apenas o subsistema da previdência social, mas também os sistemas da saúde e da assistência social. Consigne-se que o artigo 167, XI, da Constituição veda a utilização dos recursos provenientes das contribuições da empresa sobre folha de salários, bem como a contribuição do trabalhador e demais segurados da previdência para despesas outras que não.

Assim, embora a maior parte dos benefícios seja calculada com base no valor das contribuições sociais vertidas pelos trabalhadores, isto é, com base no salário-de-contribuição, não se verifica exata co-relação entre os valores efetivamente recolhidos pelo trabalhador ao longo de sua vida profissional e o valor dos benefícios que poderá vir a receber quando da ocorrência dos eventos protegidos.

#### **2.1.4. Superação da Noção de Risco Social**

Elemento indissociável à idéia de seguro, e que pode ser transportada para a seara da previdência social, é a existência de um risco a ser coberto.

A previdência social, como forma de seguro social, haure seus fundamentos da técnica de seguro privado.

No seguro privado, a relação jurídica existente entre o ente segurador e o segurado deve estar presente antes da ocorrência do risco, daí por que se elencam como características fundamentais do risco: ser possível, futuro, incerto e independe da vontade das partes, gerando ainda prejuízo econômico ao contratante. A aleatoriedade constitui elemento do seguro tradicional.

A relação securitária visava a indenizar o indivíduo dos eventuais danos causados pelo acontecimento do risco, previsto e coberto pelo contrato. A evolução dos modelos de seguro sociais implicou que seus conceitos também fossem adequados às novas concepções.

Assim, o conceito de risco, entendido como acontecimento *incertus an e incertus quando*, foi superado nos modelos de seguros sociais, pois havia fatos não incertos que ocasionam o aumento de despesas e, conseqüentemente, geram situações de necessidades, das quais deveriam os seguros sociais se ocupar.

Com efeito, o seguro privado fundava-se na concepção de risco-evento e dano. A idéia de dano, ínsita também aos contratos de seguro privados, não era adequada aos modelos de proteção social, uma vez que, como já dito, há situações como nascimento e casamento que não se apresentam propriamente danosas para as partes, mas que, por demandarem incremento nas despesas, podem gerar situações de necessidade. De outra parte, nem todos os danos sofridos pelas partes devem gerar direito à proteção social, visto que o dano pode recair sobre bens não-essenciais, que não prejudiquem a subsistência do indivíduo ou de sua família. Destarte, evoluiu a noção de risco, passando a proteção social a ser destinada às situações de necessidade, mais adequada à idéia de seguridade social.

Importante salientar que a noção de risco continua a ser importante na teoria da previdência social, não havendo o abandono dessa idéia, apenas a alteração de sua concepção.

Atualmente, a seguridade social é concebida como o sistema apto a liberar os indivíduos da situação de necessidade social, pois, com a socialização dos riscos, idéia ínsita à noção de seguridade, a necessidade suportada por um indivíduo acaba por colocar toda a coletividade em risco.

O risco social pode ser caracterizado como a ameaça que atinge toda a sociedade, caso um de seus membros venha a ser colocado em situação de necessidade.

Leciona Armando de Oliveira Assis, acerca da nova concepção de risco social:

*“Neste ponto chegamos, então, à meta que buscávamos: é que numa nova concepção de ‘risco social’ como propomos, a noção fundamental será a de que o perigo que ameaça o indivíduo se transfere para a sociedade, ou por outra, se ameaça uma das partes componentes do todo, fatalmente ameaçará a própria coletividade, o que faz com que as necessidades daí surgidas, além e acima de serem apenas do indivíduo, se tornem igualmente necessidades da sociedade. De tal forma se nos patenteia êsse fato, que **nos chega a parecer mais apropriado designar o perigo potencial de “necessidade social”, ao invés de ‘risco social’**”<sup>49</sup> (grifo nosso).*

Nesse sentido são também os ensinamentos de Mattia Persini<sup>50</sup>, para quem a idéia de segurança nacional, essencial e indispensável para o gozo de direitos civis e políticos, exprime a exigência da garantia a todos da libertação das necessidades.

A finalidade da seguridade social é a supressão desse estado de necessidade, de forma a restabelecer o equilíbrio social, ante a manutenção das condições mínimas de subsistência e bem-estar dos cidadãos, por meio dos instrumentos engendrados pelo Estado.

---

<sup>49</sup> ASSIS, Armando de Oliveira. Em Busca de uma concepção moderna de “risco social”, p. 28.

<sup>50</sup> PERSIANI, Mattia. Diritto della previdenza sociale, p. 12.

Tais premissas são plenamente aplicáveis às ações da previdência social, sendo válida a assertiva de que cabe a ela suprimir o estado de necessidade causado pelo risco social previsto em lei. Sobre o assunto, elucidativas são as considerações de Daniel Pulino<sup>51</sup>:

*“Insista-se **o que se socorre, na previdência social é a necessidade social**; não, portanto, a invalidez, a morte, a velhice, etc., consideradas em si mesmas, mas, sim, a repercussão que elas acarretam, o comprometimento da subsistência que aquelas contingências ensejam ao privarem de rendas ou sobrecarregarem as despesas dos sujeitos que vivem do próprio trabalho ou daqueles que deste dependam. Assim, o que realmente importa, o – digamos – **fim imediato, a finalidade protetiva, enfim, da previdência social é a superação da situação de necessidade social**” (grifo nosso).*

Importante salientar que nada obstante no sistema de previdência social busque-se salvaguardar as situações de necessidade social, tais situações devem decorrer do risco expressamente previsto pelo legislador, ante a limitação objetiva, da qual decorre que somente as contingências previstas em lei são cobertas pelo sistema. Diferentemente de uma seguridade social ampla, em que se busca afastar as necessidades sociais, no sistema de previdência social somente as contingências previstas em lei merecem proteção social.

Sobre o tema, Almansa Pastor<sup>52</sup> afirma que, nos ordenamentos em que vige o sistema de seguridade social contributiva, é necessário impor restrições não só no âmbito subjetivo, mas também no âmbito objetivo, a fim de delimitar quem são os sujeitos protegidos e obrigados pela seguridade. A restrição objetiva dá-se com a identificação das necessidades que merecem proteção social.

O artigo 201 da Carta Constitucional elenca as contingências cobertas pela previdência social, dentre as quais cabe citar as relacionadas à incapacidade para o trabalho (doença, invalidez) e as destinadas à proteção da família (morte,

---

<sup>51</sup> PULINO, Daniel. A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro, p. 40 e 41.

<sup>52</sup> PASTOR, José M. Almansa. Derecho de la Seguridad Social, p. 225.

maternidade, reclusão, número de dependentes). Observa-se que, nada obstante não seja o Brasil signatário da Convenção n. 102 da OIT, que trata das Normas Mínimas de Seguridade Social, nosso ordenamento acabou por abarcar todos os riscos enumerados naquele instrumento norteador.

As contingências elencadas no texto constitucional são as contingências mínimas, tidas pelo legislador constituinte como aptas a fornecer a malha de proteção social necessária a socorrer os cidadãos nas situações de necessidades, no implemento dos objetivos da ordem social, podendo verificar-se a expansão do sistema, desde que, para tanto, sejam previamente estabelecidas as fontes de custeio (art.195, §5º da CF).

Acerca dos riscos mínimos previstos pelo ordenamento, acentuou Mattia Persiani<sup>53</sup> a importância desse rol, minimamente garantido pelo legislador constituinte, em relação aos quais não se poderiam cogitar retrocessos. Aduz que o rol não é taxativo, podendo o legislador ordinário nele incluir outras contingências não previstas, de forma a ampliar a rede de proteção social, não se admitindo, no entanto, retrocessos à evolução já realizada.

Importa observar ser aplicável, nesse tocante, o princípio da tipicidade. As contingências desencadeantes da proteção social previdenciária devem estar previamente previstas em lei, não se admitindo a criação doutrinária ou jurisprudencial de outros riscos não previstos pelo ordenamento.

Os sistemas de proteção social de cada país são engendrados de acordo com a capacidade econômica de cada sociedade, cabendo a cada qual, analisadas as circunstâncias e peculiaridades, eleger o rol de riscos que melhor atenderá às finalidades visadas pelo Estado.

---

<sup>53</sup> PERSIANI, Mattia. *Diritto della Previdenza Sociale*, p.15/16. Nas palavras do autor: “*lavoratori, inoltre, hanno diritto a che siano preveduti e assicutati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita quando si verificano determinati eventi generatori di bisogno. L’indicazione di tali eventi, contenuta nel secondo comma dell’art. 38, non ha valore tassativo.*”

*Essa pone, però, un vincolo al legislatore ordinario nel senso che, salvo che per quanto attiene ai requisiti per aver diritto alle prestazioni e ai criteri per determinarne l’ammontare, rende irreversibile l’evoluzione già realizzata.* Per contro, quell’indicazione non esclude la possibilità di un’ulteriore estensione della tutela previdenziale, come, ad esempio, è avvenuto per la tutela dei superstiti (cfr.n.104)” (grifo nosso).

Essa idéia foi plenamente adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 22, que dispõe: “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional, **de acordo com a organização e recursos de cada Estado**, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade” (grifos nossos).

A inclusão de novas contingências não previstas em lei acarretaria evidente desequilíbrio ao sistema, colocando-se em xeque a sustentabilidade econômica do regime previdenciário, o que vai de encontro à própria idéia de seguro social. Tal procedimento, ademais, em nosso ordenamento, é expressamente vedado, em face da vigência da regra insculpida no artigo 195, § 5º, da Constituição da República, denominada de *regra da contrapartida*, instituída para manutenção do equilíbrio econômico do sistema, basilar de qualquer regime de seguro social.

Sobre a regra da contrapartida, leciona Wagner Balera<sup>54</sup> :

*“Segunda abalizada opinião de Esser, há princípios que são, no sistema jurídico, “imanescentes” e “informativos”. Sustenta esse notável autor que, mesmo quando não estejam incorporados ao texto normativo, tais princípios funcionam como diretrizes (guides) que norteiam o legislador.*

*A regra da contrapartida, grafada pela primeira vez na Emenda n. 1 (1969) à Lei Máxima de 1967, faz parte do ideário básico sem o qual seria de todo inconcebível no modelo alemão do seguro social. Por conseguinte, sempre esteve, implicitamente pelo menos, presente em nosso direito constitucional positivo.*

(...)

---

<sup>54</sup> MONTEIRO, Meire Lucia Gomes (coord.). Introdução ao Direito Previdenciário, p. 68.

*A restrição imposta pela regra da contrapartida funciona, assim, como garante do sistema”.*

Nesse sentido, concluímos, portanto, pela necessidade da prévia instituição, em lei, das contingências sociais a serem cobertas pelas prestações de previdência social. É o caso da reclusão, que se encontra prevista como uma das contingências cobertas pela previdência social.

### **2.1.5. Equilíbrio Econômico-Financeiro**

Dispõe o artigo 201 da Carta Constitucional, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, que a previdência social deverá observar critérios que garantam o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Esse mandamento constitucional direcionado aos gestores do subsistema previdenciário foi inserido quando do advento da emenda Constitucional n. 20/98, determinando-se especial atenção para a manutenção do equilíbrio entre os valores pagos pelo órgão previdenciário, por meio dos benefícios, e os recursos arrecadados, explicitando a importância do planejamento para a manutenção do sistema previdenciário.

Com efeito, o equilíbrio financeiro econômico do sistema constitui pressuposto de existência do modelo de proteção social, já que sem este dificilmente a previdência conseguirá dar segurança e transmitir aos cidadãos a tranquilidade de que receberão o socorro do Estado nos momentos de necessidade.

Dissertando acerca de outra regra, são adequadas as considerações de Wagner Balera:

*“Ninguém poderia supor que o ordenamento jurídico autorizasse o descompasso entre metas a serem atingidas e recursos disponíveis. Tal anomalia acabaria desnaturando o modelo que, mesmo em trânsito para a forma superior da seguridade, não se pode furtar a estreita conotação que deve existir entre receita e*

*despesa, elementar para que qualquer seguro seja **seguro***  
*(grifos no original).*

Nada obstante o equilíbrio econômico financeiro seja princípio que se pode extrair das dobras do sistema de seguro social, o mandamento inserido em dispositivo constitucional funciona como constante alerta para que tal equilíbrio nunca se perca, exigindo dos gestores da previdência constante fiscalização.

Apropriado faz-se recordar que o sistema de proteção social está associado a uma noção elementar de contabilidade, qual seja, a de caixa<sup>55</sup>, decorrendo do senso comum que nenhuma caixa terá equilíbrio se as saídas forem maiores do que as entradas. E para que tal equilíbrio seja alcançado, outro conceito fundamental e inerente ao modelo de seguro social é a existência de planejamento.

Victor Russomano<sup>56</sup> já advertia quanto à imprescindibilidade do planejamento, como princípio norteador do sistema previdenciário.

No Brasil, com a Lei n. 8.212/91, não temos propriamente um plano de custeio, apesar de sua denominação, visto que a lei nada mais é do que a enumeração das contribuições, não se baseando em critérios atuariais, econômicos e demográficos. A ausência de um plano que efetivamente preveja metas a longo e médio prazo contribui para distorções no sistema, levando à crise e ao alarde de discussões quanto à viabilidade do sistema, insegurança que não se coaduna, de certo, com a finalidade de dar segurança social, denominação preferida por alguns doutrinadores<sup>57</sup> para a matéria da seguridade social.

Por fim, cumpre salientar que a busca pelo equilíbrio financeiro constitui exigência não apenas do subsistema da previdência social, mas do sistema de seguridade social, consoante se depreende da regra da contrapartida insculpida

---

<sup>55</sup> BALERA, Wagner. Curso de Direito Previdenciário. Organização e Custeio da Seguridade Social. p. 40.

<sup>56</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social, São Paulo: RT, 1977, p. 309.

<sup>57</sup> Marly Cardone, em sua obra Previdência, Assistência e Saúde, discorre sobre o tema, explicitando os motivos pelos quais prefere a expressão segurança social à expressão seguridade social.

pelo legislador constituinte no artigo 195, §5º, que dispõe que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.

## 2.2. Da Proteção à Família

A família, dentro do sistema de proteção social, tem grande relevância e especial destaque, uma vez que constitui o berço do princípio da solidariedade, princípio fundamental da previdência social e também da seguridade social.

Salientando a importância da cobertura de contingências relativas à família, leciona Ilídio das Neves<sup>58</sup> que a família constitui ao mesmo tempo um fato natural e social, já que, de um lado, é inerente à própria estrutura biológica do ser humano e, de outro, implica um ato voluntário das pessoas envolvidas na constituição do núcleo familiar, que recebe o enquadramento jurídico próprio.

***“(...) A essencialidade e importância da família como base da própria sociedade implica um adequado enquadramento contingencial no domínio da segurança social e do respectivo ordenamento jurídico. São várias as situações relevantes a considerar neste domínio, em que estão em causa interesses e responsabilidades, tanto individuais, inerentes aos cidadãos, como colectivas, inerentes ao Estado.***

*Parte-se do princípio de que ter filhos e educá-los não é um problema que apenas afecte e unicamente interesse aos pais, mas é de molde a envolver também, de modo efectivo, a colectividade, ou seja, o Estado. É sem dúvida um assunto privado, porque depende de opções individuais das pessoas, mas apresenta elevada exigência humana e importantes efeitos sociais, a que o poder político não deve ser indiferente. Por isso, contrariamente ao que propugnam alguns, **a defesa das prestações por encargos familiares não deve depender, pelo***

---

<sup>58</sup> NEVES, Ilídio das. Direito da segurança social, p. 470 e 471.

*menos prioritariamente, de considerações demográficas, não obstante o seu possível efeito na natalidade, **mas de considerações de equidade econômica e social**” (grifos nossos).*

A Constituição da República de 1988 deixou bastante clara a intenção de fornecer o instrumental adequado para proteção da família, consoante explicitado no artigo 226, que dispõe: “*A família é base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”.

A importância da família pode ser verificada não apenas na seara da previdência social, mas na seguridade social como um todo, consoante se verifica do objetivo da assistência social traçado no art. 203, inciso I, da Constituição da República, que dispõe que assistência social visa a proteger não apenas seus membros, quando se tratar de crianças ou adolescentes e idosos, mas também o próprio núcleo familiar.

Essa ordem de consideração será de grande relevância para a análise da prestação específica do auxílio-reclusão que, como veremos, constitui um benefício destinado a proteger a família do segurado.

Com efeito, a segurança do segurado e dos membros de sua família são circunstâncias indissociáveis, na medida em que o segurado somente se sentirá plenamente protegido quando tiver ciência de que seus entes próximos e que dele dependam não sofrerão privações quando esse, eventualmente, lhes faltar.

### **2.3. A Prisão e Direitos Previdenciários**

Aproximando-se ainda mais do tema proposto no presente trabalho, mister se faz analisar as implicações, na seara previdenciária, do evento prisão.

A prisão consiste na privação da liberdade de locomoção do indivíduo, determinada por ordem escrita do juiz ou decorrente de flagrante delito (art. 5º, LXI, da Constituição da República).

A prisão pode decorrer de sentença condenatória passada em julgado, que impôs ao réu a pena privativa de liberdade ou da decretação de prisão cautelar, expressão tomada em sentido amplo, decretada no curso do processo, enquanto não transitada em julgado a condenação ou ainda quando em curso as investigações policiais, com a finalidade de assegurar a eficácia de futuro provimento jurisdicional.

Leciona Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>59</sup> que são espécies da prisão cautelar a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de pronúncia e a decorrente de sentença condenatória recorrível.

Há ainda em nosso ordenamento previsão da prisão civil, cabível somente nos casos prescritos na Constituição, isto é, de depositário infiel e devedor de alimentos (art. 5º, LXVII, CF), da prisão disciplinar aplicável às transgressões militares e crimes militares (art. 5º, LXI, CF) e ainda da prisão temporária em que prevalece a conveniência da investigação, caso estejam presentes os requisitos mínimos que demonstrem a participação do sujeito no delito investigado.

O afastamento do cidadão do convívio social não aniquila por completo seus direitos e garantias, que devem ser respeitados. Adverte René Ariel Dotti<sup>60</sup> que, no Estado Democrático de Direito, a prisão deve atender à finalidade de proteger todos os membros da sociedade, não podendo ser transformada em *“instrumento da supressão dos direitos e deveres inerentes da cidadania”*.

Leciona Rogério de Lauria Tucci<sup>61</sup> que, em matéria de execução penal, deve ser observado o princípio da reserva legal, garantindo-se aos presos, além dos direitos basilares à vida e à integridade física inerentes a todas as pessoas, todos os demais direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (artigo 38, LEP).

A garantia dos direitos dos presos está prevista em tratados internacionais, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como nas regras mínimas para tratamento de presos da Organização das Nações Unidas (ONU),

---

<sup>59</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar, p. 64.

<sup>60</sup> DOTTI, René Ariel. A reforma do sistema de penas – antigo e novos desafios 20 anos depois. p. 8.

<sup>61</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro p. 301-302.

que elencam como direitos mais importantes: o respeito à dignidade da pessoa humana, a proibição do agravamento dos sofrimentos inerentes à condição de preso e, por fim, em referência ao estudo desenvolvido no presente trabalho, a salvaguarda dos direitos relativos aos interesses civis e aos benefícios de seguridade social em benefício próprio ou de seus dependentes.

A garantia desses direitos tem como escopo humanizar a execução penal. Ademais, consoante ensinamentos de Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind, colacionados por Rogério Tucci<sup>62</sup>, “*a prisão não constitui território no qual as normas constitucionais não têm validade*”, razão pela qual devem ser assegurados aos presos todos os demais direitos não atingidos pela sentença ou restritos por lei, nos exatos termos do que dispõe o artigo 3º do Código Penal e o artigo 38 da Lei de Execuções Penais.

Em conformidade com a Norma Mínima da ONU, o legislador pátrio, ao tratar da execução penal, na Lei n. 7.210/84, ressaltou expressamente no artigo 41, inciso III, o direito dos presos aos benefícios da previdência social.

De saída, cumpre observar que, para fins de reconhecimento de direitos previdenciários, não importa se se trata de prisão cautelar ou prisão como cumprimento de pena ou não. Tal distinção é mitigada pelo próprio Código Penal que, em seu artigo 42, determina o desconto do montante da pena imposta ao réu, do tempo da prisão provisória por ele cumprida, configurando o instituto da detração. De outra parte, o artigo 2º, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais proclama serem aplicáveis os dispositivos da lei tanto aos presos provisórios quanto aos condenados.

Destarte, tanto a prisão cautelar quanto a prisão penal decorrente de sentença transitada em julgado devem ser consideradas como geradores de direitos previdenciários e, mais amplamente, de direitos de seguridade social previstos na Carta Constitucional de 1988 e nas legislações ordinárias.

Os direitos previdenciários dos presos podem ser garantidos a partir de dois enfoques: ao preso e aos seus dependentes não pode ser negado o direito à

---

<sup>62</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, p. 305-306.

percepção de eventuais benefícios, e, de outra parte, eventual trabalho exercido durante o período de encarceramento deve ser considerado como gerador de direitos previdenciários.

Assim, encontra-se em consonância com os princípios e normas que regem o direito dos presos, bem como da previdência social o disposto no artigo 39 do Código Penal brasileiro, que estabelece: “*o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.*”.

No mesmo diapasão das regras vigentes na esfera do Direito Penal, o decreto regulador do Plano de Benefício da Previdência Social – Lei n. 8.213/91 – previu em seu art. 11, inciso IX, a possibilidade de o presidiário, que não exerce atividade remunerada nem está vinculado a qualquer regime de previdência social, filiar-se como segurado facultativo.

O preso pode, portanto, figurar como segurado obrigatório ou facultativo do sistema de previdência social. Será considerado segurado obrigatório, na qualidade de contribuinte individual, quando exerça atividade por conta própria ou atividade remunerada, mediante contrato celebrado ou intermediado pelo presídio<sup>63</sup>. Cabe salientar que a filiação como segurado facultativo somente será cabível na hipótese em que o preso não se enquadre em uma das hipóteses em que sua filiação seja obrigatória.

Nada obstante tal previsão legal, observa-se que, na prática, a equiparação do trabalho dos presos ao trabalho exercido por todas as pessoas livres, assegurando-se todos os direitos previdenciários, traz implicações que merecem, estudos aprofundados da matéria. Apesar de esses questionamentos não guardarem relação direta com o trabalho ora desenvolvido, trazemos apenas algumas considerações para problematizar o tema.

Vimos que o trabalho constitui, ao mesmo tempo, um direito e um dever do preso, devendo esse trabalho ser remunerado e gerador de proteção previdenciária. A remuneração, a teor das normas vigentes, poderá ser inferior ao salário mínimo fixado em lei.

---

<sup>63</sup> HORVATH JUNIOR, Miguel, Direito previdenciário, p. 112.

A grande questão que exsurge é a compatibilização dessa sistemática com a garantia dos direitos previdenciários aos presos, mormente diante do sistema vigente em nosso ordenamento jurídico.

Inicialmente, é difícil equiparar o trabalho exercido pelo preso às diversas categorias de trabalho tradicionalmente conhecidas. Diante disso, cumpre identificar, grosso modo, duas categorias de trabalhadores reclusos: os que trabalham na manutenção dos estabelecimentos prisionais (limpeza, cozinha, dentre outros) e os que exercem trabalho para empresas que firmam contratos com a instituição carcerária.

Em ambas as situações, não se verifica relação empregatícia de subordinação entre o preso e a instituição carcerária, ou mesmo em relação às empresas contratantes de seus serviços, vínculo expressamente afastado pela Lei de Execuções Penais (art. 28, §2º, Lei n. 7.210/84).

Afastado o enquadramento do trabalho do preso àqueles exercidos com vínculo empregatício, dificultoso também é caracterizar o preso como trabalhador autônomo, entendido este como o sujeito que exerce a atividade por conta própria, assumindo os riscos do exercício da atividade econômica. O preso somente pode exercer atividade laborativa quando o Estado lhe forneça os meios para garantir tal exercício.

De outra parte, em se tratando de trabalho exercido para empresas contratantes, observa-se que todos os instrumentos, equipamentos e materiais necessários ao desempenho da atividade deverão ser fornecidos pelo Estado ou pelas empresas contratantes da mão-de-obra dos presos. Poder-se-ia enquadrá-lo como trabalhador eventual, caso a atividade laboral exercida preencha o requisito da eventualidade.

Tais questionamentos apenas demonstram que a matéria é tormentosa, o que restou reconhecido por Elias Neuman, em considerações transcritas por Júlio Fabbrini Mirabete, ao analisar o dispositivo da lei de execuções penais, Lei n. 7.284/84, que determina a remuneração do trabalho do preso, e que ora transcrevemos:

*“Neuman, ao abordar a questão relativa à remuneração do trabalho penitenciário, adverte que todo intuito de equiparação do trabalho prisional ao livre, na atualidade, representa insuperáveis dificuldades que não foram solucionadas doutrinária ou praticamente em parte alguma do mundo, a ponto de não obstante a tendência favorável a essa equiparação o Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do delito e tratamento do delinqüente, se remeteu o estudo dessa possibilidade a novas e mais detalhadas análises. Resta do preceito legal apenas o intuito de animar o condenado a procurar a desenvolver a atividade laborativa prisional e reconhecer que, apesar dos pesares, a remuneração não é tão elevada diante da realidade salarial de nosso país. Mesmo assim a lei não é cumprida”<sup>64</sup>.*

De qualquer sorte, cumpre observar que o enquadramento do preso na categoria de contribuinte individual foi expressamente previsto pela Lei n. 10.666/03, assegurando sua vinculação à previdência social como segurado obrigatório, que tem o dever de recolher contribuição social sobre a remuneração percebida. Entretanto, como visto anteriormente, a remuneração percebida pelos presos é inferior ao salário mínimo, não atingindo o limite mínimo do salário-de-contribuição previsto no artigo 28, §3º, da Lei n. 8.212/91.

De outra parte, outra questão digna de nota, refere-se a previsão contida no artigo 5º da Lei n. 10.666/03 que determinou aos contribuintes individuais o dever de recolher a diferença do valor da contribuição retida pela empresa para a qual preste serviços até o limite mínimo, caso a remuneração percebida pela empresa não atinja o valor mínimo do salário-de-contribuição. É evidente que a maior parte da população carcerária brasileira não dispõe de condições financeiras para complementar o valor da contribuição social.

A garantia da percepção do benefício pelos dependentes do segurado preso que labora, durante o cumprimento da pena, trazida pela Lei n. 10.666/03, se, de um lado, trouxe benefícios ao segurado-recluso, de outro, traz esse viés,

---

<sup>64</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal, p. 93.

pois enquadrando o preso como segurado obrigatório, surge para este o dever de contribuir para a previdência social.

A contribuição do segurado-recluso na qualidade de contribuinte individual incidente sobre os rendimentos efetivamente percebidos pelo trabalho desenvolvido durante o cumprimento da pena, ainda que em valor inferior ao mínimo legalmente previsto, consiste em medida salutar para a salvaguarda dos direitos previdenciários do segurado quanto ao sistema, já que, durante o período em que está recolhido à prisão, mantém o mesmo a qualidade de segurado (art. 15, IV, Lei n. 8.213/91).

De outra parte, a exigência de contribuição social incidente sobre os valores pagos aos contribuintes individuais, das empresas que eventualmente contratem a mão-de-obra dos presos, é conclusão que se extrai dos dispositivos legais supramencionados.

Com efeito, se os encargos exigidos pela contratação da mão-de-obra dos presos forem iguais aos aplicados aos trabalhadores em geral, dificilmente haverá empresas interessadas em contratar a referida mão-de-obra, restando cada vez mais distante o implemento das finalidades do regime carcerário de ressocialização dos infratores da lei.

De certo que o recolhimento de contribuição social por parte das empresas, até mesmo para a salvaguarda dos interesses dos segurados-reclusos, é recomendável e razoável. Entretanto, dever-se-ia estudar formas de fomentar a contratação dessa mão-de-obra, a fim de que sejam atingidas as finalidades de ressocialização do preso, questão que não pode mais ser ignorada pelo Estado e pela sociedade, a vista dos recentes acontecimentos, com a atuação de comandos para atuações criminosas partindo do interior das instituições prisionais, que apenas demonstram a falência do modelo de execução penal e do sistema carcerário em nosso ordenamento jurídico.

A garantia dos direitos previdenciários aos presos, consoante dito, visa a assegurar a humanização das penas e a plena consecução das finalidades das penas (punitiva e ressocializadora), o que somente se dará com a salvaguarda

também dos interesses dos dependentes dos presos, fim colimado pela prestação do auxílio-reclusão, como veremos no capítulo adiante.

## CAPÍTULO III – AUXÍLIO-RECLUSÃO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

### 3.1. Breve Histórico

O benefício de auxílio-reclusão está presente em nosso ordenamento jurídico desde a década de trinta, época em que se encontravam em atividade os institutos de aposentadorias e pensões das diversas categorias profissionais. A criação desses institutos de pensões inaugurou nova fase de evolução da previdência social brasileira.

Esses institutos abrangiam todos os trabalhadores de determinada categoria em todo o território nacional, constituindo, segundo lições de Arnaldo Sussekind<sup>65</sup>, as primeiras autarquias de seguro social de âmbito nacional, um avanço em relação às caixas de aposentadorias e pensões até então vigentes, acessíveis tão-somente aos empregados de determinadas empresas.

O benefício de auxílio-reclusão foi inicialmente previsto nas normas desses institutos de aposentadorias e pensões, que previram o pagamento de pensão em favor dos dependentes do segurado que estivesse preso.

O Decreto n. 54, de 12 de setembro de 1934, que aprovou o regulamento do Instituto de Aposentadoria dos Bancários criado pelo Decreto n.º 24.615/34, previu no Capítulo II, em seu art. 67, a prestação do auxílio-reclusão destinada à assistência dos segurados em casos de impedimento, *in verbis*:

*Art. 67. Caso o associado esteja preso, por motivo de processo ou em cumprimento de pena, e tenha beneficiários sob sua exclusiva dependência econômica, achando-se seus vencimentos suspensos, será concedida aos seus beneficiários, enquanto perdurar essa situação, pensão **correspondente à metade da aposentadoria por invalidez a que teria direito, na ocasião da prisão.***

---

<sup>65</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. Previdência social brasileira, p. 63.

O Decreto n. 4.264, de 19 de junho de 1939, que aprovou o regulamento do Instituto de Aposentadoria e Pensões da Estiva, também fez menção, em seu artigo 8º, inciso IX, ao benefício concedido na hipótese de o segurado ser condenado por sentença transitada em julgado, prestação equivocadamente de pensão de *seguro por morte*.<sup>66</sup>

A norma que instituiu o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos – Decreto n. 22.872, de 29 de junho de 1933 – previu prestação em proteção da família do segurado recluso, ao estabelecer o pagamento de aposentadoria ao representante do preso, *in verbis*:

*“Art. 63. O associado que, não tendo família, houver sido demitido do serviço da empresa, por falta grave, **ou condenado por sentença definitiva, de que resulte perda do emprego, e preencher todas as condições exigidas neste decreto para aposentadoria**, poderá requerê-la, mas esta sô lhe será concedida com metade das vantagens pecuniárias a que teria direito si não houvesse incorrido em penalidade.*

*Parágrafo único. Caso o associado esteja cumprindo pena de prisão e tiver família sob sua exclusiva dependência econômica, **a importância da aposentadoria a que se refere este artigo será paga ao representante legal da sua família**, enquanto perdurar a situação de encarcerado”.*

A prestação supra, embora semelhante ao instituto ora em estudo, com ele não se confunde, visto que o benefício tratado no dispositivo legal supratranscrito prevê o pagamento de parte da aposentadoria a que teria direito o segurado preso, aos seus familiares, ou melhor, ao representante legal da família do preso, e não o pagamento de pensão destinada aos dependentes, em razão da prisão do segurado.

---

<sup>66</sup> Art. 8º São direitos do segurado: IX – Instituir seguro por morte (pensão) a favor de beneficiados inscritos, com a metade das vantagens a que teria direito si aposentado por invalidez, quando condenado por sentença passada em julgado, ressalvado o disposto no inciso II deste artigo.

Trata-se do pagamento da aposentadoria a que o segurado faria *jus* caso não fosse condenado, apresentando-se mais como a preservação de parte do direito da aposentadoria que o segurado já havia adquirido antes de ser recolhido à prisão, do que propriamente de proteção aos dependentes. Para que a família fizesse *jus* ao recebimento dessa prestação, o segurado deveria ter preenchido todos os requisitos para a percepção da aposentadoria.

O benefício de auxílio-reclusão foi incorporado à Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), Lei n. 3.870/60, em seu artigo art. 43, a partir do que se estendeu a toda a classe previdenciária, assegurando aos dependentes dos segurados presos, que não percebessem remuneração da empresa e contassem com carência mínima de doze meses, a assistência pecuniária com o fim de minorar os problemas decorrentes da prisão do segurado.

O artigo 43 da Lei n. 3.870/60 regulamentou a prestação nos seguintes termos:

*“Art. 43. Aos beneficiários do segurado, detento ou recluso, que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa, e que houver realizado no mínimo 12 (doze) contribuições mensais, a previdência social prestará auxílio-reclusão na forma dos arts. 37, 38, 39 e 40, desta lei.*

*§ 1º O processo de auxílio-reclusão será instruído com certidão do despacho da prisão preventiva ou sentença condenatória.*

*§ 2º O pagamento da pensão será mantido enquanto durar a reclusão ou detenção do segurado, o que será comprovado por meio de atestados trimestrais firmados por autoridade competente”.*

Essa prestação previdenciária esteve presente também na Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), promulgada pelo Decreto n. 77.077/76, em seu art. 63, mas somente com a Constituição da República de 1988 o benefício foi erigido ao patamar de norma constitucional, ao lado das demais contingências eleitas pelo legislador constituinte como aptas a fornecer a

necessária rede de proteção social, no intuito de implementar os objetivos da seguridade social.

O Decreto n. 89.312, 23 de janeiro de 1984, que aprovou a Consolidação das Leis da Previdência Social de 1984, também previu o benefício, nos seguintes termos:

*“45. O auxílio-reclusão é devido, após 12 (doze) contribuições mensais e nas condições dos artigos 47 a 52, aos dependentes do segurado detento ou recluso que não recebem qualquer remuneração da empresa.*

*§1º o requerimento do auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do despacho da prisão preventiva ou da sentença condenatória.*

*§2º. O pagamento é mantido durante a detenção ou reclusão do segurado, comprovada por meio de atestado trimestral de autoridade competente”.*

Na redação original do art. 201, I, da Constituição, a reclusão encontrava-se elencada como um dos riscos ensejadores da proteção previdenciária. A Emenda Constitucional n. 20/98 alterou sua redação, de modo que atualmente dispõe sobre a cobertura dos eventos doença, invalidez, morte e idade avançada, e a previsão da prestação do auxílio-reclusão foi alocada no inciso IV do mesmo artigo, juntamente com a prestação do salário-família.

Ainda, a partir da Emenda Constitucional n. 20/98, as prestações do auxílio-reclusão e do salário-família passaram a ser garantidas apenas aos dependentes dos segurados de baixa renda.

Em nível infraconstitucional, o benefício encontra-se regulado pelo art. 80 do Plano de Benefícios – Lei n. 8.213/91. Tal dispositivo deve ser interpretado de acordo com as limitações trazidas pela Emenda Constitucional n. 20/98, juntamente com as alterações trazidas pela Lei n. 10.666/03.

### **3.2. Finalidade da Proteção Social**

Trata-se de benefício destinado a proteger a família do detento que, com sua prisão, vê-se privada de sua fonte de subsistência. Nesse ponto, observa-se a grande semelhança entre o benefício do auxílio-reclusão e da pensão por morte, que também objetiva proteger os dependentes do segurado na falta do seu provedor falta, em razão da morte.

Em outras prestações, a previdência social visa a restabelecer o desequilíbrio causado pelas diversas contingências (invalidez, doença, desemprego ou mesmo idade avançada) que impedem o trabalhador de continuar exercendo suas atividades habituais e, por conseguinte, de seguir percebendo remuneração.

Na prestação previdenciária objeto do presente estudo, no entanto, assim como ocorre na pensão por morte, a contingência verificada com o segurado (recolhimento à prisão) causa situação de necessidade a terceiros, isto é, a seus dependentes, ocupando-se o direito previdenciário de salvaguardar tal situação.

O segurado recluso tem sua subsistência garantida pelo Estado, que deve responsabilizar-se também pela integridade física. Entretanto, a família do preso, de um momento a outro, com a prisão do segurado, tem sua fonte de subsistência comprometida, o que, nos dizeres de Victor Russomano<sup>67</sup>, justifica a prestação, sendo plausível, “(...) no esquema dos benefícios da Previdência Social, que a instituição dê medidas de proteção aos dependentes do segurado”.

Justifica-se a prestação previdenciária tendo-se em vista que a prisão do segurado afeta diretamente a situação econômica da família, que por vezes acaba sendo compelida a lançar-se no mundo do crime<sup>68</sup>.

O evento ocorrido com o segurado influencia a condição fática de terceiros, causando situação de necessidade a seus familiares, que deixam de receber o auxílio material que lhes garantia a subsistência.

---

<sup>67</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Previdência Social, p. 258.

<sup>68</sup> Nas palavras de Yolanda Catão e Elisabete Sussekind: “A desestruturação familiar que decorre da prisão de um de seus membros, o desamparo econômico que conduz, freqüentemente, a esposa (ou companheira) e filhos a iniciarem uma vida criminosa, as inúmeras e dispensáveis humilhações por que passam as visitas, constituem situações dolorosas para a família. Cf. Direito dos Presos, p. 87.

Conclui-se assim que o auxílio-reclusão constitui benefício destinado a substituir a renda do segurado durante o período em que permaneça recolhido em instituição prisional ou carcerária, tolhido da liberdade de firmar contrato de trabalho, com o qual lograria prover o sustento de sua família.

Cabe ressaltar que a Lei n. 10.666/03 ressaltou a possibilidade de o segurado-recluso exercer atividade laboral em cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semi-aberto ou fechado, não afastando dos dependentes o direito ao benefício.

Assim, ainda que o segurado exerça atividade remunerada em cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto ou fechado, terão seus dependentes direito à prestação previdenciária, consoante alterações trazidas pela Lei n. 10.666/03. Pretendeu o legislador salvaguardar o direito dos dependentes, já que a remuneração dificilmente será suficiente para suprir as necessidades do segurado recluso ou de sua família, já que poderá ser inferior ao salário mínimo, patamar mínimo previsto pela Carta Constitucional como capaz de atender às necessidades básicas dos cidadãos. Tal insuficiência também pode se dar diante da previsão da lei de execução penal da ordem de destinação da remuneração dos presos, que deve ser destinada em primeiro lugar à indenização dos danos causados pelo crime, à assistência familiar, a pequenas despesas pessoais e ao ressarcimento do Estado (art. 29, §1º, LEP).

### **3.3. Crítica ao Benefício**

Nada obstante as considerações supratrazadas, devemos observar que esse benefício não representa unanimidade dentre os doutrinadores que se dedicam ao estudo do Direito Previdenciário.

Sérgio Pinto Martins<sup>69</sup> faz duras críticas ao benefício e prega em sua obra, Direito da Seguridade Social, a extinção dessa prestação. Transcrevo a seguir o entendimento do autor, *in verbis*:

---

<sup>69</sup> MARTINS, Sérgio Pinto; Direito da seguridade social, p. 414.

***“Eis um benefício que deveria ser extinto, pois não é possível que a pessoa fique presa e ainda a sociedade como um todo tenha de pagar um benefício à família do preso, como se este tivesse falecido. De certa forma, o preso é que deveria pagar por se encontrar nessa condição, principalmente por roubo, furto, tráfico, estupro, homicídio, etc.***

*Na verdade, vem a ser um **benefício de contingência provocada**, razão pela qual não deveria ser pago, pois o preso dá causa, com seu ato, em estar nessa condição. Logo, não deveria a Previdência Social ter de pagar tal benefício. Lembre-se que, se o acidente é provocado pelo trabalhador, este não faz jus ao benefício. O mesmo deveria ocorrer aqui” (nossos os destaques).*

Em que pesem os argumentos supratrazados, a alegação de que se trata de risco provocado pelo segurado não pode ser tida como fator excludente do direito à proteção previdenciária. Isso porque temos, em nosso ordenamento jurídico, outros benefícios causados conscientemente pelo segurado, sem que isso retire o direito de o segurado ou seus dependentes usufruírem da prestação previdenciária. .

Consoante visto no Capítulo II, a noção de risco social foi superada com a evolução dos sistemas de seguro sociais, passando a ser adotada a proteção à necessidade social.

Segundo Almansa Pastor<sup>70</sup>, mesmo a doutrina tradicional do seguro social que conceituava o risco como fato futuro, incerto e involuntário, houve por obtemperar tal conceito, justamente por verificar que eventos como a maternidade e os riscos familiares não tinham, em geral, a nota da involuntariedade.

Comparativamente, não se encontram questionamentos quanto à legitimidade da proteção à maternidade ou mesmo do salário-família, nada

---

<sup>70</sup> PASTOR, Almansa Manuel. Derecho de la seguridad social, p. 221.

obstante tais benefícios, em geral, decorram de atos praticados pelos genitores de forma consciente e voluntária.

Dessa forma, parece-nos que o cerne da crítica ao benefício do auxílio-reclusão está na aparente dicotomia entre a oneração do Estado e a prática pelo segurado de fato atentatório à sociedade.

Segundo a Teoria Geral do Direito, o ato ilícito só surge como ilícito penal quando o ato violador da lei for de tal gravidade que atente contra bens jurídicos fundamentais de existência ou desenvolvimento da sociedade.

Relembrando-se o conceito básico do instituto do ato ilícito, este pode ser definido como delito civil ou criminal, que implica violação à lei <sup>71</sup>. O ato ilícito civil é aquele que configura mera ofensa ao direito subjetivo privado, enquanto que o ilícito penal ocorre, nos dizeres de Washington de Barros, na hipótese de “*ofensa à sociedade pela infração de preceito indispensável à sua existência*”.

Diante desses conceitos, é compreensível o sentido da crítica ao benefício, já que a concessão do benefício implicaria, em última análise, a oneração da sociedade em favor do sujeito que maculou a paz social, mediante a prática de ato ilícito de tal gravidade, a ponto de ser punido pelo ordenamento jurídico como crime.

Assim, o inconformismo estaria no fato de a sociedade, inobstante o mal causado pelo segurado, ser ainda obrigada a arcar com os ônus de uma prestação previdenciária, o que poderia ser considerado como uma benesse ao criminoso.

Em que pesem tais assertivas, observa-se que o benefício em análise não se destina à proteção do preso, mas sim de seus dependentes, que ficariam em situação de necessidade, caso o Estado não previsse a prestação previdenciária.

Importante salientar ainda que se trata de prestação previdenciária, de modo que a configuração do direito à prestação somente se perfaz em se tratando de segurado regularmente vinculado à previdência social, não se

---

<sup>71</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. p. 273.

tratando de salvaguardar a família de todos os sujeitos que venham a ser detidos pela prática ou pela possível prática de ato delituoso. O direito à prestação somente nasce aos dependentes dos segurados que estavam vinculados ao sistema, isto é, que vinham contribuindo para a previdência social.

A salvaguarda da situação de necessidade em que ficariam os dependentes dos segurados recolhidos à prisão está em consonância com os princípios da seguridade social de fazer frente às necessidades dos cidadãos, na concepção mais ampla de risco social, já que a aflição de um membro afeta toda a sociedade.

O benefício em questão não pode ser considerado como uma benevolência concedida ao preso, visto que se trata de proteção social cujos titulares são os dependentes do segurado.

Tal entendimento foi bem resplandecido por Russomano, que asseverou: *“Não se trata de assistir o segurado detento ou recluso, mas, sim, seus dependentes, através do pagamento do auxílio que lhe garanta o minimum indispensável à vida”*<sup>72</sup>.

Em favor do benefício em questão, invoca-se ainda o princípio da pessoalidade da pena, segundo o qual não deve a pena passar da pessoa do condenado (art. 5º, inciso XLV, CF). A negativa em conceder o benefício aos dependentes do segurado, em razão da prática por este de fato tipificado como crime, seria transferir para terceiros a punição decorrente do ilícito praticado pelo segurado.

Reconhece-se que a concessão desse benefício pode causar certa perplexidade, mormente ao observamos que o sistema de proteção social em vigor não atingiu sua conformação máxima, segundo os princípios da seguridade social, em especial o da universalidade, prevendo, dentre os mecanismos de concessão dos benefícios, institutos que restringem a fruição de suas prestações. Em face disso, é possível vislumbrar situação em que o segurado, não obstante esteja comprovadamente inválido ou doente, não receba a proteção

---

<sup>72</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de previdência social, p. 258.

previdenciária por não ter preenchido o requisito da carência<sup>73</sup> ou mesmo em razão da perda da qualidade de segurado, verificadas em determinados casos por questões de dias. Diante desse quadro, essa proteção social, que tem em sua raiz a prática de um ato lesivo à sociedade, poderia suscitar questionamentos quanto à sua conformação com as finalidades preconizadas pelo sistema de proteção social.

Entretanto, o fato é que o ordenamento jurídico abarca a proteção dos dependentes do segurado, benefício previsto na Carta Magna de 1988. Nesse sentido, só se poderia indagar se o risco reclusão seria merecedor da proteção social, e se estaria em consonância com as finalidades da ordem social, em âmbito puramente teórico, já que, na prática, o benefício foi abarcado pelo ordenamento por ato do poder constituinte originário, não cabendo perquirir-se acerca da constitucionalidade dessa norma.

A alegação de que esse benefício não encontra previsão em sistemas de seguridade social de ordenamentos de países desenvolvidos, como Itália ou Portugal<sup>74</sup>, ou que não fora mencionado em estudos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), consoante anotado por Marly Cardone<sup>75</sup>, não pode ser tido como fundamento jurídico válido a afastar a legitimidade do benefício em questão.

Com efeito, consoante leciona Wagner Balera<sup>76</sup>, a evolução da seguridade social deve atingir o ideal de justiça, isto é, a proteção de todas as pessoas em face de todas as situações de riscos, não se restringindo apenas a garantir proteção mínima prevista na Convenção n. 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 28 de junho de 1952, que versa sobre seguridade social, denominada Norma Mínima. Acerca desse importante marco na evolução da seguridade social, já alertava o autor que o que deverá prevalecer é a proteção

---

<sup>73</sup>Número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que os beneficiários façam *jus* aos benefícios (art. 24, Lei n. 8213/91).

<sup>74</sup> Conclusão que se extrai diante da não menção da prestação nas obras de Mattia Persiani, *Diritto della previdenza* e Ilídio das Neves in *Direito da segurança social – princípios fundamentais numa análise prospectiva*, p. 455.

<sup>75</sup> CARONE, Marly. *Previdência, assistência, saúde – o não trabalho na Constituição de 1988*, p. 64.

<sup>76</sup> BALERA, Wagner. *Introdução à seguridade social in Introdução ao direito previdenciário*, p. 39.

máxima e não a mínima prevista na Convenção n. 102 da OIT, segundo o qual “*estágio não pode ser reduzido a mero horizonte utópico*”.

É certo que a contingência reclusão foi prevista e eleita pelo legislador constituinte originário como fato gerador da prestação previdenciária, apta a encerrar o instrumental da seguridade social para a consecução dos objetivos do bem-comum e justiça social, de forma que o Brasil tem hoje um sistema protetivo comparável àquele mantido pelos países mais industrializados, consoante ensinamentos de Marly Cardone:

*“No livro ‘La sécurité sociale à l’horizon 2000’, edição da Organização Internacional do Trabalho – OIT e, em tradução portuguesa de Celso Barroso Leite, edição da LTr Edit., encontramos a seguinte informação, que se refere tão somente aos países industrializados. ‘3 – em quase todos os países fortemente industrializados pagam-se benefícios atualmente nas seguintes contingências: velhice, morte, encargos familiares, maternidade, desemprego, doença, incapacidade e invalidez e pela assistência médica nada se paga na hora de recebê-la. Muitos países em que há quarenta anos nem todas essas prestações existiam ampliaram sua legislação para concederem a totalidade delas’.*

***Como se vê o Brasil tem a reclusão entre os seus eventos cobertos, não citado pelo referido estudo.***

***Diante disto conclui que o Brasil, em termos de extensão, tem um sistema protetivo comparável a dos países industrializados; resta saber, se no referente à profundidade da cobertura, que se mede pelo valor dos benefícios ou eficiência dos serviços, a comparação também resulta positiva” (nossos os destaques).***

O legislador constituinte, por meio do princípio da seletividade, elencou essa contingência ao lado das demais, como apta a compor a malha de proteção

social, visando a cumprir as finalidades da seguridade social de promoção do bem comum e da justiça social.

Nesse diapasão, importa observar que a prestação do auxílio-reclusão não constitui novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, estando presente nos sistemas de previdência social desde os primórdios e em época em que se encontravam em vigor os Institutos de Aposentadorias e Pensões das diversas categorias, assim como nas legislações previdenciárias que se seguiram desde então.

Diante disso, conclui-se que a prestação do auxílio-reclusão está em consonância com os princípios da seguridade social.

### **3.4. Norma Previdenciária do Auxílio-Reclusão**

Os benefícios são prestações previdenciárias que decorrem da relação jurídica estabelecida entre o sujeito ativo (dependentes ou segurado) e o sujeito passivo, no caso o Estado, personificado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em observância ao princípio da descentralização (art. 194, parágrafo único, inciso VII da Constituição da República).

Vimos no item 1.4 do Capítulo I que os benefícios previdenciários revestem-se da natureza de prestações pecuniárias decorrentes da relação jurídica, cujo objeto é uma obrigação de dar<sup>77</sup>.

O auxílio-reclusão é prestação previdenciária concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, pelo órgão da administração pública indireta (Instituto Nacional do Seguro Social). Está sujeita ao regime jurídico de direito público e é devida aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão, desde que o segurado não receba remuneração da empresa, aposentadoria, auxílio-doença, ou o antigo abono de permanência em serviço. Ressalva-se o direito ao benefício mesmo que o segurado exerça atividade

---

<sup>77</sup> Ao lado dessas, há as prestações previdenciárias que se revestem da natureza de obrigação de fazer, que são os serviços sociais e reabilitação profissional.

remunerada em cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semi-aberto e fechado.

O art. 201, IV, da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, dispõe sobre o benefício de auxílio-família e auxílio-reclusão para dependentes dos segurados de baixa renda. Antes do advento da Emenda Constitucional, não se limitava a concessão dessa prestação somente aos dependentes dos segurados de baixa renda, sendo o benefício, até então, concedido aos dependentes de quaisquer segurados detidos, que não percebessem remuneração da empresa ou outro benefício previdenciário.

De saída, cumpre observar que a hipótese de incidência do benefício de auxílio-reclusão não está concentrada apenas no disposto no artigo 80 da Lei n. 8.213/91.

O ponto de partida para a análise dessa prestação previdenciária deve ser o texto constitucional que prevê os riscos cobertos pela previdência social, dentre os quais a reclusão.

Atualmente, o benefício encontra-se previsto no artigo 201, IV, da Carta Constitucional de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, ao lado da prestação do salário-família, *in verbis*:

*Art. 201 omissis*

*IV - salário-família e **auxílio-reclusão para os dependentes de segurados de baixa renda** (nossos os destaques).*

Na redação original da Carta Constitucional, esse benefício era destinado aos dependentes de quaisquer segurados. Entretanto, a Emenda Constitucional n. 20/98 limitou a concessão desse benefício somente aos dependentes considerados de baixa renda.

Visando a regulamentar o âmbito de alcance da norma constitucional, a própria Emenda Constitucional n. 20/98 disciplinou o requisito “baixa renda” nos seguintes termos:

*Art. 13. Até que lei discipline o acesso ao salário família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, **esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais)**, que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social (nossos os destaques).*

O artigo 80 da Lei n. 8.213/91 disciplina o benefício nos seguintes termos:

*Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou abono de permanência em serviço.*

Trata-se de benefício concedido aos dependentes do segurado, observando disciplina bastante similar à da pensão por morte. O próprio legislador utilizou-se de técnica de remissão, ressaltando explicitamente a concessão dessa prestação “nas mesmas condições da pensão por morte”.

E, finalmente, a Lei n. 10.666/03 veio complementar a norma que regulamenta o benefício do auxílio-reclusão, explicitando que:

***Art. 2º. O exercício de atividade remunerada do segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semi-aberto que contribuir na condição de contribuinte individual ou facultativo não acarreta a perda do direito ao recebimento do auxílio-reclusão para seus dependentes.***

*§1º. O segurado recluso não terá direito aos benefícios de auxílio-doença e de aposentadoria durante a percepção, pelos dependentes, do auxílio-reclusão, ainda que, nessa condição, contribua como contribuinte individual ou facultativo, permitida a opção, desde que manifestada, também, pelos dependentes ao benefício mais vantajoso (grifos nossos).*

Mister se faz que o segurado não disponha de rendimentos capazes de prover a manutenção daqueles que estejam sob sua dependência econômica, não estando incluída nessa categoria a remuneração percebida pelo segurado ante o desempenho de atividade remunerada durante o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Em largos traços, pode-se dizer que são condições para a percepção do benefício o recolhimento do segurado à prisão, a não-percepção de remuneração da empresa ou de outro benefício como aposentadoria, auxílio-doença ou abono de permanência em serviço. Entretanto, pode exercer atividade remunerada no regime fechado e semi-aberto, a teor do disposto no art. 2º da Lei n. 10.666/03, questão que merecerá análise mais aprofundada em capítulo posterior.

Antes de adentrarmos especificamente na análise dos elementos dos benefícios, é preciso observar duas questões antecedentes: a condição do segurado e a carência do benefício.

### **3.4.1. Carência**

A carência pode ser conceituada como o número mínimo de contribuições necessárias para que o beneficiário adquira o direito a determinadas prestações da previdência social.

Constitui requisito de caráter nitidamente securitário, instituído a fim de garantir a estabilidade e o equilíbrio do sistema comutativo de seguro. Enquanto não implementado o período de carência, e ainda que se verifique a contingência protegida pela lei, o segurado ou seus dependentes não terão direito à proteção previdenciária.

Esse requisito foi dispensado em relação a algumas prestações previdenciárias, em expressão ao princípio da solidariedade, o que se deu com o benefício do auxílio-reclusão, salário-família, auxílio-acidente e pensão por morte (art. 26, inciso I, da Lei n. 8.213/91).

A existência da carência como condição para obter-se o direito à proteção social poderia ser questionada à luz dos princípios da universalidade, vigente em

matéria de seguridade social, uma vez que exclui do âmbito de proteção pessoas vinculadas ao sistema previdenciário e que possam estar em comprovada situação de necessidade gerada pela contingência descrita em lei, pelo simples fato de não contarem com um número de contribuições mínimas.

Em que pese a vigência, na seara da seguridade social e, por conseguinte, da previdência social, do princípio da solidariedade, justifica-se o instituto da carência para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do sistema, que constitui exigência da própria Constituição da República, especialmente na âmbito da previdência social, que deita suas raízes no modelo de seguro, não podendo, portanto, descurar-se da premissa basilar da manutenção do equilíbrio das entradas e saídas.

Nesse sentido, Daniel Machado Rocha entende que *“neste comando legal jaz uma norma protetiva do sistema impondo um período mínimo durante o qual o obreiro, cuja qualidade de segurado foi adquirida, não poderá usufruir de determinados benefícios, a fim de se preservar o sistema de previdência social, essencialmente contributivo, daqueles que só ocorrem a ele quando atingidos pelo risco social”*<sup>78</sup>.

O benefício do auxílio-reclusão não exige o pressuposto da carência. Na legislação anterior, a lei previa o período de doze contribuições. A Lei n. 8.213/91, no entanto, desde a sua redação original, não instituiu um período de carência. A Medida Provisória n. 1.729, de novembro de 1998, tentou restabelecer o período de carência de doze contribuições, ato normativo que não restou convertido em lei, perdendo sua eficácia, desde o nascedouro, remanescendo, assim, a desnecessidade do período de carência para o benefício do auxílio-reclusão.

### **3.4.2. Segurados Obrigatórios e Facultativos**

A contingência prisão, ocorrida com o segurado, faz nascer em seus dependentes a situação de necessidade. Assim, para que a relação jurídica do

---

<sup>78</sup> THIESEN, Ana Maria Wicket et al; Vladimir Passos de Freitas (coord.) Direito previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais, p. 64.

benefício do auxílio-reclusão se estabeleça, mister se faz a ocorrência da prisão do segurado vinculado à previdência social.

Como visto anteriormente, a previdência social abarca duas categorias de segurados: os obrigatórios e os facultativos.

A filiação dos segurados obrigatórios ao sistema previdenciário decorre da lei, procedendo-se automaticamente com o exercício de atividade enquadrada no regime geral.

Os dependentes de todos os segurados, sejam eles empregados avulsos, domésticos ou facultativos, fazem *jus* à percepção do benefício de auxílio-reclusão.

Diante da expressão 'remuneração da empresa', contida no artigo 80 da Lei n. 8.213/91, poderiam subsistir dúvidas quanto ao cabimento da concessão do benefício para os dependentes de segurados não-empregados.

Entretanto, não tendo a lei limitado expressamente a prestação aos dependentes dos segurados empregados, não caberia ao intérprete fazer tal distinção, mormente para limitar direitos previdenciários. A limitação do rol de segurados protegidos, com base na expressão *remuneração da empresa*, deve ser interpretada como pressuposto negativo para a constituição do direito do beneficiário ao benefício do auxílio-reclusão, mas não para fins de limitar o espectro dos beneficiários da prestação.

De outra parte, cabe observar que mesmo o contribuinte individual (autônomo ou empresário) percebe remuneração 'da empresa', expressão empregada em sentido amplo como contraprestação pelos serviços prestados. O termo *remuneração*, na disciplina do direito do trabalho, tem significado mais amplo do que o de *salário*, este, sim, aplicável somente aos empregados com vínculo empregatício e subordinados a determinada empresa.

Com o advento da Lei n. 10.666/03, essa questão foi superada por completo, visto que a norma ressalvou expressamente o direito à percepção do

benefício de auxílio-reclusão, ainda que o preso contribua como contribuinte individual ou facultativo.

Assim, tanto os dependentes dos segurados obrigatórios como facultativos fazem *jus* ao benefício em análise.

Nada obstante essa prestação configure direito próprio dos dependentes, mister se faz, antes de analisar a situação dos dependentes, que se verifique previamente a situação do segurado, de forma a assegurar que se trate de trabalhador regularmente vinculado ao sistema de previdência social.

Sobre o assunto, elucidativas as considerações de Feijó Coimbra:<sup>79</sup>

*“O direito desses dependentes, como dos demais, surge quando ocorrentes duas situações, que devem coexistir: a existência de relação jurídica de vinculação entre o segurado e a instituição previdenciária e a de dependência tal como a lei a admitir entre o segurado e o pretendente da prestação”.*

Dessa sorte, não basta verificar somente a situação jurídica do dependente, sendo passo lógico e cronologicamente antecedente a análise da situação do segurado perante a previdência (manutenção da qualidade de segurado). Essa verificação, no entanto, não leva a concluir que se trata de direito derivado, mas de mero pressuposto lógico para constituição do direito dos dependentes.

Assim, para que os dependentes do segurados recolhidos à prisão façam *jus* ao benefício do auxílio-reclusão, é preciso que o segurado, no momento da ocorrência da contingência protegida, isto é, no momento do recolhimento à prisão, mantenha vínculo com a previdência, o que se dá pela manutenção da qualidade de segurado.

A manutenção da condição de segurados obrigatórios ao sistema previdenciário dá-se pela continuidade da causa desencadeante de sua filiação,

---

<sup>79</sup> COIMBRA, Feijó, Direito previdenciário brasileiro, p. 108.

isto é, com o exercício da atividade abrangida pelo regime geral, bem como durante o transcurso do período de graça (art. 15 da Lei n. 8.213/91).

### **3.4.3. Espécies de Prisão**

Inicialmente, impende salientar ser irrelevante, para fins de configurar o direito à obtenção da proteção previdenciária do auxílio-reclusão, a espécie de prisão a que foi submetido o segurado, já que, como visto anteriormente, devem ser assegurados os direitos previdenciários aos encarcerados, mesmo em se tratando de prisão cautelar.

Prescindível, pois, investigar se o segurado fora detido provisoriamente, se se trata de prisão cautelar, ou, ainda, se estamos diante de cumprimento de pena de reclusão ou de detenção, exigindo-se tão-somente que o segurado esteja comprovadamente segregado da sociedade, recolhido em instituição prisional.

A denominação *auxílio-reclusão* não constitui, dessa forma, alusão ao tipo de pena privativa de liberdade imposta ao réu – se reclusão ou detenção –, não importando, também, se se trata de prisão cautelar ou prisão para cumprimento de pena imposta em sentença já transitada em julgado.

Como visto no item 2.3. do Capítulo II, a prisão pode decorrer de sentença condenatória passada em julgado, que impôs ao réu a pena privativa de liberdade, ou da decretação de prisão cautelar, expressão tomada em sentido amplo, imposta no curso do processo, enquanto não transitada em julgado a condenação, ou, ainda, quando em curso investigação policial, com a finalidade de assegurar a eficácia de futuro provimento jurisdicional.

São espécies de prisão cautelar: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de pronúncia e a decorrente de sentença condenatória recorrível. Há, ainda, a previsão de prisão civil para o depositário infiel e devedor de alimentos (art. 5º, LXVII, CF), de prisão disciplinar aplicável às transgressões militares e crimes militares (art. 5º, LXI, CF) e, ainda, de prisão temporária, em que prevalece a conveniência da investigação, caso estejam presentes os

requisitos mínimos que demonstrem a participação do detido no delito investigado.

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 32, prevê as seguintes espécies de penas: privativa de liberdade, restritivas de direito e multa.

As penas privativas de liberdade são a reclusão e a detenção (art. 33, CP). A primeira deve ser cumprida em regime fechado ou semi-aberto, enquanto a segunda deverá ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto. Há ainda a previsão na lei de contravenção penal da prisão simples.

A distinção entre ambas é meramente formal<sup>80</sup>, referindo-se apenas à execução da pena, já que a pena de detenção deve ter como regime inicial de cumprimento o semi-aberto ou aberto, não sendo possível fixar regime inicial fechado. Para a pena de reclusão, é possível a fixação inicial em qualquer um dos três regimes: aberto, semi-aberto ou fechado (art. 33 do Código Penal), o que não significa dizer que a pena de detenção não possa ser cumprida em regime fechado, já que a Lei de Execuções Penais permite a regressão de regimes (art. 118, LEP), mesmo em se tratando de pena de detenção.

Para fins previdenciários e de concessão do benefício de auxílio-reclusão, não importa qual o tipo de prisão (cautelar ou em execução de pena) a que foi submetido o segurado, nem mesmo se se trata de cumprimento de pena privativa de liberdade de reclusão ou detenção.

Equipara-se ainda à prisão a medida de internação a que são submetidos os menores infratores, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), caso o menor seja segurado vinculado à previdência e apresente dependentes, nos termos da lei.

O direito ao benefício de auxílio-reclusão surge no momento em que o segurado é encarcerado, estando impossibilitado de prover o sustento de sua família. Deve, portanto, estar segregado da sociedade, seja por meio de prisões

---

<sup>80</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. Código penal interpretado. p. 266-267.

cautelares ou mesmo de prisão para cumprimento de pena, não dispondo de liberdade para firmar trabalho e, com isso, garantir a subsistência da sua família.

#### **3.4.4. O Risco Protegido: prisão do segurado**

O encarceramento foi considerado pelo legislador como a contingência da qual decorre a situação de necessidade dos familiares do segurado.

A prisão, da mesma forma que a morte, priva os dependentes do segurado de sua fonte de sustento, de forma a justificar a concessão do auxílio-reclusão.

A proteção previdenciária concedida por meio desse benefício visa a socorrer os dependentes que, em razão do recolhimento do segurado à prisão, têm sua fonte de subsistência comprometida.

O risco protegido por essa prestação previdenciária é, pois, *a perda de ingressos materiais pelo segurado, que fica privado da liberdade para o trabalho*<sup>81</sup>, disposição temperada pela possibilidade de o preso exercer atividade laboral em cumprimento da pena em regime fechado e semi-aberto, o que não causa a perda do direito ao benefício.

Veja-se, portanto, que o segurado deve estar impossibilitado de prover o sustento de sua família, razão pela qual o benefício não será devido, caso o segurado continue percebendo remuneração da empresa, ou esteja em gozo de benefícios de aposentadoria, auxílio-doença ou abono de permanência, pois, nessas situações, resta descaracterizada a necessidade social dos dependentes do segurado, cuja subsistência estaria garantida por meio daquelas prestações previdenciárias ou pela remuneração.

Impõe-se, portanto, que o segurado esteja privado de sua liberdade de locomoção e, portanto, impedido de exercer livremente atividade remunerada com a qual possa prover de maneira mínima a subsistência de sua família. Assim é que o benefício não será devido caso o segurado continue a perceber remuneração da empresa, auxílio-doença, aposentadoria, abono de permanência

---

<sup>81</sup> BALERA, Wagner. A proteção social à família, p. 238.

em serviço (art. 80 da Lei n. 8.213/91), visto que, nessas hipóteses, não se configura situação de necessidade da família, que terá sua subsistência garantida por tais rendimentos, nada obstante a prisão do seu arrimo.

A Lei n. 10.666/03, em seu artigo 2º, mitigou tal premissa, assegurando o direito de os dependentes dos segurados perceberem o benefício mesmo quando o segurado exerça atividade remunerada, em cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto e fechado.

Nesse sentido, oportuna a reflexão quanto ao exercício de atividade laborativa remunerada pelo preso-recluso, para fins de caracterizar o risco social protegido por esse benefício.

#### **3.4.4.1 Exercício da Atividade Laboral pelo Segurado-recluso**

Tendo em vista que o trabalho constitui um dever e um direito do preso, e com base na premissa de que o trabalho deve ser remunerado, importante analisar o exercício de atividade remunerada pelo segurado recluso e sua repercussão na caracterização da situação de necessidade social protegida pelo benefício em discussão.

##### *3.4.4.1.1. Contornos Jurídicos do Trabalho do Preso*

Antes de passarmos à análise das implicações do exercício da atividade laboral dos presos, para fins de caracterizar o risco social protegido pela prestação, parece-nos apropriada breve digressão acerca da regulamentação jurídica que o trabalho recebe nas leis penais e de execução penal.

Indubitável que o trabalho constitui importante instrumento para a ressocialização do preso e para a humanização das penas, conceito já contido na máxima de que o *trabalho dignifica o homem*, sendo evidente que a ociosidade em nada contribui para que o egresso volte a conviver em sociedade, sem lançar-se novamente ao mundo do crime.

O artigo 28 da Lei de Execuções Penais dispõe que “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

Para os presos condenados, o trabalho constitui um dever e um direito, imposto pelo artigo 31 da Lei de Execuções Penais. Para os presos provisórios, por sua vez, o trabalho constitui somente um direito (art. 31, parágrafo único, Lei n. 7.210/84), visto que não se cogita aplicar o dever de trabalhar àquele em cujo favor milita a regra da presunção de inocência.

O trabalho do preso está em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, e a vedação de imputação da pena de trabalho forçado, prevista na Carta Constitucional (art. 5º, XLII), em nada macula a aplicabilidade do artigo 28 da Lei de Execuções Penais, já que o trabalho exercido pelo preso, além de ser remunerado, pode ainda redundar na remição<sup>82</sup> da pena imposta ao preso.

Sobre o tema, são oportunos os ensinamentos de Alexandre de Moraes<sup>83</sup>, segundo o qual “*as penas de trabalho forçado não se confundem com a previsão de trabalho remunerado durante a execução penal, previsto nos arts. 28 e ss. da Lei 7.210/84 (Lei das Execuções Penais)*”, porque o trabalho do condenado exercido como dever social e como condição da dignidade humana é remunerado. Ademais, assevera ainda o autor que “*a própria lei prevê que o sentenciado deve realizar trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Essa previsão é plenamente compatível com a Constituição Federal, respeitando a dignidade humana e visando à reeducação do sentenciado*”. E, nem poderia ser de modo diverso, na medida em que o trabalho do preso tem importante papel na consecução da finalidade reeducativa e ressocializadora do preso.

De outra parte, anote-se que a Convenção n. 105 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trouxe a vedação de aplicação da pena de

---

<sup>82</sup> Segundo ensinamentos de Miguel Reale Junior, colacionado por Sidnei Agostinho Beneti, “à obrigatoriedade do trabalho, liga-se, no entanto, um estatuto novo no direito brasileiro, a remição, segundo a qual o condenado pode remir pelo trabalho parte do tempo de execução da pena, na proporção de um dia de pena por três de trabalho”. Cf. BENETI, Sidnei Agostinho. Execução Penal, p. 137.

<sup>83</sup> MORAES, Alexandre de, Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, p. 331.

trabalho forçado ou que conduza a pessoa à condição análoga à de escravo, não fez qualquer vedação à imposição do trabalho ao preso, no cumprimento de penas impostas em processo penal, com a observância do devido processo legal. Ao contrário, ressaltou expressamente essa possibilidade, em seu artigo 2º, letra “c”<sup>84</sup>.

Portanto, o trabalho do preso deve ser remunerado, sendo essa remuneração estipulada em tabela da administração pública.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 29, estabelece o parâmetro mínimo de remuneração, dispondo que não poderá ser inferior a três quartos de salário-mínimo. Atribui ainda à legislação local a competência para estabelecer a forma dessa remuneração, a ser fixada por hora trabalhada ou por empreita, isto é, em relação à tarefa executada<sup>85</sup>. No Estado de São Paulo, por exemplo, há a possibilidade de fixar remuneração por produtividade, segundo Resolução n. 092, da Secretaria de Administração Penitenciária, de 30 de setembro de 2003.

A destinação da remuneração do preso está regulamentada no mesmo artigo 29 da Lei de Execuções Penais, que dispõe que o produto da remuneração do trabalho do condenado deve destinar-se, em primeiro lugar, à indenização dos danos causados pelo delito praticado; em segundo lugar, à assistência de sua família; e, por fim, à indenização do Estado pelas despesas de sua manutenção. Em havendo quantia excedente, deverá ser depositada em conta poupança.

Somente a título de exemplificação, ao analisarmos a situação carcerária do Estado de São Paulo, segundo dados fornecidos pela Funap – Fundação “Dr. Manoel Pedro Pimentel” de Amparo ao Preso e ao Egresso<sup>86</sup>, verifica-se, a partir de dados estatísticos de junho de 2004, a existência de 137.089 presos, dos quais 42.227 têm garantido o direito ao trabalho que pode ser exercido interna ou

---

<sup>84</sup> “2. A expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ não compreenderá, entretanto, para os fins desta Convenção: c) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição.”

<sup>85</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini, Código penal interpretado, p. 304.

<sup>86</sup> Trata-se de fundação pública ligada à Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, instituída para planejar, desenvolver e avaliar programas sociais para os presos e egressos das 144 penitenciárias do Estado de São Paulo.

externamente, em uma das dezoito oficinas destinadas a fabricar carteiras escolares, móveis para escritório e confecção, segundo informações colhidas no *site* eletrônico daquele órgão<sup>87</sup>.

Ainda com a finalidade de confrontar a realidade, pudemos verificar que, no Estado de São Paulo, a Resolução n. 14, da Secretaria de Administração Previdenciária, de 18 de fevereiro de 2003, prevê o pagamento de um salário mínimo pela contratação da mão-de-obra do preso, sendo destinados três quartos desse valor ao preso trabalhador e o restante rateado entre os demais presos que prestam serviços de manutenção na unidade prisional.

Segundo a mesma Resolução, tais valores são pagos à Funap ou à própria instituição prisional, que se encarrega de repassá-los aos presos por meio de contas às quais as famílias dos presos têm acesso, cabendo a cada ente disciplinar de que forma tais repasses serão realizados<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Disponível em :< [www.funap.sp.gov.br/perguntas\\_frequentes](http://www.funap.sp.gov.br/perguntas_frequentes)>. Acesso em 25/7/06.

<sup>88</sup> No Estado de São Paulo, a remuneração dos presos segue as disposições do artigo 7º da Resolução n. 53/2001, que dispõe:

“Art. 7º. As unidades prisionais que cederem mão-de-obra de presidiários deverão cumprir as seguintes normas contábeis:

II – o valor do depósito referente à remuneração do preso será distribuído, até o 8º dia útil do mês, da seguinte forma:

- 90 % (noventa por cento), para assistência à família e pequenas despesas pessoais; (redação dada pela Resolução SAP n. 092/2003)

- 10% para ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a sua manutenção; (revogado pela Resolução SAP n. 092/2003)

- 10% (dez por cento) para pecúlio, facultando-se a liberação de metade desse montante, por decisão motivada do Diretor da unidade prisional. (redação dada pela Resolução SAP n. 092/2003)

III – A conta da unidade prisional será movimentada exclusivamente por cheque nominativo, firmado por dois funcionários, especialmente designados, em favor do preso ou de quem for por ele indicado (esposa, marido, companheiro, filho, pai, mãe ou irmão) devidamente identificados e registrados na Diretoria Administrativa;

IV – Inexistindo qualquer dos indicados do inciso III, a movimentação poderá ser feita por uma única pessoa para cada preso, autorizada e devidamente identificados e registrados na unidade prisional;

V – os valores inferiores a R\$ 100,00 poderão ser pagos, em espécie, para os familiares e pessoas autorizadas”.

Diante dessas considerações, constata-se que no sistema carcerário do Estado de São Paulo há presos que se encontram em duas situações: aqueles que percebem remuneração equivalente a três quartos de salário mínimo, e os presos que se dedicam às atividades de manutenção do estabelecimento prisional, que certamente recebem valores inferiores ao previsto pela legislação, já que a remuneração destes é resultado do rateio da soma do montante de um quarto dos salários que os demais presos percebem. De outra parte, em São

Os valores percebidos pelos presos são, em geral, destinados à sua família, na hipótese em que o recluso exerça atividade remunerada durante o cumprimento da pena. Há que se considerar, com efeito, o fato de que a remuneração que o preso percebe é inferior ao mínimo.

Esses são os contornos jurídicos que o trabalho recebe em nosso ordenamento, para fins de cumprimento de pena privativa de liberdade imposta em regular processo administrativo.

#### *3.4.4.1.2. Atividade Remunerada e Risco Social*

Com base na premissa de que a prestação visa a socorrer os dependentes do segurado que não pode continuar a prover o sustento de sua família é que, desde as concepções históricas do benefício, a lei expressamente ressalvava a necessidade de a remuneração do segurado estar suspensa para fins de percepção do benefício de auxílio-reclusão (art. 67, do Decreto n. 54/34). Tal exigência é mantida até mesmo na atual redação do artigo 80 da Lei n. 8.213/91.

A Lei n. 10.666/03 trouxe, no entanto, importante alteração da regra matriz de incidência do benefício, assegurando o direito de os dependentes dos segurados recolhidos à prisão perceberem o benefício, inclusive os dependentes daqueles que exerçam atividade remunerada nos regimes fechado e semi-aberto, e que contribuam na qualidade de contribuinte individual.

As implicações dessa alteração na configuração da prestação previdenciária serão detidamente analisadas, bem como a discussão doutrinária existente antes mesmo do advento dessa norma, relativamente ao trabalho exercido pelo segurado recolhido à prisão nos diversos regimes prisionais de cumprimento da pena, questão que veio também a ser dirimida pela Lei n. 10.666/03, ora em comento.

---

Paulo, o valor equivalente a três quartos de salário mínimo é integralmente destinado ao preso, já que a norma que previa a indenização do Estado no percentual de 10% do valor percebido pelo preso foi revogada pela Resolução SAP n. 092/2003, atualmente vigente.

A norma que regulamentava o benefício de auxílio-reclusão, desde os seus primórdios, previa como condição de fruição do benefício a suspensão da remuneração ‘*da empresa*’ percebida pelo segurado.

A Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), que manteve o auxílio-reclusão dentre os benefícios da previdência social, explicitava o cabimento do benefício ao segurado que não percebesse “*remuneração da empresa*”.

Comentando a expressão ‘*remuneração da empresa*’, prevista no artigo 63 da Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), advertia Russomano<sup>89</sup> que “*só existe direito ao auxílio-reclusão uma vez que o réu ou recluso **não aufera nenhuma remuneração da empresa para a qual trabalhava**, durante o período em que estiver preso*” (grifo nosso).

A condição imposta para fins de caracterizar o direito ao benefício referia-se, pois, à suspensão de percepção de remuneração pelo segurado, previsão que se mantém até hoje, não se cogitando como causa excludente do direito ao benefício a remuneração percebida pelo segurado-recluso, em razão do exercício de atividade remunerada.

Tal fato pode encontrar justificativa no próprio desenvolvimento do sistema penitenciário e na evolução da legislação penal e processual penal em nosso ordenamento jurídico.

Isso porque, nada obstante a flexibilização do sistema de execução de penas tenha-se dado com a inserção no ordenamento jurídico em 1977 da Lei n. 6.416, que tratou dos regimes fechado, semi-aberto e aberto, essa norma manteve-se durante muitos anos inaplicada, vigorando a regra da *prisão total*<sup>90</sup>, em que a pena privativa de liberdade era aplicada a um grande número de

---

<sup>89</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de previdência social, p. 260.

<sup>90</sup> Nas palavras de René Ariel Dotti “Não obstante os grandes avanços determinados pela Lei n. 6416/77 que revelou grandes preocupações com a individualização executiva da pena e a dignidade pessoal do condenado, esta não foi cumprida pelos sistemas penitenciários brasileiros de modo geral.” In A reforma do sistema de penas – antigos e novos desafios 20 anos depois. Boletim IBCCrim – ano 12- n.º 140 – julho 2004p. 7

infrações, independentemente da periculosidade do preso e da gravidade do delito.

Ademais, embora o direito/dever dos presos ao trabalho já estivesse previsto desde 1957, na Lei n. 3.274, que tratava das Normas Gerais do Regime Penitenciário, em realidade, consistia, segundo ensinamentos de René Ariel Dotti, em mera reprodução das regras básicas sobre regimes penitenciários da ONU, e “*tinha natureza e conteúdo meramente programáticos*” não sendo dotadas de eficácia coercitiva<sup>91</sup>.

São esclarecedores a esse respeito, os dados estatísticos colhidos por Yolanda Catão e Elisabete Sussekund<sup>92</sup>. Segundo esses dados, nos anos de 1975 a 1977 a porcentagem dos presos que tinham prestado algum serviço era de aproximadamente 37%, e, em 1977, esse percentual, já pequeno, havia-se reduzido a 32% da população carcerária. Os dados colhidos pelas autoras indicavam, ainda, que a maior parte desses presos exercia trabalho de manutenção do estabelecimento prisional, que não exige qualquer qualificação e ainda era não remunerado à época, não se prestando, assim, à finalidade de ressocialização, contrariando as Normas Mínimas de Tratamento dos presos.

Entretanto, a “remuneração da empresa” não poderia ser interpretada de forma a abarcar qualquer remuneração percebida pelos segurados, inclusive aquelas em razão do desempenho de atividade laboral em cumprimento da pena privativa de liberdade.

Com efeito, antes do advento da Lei n. 10.666/03, a doutrina era oscilante em reconhecer o direito de os dependentes do segurado-recluso perceberem o benefício, caso o mesmo exercesse atividade remunerada, mormente em se tratando do regime semi-aberto.

Cabe esclarecer que incluímos no tópico dedicado ao estudo do risco/necessidade social protegido a análise do trabalho exercido pelo segurado-recluso, não pela importância de distinguir os regimes prisionais de cumprimento

---

<sup>91</sup> Ob. Cit., pág. 6-8.

<sup>92</sup> FRAGOSO, Heleno [et al]. Direito dos presos, p. 106-107.

de pena, mas em face da possibilidade de exercer-se atividade remunerada nos diversos regimes, ante o contorno jurídico que o trabalho recebe em cada qual, assim como das eventuais influências desses fatores na configuração do risco/necessidade.

*a) No Regime Aberto*

A lei penal prevê basicamente três tipos de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade: o regime aberto, o semi-aberto e o fechado (art. 33 do Código Penal).

A pena de detenção deve ser cumprida em regime penitenciário aberto ou semi-aberto, salvo se houver necessidade de regressão de regimes, e será cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, §1º, CP).

Quanto ao trabalho exercido no regime aberto, não há grandes discussões acerca da não-possibilidade de conceder-se o benefício de auxílio-reclusão.

O cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade (art. 36 do CP), trabalhando o preso durante o dia, sem qualquer vigilância, e recolhendo-se durante a noite e nos dias de folga em casa do albergado ou estabelecimento similar.

A teor do disposto no art. 114, inciso I, da LEP, somente será beneficiado com o regime aberto o condenado que comprove exercer atividade laboral ou que poderá fazê-lo imediatamente ao ingressar nesse regime de cumprimento de pena mais benéfico.

Nesse regime de cumprimento de pena, não seria razoável manter a prestação previdenciária, pois o réu leva uma vida quase normal, trabalhando durante o dia, recolhendo-se durante a noite e nos finais de semana nas casas de albergado, sendo considerado pelo ordenamento como um indivíduo quase recuperado e ressocializado. Destarte, não há que se cogitar do socorro à família do segurado-recluso, uma vez que, nesse regime, o segurado, embora em

cumprimento de pena, trabalha normalmente, podendo prover o sustento de sua família.

O trabalho, no regime aberto, não deve ser proporcionado pelo Estado, tal como se verifica nos demais regimes prisionais, em que o preso não tem a liberdade para sair e firmar contrato de trabalho. Aqui, o segurado firma contrato de trabalho diretamente com o empregador, contrato que se revestirá de todas as formalidades previstas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Manifestam-se pelo não-cabimento da prestação os autores Marcus Orione e Érica Correia, segundo os quais não se deve conceder o benefício nos regimes prisionais em que o segurado trabalha durante o dia e recolhe-se à noite, uma vez que o benefício decorre da exclusão do segurado do convívio social devido à prisão, impossibilitando-o, assim, de exercer atividade remunerada para prover o sustento de sua família<sup>93</sup>.

Ademais, cumpre observar ainda que, dada a ausência, em vários Estados da Federação, de estabelecimento adequado ou similar para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, os presos acabam por cumprir a pena em regime domiciliar. Transcrevemos, sobre o assunto, ensinamentos de Julio Mirabete<sup>94</sup>:

*“Não havendo o Poder Público diligenciado para a construção de estabelecimentos destinados ao regime aberto em todas as comarcas, juízos e tribunais passaram a conceder a chamada ‘prisão albergue domiciliar’, transformada em verdadeiro simulacro da execução da pena pela inexistência de qualquer controle ou fiscalização na obediência das condições impostas”.*

Veja-se que, não dispondo o ordenamento jurídico de instituição adequada para o cumprimento da pena em regime aberto, isto é, as casas de albergado, e não podendo o condenado ser prejudicado pela inação do Estado, firmou-se

---

<sup>93</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; Correia, Érica Paula Barcha. Curso de direito da seguridade social, p. 282.

<sup>94</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal, p. 467.

jurisprudência<sup>95</sup> no sentido de que os presos beneficiados com o regime aberto podem cumprir a pena em regime de prisão domiciliar, a chamada “prisão albergue domiciliar”, que, nos rigores da lei, constitui regra excepcional aplicável tão-somente a condenados beneficiados com o regime aberto, maiores de setenta anos de idade ou acometidos de doença grave ou à presa com filho menor ou deficiente ou gestante (art. 117 Lei de Execução Penal).

A prisão domiciliar foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 5.256/67 para recolher o preso provisório à própria residência nas localidades onde não houvesse estabelecimento adequado para aqueles que tinham direito à prisão especial. Com o advento da Lei de Execuções Penais, a prisão domiciliar passou a ser admitida nos casos excepcionais supratranscritos.

Veja-se que a prisão domiciliar não configura espécie de prisão diversa das demais, mas, nos termos do artigo 117 da Lei de Execução Penal, é somente admitida para cumprimento de pena para os beneficiários de regime aberto, isto é, aqueles que já têm o direito de trabalhar normalmente durante o dia e que devem recolher-se durante a noite a estabelecimentos penais adequados, quais sejam, as casas de albergado<sup>96</sup>.

Anote-se, no entanto, que mesmo em se tratando de segurado-recluso, que cumpre pena em regime aberto, há divergências sobre a matéria, havendo entendimentos<sup>97</sup> no sentido de que, mesmo nesse regime, deve ser assegurado o direito ao auxílio-reclusão aos dependentes, pois dificilmente o segurado, em cumprimento de pena, conseguiria o emprego, permanecendo sua família em situação de necessidade.

---

<sup>95</sup> STF (RT 674/354, 657/377); HC n. 67.767-3-SP, 2a T., Rel. Min. Célio Norja, em 3/4/90, DJU 4/5/90, p. 3.695.

<sup>96</sup> A jurisprudência vem admitindo de forma excepcionalíssima, na salvaguarda da integridade física do detento, o cumprimento de prisão cautelar em regime de prisão domiciliar (HC 39782/ Processo: 200401666533/SP, 5ª Turma, STJ, rel. Min. Jose Arnaldo Fonseca, j 3/5/2005, in <[www.cjf.gov.br](http://www.cjf.gov.br)>), situação que não se confunde com aquela ora retratada, pois, em se tratando de prisão cautelar, devem estar presentes os requisitos que impõem a segregação do preso, nada obstante não condenado definitivamente, hipótese em que deverá o mesmo manter-se recolhido em sua residência, não tendo condições de exercer a atividade remunerada, justificando-se assim, a concessão do benefício.

<sup>97</sup> IBAIXE JUNIOR, João. Auxílio-reclusão na Lei n. 10.666/03, p 488.

Tal entendimento não pode ser abarcado, pois o desemprego involuntário constitui causa para a concessão de outro benefício previdenciário, qual seja, o seguro-desemprego, enquanto o socorro das situações de dificuldade de recolocação, no mercado de trabalho, do condenado que cumpriu ou que cumpre pena não constitui fato gerador do benefício em pauta, cuja aceitação implicaria desvirtuamento da norma previdenciária ora em análise.

*b) Regime Semi-aberto e Fechado*

No regime semi-aberto, a pena privativa de liberdade é cumprida pelo condenado em colônias penais agrícolas, industriais ou similares (art. 33, §1º, b, do CP), ficando o preso sujeito a trabalho comum durante o dia (art. 35 do CP), sendo ainda admissível o trabalho externo (§2º).

Assim como no regime fechado, os presos que cumprem pena em regime semi-aberto não se sujeitam às regras da Consolidação das Leis do Trabalho, embora façam *jus* à percepção de remuneração pelos serviços prestados, o que, como vimos, decorre da não-existência em nosso ordenamento de pena de trabalhos forçados.

Sustenta Sérgio Pinto Martins a possibilidade de conceder a prestação para presos que cumpram a pena em regime semi-aberto, visto que estariam impossibilitados de ter um emprego para obter renda para suas famílias<sup>98</sup>.

Aduzem ainda os defensores dessa tese que, nada obstante haja previsão legal do direito ao trabalho no regime semi-aberto, a realidade do sistema carcerário brasileiro é muito distante do ideário legal, não sendo proporcionado à grande maioria da população carcerária.

Argumenta-se ainda que, diante da ordem legal de destinar-se a remuneração do condenado (art. 28 da LEP), primeiramente, a ressarcir os danos causados pelo crime, muito dificilmente subsistiria algum valor para assistência de sua família, sendo razoável manter-se a prestação previdenciária nessa hipótese.

---

<sup>98</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. p. 415.

De outra parte, considerando-se que o trabalho constitui um direito/dever do preso, o cumprimento desse dever não poderia ser utilizado para prejudicar a situação do segurado recolhido à prisão.

Embora existam maiores discussões no tocante ao preso-recluso que cumpre pena em regime semi-aberto, não se verifica distinção na situação jurídica em relação ao exercício de atividade remunerada, seja no regime semi-aberto, seja no regime fechado.

*Sobre o regime fechado, Sérgio Pinto Martins<sup>99</sup> leciona que os dependentes fazem jus ao benefício, caso o segurado cumpra a pena em regime fechado, pois, nesse caso, não pode o segurado trabalhar para um empregador.*

Dessarte, o fator que justifica a distinção de tratamentos entre os condenados que cumprem pena em regime aberto ou semi-aberto estaria no regime jurídico que o trabalho do preso recebe em cada um desses regimes. Isso porque, no regime fechado e semi-aberto, o trabalho exercido pelo preso constitui condição imposta como cumprimento da pena, não estando revestido de caráter contratual, tal como leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Em regime semi-aberto, o trabalho é realizado em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, onde o condenado cumpre a pena, sendo admissível o trabalho externo em obras públicas ou particulares, mas sempre num regime público, inerente ao trabalho prisional”.

Em ambos os regimes, o trabalho deverá ser proporcionado pelo Estado, em cumprimento de seu poder/dever, não havendo relação contratual entre o preso e o estabelecimento prisional (art. 28, §2º, da Lei n. 7.210/84), na medida em que o trabalho constitui um direito, ao mesmo tempo em que um dever do preso.

A única distinção que se verifica é que, no regime semi-aberto, o trabalho constitui o próprio cumprimento da pena, já que a pena privativa de liberdade será

---

<sup>99</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social, p. 415.

cumprida em colônia penal agrícola ou industrial ou, ainda, em estabelecimento similar, onde ficam os presos submetidos a trabalho comum durante o dia.

Tal entendimento foi adotado no Parecer n. 2.583/2001 do Instituto Nacional do Seguro Social, consoante nos ensina Miriam Horvath, que opinou ser possível conceder o benefício do auxílio-reclusão nos casos em que o segurado cumpra a pena em regime semi-aberto ou fechado, visto que somente o trabalho exercido pelo segurado com vínculo empregatício regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, mediante remuneração desvinculada, poderia afastar a concessão do benefício<sup>100</sup>.

Tal discussão restou superada com o advento da Lei n. 10.666/03, ao dispor que trabalho exercido pelo segurado recluso em regime semi-aberto e fechado, ainda que contribua o mesmo para o sistema previdenciário na condição de contribuinte individual, não exclui o direito dos seus dependentes ao benefício.

### *c) Considerações Conclusivas*

Feitas essas considerações, parece-nos que o ponto fulcral da discussão não reside no regime prisional a que foi o segurado condenado a cumprir sua pena, mas no exercício da atividade, analisada como fator excludente ou não da situação de necessidade de seus familiares, causada pela segregação do segurado, risco esse coberto pela prestação do auxílio-reclusão.

Assim, à luz da nova concepção do sistema protetivo de salvaguarda da situação de necessidade social causada pelas contingências abarcadas pela previdência social, a proteção social somente se justifica caso persista a necessidade dos dependentes do segurado recluso, o que se verifica somente nos casos em que o segurado não percebe remuneração, seja da empresa para a qual trabalhava, seja de qualquer empresa para a qual venha a prestar serviços, enquanto cumpre a pena privativa de liberdade nos diversos regimes prisionais.

O limite de remuneração de três quartos de salário mínimo constitui patamar mínimo previsto em lei para resguardar os direitos dos presos, o que não

---

<sup>100</sup> HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. O auxílio-reclusão no direito brasileiro, p. 114 -116.

significa dizer que não se poderá fixar pagamento em valor superior. Reconhece-se que, dificilmente, tal patamar será suplantado; entretanto, para fins de análise teórica, impõe-se tal raciocínio. De outra parte, a exemplo do que ocorre no Estado de São Paulo, a indenização prevista no artigo 29 da Lei de Execuções Penais pode não ser exigida pelo Estado, destinando-se ao preso a totalidade da remuneração paga pelo trabalho por ele realizado. Esse valor deverá ser revertido em favor da família do recluso.

Em tais situações, a presunção de que o trabalho do preso não é suficiente para garantir a subsistência de sua família não estaria em consonância com as finalidades da seguridade social. De certo que, se a remuneração percebida pelo preso é inferior ao valor tido constitucionalmente como apto a garantir as necessidades mínimas do indivíduo e de sua família, ou seja, é inferior a um salário mínimo, conclui-se pela subsistência da situação de necessidade.

Entretanto, se a concessão da proteção social não se justifica na hipótese de o segurado preso continuar a perceber remuneração da empresa com a qual mantinha vínculo empregatício, pelo mesmo fundamento não terão direito a essa prestação os dependentes desse preso, que percebe remuneração capaz de fornecer ajuda material necessária à subsistência de seus familiares, em razão da prestação de serviços a qualquer empresa, já que, nesse caso, estará descaracterizada a situação de necessidade da família.

Diante dessas considerações, infere-se que, se o segurado continua percebendo remuneração que garanta a subsistência de seus familiares, não se verifica situação de necessidade social a justificar a prestação da proteção social, não importando se a remuneração advém de trabalho com ou sem vínculo empregatício.

Isso porque, consoante já afirmado, a prestação previdenciária do auxílio-reclusão é devida não apenas por causa da prisão do segurado, mas também pelo desequilíbrio econômico ocasionado à família do preso, ou seja, o auxílio-reclusão objetiva salvaguardar a subsistência dos dependentes do segurado-recluso, que continua incapacitado de continuar a fornecer auxílio material a seus familiares.

De qualquer sorte, a Lei n. 10.666/03 colocou termo na discussão, prevendo a possibilidade de concessão do benefício, justificada, de certa forma, diante da realidade da situação carcerária em todo país, entendimento esse já abarcado administrativamente pelo Instituto Nacional do Seguro Social, consoante termos do Parecer n. 2.583/2001.

### **3.4.5. Limitação do Benefício pela Emenda Constitucional n. 20/98**

A Emenda Constitucional n. 20/98 trouxe importante limitação ao benefício, restringindo sua concessão aos dependentes dos segurados de baixa renda<sup>101</sup>, assim como ocorreu com o benefício do salário-família. Antes dessa norma, o benefício de auxílio-reclusão era devido aos dependentes de todos os segurados do regime geral, sem qualquer limitação de rendimentos.

Essa norma trouxe importante limitação à prestação, cujo entendimento passa a ser imprescindível para a análise do benefício.

O auxílio-reclusão encontra-se disciplinado pela Carta Constitucional de 1988, no artigo 201, inciso IV, e no artigo 13 da Emenda Constitucional n. 20/98, que dispõem, respectivamente:

*“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:*

*IV - salário-família e auxílio-reclusão para **os dependentes dos segurados de baixa-renda.***

*Art. 13. Até que lei discipline o acesso ao salário família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos **apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais)**, que, até a publicação da lei, serão*

---

<sup>101</sup> Anote-se, neste ponto, a existência de discussão quanto à aplicabilidade do critério limitativo aos segurados ou aos dependentes, questão que será analisada adiante.

*corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social”.*

A prestação do auxílio-reclusão, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 20/98, somente será devida aos dependentes dos segurados cuja renda bruta percebida não supere o limite de R\$ 360,00, valor a ser atualizado de acordo com os índices aplicados aos benefícios compreendidos no regime geral de previdência. Assim, referido limite passou para R\$ 654,61, a partir de 1/4/2006.

Essa limitação não está prevista no plano de benefícios (Lei n. 8.213/91), decorrendo diretamente de regra constitucional que trouxe importante modificação e não ficou livre de críticas.

A esse respeito transcrevo crítica de Wladimir Novaes Martinez<sup>102</sup>:

*“Altera-se significativamente o auxílio-reclusão, passando a ser direito do mesmo trabalhador que faz jus ao salário-família: segurado de baixa renda. **A modificação do benefício, para pior, é incompreensível e discriminatória, convindo suscitar a impropriedade em face de outros postulados fundamentais da Lei Maior**” (nossos os destaques).*

Dessarte, incumbe fazer algumas reflexões acerca da limitação imposta pela Emenda Constitucional n. 20/98 à luz dos princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico.

#### ***3.4.5.1. Análise à Luz dos Princípios da Seletividade e da Distributividade, como Expressão do Princípio da Isonomia***

O primeiro enfoque a ser dado é a análise da limitação trazida pela Emenda Constitucional n. 20/98, em face dos princípios da seletividade e da distributividade, o que nos conduz a discutir a adequação ante o princípio da

---

<sup>102</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. Reforma da previdência social: comentários à emenda constitucional n. 20/98, p. 117.

isonomia, isso porque, como veremos adiante, tais princípios são corolários do princípio da isonomia na seara da seguridade social.

Os princípios da seletividade e da distributividade estão previstos no art. 194, parágrafo único, inciso III, da Constituição da República.

A seguridade social plenamente universal constitui um **dever**, cuja implementação dependerá de vários fatores (políticos, demográficos, sociais, culturais), dentre os quais sobressai com relevância o fator econômico, já que nenhum ordenamento jurídico pode abarcar um plano de seguridade social mais amplo do que as forças econômicas do Estado.

A seletividade constitui, nesse contexto, um processo de escolha do legislador, que elege as contingências que merecerão a proteção social, por meio da concessão de prestações aptas a atingir as finalidades da ordem social, ditando o ritmo de implantação e efetivação da universalidade como princípio basilar da seguridade social. Deve o legislador estudar as maiores carências sociais que merecem a proteção do Estado, priorizando a salvaguarda destas em relação às demais.

Segundo ensinamentos de Luiz Cláudio Flores da Cunha, a seletividade é *“(...) princípio que determina, e com isto autoriza o legislador, a promover, na prática, a Seguridade Social factível, postergando para momento próximo a realização dos projetos sociais mais amplos contidos nos anseios do Estado brasileiro”*<sup>103</sup>.

A distributividade, por sua vez, regerá os critérios para acesso às prestações, possibilitando que o maior número de beneficiários seja atendido pela seguridade social.

Esse princípio, ao lado dos princípios de custeio da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, inciso V, CF), determina o que e quanto cada um, após ter contribuído com o que podia, receberá a título de proteção, de acordo com suas necessidades, observando-se com maior atenção

---

<sup>103</sup> CUNHA, Luiz Cláudio Flores da. Princípios de direito previdenciário na constituição de 1988\_in. Direito previdenciário – aspectos materiais, processuais e penais, p. 39.

aqueles que dispõem de menor renda, por serem eles os sujeitos que mais necessitam do apoio da previdência social. Com base na premissa de que é preciso dar maior proteção àqueles que mais necessitam da proteção do Estado, resta justificado o tratamento diferenciado que o Estado dará aos cidadãos na implantação das medidas de seguridade social<sup>104</sup>.

Com efeito, sabe-se que as necessidades que afetam determinada sociedade não são estanques e imutáveis, já que a complexidade da vida moderna certamente fará com que surjam novas questões a serem enfrentadas pela seguridade social, com a observância dos princípios e objetivos traçados pela Carta Constitucional. Cabe ao legislador, portanto, com base nos princípios da seletividade e da distributividade, limitar alguns direitos de seguridade social, dentre os quais os previdenciários, mormente se a finalidade de tal limitação é atingir o maior número de pessoas.

Vem a talho transcrever os precisos ensinamentos do Prof. Wagner Balera sobre os princípios da seletividade e da distributividade:

***“Contudo, as diretrizes em questão operam como redutores, na medida em que dão moldura ao vasto campo de aplicação dos programas de seguridade social.***

***É que, em conjuntura adversa, o ideal da seguridade social – que a mesma esteja em permanente expansão – deve ceder passo a limitações econômicas. O que não deve significar renúncia ao ideal, mas adaptação a circunstâncias que lhe dão ritmo diferente de implantação”<sup>105</sup> (nossos os grifos).***

Com base nesses ensinamentos, entendemos ser possível restringir os direitos de seguridade social, sobretudo para adequar o sistema de proteção social às limitações econômicas do próprio Estado, já que não se pode conceber que a coletividade seja sacrificada para além de suas forças, a fim de manter-se um sistema de seguridade social que esteja fora da realidade de cada sociedade.

---

<sup>104</sup> Ob. Cit., p. 40.

<sup>105</sup> BALERA, Wagner; Noções Preliminares de direito previdenciário, p.86.

Entretanto, tais limitações não podem malferir princípios basilares do ordenamento jurídico. Nesse sentido são os ensinamentos de Marisa Santos: “A seleção e a distribuição impõem a adoção de um fator de discriminação, que levará à delimitação do rol de necessidades protegidas e dos beneficiários da proteção. **O discrimen, entretanto, não pode violar normas constitucionais**”<sup>106</sup> (grifos nossos).

Os princípios da seletividade e da distributividade são expressão do princípio da isonomia, possibilitando à administração pública oferecer maior proteção aos segurados mais necessitados, objetivo que se coaduna plenamente com as finalidades de seguridade social.

Destarte, para a exata compreensão desses princípios, cabem algumas considerações sobre o princípio da isonomia, regra angular de nosso ordenamento jurídico.

O princípio da isonomia, segundo notória definição dada por Aristóteles – tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente –, mostrou-se insuficiente a fornecer todos os parâmetros para conceituar e aplicar o princípio da igualdade, por não esclarecer quem eram os iguais e quem eram os desiguais.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>107</sup>, em lapidar obra sobre o tema, leciona ser necessário investigar o fator discriminante para verificar se ele é razoável e se existe correlação lógica entre o fator eleito e as situações discriminadas, para somente então concluir se a distinção feita está em consonância com o princípio da igualdade.

No caso em apreço, o fator discriminante eleito pelo legislador constituinte reformador foi a renda auferida pelo segurado, o que se depreende a teor do disposto no artigo 201, inciso IV, que faz referência “aos dependentes dos segurados de baixa-renda”. Dessa forma, os dependentes dos segurados que não sejam considerados de “baixa-renda” não farão *jus* à proteção previdenciária.

---

<sup>106</sup> SANTOS, Marisa Ferreira de. O Princípio da seletividade das prestações de seguridade social, p. 202.

<sup>107</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, p. 21.

Como já salientado, a prestação do auxílio-reclusão visa a socorrer a situação de necessidade decorrente do encarceramento do segurado, fato que traz desequilíbrio ao núcleo familiar. Trata-se de benefício que substitui a renda do trabalhador impossibilitado de manter sua família, uma vez que se encontra recolhido à prisão.

Diante disso, entendemos não haver correlação lógica entre o fato de o segurado recolhido à prisão ter auferido, antes da ocorrência do evento, essa ou aquela renda, e a caracterização da situação de necessidade de seus dependentes, já que é condição para que o benefício seja concedido, que a remuneração antes percebida pelo segurado esteja suspensa.

Com efeito, a situação de necessidade dos dependentes, decorrente do recolhimento em instituição carcerária, pode subsistir mesmo nas famílias cujos segurados percebam valor superior ao limite fixado.

Formulando crítica à limitação imposta pela Emenda Constitucional, também se manifestaram Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior:

*“Como já salientado alhures, por força do inciso IV do art. 201, na redação conferida pela EC nº 20/98, restringiu-se a concessão desta prestação securitária aos dependentes do segurado de baixa renda. Até que lei defina os beneficiários este (sic) benefício, serão considerados como tais àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), limite que será corrigido pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social (art. 13 da EC nº 20/98).*

***A alteração constitucional é merecedora de críticas, pois deixa ao desamparo a família do segurado com renda superior ao limite legal, impedido de trabalhar em virtude do encarceramento. Aliás, este benefício tem justamente a***

***finalidade de prover a manutenção da família do preso”***  
*(nossos os destaques).*

A discriminação feita pelo legislador impôs a presunção de que somente os dependentes dos segurados de baixa renda, submetidos à contingência, eleita pela Constituição da República, como apta a prover os objetivos da seguridade social, estariam em situação de necessidade social.

Entretanto, a situação de necessidade que o auxílio-reclusão visa a socorrer pode estar presente mesmo nas famílias dos segurados não classificados como de baixa renda, sendo a recíproca também verdadeira. Ou seja, os dependentes dos segurados de baixa renda podem não se ver em situação de necessidade, mesmo após o encarceramento do segurado, o que demonstra a ausência de co-relação lógica entre o fator *discrímen* e as situações que se pretende discriminar.

Somente a título de comparação, cumpre observar que, em outras situações, tal limitação não se afigura como incoerente, como ocorre na prestação do salário-família, limitada pela mesma norma em análise. Isso porque busca-se, naquela prestação, complementar da renda do segurado, dar maior proteção a seus familiares, garantindo sua subsistência. Assim, é razoável supor que os segurados que percebam renda superior a determinado patamar terão menos dificuldades para prover o sustento de sua família em confronto com aqueles que recebem salário inferior a determinado limite legal.

A situação do auxílio-reclusão é diversa, na medida em que essa prestação substitui a renda do segurado que antes assegurava o sustento de sua família. Assim, consoante já aduzido, não se vislumbra co-relação lógica entre a renda percebida antes pelo segurado e a situação de necessidade dos dependentes após o encarceramento do segurado.

Em que pesem os eminentes entendimentos em sentido contrário, diante do fato de estarem os beneficiários submetidos à mesma situação de necessidade, é difícil concluir que tal distinção seria expressão dos princípios da

distributividade e da seletividade, corolários do princípio da isonomia na seara da seguridade.

Esse foi o entendimento adotado em decisão que concedeu a liminar nos autos do agravo de instrumento n. 2005.03.00.002473-5, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, bem como em sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Federal Previdenciária da Subseção Judiciária de São Paulo, nos autos da ação civil pública n. 2004.61.83.0056264/SP.

Transcrevemos parte da sentença proferida nos autos da mencionada ação civil pública:

***“Então, se é certo que o princípio da universalidade da cobertura tem suas limitações no princípio da seletividade, não vejo como se negar que a limitação imposta na norma em questão faz com que a pena, de fato, ultrapasse a pessoa do condenado (art. 5º, XLV, CF) e com que esse benefício substitutivo do salário de contribuição ou rendimento, seja inferior a um salário mínimo (art. 201, § 2º, CF) já que possibilita a redução da renda a zero, no caso de não haver qualquer outra fonte para manutenção da família, maculando a dignidade humana.***

***Por tais razões, entendo que a norma matriz da regra (art. 13, EC 20/98) não é compatível com nosso regime constitucional, fundado que é na dignidade da pessoa humana.***

*Logo, o pedido merece acolhimento, ainda que no limite deduzido. De outra parte, cabe lembrar que, apesar de se ter pretendido alterar o artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública pela Lei 9.494/97, acrescentando-se a condicionante de que a coisa julgada erga omnes se limita à competência territorial do órgão prolator, certo é que tal limitação é ineficaz e inconstitucional, na lição de Nelson e Rosa Nery:*

*'Ineficácia e inconstitucionalidade. A norma, na redação dada pela L 9494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5º, XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 caput. Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACP 21 e CDC 90. Para que tivesse eficácia deveria ter havido alteração da LACP 16 e do CDC 103. De conseqüência, não há limitação territorial para a eficácia erga omnes da decisão proferida em ação coletiva, quer esteja fundada na LACP, quer no CDC. De outra parte, o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, v.g., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! O que importa é quem foi atingido pela coisa julgada material'. No mesmo sentido: José Marcela Menezes Vigliar, RT 745/67. Qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Até a sentença estrangeira pode produzir efeitos no Brasil, bastando para tanto que seja homologada pelo STF. Assim, as partes entre as quais foi dada a sentença estrangeira são atingidas por seus efeitos onde quer que estejam no planeta Terra. Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito. Portanto, se o juiz que proferiu a sentença na ação coletiva tout court, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos erga omnes ou ultra partes, conforme o caso (v. CDC*

103), em todo o território nacional – e também no exterior –, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada à LACP 16 pela L 9494/97. É da essência da ação coletiva a eficácia prevista no CDC 103. (Código de Processo Civil comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor, Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2002, pp. 1366/1367).

Nesse quadro, é de se reconhecer a eficácia erga omnes da presente decisão, válida, portanto, para todo o território nacional a fim de se alcançar qualquer segurado recluso.

*Da irreversibilidade do provimento*

Por derradeiro, embora tenha negado a antecipação da tutela liminarmente com base no risco de irreversibilidade do provimento, neste momento já entendo presentes os requisitos autorizadores da mesma.

Assim, além das consistentes razões exaradas pelo Ilustre Colega, Dr. Marcos Orione, quando concedeu a antecipação da tutela no Agravo de Instrumento 2005.03.00.002473-5, mormente a respeito da relatividade da irreversibilidade e que, portanto, deve ser examinada não somente sob o aspecto do sistema de seguridade como um todo, mas principalmente tendo como foco o sujeito de direito, não por outra razão se não para a atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, se no mérito constatei que está presente a verossimilhança da alegação (e aqui não há que se falar em prova inequívoca já que a questão é meramente jurídica) concluo que dada a possibilidade de reduzir-se a zero a renda de uma família, também existe o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. **Ante o exposto, extinguindo o processo com julgamento do mérito (art. 269, I, CPC), JULGO PROCEDENTE O PEDIDO de abrangência em todo o**

***território nacional para condenar o INSS a conceder o auxílio-reclusão, independentemente da remuneração que o segurado auferia antes do encarceramento, sempre que preenchidos os demais requisitos legais” (nossos os destaques).***

Com efeito, com base nesses princípios, é dado ao legislador eleger as carências e os critérios para acesso aos benefícios que se mostrem mais adequados à busca das finalidades da ordem e da justiça social. Entretanto, tais critérios devem sempre objetivar conceder maior suporte aos mais necessitados, como forma de mostrarem-se adequados ao sistema de seguridade social.

O risco eleito pelo legislador constituinte é indicativo da situação de necessidade social, podendo a lei presumir a ocorrência da necessidade, como o faz para os dependentes de primeira classe (cônjuge e filhos menores ou inválidos), não se admitindo, no entanto, tratamento diferenciado a beneficiários que estejam em mesma situação jurídica, isto é, em situação de necessidade social.

Nesse sentido, entendemos que a exigência de comprovar a efetiva dependência econômica dos dependentes dos segurados recolhidos à prisão, mais do que a limitação do benefício, seria o critério mais adequado ao sistema previdenciário<sup>108</sup>.

Poder-se-iam, de outra parte, instituir presunções de que a família com renda superior a determinado limite não estaria em situação de necessidade, como ocorre no benefício assistencial. O que não se admite, no entanto, é que, com base em elemento discriminador, se estabeleçam distinções entre dependentes que estejam exatamente na mesma situação jurídica, isto é, em situação de necessidade.

Por outro lado, devemos consignar eminentes entendimentos em sentido contrário, sustentando a total consonância da limitação trazida pela Emenda Constitucional n. 20/98, que restringiu a concessão do benefício do auxílio-

---

<sup>108</sup> Abordaremos a questão da presunção da dependência em item subsequente.

reclusão aos dependentes dos segurados de baixa renda, como expressão do princípio da seletividade e da distributividade. Esse foi o entendimento sustentado por Miriam Vasconcelos Fiaux Horvath<sup>109</sup>, em sua obra sobre o benefício do auxílio-reclusão.

Com efeito, entendemos possível restringir direitos previdenciários com base no princípio da seletividade e da distributividade. Entretanto, tal limitação deve obedecer não apenas aos princípios vigentes na seara da seguridade, mas também aos demais princípios basilares do ordenamento jurídico.

Temos observado, nos últimos anos, diversas reformas na seguridade social e, de todas elas, poucas tiveram a finalidade de estender o rol de proteção social. Essa é a tendência verificada mundialmente, decorrente de fatores como a diminuição da população economicamente ativa e o crescente envelhecimento das sociedades, o que leva ao aumento dos beneficiários em confronto com as pessoas que ativamente contribuem para a manutenção dos sistemas. O problema da equação do princípio da universalidade, que dita a proteção irrestrita de todos os necessitados e a limitação natural dos programas sociais, em aplicação da seletividade, será uma das grandes questões a serem enfrentadas, não tendo ainda *“o direito brasileiro encontrado (...) certa fórmula (norma) conciliatória entre universalidade e seletividade”*<sup>110</sup>.

A questão é tormentosa, mormente por incluírem-se os direitos de seguridade no rol de normas fundamentais imantadas pela imutabilidade de cláusulas *pétreas* (art. 60, §4º, IV, da Constituição da República). Os direitos sociais são classificados como direitos fundamentais de segunda geração, garantindo a igualdade material dos cidadãos e exigindo uma atuação ativa do Estado no sentido de buscar-se a superação das necessidades individuais<sup>111</sup>.

Para Gomes Canotilho, “os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão,

---

<sup>109</sup> HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. O auxílio-reclusão no direito brasileiro, p. 122.

<sup>110</sup> BALERA, Wagner. Noções preliminares de direito previdenciário, p. 177.

<sup>111</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional, p. 65

independentemente da sua justicialidade e exeqüibilidade imediata”<sup>112</sup>, aos quais deve ser aplicado o princípio do não-retrocesso social.

Leciona o autor em outro trecho de sua obra que:

*“a idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer-se dizer que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição do retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (nossos os destaques).*

Deve ser assegurado o núcleo essencial das normas de proteção, sendo imputadas com a sanção de inconstitucionalidade as normas tendentes a aniquilar tais núcleos.

Dessarte, ainda que se adote o entendimento de que os direitos sociais encerram o rol de direitos fundamentais e, portanto, petrificados por norma constitucional, não implica que tais direitos sejam absolutos. Nesse sentido, uma limitação que vise a dar maior proteção aos mais necessitados, e esteja em consonância com os demais princípios constitucionais, não implicaria afronta às cláusulas pétreas, já que não se cogita da existência de um princípio absoluto em sobreposição aos demais direitos, devendo, no entanto, cuidar-se para que o núcleo essencial dos direitos sociais seja salvaguardado.

---

<sup>112</sup> CANOTILHO, JJ Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, p. 446

### **3.4.5.2. Segurado ou Dependente de Baixa Renda**

Outra questão que surge é acerca dessa limitação e se ela se aplica ao segurado ou ao dependente.

Com base na finalidade do auxílio-reclusão – de socorrer a família do segurado –, bem como diante da constatação de que os titulares dessa prestação são os dependentes do segurado recolhido à prisão, firmou-se entendimento no sentido de que o requisito da baixa renda deve ser aferido em relação aos dependentes do segurado. Entendimento adotado em julgados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região<sup>113</sup> e em Súmula da Turma Regional de Uniformização do Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>114</sup>.

Extraí-se essa interpretação do disposto no artigo 13 da Emenda Constitucional n. 20/98, segundo o qual, até que lei discipline o acesso ao benefício, o auxílio-reclusão e o salário-maternidade “**serão concedidos apenas àqueles** que tenham renda bruta mensal ou igual a R\$ 360,00” (nossos os destaques).

Esse dispositivo estaria mais em consonância com as finalidades da prestação previdenciária do que o disposto no artigo 201, inciso IV, da Constituição da República, com redação alterada pela Emenda Constitucional n. 20/98. Isso porque, como visto, a renda do segurado, como parâmetro de distinção da situação dos titulares do benefício, não se afigura como razoável e isonômica, e os titulares do direito do benefício de auxílio-reclusão são os dependentes e não o segurado.

Entretanto, em que pesem tais considerações, não se pode deixar de observar que a regra constitucional inserida pela Emenda Constitucional n. 20/98, alterando o disposto no artigo 201, inciso IV, da Carta Constitucional, não deixa margens para dúvidas. Dispõe o referido artigo: “auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda” (nossos os destaques).

---

<sup>113</sup> Apelação Cível n. 825251, Relator Juiz Federal Maurício Kato, 18/2/2003, Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

<sup>114</sup> **SÚMULA N. 05** "Para fins de concessão do auxílio-reclusão, o conceito de renda bruta mensal se refere à renda auferida pelos dependentes e não a do segurado recluso".

Em julgado proferido pela Turma Recursal da Justiça Federal do Rio de Janeiro, publicado no Boletim das Turmas Recursais da Justiça Federal do Rio de Janeiro<sup>115</sup>, ressalta-se a clareza do dispositivo constitucional, cujo trecho transcrevemos a seguir:

*“VIII – E é bom que se esclareça que o parâmetro de seletividade, na redação dada ao inciso IV, do art. 201, da CRFB/88, é a renda do segurado, e não a do dependente, que muitas vezes não tem renda mesmo, por exemplo, por ser menor, conforme consta na locução ‘salário família e auxílio-reclusão para dependentes dos segurados de baixa renda’, isto porque, não se pode tentar obter, a partir de métodos de interpretação, resultado diametralmente oposto ao sentido do texto escrito, transformando ‘azul em amarelo’. Houvesse intenção de fixar critério diverso, haveria referência a ‘dependentes de baixa renda’, o que indica que a medida de baixa renda é a remuneração do segurado de (sic) não de seus dependentes” (nossos os destaques).*

As regras de hermenêutica têm lugar em situações em que a norma deixa dúvidas quanto à interpretação extraível do dispositivo. Não se desconhece a evolução da matéria interpretativa da Constituição, mormente para prestigiar princípios-normas que norteiam e devem permear todo o ordenamento jurídico. Entretanto, essas novas formas de interpretação, dentre as quais ressaltamos a interpretação conforme a Constituição, têm como limite “as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo”<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Recurso sentença n. 2004.51.54.000845-2-1. 1ª TR/RJ, Rel. Juiz Federal Marcelo Leonardo Tavares. Votaram as juízas federais Geraldine Pinto Vital de Castro e Andréa Cunha Esmeraldo, Boletim das Turmas Recursais da Justiça Federal do Rio de Janeiro, Ano II, n. 11, dez./2005 a fev./2005, p. 05.

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, in O Começo da História. A interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 361.

Nada obstante tais considerações, repita-se, estaria em melhor sintonia com os princípios que regem a seguridade social, mormente se se cogitasse, na comprovação efetiva pelo núcleo familiar, da situação de necessidade causada pelo recolhimento do segurado à instituição prisional, requisito não imposto pela lei.

#### *3.4.2.1. Do Decreto n. 3.048/99.*

O Decreto n. 3.048/99, editado após o advento da Emenda Constitucional n. 20/98, disciplina a prestação do auxílio-reclusão em seu artigo 116, dispondo que fará jus a essa prestação o beneficiário de segurado que teve como último salário-de-contribuição valor inferior ao fixado na Emenda Constitucional, atualizado administrativamente.

A primeira consideração que devemos traçar acerca da limitação de concessão do benefício aos segurados de baixa renda refere-se à regulamentação trazida pelo decreto.

Referido decreto, diferentemente do previsto no dispositivo constitucional, fixou como parâmetro o valor do último salário-de-contribuição do segurado. Nada obstante para a maior parte dos trabalhadores a renda bruta equivalha ao valor do salário-de-contribuição, há situações em que tal equivalência não ocorre, a exemplo do trabalhador que venha a perder seu emprego, situação que restou ressalvada pelo próprio decreto, no artigo 116, §1º, possibilitando a concessão do benefício ao segurado desempregado, desde que mantida a qualidade de segurado.

O Decreto n. 3.048/99 desbordou ainda dos limites da norma constitucional, inovando no ordenamento jurídico, na medida em que estabeleceu como critério de limitação o último salário-de-contribuição do segurado recolhido à prisão, enquanto a Carta Constitucional expressamente determinou a aferição da situação de necessidade ante a renda bruta.

A renda a ser confrontada é aquela mantida no momento da prisão ou detenção. Assim, ainda que o valor da renda venha posteriormente a adequar-se

aos limites legais, ante a atualização do limite constitucional imposto, não será cabível conceder o benefício, visto que a aferição da subsunção do fato à norma hipotética do benefício deverá ser feita no momento da ocorrência do fato imponible e não posteriormente.

De outra parte, o decreto exige a cada três meses a apresentação de atestado de que o segurado continua detido ou recluso (art. 117,§1º), previsão que veio apenas a aclarar a periodicidade do atestado a que faz menção o artigo 80, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91.

A suspensão da prestação em caso de fuga está expressamente prevista no decreto regulamentador, entendimento que pode ser extraído da regra matriz da prestação, consoante abordaremos em item próprio.

Por fim, o artigo 118, parágrafo único, do Decreto n. 3.048/99 prevê a hipótese de os dependentes não fazerem *jus* ao benefício de auxílio-reclusão, por não se tratar de dependentes do segurado de baixa-renda, hipótese em que somente será devida a pensão por morte, caso isso ocorra enquanto o preso ainda mantenha a qualidade de segurado. Em se tratando de segurado recluso, o período de graça perdura enquanto durar a segregação, isto é, enquanto estiver recluso, e até doze meses após seu livramento (art. 15, inciso IV, da Lei n. 8.213/91).

O artigo 119 do Decreto veda a possibilidade de conceder o benefício do auxílio-reclusão após a soltura do segurado.

#### ***3.4.6. Dependentes do Segurado-recluso***

Resta firmado até o presente momento, de forma clara, que o benefício do auxílio-reclusão é prestação destinada aos dependentes do segurado recolhido à prisão, sendo eles os sujeitos ativos, titulares, da relação jurídica previdenciária.

Os dependentes são pessoas previstas na lei que, por manterem especial relação com os segurados, acabam por merecer do direito previdenciário especial proteção.

A proteção extensiva aos dependentes abrange, em geral, os familiares do segurado, o que decorre da própria noção de seguridade social, na medida em que não estariam os segurados realmente protegidos, se se relegasse à mingua de qualquer proteção a família do segurado, nas situações em que este se visse impossibilitado de prover o sustento familiar.

Os direitos dos dependentes às prestações previdenciárias do auxílio-reclusão e também da pensão por morte são exercitáveis direta e pessoalmente pelos próprios. Não se trata de decorrência do direito do segurado, mas, sim, de direito próprio dos dependentes, sendo exigível tão-somente a prova da condição de dependente.

Sobre o assunto, elucidativas as considerações de Feijó Coimbra<sup>117</sup>:

*“Entretanto, o direito do dependente não é como se poderia pensar um direito transmitido pelo segurado. É ele, na realidade, jus proprium, que pelo dependente pode ser exercido contra a instituição, pois desde que se aperfeiçoem aquelas duas situações o dependente passa a ostentar esse direito subjetivo”.*

Os dependentes do regime geral de previdência social estão elencados no artigo 16 da Lei n. 8.213/91, divididos em classes preferenciais, de forma que, em havendo dependente de classe preferencial, os demais não terão direito à prestação previdenciária. Destaca ainda a lei a necessidade de comprovar a dependência econômica, presumindo-a para os dependentes elencados no inciso I do mencionado artigo.

Dispõe o artigo 16, *in verbis*:

*“I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;*

*II – os pais;*

---

<sup>117</sup> COIMBRA, Feijó. Direito previdenciário brasileiro, p. 108.

*III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;*

*IV – revogado.*

*§1º. A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.*

*§2º. O enteado e menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.*

*§4º. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”.*

#### **3.4.6.1. Cônjuge e Filhos**

Assim, são dependentes preferenciais os cônjuges e companheiros, e filhos menores de 21 anos de idade não emancipados ou os inválidos. Estes não necessitam comprovar a dependência econômica, por ser presumida.

A Lei n. 8.213/91, adotando-se a proposição dada pela Constituição no art. 226, §3º, da Constituição, equiparou expressamente a situação dos cônjuges e companheiros, tidos aqueles como conviventes em união estável.

Não faz a lei previdenciária qualquer discriminação em relação àqueles que convivam em união estável, exigindo-se a prova da convivência, de modo a comprovar que se tratava de uma convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família. (art. 1.723, Código Civil).

Cumpra ainda observar que, por força de determinação judicial emanada da Ação Civil Pública n. 2000.071.00.009347-0, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi assegurado ao companheiro homossexual o direito de figurar como dependente do segurado

A questão foi objeto de Instrução Normativa 57/2001 do INSS, que cuidou dos procedimentos para a concessão de benefícios previdenciários aos companheiros homossexuais, reconhecendo-se a eles o direito, desde que o

evento gerador do benefício (morte ou reclusão) tenha ocorrido após a data da promulgação da Carta Constitucional.

A Instrução Normativa n. 118/05 disciplinou a questão em seu artigo 30 e passou a exigir a comprovação da dependência econômica dos companheiros homossexuais. Tal exigência afronta o princípio da legalidade, na medida em que a Lei n. 8.213/91 não exige a comprovação da dependência econômica dos companheiros, estando estes equiparados aos cônjuges. De outra parte, a exigência da comprovação da dependência tão-somente dos companheiros homossexuais estabelece, ademais, distinção injustificada a essa classe de dependentes.

Quanto aos filhos, a menção a filhos de qualquer natureza superou qualquer resquício de discriminação, para fins de proteção previdenciária, o que abarca o disposto no artigo 227, §4º, da Constituição da República.

A redação original do artigo 16, I, da Lei n. 8.213/91, previa que “*o filho, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido*” seria segurado da classe I, ao lado do cônjuge e do companheiro.

A expressão “*emancipado*” foi inserida pela Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, tanto no que se refere aos filhos quanto aos irmãos. Atualmente, o filho mantém a qualidade de dependente até a emancipação ou com o advento da idade de 21 anos.

A primeira questão decorrente desse dispositivo diz respeito à recente alteração trazida pelo novo Código Civil – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 –, que reduziu a maioridade civil de 21 para 18 anos de idade (art. 5º).

A maioridade civil constitui marco importante para a lei previdenciária, na medida em que se erigiu a emancipação como causa extintiva da qualidade de dependente.

Diante dessa alteração da maioridade civil, poder-se-ia perquirir a possibilidade de aplicar-se a idade de 21 anos como marco extintivo da qualidade

de dependente dos filhos e dos irmãos, o que implicaria o não-acolhimento do conceito de maioridade civil previsto no Código Civil Brasileiro.

Com efeito, diante do dispositivo que trata tanto da emancipação quanto do fato de atingir-se a idade de 21 anos, como causas alternativas para a perda da qualidade de dependente, alguns autores têm sustentado a aplicação da idade de 18 anos como causa para cessar a qualidade de dependente, visto que, com a maioridade civil, atualmente operada aos 18 anos, considera-se o filho emancipado.

De qualquer sorte, ainda para aqueles que mantêm entendimento nesse sentido, o certo é que, para os beneficiários que se encontravam em gozo do benefício quando do advento do novo Código Civil, há que se manter o pagamento do benefício até o implemento dos 21 anos de idade, visto que, para fins de aplicação da lei previdenciária, deve-se considerar a lei do momento da concessão do benefício.

Sobre o assunto, Miguel Horvath Júnior<sup>118</sup> traz os seguintes entendimentos:

*“Irdevânio da Silva Costa – Advogado da União e Coordenador da 3ª Coordenação da Consultoria Jurídica/Ministério da Previdência e Assistência Social em parecer lavrado em janeiro de 2003 ressalta que o legislador previdenciário não foi feliz na redação do dispositivo constante da lei previdenciária, preferível que tivesse utilizado a expressão filho ou irmão não emancipado que não atingiu a maioridade civil, que melhor expressaria a mens legis, exigindo por parte do aplicador do direito, interpretação adequada e coerente dos preceitos constantes nos arts. 16, inciso I e III e 77, §2º, inciso II da Lei 8.213/91. Em que pese a redação da maioridade civil para 18 anos, **os benefícios previdenciários, pensão e auxílio-reclusão que já foram concedidos antes da vigência do novo Código Civil, deverão***

---

<sup>118</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito previdenciário, p. 114.

***continuar sendo pagos até que o filho ou irmão alcance a idade de 21 anos, tendo em vista que é questão pacífica, tanto na Administração Previdenciária quanto no Poder Judiciário, que o benefício rege-se pela legislação para a sua concessão (...)***” (grifos nossos).

Entretanto, não há como deixar de aplicar dispositivo legal que expressamente previu a cessação da condição de dependente aos 21 anos de idade para os filhos. A aplicação pura e simples da regra da emancipação legal aos 18 anos de idade levaria à inaplicabilidade da parte do artigo 16 da Lei n. 8.213/91, que faz referência aos filhos até 21 anos de idade.

A melhor interpretação a ser dada à questão é aquela que busca a integral aplicabilidade do dispositivo legal.

Nesse sentido, tendo em vista que o artigo da lei previdenciária faz expressa menção à idade de 21 anos, entende-se que teria o legislador destacado, dentre as causas de emancipação, aquela atinente à maioridade civil, o que conduziria ao entendimento de que foram eleitas duas causas de extinção da qualidade de dependente aos irmãos e filhos: a emancipação, excetuada a maioridade, e a idade (21 anos). Não fosse assim, a menção à idade seria de todo esvaziada, perdendo sua aplicabilidade, técnica essa que não se coaduna com as melhores regras da hermenêutica.

Com efeito, não se questionaria eventual lei que viesse a reduzir a idade para fins de perda da condição de dependente, acompanhando-se a maioridade civil, visto ser esse o marco considerado pelo ordenamento jurídico: de que o jovem estaria apto a conduzir sua própria vida e prover sua própria subsistência.

Entretanto, para isso, seria necessária uma lei que alterasse aquele dispositivo legal. Por ora, deve ser aplicada previsão legal de 21 anos, garantido aos dependentes do segurado recluso o direito ao auxílio-reclusão até o implemento dessa idade, se outra causa de emancipação não se verificar antes.

Outra questão a ser abordada nesse aspecto refere-se à questão do inválido.

Com efeito, a redação do artigo 16, inciso I, trata do filho *não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido*.

A expressão “*emancipado*” refere-se somente a filho, não se aplicando aos filhos inválidos. Corroborando esse entendimento, o próprio Decreto n. 3.048/99, em seu artigo 114, dispunha, *in verbis*:

*“Art. 114. O pagamento da cota individual da pensão por morte cessa:*

*I – omissis;*

*II – para o pensionista menor de idade, pela emancipação ou ao completar vinte e um anos, salvo se inválido”.*

Essa redação encontrava-se em plena consonância com as disposições da Lei n. 8.213/91. Ocorre que, com o advento do Decreto n. 3.265/99, que conferiu nova redação ao dispositivo em análise, a questão passou a ser regulada da seguinte forma: “*para o pensionista menor de idade, ao completar 21 anos de idade, anda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior*” (nossos os destaques).

Tal disposição, a toda evidência, desbordou dos limites da lei que pretendeu regulamentar, afrontando a função constitucional atribuída aos decretos, na medida em que deu, ao assunto, tratamento diverso daquele instituído no plano de benefícios.

São causas legais de emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único do Código Civil, a maioridade, o casamento, o exercício de emprego público efetivo, a colação de grau em curso de nível superior e o estabelecimento civil ou comercial, a existência de relação de emprego, desde que em relação a estes tenha o menor economia própria e, ainda, o serviço militar (Lei n. 8.239/91).

Para que seja reconhecida a condição de dependente do filho ou irmão incapacitado, exige-se que estejam impossibilitados de prover o próprio sustento por meio do exercício de atividade laborativa. Essa incapacidade deverá ser aferida pela autarquia previdenciária, através de perícias médicas regulares.

Com efeito, observa-se que todas as causas legais de emancipação, exceto o casamento e a colação de grau em curso de nível superior, são, se ocorridas, indicativas de que o filho ou mesmo o irmão (dependente da classe III) do segurado não estão incapacitados de proverem seu próprio sustento, o que implicaria a cessação da condição de dependentes. Entretanto, diante da ausência de previsão legal, a cessação da incapacidade deve ser aferida por meio de perícia médica.

A situação de afronta à lei e conseqüente prejuízo dos dependentes torna-se evidente no caso do casamento, já que o próprio decreto excetuou, com propriedade, a situação da colação de grau. Isso porque a colação de grau em nível superior, por si só, não implica necessariamente que o dependente passa a ter condições de suprir sua situação de necessidade, estando em conformidade com as finalidades da seguridade social tal exceção.

De outra parte, com o casamento o cônjuge (do irmão ou filho inválido) passa a ter, segundo as regras do direito civil, a responsabilidade de prover o sustento material daqueles. No entanto, tal limitação não está prevista em lei, o que inquina o decreto, nesse tocante, em clara situação de ilegalidade.

Cumprindo observar que nada obstante a alteração inserida pelo Decreto n. 3.265/99 ao artigo 114 do Decreto n. 3.048/99, o dispositivo desse mesmo decreto que regulamenta os dependentes, de maneira geral (art. 22), não sofreu qualquer alteração a esse respeito, devendo ser mantida a redação dada pela Lei n. 8.213/91.

Outra consideração digna de nota é a extensão do direito ao auxílio-reclusão aos filhos, até o implemento de 24 anos de idade, quando ocorreria a conclusão do curso superior<sup>119</sup>.

Tal entendimento, no entanto, não pode ser acolhido ante a ausência de amparo legal, sendo impossível estender a concessão do benefício para situações outras que não as previstas em lei, sob pena de afrontar-se o equilíbrio

---

<sup>119</sup> Considerações aplicáveis também aos irmãos, dependentes da classe II.

econômico do sistema previdenciário, o que redundaria em desrespeito da regra da contrapartida, prevista no artigo 195, parágrafo 5º da Carta Constitucional.

A esse respeito, trazemos à colação os ensinamentos de Heloísa Hernandez Derzi<sup>120</sup>, referentes ao benefício da pensão por morte, plenamente aplicáveis ao presente instituto, aduzindo que tal extensão não se coaduna com as finalidades da prestação previdenciária:

*“Embora esse procedimento seja adotado em Regimes Próprios de Previdência, e a jurisprudência venha estendendo o prazo para recebimento da pensão de alimentos, considerando, inclusive, que outros países vêm efetuando reformas no regime previdenciário para estender o limite de idade dos órfãos, como é o caso da Espanha, entendemos não haver um argumento compatível com a finalidade do benefício da pensão por morte, essencialmente voltado para garantia de meios de sobrevivência às pessoas que dependem dos recursos de segurado que falece e, por questões de idade e incapacidade, ficam impedidas de exercer atividade laboral remunerada que lhes garanta a própria subsistência. Neste sentido, os filhos que cursam ensino superior não estão impossibilitados de exercer atividade laboral e prover o próprio sustento. A realidade social e econômica do Brasil aponta altos índices de desemprego, inclusive a dificuldade dos jovens na busca do primeiro emprego. Entretanto, tal realidade não desautoriza o fato de que um jovem, ao atingir 18 (dezoito anos), não esteja em condições de exercer atividade laboral remunerada e, por conseguinte, apto a gerir a sua própria vida, inclusive seu patrimônio, e prover o sustento próprio”.*

Os dependentes previstos na classe I, isto é, aqueles elencados no artigo 16, inciso I, da Lei n. 8213/91, quais sejam, cônjuges e filhos menores ou incapazes, têm direito preferencial em face dos dependentes das demais classes, sendo para estes presumida a dependência econômica.

---

<sup>120</sup> DERZI, Heloísa Hernandez. Os beneficiários da pensão por morte, p. 228

Nesse tocante, é discutível se a presunção de dependência seria *juris tantum* ou *jure et jure*.

A atual concepção do direito previdenciário presume, a partir da ocorrência da contingência protegida (prisão), a situação de necessidade de alguns beneficiários, como se dá em relação aos dependentes de primeira classe (art. 16, inciso I, da Lei n. 8.213/91 – cônjuge e filhos menores ou inválidos). Assim, é possível que, mesmo ocorrendo a contingência prevista em lei, não estejam aqueles dependentes em situação de efetiva necessidade, de modo que tal fato não influi na configuração do direito dos dependentes ao benefício.

Entretanto, à vista da atual concepção da seguridade social para a salvaguarda de situações de necessidade, a exigência da comprovação da real situação de dependência melhor atenderia às finalidades da proteção social.

Sobre o tema, Heloísa Derzi é categórica ao afirmar que “a ação protetora da Previdência Social não será desencadeada se ocorrer apenas a contingência protegida – morte ou ausência – pois é indispensável que esta constitua um fato jurídico e dê lugar à situação de necessidade de sobrevivência”<sup>121</sup>.

Nesse sentido, a presunção da dependência econômica dos dependentes preferenciais pode levar a situações injustas, não sendo difícil imaginar hipótese em que os pais, que efetivamente tivessem a subsistência mantida pelo filho segurado, não tivessem acesso à proteção social, visto que seriam preteridos em favor do cônjuge (dependente preferencial na ordem legal), nada obstante o cônjuge, na realidade, não necessitasse da proteção social por estar inserido no mercado de trabalho.

De outra parte, vale registrar crítica formulada por Heloísa Derzi <sup>122</sup> à presunção de dependência econômica dos cônjuges, com a qual manifestamos expressa concordância:

---

<sup>121</sup> DERZI, Heloísa Hernandez. Os beneficiários da pensão por morte, p. 207.

<sup>122</sup> Ob. Cit., p. 228.

*“(...) a presunção absoluta da dependência econômica do cônjuge ou companheiro (a) não está de conformidade com a natureza jurídica do benefício da pensão por morte. O atual modelo previdenciário não pode conceder pensão vitalícia a cônjuges que possuem capacidade para manter a própria sobrevivência. Esse procedimento justificava-se à época em que a cônjuge feminino não era dado direito ao exercício de atividade laboral profissional fora do âmbito familiar, fato que podia representar incapacidade de prover o próprio sustento, já que a mulher se afastava do mercado de trabalho ou nem mesmo estava habilitada para nele se inserir”.*

De qualquer sorte – ainda que se possa criticar tal fato –, hoje, para os segurados de primeira classe, isto é, aqueles elencados no artigo 16, inciso I, da Lei n. 8.213/91, não se exige prova da efetiva necessidade, bastando comprovar a condição de dependente, não havendo qualquer previsão de que comprovação em sentido contrário excluiria o direito dos dependentes.

Incluem-se no rol de dependentes de primeira classe o enteado e o menor tutelado, os quais devem, no entanto, comprovar a dependência econômica.

#### **3.4.6.2. Exclusão do Menor sob Guarda do Rol de Dependentes**

A Medida Provisória n. 1.523/96, convertida na Lei n. 9.528/97, ao mesmo tempo em que excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes, passou a exigir para os enteados e menores tutelados a prova da dependência econômica.

A exclusão do menor sob guarda poderia ser questionada à luz do disposto no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90 –, visto que, segundo o § 3º do referido artigo, *“a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependentes, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário”*. Nesse sentido foi o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Ministro Gilson Dipp, proferido nos autos

do Processo n. 2005.00.28952-3, Quinta Turma, decisão proferida em 19/4/2005<sup>123</sup>.

A esse respeito, diversas ações civis públicas<sup>124</sup> foram propostas pelo Ministério Público Federal, questionando o dispositivo da Lei n. 9.528/97.

Em que pesem as discussões acerca do tema, há entendimento de que a proteção do menor sob guarda para fins de percepção de benefício previdenciário não se justificaria, dada a natureza provisória do instituto. E, com a morte do responsável pelo menor, certamente dar-se-ia sua colocação em outra família, que se tornaria responsável pela sua manutenção. Nesse sentido, o menor não permaneceria em situação de necessidade, mesmo diante do falecimento do seu mantenedor, uma vez que, com a morte de seu provedor, o menor deverá ser colocado em outro núcleo familiar<sup>125</sup>.

#### **3.4.6.3. Pais e Irmãos**

Os pais integram o rol de dependentes na classe II e devem demonstrar a dependência econômica para fazer *jus* ao recebimento da prestação do auxílio-reclusão. Só terão direito ao gozo do benefício na ausência de dependentes da classe I, não se cogitando de aquisição do direito, caso os dependentes da classe I percam sua condição de dependente. Assim, uma vez reconhecido o direito aos dependentes da classe I, ainda que venham a falecer ou percam sua condição de dependentes, isso não faz nascer para os demais dependentes o direito à percepção do benefício em análise.

São também dependentes do segurado os irmãos não emancipados, de qualquer condição, menores de 21 anos ou inválidos, que deverão demonstrar ser economicamente dependentes do segurado. Porém, somente farão *jus* à prestação previdenciária, caso ausentes os dependentes da classe I e II.

---

<sup>123</sup> Internet: <[www.cjf.gov.br/jurisprudencia](http://www.cjf.gov.br/jurisprudencia)>

<sup>124</sup> ACP n. 1999.38.00.004900-0/MG, TRF, 1ª Região; ACP n. 97.0057902-6/SP, Autos n. 98.0000595-1, 1ª vara de Sergipe, autos n. 1999.43.00.000326-2, TRF da 2ª Região.

<sup>125</sup> DERZI, Heloísa Hernandes. Os beneficiários da pensão por morte, p. 284.

Aplicam-se a eles todas as considerações traçadas no item anterior relativas a idade, emancipação e, ainda, invalidez.

### **3.4.7. Início da Prestação**

Mister se faz observar que o legislador preferiu não disciplinar de forma expressa todos os aspectos da norma, adotando-se a sistemática de remissão a outro benefício, no caso, a pensão por morte.

Assim, estabelece o artigo 80 da Lei n. 8.213/91 que o benefício do auxílio-reclusão será devido, *nas mesmas condições da pensão por morte*.

Essa expressão, no entanto, deve ser entendida com as ressalvas e peculiaridades do auxílio-reclusão. Nesse sentido, serão aplicáveis as condições da pensão por morte, que não desnaturem a hipótese de incidência desse benefício e não encontrem previsão conflitante e específica.

Neste tópico, interessa observar que nessa expressão está contida a delimitação da obrigatoriedade de pagamento da prestação a partir do evento reclusão, desde que os dependentes formalizem pedido à autarquia previdenciária, no prazo de trinta dias do efetivo recolhimento do segurado à prisão. Ultrapassado esse prazo, o benefício será devido a partir da data do requerimento, nos moldes em que ocorre com a pensão por morte, consoante disposto no artigo 74, incisos I e II, da Lei n. 8.213/91, com redação dada pela Medida Provisória n. 1.596-14, de 10/11/97, convertida na Lei n. 9.528/97.

A aplicabilidade dessa norma ao auxílio-reclusão foi observada pelo Decreto n. 3.048/99, §4º, do artigo 117.

Fixam-se, portanto, dois marcos a partir dos quais será devida a prestação do auxílio-reclusão: a) a data do evento prisão, desde que o requerimento administrativo seja formalizado no prazo de trinta dias da ocorrência do evento; b) a partir do requerimento administrativo.

Acerca da alteração trazida pela Lei n. 9.528/97, que modificou o termo de início da prestação, mister traçarmos algumas considerações que podem

problematizar a concessão do benefício, caso o requerimento administrativo tenha sido formulado posteriormente à data da entrada em vigor da medida provisória, ou mesmo da lei, não obstante o preenchimento de todos os requisitos legais para a obtenção do benefício tenha-se dado antes da entrada em vigor da norma ora em análise.

Assim, se no momento em que o segurado é recolhido ao estabelecimento prisional ou carcerário, preenchendo todos os requisitos, não estava em vigor dispositivo que veio a alterar o disposto no artigo 74 da Lei n. 8.213/91, deve ser aplicada redação original do dispositivo que não fazia distinção na data do início do benefício.. A aplicação da norma inserida pela Lei n. 9.528/97 implicaria clara afronta ao princípio da irretroatividade da norma, bem como ao direito adquirido, princípios erigidos à categoria de direito fundamental do cidadão, A salvaguarda do direito adquirido é também está assegurada também na Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º,.

Observa Miguel Horvath Júnior que deve ser assegurado o direito do dependente menor e do inválido à percepção do benefício desde a data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, ainda que o requerimento seja protocolizado após trinta dias do evento, por tratar-se de interesse indisponível<sup>126</sup>.

Cumprе salientar que o direito do menor e do absolutamente incapaz deve ser assegurado, visto que contra estes não há que se falar em transcurso de prazo prescricional.

Ressalte-se que os incapazes aqui mencionados são aqueles previstos na lei civil como absolutamente incapazes (art.3º, II, CC), isto é, aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil.

O Novo Código Civil manteve dispositivo que garante o não-transcurso de prazo prescricional em face dos menores absolutamente incapazes, previstos no artigo 3º, dentre os quais estão o menor e o incapaz. Nesse sentido, ainda que o

---

<sup>126</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.17.

menor ou o incapaz formulem requerimento após o prazo legal, é de ser assegurado o direito de receberem eles todos os valores.

### 3.4.8. Causas de Suspensão

A fruição do benefício poderá ser suspensa com a ocorrência de algumas causas elencadas na lei. Não se trata de marco final da relação jurídica previdenciária, mas, sim, de causa que suspende o gozo do benefício.

O benefício é devido somente quando o segurado está efetivamente recolhido à instituição prisional. Assim, caso o segurado venha a evadir-se da prisão, o pagamento do benefício é suspenso, podendo ser restabelecido, desde que o preso volte a ser detido quando ainda mantenha a condição de segurado, conforme previsto no art. 117, §2º, do Decreto n. 3.048/99.

Essa interpretação é plenamente extraível do disposto no *caput* do artigo 80 da Lei n. 8.213/91, quando dispõe que “*o auxílio-reclusão será devido, [...], aos dependentes do segurado **recolhido à prisão***” (destaque nosso).

O artigo 80, em seu parágrafo único, determina que “o requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão **do efetivo recolhimento à prisão**, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação **de declaração de permanência** na condição de presidiário”, o que corrobora o entendimento exposto (grifo nosso).

Acerca desse tema, alguns autores têm manifestado opinião em contrário, sustentando que a fuga não poderia ser tida como causa da suspensão do benefício, na medida em que o auxílio-reclusão constitui benefício de proteção familiar.

Nesse sentido são as veementes considerações externadas por Victor Russomano<sup>127</sup>, em comento ao benefício perante a legislação anteriormente vigente:

---

<sup>127</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de previdência social, p. 260.

*“Lendo os textos vigentes, nota-se com facilidade, que não têm direito ao auxílio-reclusão os dependentes do réu foragido.*

*Isso nos parece suma injustiça. Como acentuamos, o auxílio-reclusão não visa a proteger ou dar tranqüilidade ao réu detido ou recluso. Sua finalidade resume-se à necessidade de garantir o sustento de sua família.*

*Dir-se-á que o réu foragido obsta a ação da Justiça e, por isso, não se pode considerar a situação anômala do fugitivo, para dela extrair vantagens aos seus dependentes.*

*Nada mais errôneo. Os dependentes do ré foragido, se preencherem os requisitos exigidos para a concessão do auxílio pecuniário reservado aos casos de detenção ou reclusão, deveriam ter o mesmo direito, pois não são eles os responsáveis – nem moral, nem juridicamente – pelo ato delituoso praticado pelo réu, nem pelo fato de estar ele foragido da Justiça”.*

Feijó Coimbra<sup>128</sup> manifesta sua contrariedade nos seguintes termos:

*“Não vemos justiça na disposição legal, parecendo-nos, ao revés, que se conflitam as duas disposições. Se a prestação é, indubitavelmente, estabelecida intuitu familiae, e se tem como elemento material da hipótese de incidência legal a ordem judicial de detenção ou de reclusão, o fato de ter-se evadido o segurado, de estar foragido, em nada altera os termos da questão, nem melhora a situação de seus dependentes, os titulares da prestação de que se cuida. Permanecem eles, em tal situação, na mesma forma ao desamparo, atingidos inegavelmente pela necessidade e credores da prestação em boa hora criada pela lei”.*

---

<sup>128</sup> COIMBRA, Feijó, Direito previdenciário brasileiro, 151.

Argumenta-se ainda que a previsão da fuga como hipótese de suspensão do benefício estenderia aos dependentes a penalidade aplicável ao segurado foragido<sup>129</sup>. Nesse sentido também se posiciona João Ibaixe<sup>130</sup>, para quem a fuga deixará a família em situação ainda mais dificultosa, argumentando ainda que os anseios de liberdade são intrínsecos ao ser humano; portanto, é natural que os reclusos busquem a todo o custo alcançá-la. Lembra ainda que a fuga, em nosso ordenamento, não é tipificada como crime, mas, sim, como falta grave, não podendo essa falta reverter contra sua família.

Não obstante as abalizadas opiniões em contrário, não vislumbramos a alegada impropriedade na suspensão do benefício em caso de fuga do preso-segurado. Isso porque o critério material do benefício é a prisão do segurado, da qual decorre a situação de necessidade de seus familiares, sendo devido o benefício enquanto aquele estiver recolhido à instituição prisional.

A prestação previdenciária não é concedida tão-somente em face da formal decretação da prisão do segurado, exigindo-se que reste comprovado o efetivo recolhimento do segurado à prisão para fazerem seus dependentes *jus* ao benefício.

A manutenção do benefício, mesmo quando o segurado não esteja efetivamente recolhido à prisão, sob fundamento de se suprirem as necessidades da família, implicaria a descaracterização do benefício, com a alteração do núcleo do benefício.

De outro giro, cabe observar que a mera existência de necessidade dos familiares não faz nascer e persistir o direito à proteção previdenciária que se destina a proteger o segurado ou seus dependentes em situação de necessidade gerada pelas contingências expressamente previstas em nosso ordenamento. Na

---

<sup>129</sup> A exclusão da exigência contida na lei teria, sem dúvida, a vantagem de tornar mais humana a disposição legal voltada para o amparo dos dependentes daqueles que, por algum motivo, sejam objeto da ação da Justiça Penal, mas cujos atos, por mais deploráveis e condenáveis que possam ter sido, não devem ter sua penalização ultrapassante da pessoa do delinqüente, nem põem contribuir para ditar o desinteresse social pelos que deles deveriam receber sustento. COIMBRA, Feijó, Direito previdenciário Brasileiro, 6.ed.,Rio de Janeiro:Edições Trabalhistas, 1996, 151

<sup>130</sup> IBAIXE JUNIOR, João. Auxílio-reclusão na Lei 10.666/03. Revista de Previdência Social, São Paulo, n. 271, p. 486-489.

hipótese de subsistir o estado de necessidade, sem os demais requisitos legais previstos em lei, restará aos interessados a proteção fornecida pela assistência social, destinada a suprir as necessidades mínimas de subsistência de todos os cidadãos, independentemente da sua condição de dependente de segurado.

Ademais, sobre a questão, observam os autores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>131</sup> que a não-suspensão do benefício em caso de fuga faria com que a família percebesse indefinidamente o benefício, visto que o foragido, dificilmente, ousaria retornar à sua residência.

### **3. 4.9. Causas Extintivas da Relação Jurídica Previdenciária**

Impõe analisarmos até que momento é devido o benefício do auxílio-reclusão.

Acerca dessa matéria, não houve também expressa disposição na norma, sendo aplicáveis as mesmas causas extintivas da pensão por morte em razão de regra remissiva.

São causas extintivas da relação jurídico-previdenciária do auxílio-reclusão:

#### a) Soltura do segurado

Em se tratando de benefício de prestação destinada a proteger-se do risco decorrente da prisão do segurado, com a soltura deste, seja em razão do cumprimento da pena, seja em decorrência de sentença absolutória, no caso de prisão cautelar, deverá o benefício ser extinto.

Observa-se que essa causa não se aplica em decorrência da regra de remissão prevista no artigo 80 da Lei n. 8.213/91, mas decorre da própria natureza do benefício.

---

<sup>131</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista, Manual de Direito Previdenciário, p. 502.

Assim, extingue-se o benefício, normalmente, com a soltura do segurado. A partir desse fato, a lei presume que o segurado poderá prover a manutenção de sua família.

b) Morte do beneficiário e ausência de outros em condições de receber o benefício

Essa hipótese de extinção de pensão por morte, prevista no artigo 77 da Lei n. 8.213/91, é aplicável também ao auxílio-reclusão.

Em havendo mais de um beneficiário, todos têm direito ao benefício, que será rateado em parte iguais, e, em cessando o direito de um dos beneficiários, sua cota-parte será revertida em favor dos dependentes supérstites, se houver.

Dessa forma, o benefício será pago até o momento em que não houver dependentes em condições legais ao recebimento, com o que se extingue a relação previdenciária do benefício do auxílio-reclusão.

Cabe lembrar, nesse passo, que os dependentes elencados no artigo 16, da Lei n. 8.213/91, estão divididos em classes preferenciais. Assim, havendo dependente de classe preferencial, apto a receber os benefícios, restarão excluídos os dependentes das demais classes e, ainda que o beneficiário venha a falecer, a prestação previdenciária não se transfere aos dependentes das classes seguintes.

c) Emancipação ou implemento da idade de 21 anos para filho, equiparado ou irmão, salvo se inválido

Como visto anteriormente, são causas de extinção do direito dos filhos ou irmãos ao benefício, o implemento da idade de 21 anos, as causas legais de emancipação (casamento, exercício de emprego público efetivo, o estabelecimento civil ou comercial, a existência de relação de emprego e, ainda, serviço militar).

d) Cessaçãõ da invalidez para o dependente inválido

A cessação da invalidez também é uma das causas de extinção da relação jurídico-previdenciária e deve ser apurada por meio de perícia médica a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social. Comprovada a cessação da invalidez, cessa também a qualidade de dependente do filho ou do irmão.

e) Concessão da aposentadoria ou auxílio-doença

A possibilidade de concessão do benefício de aposentadoria ou auxílio-doença encontra-se ressalvada no disposto no parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei n. 10.666/03, *in verbis*:

*Art. 2º. omissis*

*§1º. O segurado recluso não terá direito aos benefícios de auxílio-doença e de aposentadoria durante a percepção, pelos dependentes, do auxílio-reclusão, ainda que, nessa condição, contribua como contribuinte individual ou facultativo, **permitida a opção, desde que manifestada, também, pelos dependentes ao benefício mais vantajoso** (nossos os destaques).*

Mister se faz salientar que, caso o segurado esteja em gozo do benefício de aposentadoria ou ainda de auxílio-doença, seus dependentes não fazem *jus* ao benefício de auxílio-reclusão, já que a percepção pelo segurado daqueles benefícios constitui pressuposto negativo para a concessão do auxílio-reclusão, não havendo que se cogitar em possibilidade de opção entre um benefício ou outro.

A lei, no entanto, ressalvou a possibilidade de os dependentes optarem pelo benefício mais vantajoso, caso, durante o cumprimento da pena, o segurado, na condição de contribuinte individual, passe a fazer *jus* à percepção de auxílio-doença ou aposentadoria.

f) Morte do segurado

A morte do segurado deve operar necessariamente a transmutação do benefício do auxílio-reclusão para o benefício de pensão por morte, visto que,

com a morte, altera-se a situação fática, fazendo com que os fatos da realidade não subsumam mais a hipótese normativa do auxílio-reclusão.

Com a morte do segurado, resta caracterizada hipótese de incidência de outra prestação previdenciária, qual seja, a pensão por morte. Assim, noticiada a morte do segurado-recluso, deverá a autarquia-previdenciária cessar de ofício o pagamento do benefício de auxílio-reclusão, concedendo aos dependentes a pensão por morte, nos termos do art. 118 do Decreto n. 3.048/99<sup>132</sup>.

O artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei n. 10.666/03 poderia suscitar certa discussão acerca dessa assertiva, ao dispor o seguinte:

*“§2º. Em caso de morte do segurado recluso, que contribuir na forma do §1º, o valor da pensão por morte devida a seus dependentes será obtido mediante a realização de cálculo, com base nos novos tempos de contribuição e salários-de-contribuição correspondentes, neles incluídas as contribuições recolhidas enquanto recluso, facultada a opção pelo valor do auxílio-reclusão”.*

Cumprindo observar que, nada obstante o artigo preveja a possibilidade de opção, não se cogita a hipótese de optar-se pela percepção do benefício do auxílio-reclusão, mesmo após a morte do segurado, o que descaracterizaria a regra matriz de incidência da prestação. Assim, é de ser assegurada apenas a opção pelos valores percebidos a título de auxílio-reclusão, caso este seja mais vantajoso aos dependentes.

#### **3.4.10. Auxílio-Reclusão no Regime Próprio dos Servidores Federais**

Essa prestação está também prevista no regime próprio dos servidores civis da União. O fundamento para a concessão do benefício no regime próprio também é a proteção à família do funcionário afastado, coativamente, de suas atividades em razão da prisão.

---

<sup>132</sup> Art. 118. *Falecendo o segurado detido ou recluso, o auxílio-reclusão que estiver sendo pago será automaticamente convertido em pensão por morte.*

Não há no regime próprio dos servidores distinção entre os dependentes dos segurados de baixa renda, sendo devido, portanto, aos dependentes de todos os segurados.

O benefício do auxílio-reclusão é previsto pela Lei n. 8.112/90, em seu artigo 229, em favor dos familiares do funcionário em atividade, distinguindo-se, no entanto, a prisão definitiva e a cautelar.

Em se tratando de prisão cautelar, tida como a prisão em flagrante, preventiva, por sentença de pronúncia ou decorrente de sentença não transitada em julgado (art. 229, I Lei n. 8.112/90), o valor do benefício será de dois terços da remuneração, enquanto perdurar a prisão. Em se tratando de prisão decorrente de decisão transitada em julgado, a família do preso terá direito à metade da remuneração, desde que não imposta como efeito da condenação a perda do cargo.

São sujeitos ativos desse benefício quaisquer pessoas que vivam às expensas do funcionário, nos termos do artigo 241, da Lei n. 8.112/90.

## CAPÍTULO IV – REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-RECLUSÃO

### 4.1. Noções Iniciais

Analizados os principais aspectos da prestação do auxílio-reclusão, a fim de facilitar o estudo do benefício, em todos seus aspectos, utiliza-se a descrição das normas jurídicas, fornecida pela Teoria Geral do Direito.

A adoção desse modelo justifica-se pela universalidade de suas aplicações, já que, consoante leciona Geraldo Ataliba<sup>133</sup>, o modelo “*não decorre da observação de um sistema particular*”, sendo um arquétipo, um protótipo, uma fórmula que fixa o conceito operacional de ampla validade e abrangência.

A norma visa a regular fatos ocorridos no mundo fenomênico. Entretanto, nem todos os fatos interessam ao direito. O direito, nesse tocante, dará coloração especial a alguns fatos, revestindo-os de conformação jurídica. Nos dizeres de Lourival Vilanova<sup>134</sup>, uma relação biossocial não pode ser considerada, por si só, como relação jurídica. Tal conformação somente ocorrerá quando a norma jurídica ligar a consequência, ou o “efeito”, àquela relação fática. Sobre o tema, pontifica o autor que, “*sem norma incidente na relação fática, essa relação factica não se eleva ao nível de relação jurídica*”<sup>135</sup>.

O estudo do benefício de auxílio-reclusão deve partir da análise da relação jurídica estabelecida entre os sujeitos que a compõem, que constitui instrumento de disciplina do comportamento humano, conceito fundamental para o estudo do Direito.

Importa lembrar que a norma somente trata de fatos ligados ao comportamento humano, visto que o Direito destina-se a regular o comportamento dos homens em sociedade, e as normas jurídicas são formadas por uma proposição e pela sanção.

---

<sup>133</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, p. 54.

<sup>134</sup> VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito, p.75.

<sup>135</sup> Ob. Cit. p. 84.

Acerca desse tema, vamos nos valer dos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, aplicáveis a quaisquer ramos do Direito, ante a universalidade da modelização adotada. Segundo esse modelo, há a divisão da norma em “hipótese”, na qual está alocado o conjunto de critérios necessários para identificar o fato social, gerador do dever jurídico, que consistirá em um mandamento proibitivo, permissivo ou obrigatório, e em “conseqüência”, em que se identificam os sujeitos da relação jurídica, bem como os de critérios que permitam quantificar o referido dever.

A hipótese da norma contém a proposição descritiva do fato ocorrido da realidade (*realidade social*), que o legislador qualifica como *fato jurídico*. Esse fato liga-se à conseqüência da norma, onde está estipulada a conduta que constitui a finalidade da norma<sup>136</sup>.

A hipótese consubstancia-se, portanto, na descrição normativa, isto é, no conceito legal do fato, descrição que será necessariamente abstrata onde estarão contidos os dados necessários para identificar o comportamento, delimitados por meio dos critérios temporal e espacial.

No conseqüente da norma estão os critérios por meio dos quais se identificam os sujeitos dessa relação jurídica (critério pessoal) e o elemento que fornecerá a expressão quantitativa do objeto, denominado de critério quantitativo, constituído pela base de cálculo e alíquota.

Nada obstante possamos identificar na norma os critérios ou, como denomina Geraldo Ataliba<sup>137</sup>, os aspectos da norma, a hipótese de incidência é una e indivisível, não sendo, portanto, correta a denominação dos critérios como elementos. É certo que a expressão ‘*elementos*’ conduz à idéia de partes integrantes de um todo, o que não ocorre nesse caso, já que a norma –

---

<sup>136</sup> Segundo as palavras do autor: “a hipótese, como proposição descritiva de situação objetiva real, na lição rigorosamente correta de Lourival Vilanova, é construída pela vontade do legislador, que recolhe os dados de fato da realidade que deseja disciplinar (*realidade social*), qualificando-os normativamente, como fatos jurídicos. Mas esse descritor, que é o antecedente ou suposto da norma, está imerso na linguagem prescritiva do direito positivo, porque, mesmo formulado por um conceito de teor descritivo, vem atrelado à conseqüência da regra, onde reside a estipulação da conduta (prescritor), meta finalística e razão da própria existência do direito” (Cf Carvalho, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, p. 166/167).

<sup>137</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, p. 70.

previdenciária – que traz a hipótese de incidência no caso em apreço é uma, podendo ser compatibilizada para a análise hipotética, a fim de possibilitar a identificação perfeita do fato e da relação jurídica dela decorrente.

Não há que se falar em existência de uma lei ou norma que trate do critério material e de outra acerca do espacial, pois são realidades da mesma norma, a qual é subdividida apenas para fins didáticos e para facilitar a compreensão da matéria.

A hipótese de incidência ou regra-matriz de incidência não se confunde com o fato ocorrido no mundo fenomênico. A hipótese, como vimos, corresponde à descrição hipotética do fato, que, se ocorrido, fará nascer a obrigação descrita no conseqüente da norma. O fato ocorrido *in concreto* denomina-se fato imponível, na expressão adotada por Geraldo Ataliba<sup>138</sup>.

Quando há a exata correlação entre o fato descrito na norma, isto é, entre a regra-matriz de incidência – ou hipótese de incidência – e o fato ocorrido no mundo fenomênico, ocorre o fenômeno da *subsunção*. Com a subsunção do fato imponível à hipótese de incidência, verifica-se o nascimento da obrigação, no presente caso, da obrigação previdenciária.

#### 4.2. Carência

Antes de adentrarmos ao estudo específico da norma matriz de incidência, mister se faz analisar a carência, instituto que condiciona a fruição do benefício previdenciário.

A carência pode ser conceituada como o número mínimo de contribuições necessárias para que o beneficiário adquira o direito a determinadas prestações

---

<sup>138</sup> Paulo de Barros Carvalho utiliza a expressão fato jurídico, tal como podemos verificar da seguinte passagem: “*Em princípio fato imponível seria aquela ocorrência que estivesse sujeita à imposição tributária, por isso imponível, quer dizer, passível de sofrer imposição. Não é, propriamente, o que se passa, apenas surge o fato e a incidência se dá, automática e infalível, fazendo desabrochar a relação jurídica. Não existe o fato anteriormente à incidência, de tal modo que, enquanto imponível, não é ainda fato e, após a incidência de modo concomitante com seu nascimento, já assumiu na plenitude, os dons da sua juridicidade. Daqui para frente utilizaremos estas duas expressões para apresentar, caracterizadamente, a construção de linguagem prescritiva (hipótese tributária) e sua projeção factual concreta (fato jurídico tributário)*” (Cf Carvalho, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, p 161).

da previdência social. Constitui requisito de caráter nitidamente securitário, instituído em proteção a um sistema de natureza contributiva. Enquanto não implementado o período de carência, ainda que se verifique o risco social, não farão o segurado ou seus dependentes *jus à proteção previdenciária*.

Esse requisito foi dispensado em relação a algumas prestações como decorrência do princípio da solidariedade.

Com efeito, a existência dessa condição para adquirir a proteção social pode ser questionada à luz dos princípios da universalidade vigente na seara da seguridade social, nada obstante alguns autores entendam plenamente justificável o instituto da carência, para fins de manutenção do equilíbrio econômico financeiro do sistema, o qual constitui exigência da própria Carta Constitucional.

Ressaltamos entendimentos, do qual nos distanciamos, no sentido de que a carência integraria a estrutura da prestação previdenciária, de fator incidental, contida na regra matriz de incidência, mormente no critério material.

A carência não integra o núcleo da relação jurídico-obrigacional, estando mais bem enquadrada como condição para fruição das prestações previdenciárias, quando exigidas pela lei. O preenchimento desse requisito deve ser averiguado em passo anterior, e somente após a constatação de que o segurado dispõe do número mínimo de contribuições sociais vertidas à previdência é que deve ser analisada a subsunção do fato imponível.

Quanto ao benefício do auxílio-reclusão, objeto do presente estudo, não se exige o pressuposto da carência. Na legislação anterior, a lei previa período de carência de doze contribuições, e a Medida Provisória n. 1.729/98 tentou restabelecer esse período de carência, mas, não vindo a ser convertida em lei, perdeu assim sua eficácia.

Atualmente, portanto, não se exige carência para a concessão do benefício do auxílio-reclusão.

### **4.3. Antecedente da Norma Previdenciária**

No antecedente da norma devem estar contidos todos os elementos que permitam identificar o fato jurídico, considerado pelo legislador como gerador do *risco social*, o momento em que o evento deve ocorrer e, finalmente, o local em que, se ocorrido, acarretará a atuação do Estado por meio da concessão da proteção social. São os chamados critérios material, temporal e espacial.

#### **4.3.1. Critério Material**

O critério material deve fornecer a descrição do fato referente a uma contingência indicativa da existência de necessidade social, visto estarmos diante de relação jurídico-previdenciária. Ocorrido, no mundo fenomênico, o fato descrito na norma, nasce a obrigação de o Estado conceder ao sujeito ativo a prestação do auxílio-reclusão.

Diante do exposto no capítulo anterior, podemos definir em traços largos o critério material do benefício do auxílio-reclusão como perda de recursos pelo segurado de baixa renda<sup>139</sup>, em decorrência do encarceramento que o priva da liberdade para o trabalho.

Impõe-se ainda que o segurado não perceba remuneração da empresa ou esteja em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência, ainda que venha a exercer atividade remunerada em cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado ou semi-aberto e, nessa condição, contribua como contribuinte individual ou facultativo.

Como aduzido anteriormente, não importa a espécie de prisão a que foi submetido o segurado, tem ele direito ao benefício, ainda que submetido a prisão cautelar, provisória ou em razão de cumprimento de pena privativa de liberdade de reclusão ou detenção, ou mesmo prisão simples.

---

<sup>139</sup> Adota-se nessa descrição a redação empregada pelo legislador constituinte, remetendo-se o leitor ao Capítulo III, item 3.4.5, no qual foram abordadas todas as questões decorrentes da alteração trazida pela Emenda Constitucional n. 20/98, relativa à expressão “baixa renda”. Observa-se, no entanto, que, caso se entenda que a baixa renda refere-se aos dependentes, estes passarão a ser critério limitador do sujeito ativo da relação jurídico-previdenciária.

É possível, em nosso entender, conceder o benefício do auxílio-reclusão ao menor infrator, submetido a medida de internação, tal como previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, desde que esse menor seja segurado vinculado à previdência social e tenha sob sua dependência as pessoas elencadas no artigo 16 da Lei n. 8.213/91.

Necessário ainda que o segurado esteja recolhido à prisão, razão pela qual não se concederá o benefício caso tenha sido ele beneficiado com o instituto do *sursis* ou do livramento condicional, visto que estaria o condenado, ainda que em cumprimento de pena, em liberdade, podendo firmar contrato de trabalho ou exercer atividade remunerada que garanta a subsistência de sua família. Da mesma forma, não será devido o benefício quando o cumprimento de pena privativa de liberdade seja em regime aberto.

#### **4.3.2. Critério Espacial**

Esse critério fornece a descrição do espaço relevante para o direito, para fins de constatar o surgimento da relação jurídica obrigacional.

Não há, na norma, a designação específica de um local onde deva ocorrer o fato nela descrito, razão pela qual se devem considerar todos os fatos ocorridos no território nacional, ou mesmo no exterior, se mantidas as demais condições passíveis de gerar o direito ao benefício do auxílio-reclusão.

Assim, ainda que o segurado venha a ser detido em outro país, desde que o segurado esteja filiado ao sistema previdenciário, não há razões para que o direito dos dependentes seja tolhido ou limitado.

Considera-se não somente todo o território nacional como espaço passível de ocorrência do critério material, como também a extraterritorialidade,, no sentido de que os dependentes de segurado preso em outro país poderiam requerer o benefício, a exemplo do que ocorre na pensão por morte<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> PULINO, Daniel. A Aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro, p. 80.

### **4.3.3. Critério Temporal**

Esse critério fornece os dados para verificar o fato descrito na norma relativamente ao tempo de sua ocorrência.

O critério temporal delimitará o exato momento do nascimento da obrigação previdenciária, termo em que deverá ser valorada a presença de todas as condições para a obtenção do benefício. Podem-se delimitar dois momentos relevantes, para fins de constatação da ocorrência da relação jurídica:

a) a data do efetivo recolhimento do segurado à instituição prisional, se o requerimento administrativo é protocolizado até trinta dias da ocorrência do evento; ou

b) a data do requerimento administrativo, se protocolizado após trinta dias do recolhimento do segurado à instituição prisional.

Cumprir observar que não se confunde o momento do nascimento da relação jurídica previdenciária com o momento em que a prestação tornar-se-á exigível, já que, para configurar o último momento, mister se faz observar a data em que o beneficiário formaliza o requerimento administrativo.

Outro ponto digno de nota refere-se à relevância desse critério no sentido de delimitar a norma aplicável a cada benefício, na hipótese de superveniência de lei que altere a conformação jurídica do benefício, o que ocorreu com o advento da Emenda Constitucional n. 20/98.

### **4.4. Conseqüente da Norma**

Na estrutura da norma hipotética, é no “conseqüente da norma” que encontramos o comando, o mandamento a ser seguido pelas partes envolvidas na relação jurídica. Enquanto no antecedente descrevem-se os critérios conceituais para o reconhecimento do fato jurídico, no conseqüente encontram-se os aspectos da norma que levam a identificar o vínculo jurídico.

Nesse segmento da norma estão alojados os critérios que permitirão identificar os sujeitos que integram a relação jurídica, mormente de quem tem a obrigação (sujeito passivo) de conceder a prestação previdenciária (objeto da relação) a determinada pessoa (sujeito ativo). Ademais, será possível fixar o *quantum* da prestação por meio do critério quantitativo.

Assim, é no conseqüente da norma que se aloja a previsão da relação jurídica identificável em seus aspectos pessoais e quantitativos, que se instala com a ocorrência do fato descrito no antecedente.

A relação jurídico-obrigacional, tal como se reveste a relação previdenciária, guarda em si dois enfoques a partir dos quais é possível analisá-la, isso porque, na mesma medida em que a prestação constitui um direito do sujeito ativo, no caso os beneficiários, ela constitui também um dever do sujeito passivo. Nisso consiste a própria definição de relação obrigacional.

#### **4.4.1. Critério Pessoal**

Esse critério indica os destinatários da norma previdenciária, os sujeitos envolvidos na relação.

##### **4.4.1.1. Sujeito Ativo**

O sujeito ativo é o titular do direito subjetivo de exigir a prestação previdenciária.

São os sujeitos ativos do presente benefício:

I – o cônjuge, companheiro(a), filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, enteado sob guarda, menor tutelado;

II – pais Os pais devem demonstrar a dependência econômica e somente farão *jus* ao recebimento da prestação do auxílio-reclusão na ausência de dependentes da classe I;

III – irmãos não emancipados, de qualquer condição, menores de 21 anos ou inválido; Os irmãos, também devem demonstrar a dependência econômica,

sendo contemplados apenas os irmãos não emancipados, menores de 21 anos ou inválidos. São aplicáveis aqui todas as considerações traçadas no item relativo à extinção do benefício).

Segunda a remissão feita pelo legislador às condições da pensão por morte, observamos que também no que se refere ao auxílio-reclusão ocorre a desnecessidade de prévia habilitação dos beneficiários, sendo ainda vedado o atraso na concessão do benefício em face de falta de habilitação de possível dependente, ainda que de classe preferencial (art. 76, da Lei n. 8.213/91).

#### **4.4.1.2. Sujeito Passivo**

O sujeito passivo é aquele que deve cumprir a obrigação previdenciária.

A obrigação previdenciária é exigível do Estado, mais precisamente da União, o ente da unidade federativa que detém a competência para regular a matéria previdenciária, consoante o disposto no art. 22, XXIII, da Constituição da República. Em atenção ao princípio da descentralização (art. 194, parágrafo único, inciso VII), foi instituída autarquia federal – o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para gerir e administrar o sistema de previdência social.

Dessa forma, o sujeito passivo da relação previdenciária é o INSS.

#### **4.4.2. Critério Quantitativo**

O critério quantitativo da norma permite quantificar a prestação objeto da relação jurídica, sendo constituído pela base de cálculo e pela alíquota. Tendo em vista estarmos diante de relação jurídica que envolve prestação pecuniária, de concessão do auxílio-reclusão, o critério quantitativo fornecerá o valor exato da prestação previdenciária.

Quanto a esse critério, observamos mais uma vez serem aplicáveis à espécie as regras previstas para a pensão por morte.

##### **4.4.2.1. Base de Cálculo**

A base de cálculo do benefício do auxílio-reclusão é o salário-de-benefício, definido pela lei como “a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo” (art. 29, inciso I, da Lei n. 8.213/91).

Todos os benefícios de prestação continuada, com exceção do salário-família e o salário-maternidade são calculados com base no salário-de-benefício, por expressa determinação legal contida no artigo 28 da Lei n. 8.213/91.

Por expressa remissão, como vimos, do art. 80 da Lei n. 8.213/91, é plenamente aplicável ao auxílio-reclusão a regra insculpida no art. 75, relativo à pensão por morte, que dispõe:

*Art. 80. O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta Lei” (grifo nosso).*

Saliente-se que o valor do auxílio-reclusão não poderá jamais ser o mesmo da aposentadoria percebida pelo segurado, visto que, se o segurado estivesse em gozo de aposentadoria, não fariam seus dependentes *jus* ao benefício em análise, sendo assim aplicáveis para fins de apurar o valor do auxílio-reclusão as mesmas regras utilizadas para o cálculo da aposentadoria por invalidez que o segurado teria direito, na data da prisão.

#### **4.4.2.2. Alíquota**

A alíquota consiste em percentual indicado pelo legislador, e que, conjugado à base de cálculo, fornecerá o valor exato da prestação devida aos sujeitos ativos da relação previdenciária.

A lei indica para o auxílio-reclusão o percentual de 100% do valor da aposentadoria a que teria direito o segurado, se estivesse aposentado.

Observamos que, em havendo mais de um dependente na mesma classe, o valor do benefício será rateado em cotas iguais, e o valor da cota percebida por um dependente que perde o direito ao benefício será repartido dentre os demais que continuam a perceber o benefício, nos moldes em que ocorre com a pensão por morte. É o chamado direito de crescer.

Com essas considerações, entendemos estar plenamente configurado o benefício do auxílio-reclusão em todos os seus aspectos.

## **CAPÍTULO V – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DE DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS POR MEIO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS**

A tendência de coletivização das relações jurídicas faz-se sentir também na seara da seguridade social, na qual a utilização das ações coletivas, pelos diversos entes legitimados, deveria dar-se com maior intensidade, haja vista tratar-se de matéria de grande relevância social e de repercussão nacional, bem como ante a premente necessidade de as questões afetas ao grupo dos beneficiários da previdência social serem decididas de maneira uniforme, de modo a assegurar-se a efetividade do princípio da isonomia, pedra de toque do ordenamento jurídico.

Paulo Bonavides<sup>141</sup> consignou que “o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como jurisdicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar as novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sócias básicos, a fim de fazê-los efetivo”.

O avanço dos instrumentos de tutela coletiva, dentre as quais destacamos a ação civil pública, amolda-se com perfeição às finalidades da proteção social previdenciária, já que esta deve ser prestada a todo o grupo de segurados e dependentes de forma igualitária, mormente na busca das finalidades da justiça social e do bem comum.

Nesse sentido, não se coaduna com as finalidades da justiça, nem mesmo com a de seguridade social, o tratamento diferenciado de beneficiários da previdência social, dada a diversidade de decisões, umas reconhecendo determinado direito aos segurados e seus dependentes e outras não, atendendo às pretensões destes.

Emblemático, nesse tocante, é o reconhecimento de determinado índice de reajuste de benefícios, acolhido em determinadas ações para alguns segurados e não para outros.

---

<sup>141</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional., p. 338.

A sociedade civil organizada e, principalmente, o Ministério Público Federal, atento às suas finalidades institucionais de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tem buscado, por meio de ações civis públicas, a defesa de direitos previdenciários, pleito acolhido pelo Judiciário, sensível à importância da matéria.

Apenas para exemplificar, com base nesse instrumento, restou reconhecido direito de companheiros homossexuais à proteção previdenciária (ação civil pública n. 2000.71.00.009347-0, 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre), o afastamento das Ordens de Serviço n. 600 e 601, que limitavam a possibilidade de converter o tempo de serviço especial em comum (Ação Civil Pública n. 2000.71.00.030435-2, proposta em Porto Alegre), dentre outros. Especificamente sobre o benefício do auxílio-reclusão, objeto do presente trabalho, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública<sup>142</sup>, questionando a limitação instituída pela Emenda Constitucional n. 20/98, e restringindo sua concessão aos dependentes dos segurados de baixa renda.

No bojo da referida ação civil pública, foram suscitadas algumas questões que coincidem com temas já discutidos, como a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade incidental por meio de ação civil pública, tema que passaremos a abordar adiante.

De outra parte, têm-se verificado algumas distorções na propositura de ações civis públicas previdenciárias, o que vem em detrimento da sistemática de tutelas coletivas e, o que é pior, por vezes agravando situações de desigualdade social que as tutelas deveriam salvaguardar.

Saliente-se, no entanto, que o presente estudo não visa a esgotar tema de tão vasta amplitude e profundidade, trazendo algumas reflexões acerca da utilização das demandas coletivas em matéria previdenciária.

---

<sup>142</sup> ACP n. 2004.61.83.0005626-4 que tramitou perante a 2ª Vara Previdenciária de São Paulo .

## 5.1. Noções Gerais

Antes de analisarmos especificamente a questão supraproposta, oportuna se faz breve digressão acerca da evolução dos instrumentos da tutela coletiva, bem como a fixação de conceitos básicos aplicáveis nessa matéria.

Classicamente, o processo foi erigido como instrumento para a solução de litígios individuais por decisão proferida pelo poder jurisdicional, que, passada em julgado, passaria a ter força de lei entre as partes participantes do processo (art. 475 do Código de Processo Civil). Tal concepção, no entanto, com o passar dos anos, mostrou-se insuficiente para fazer frente a todos os litígios, em face da crescente complexidade das relações sociais que estavam na base das relações jurídicas.

Com efeito, na atual sociedade, as relações sociais surgem não mais de forma individual e isolada. A massificação da sociedade, cujas origens remontam à Revolução Industrial e que culminou com o fenômeno da globalização, traz influências em todas as searas, assim como nas relações jurídicas, mitigando a rígida dicotomia antes existente entre os ramos do direito público e privado, o primeiro abarcando as relações jurídicas que envolvem o Estado e o segundo, as relações entre particulares.

De outra parte, a maior conscientização para aspectos da vida, tais como o meio ambiente, a biogenética, questões vinculadas ao progresso e desenvolvimento da ciência, fez com que os meios processuais previstos no Código de Processo Civil não mais fossem adequados a tratar de relações que versem sobre tais interesses transcendentais da esfera individual do cidadão, os chamados direitos metaindividuais, que englobam os coletivos e difusos e os individuais homogêneos, definidos no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Passemos a conceituar cada um dos direitos metaindividuais.

Os direitos difusos são direitos transindividuais, indivisíveis, cujos titulares são indetermináveis que se ligam por circunstâncias de fato. São direitos do mais alto grau de dispersão, pertencentes a toda coletividade indistintamente, não

podendo ser atribuídos a uma ou outra pessoa, nem mesmo dividido ou quantificado. O exemplo mais emblemático dessa categoria é o direito ao meio ambiente equilibrado, fruível por todos indistintamente, e que, nada obstante seja direito de todos, não pode ser atribuído a uma pessoa ou a grupo de pessoas determinadas.

Direito coletivo encerra também a categoria de direitos transindividuais, igualmente indivisível, cujos titulares são grupo de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica-base. Nota-se a presença de um vínculo jurídico que liga as pessoas pertencentes a um grupo, classe ou categoria de pessoas.

Por fim, os direitos individuais homogêneos caracterizam-se como direitos que, em sua origem, são individuais, mas que merecem proteção coletiva, pois decorrem de origem fática comum. São direitos divisíveis, cujos titulares são plenamente identificáveis, mas recebem tratamento coletivo.

Diante dessa nova classe de direitos, fez-se necessário adequar todo o arcabouço jurídico processual para possibilitar a implementação de um processo, desta feita voltado à tutela das relações coletivas, abrindo-se via para a criação de novos institutos que compõem a chamada tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais.

Em tempos em que o amplo acesso à jurisdição constitui garantia constitucional, a efetividade da prestação, isto é, “a plena consecução da missão social de eliminar conflitos e fazer justiça”<sup>143</sup>, não configura um *plus* àquela garantia, mas sim o implemento dela própria, uma vez que a justiça prestada tardiamente não se trata propriamente de justiça, convolvendo-se, por vezes, em verdadeira injustiça, já que não atinge sua finalidade precípua de pacificar os conflitos sociais.

Nesse contexto é que foram concebidos os diversos institutos processuais que visam a dotar a sociedade e o Poder Judiciário de meios para uma prestação jurisdicional com maior efetividade. A ampliação dos casos de cabimento da antecipação de tutela nas ações de conhecimento e a reestruturação de antigos

---

<sup>143</sup> Cintra, Antônio Carlos de Araújo, et al. Teoria geral do processo, p.. 34.

institutos processuais tidos como verdadeiros dogmas processuais, tais como os limites subjetivos da coisa julgada, a legitimação ordinária, e todas as demais alterações perpetradas, tiveram como escopo melhorar e adequar o sistema processual aos tempos modernos, tendo como norte o conceito basilar do processo, qual seja, o da instrumentalidade do processo.

Desde a moderna concepção do direito processual civil fincada sobre as bases da instrumentalidade, passou-se a estudar o processo como o instrumento da atividade jurisdicional do Estado, destinado a solucionar os conflitos instalados no seio da sociedade e que perturbam a paz social.

Assistimos, dessa forma, a um grande implemento dos meios processuais postos à disposição dos operadores do direito para fazer frente aos anseios da prestação de tutela jurisdicional efetiva e eficaz.

A ação civil pública constituiu avanço no direito processual civil brasileiro, apresentando-se atualmente ao lado de todas as demais normas, dentre as quais merece destaque o Código de Defesa do Consumidor, importante instrumento na defesa de direitos metaindividuais, isto é, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Não se desconhece que antes do advento desse instituto já havia, em nosso ordenamento jurídico, outros instrumentos que permitiam a defesa de direitos coletivos, como a ação popular (Lei n. 4.717/65).

Entretanto, foi com a lei da ação civil pública, Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que tratou da ação de responsabilidade por danos praticados ao meio ambiente, ao consumidor a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, que se instituíram mecanismos mais efetivos de tutela de bens metaindividuais.

Observe-se que, até o advento da Carta Constitucional de 1988, a ação civil pública merecia disciplina apenas em normas infraconstitucionais, passando a partir de então a ser expressamente prevista no inciso III, do artigo 129, que cuida dos deveres institucionais do Ministério Público.

Não obstante a lei trate da ação civil pública, o que à primeira vista poderia ser entendido como uma espécie de ação específica, em realidade, instituíram-se “*mecanismos procedimentais adequados para a defesa dos interesses metaindividuais*”<sup>144</sup> e não apenas um tipo determinado de instrumento processual, trazendo novas regras acerca da legitimidade ativa, que se apresenta como sendo concorrente e disjuntiva dentre todos os sujeitos enumerados pelo artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública e 81 do Código de Defesa do Consumidor e, também, quanto às regras da coisa julgada, com efeitos amplos *erga omnes* ou *ultra partes*, dependendo do tipo de direito envolvido na demanda.

Ademais, esses mecanismos destinados à tutela coletiva não podem ser considerados como um sistema apartado do chamado processo civil “tradicional”, já que os conceitos basilares do direito processual civil são plenamente aplicáveis aos institutos de tutela jurisdicional coletiva, havendo, inclusive, expressa previsão da lei de Ação Civil Pública de aplicabilidade subsidiária daquela.

O subsistema instituído pela Lei da Ação Civil Pública foi, posteriormente, complementado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Na redação original da lei da ação civil pública, o inciso que previa a defesa de outros interesses metaindividuais, além daqueles enumerados no artigo 1º, da Lei n. 7.347/85, foi vetado, o que deu ensejo a entendimentos restritivos quanto ao objeto da ação civil pública. Entretanto, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, por meio do disposto no art. 110<sup>145</sup>, inseriu-se novamente permissivo genérico, que veio a reforçar a idéia de que é possível, por meio da ação civil pública, tutelarem-se quaisquer interesses difuso ou coletivos.

Ademais, o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor<sup>146</sup> e o art. 21 da Lei de Ação Civil Pública<sup>147</sup>, cuja redação foi alterada pelo art. 117 do Código de

---

<sup>144</sup> Souza, Montauri Ciocchetti de. Ação civil pública e inquérito civil, p. 24.

<sup>145</sup> Art. 110. Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: “IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

<sup>146</sup> Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

<sup>147</sup> Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Defesa do Consumidor, estabeleceram a aplicabilidade recíproca dos dispositivos legais previstos em cada uma das leis, instituindo perfeita interação entre esses dois diplomas legais, com o que se superou qualquer interpretação restritiva quanto ao objeto da ação civil pública, passando a ser possível a tutela de qualquer interesse coletivo, em sentido amplo, ainda que não previsto expressamente na lei da ação civil pública.

Outras normas também vieram a possibilitar a defesa de interesses difusos e coletivos, tais como a lei destinada à defesa dos direitos da pessoa portadora de deficiência (Lei n. 7.853/89), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei n. 7.913/89), da criança e adolescente (Lei n. 8.069/90), a lei que trata dos atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.492/92) e, finalmente, a lei do idoso (Lei n. 10.741/03).

De maneira geral, é possível tutelar, por meio da ação civil pública, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos conceituados, como visto, pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto aos instrumentos da tutela coletiva e a fim de afastar quaisquer dúvidas, cumpre traçar algumas considerações acerca da nomenclatura apropriada, se ação civil pública ou ação coletiva.

Inicialmente, a fim de afastar quaisquer dúvidas quanto ao objeto deste capítulo, cabem algumas considerações acerca do termo ação civil pública, em confronto com a ação coletiva.

Afasta-se, primeiramente, a idéia inicial de que a expressão ação civil pública foi empregada para identificar ação não-penal, proposta pelo Ministério Público<sup>148</sup>, quando este passou a postular provimentos diversos das ações penais, contrapondo-se à expressão ação penal pública<sup>149</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, a expressão foi inauguralmente utilizada na Lei Complementar n. 40/81, primeira Lei Orgânica Nacional do

---

<sup>148</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos, p. 52.

<sup>149</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? in Ação civil pública – Lei 7.347/4985 – 15 anos, (Coord.) Edis Milaré, p. 444.

Ministério Público Federal, e acabou sendo repetida na elaboração da Lei 7.347/85, não havendo qualquer fundamento técnico na utilização de tal nomenclatura, já que a expressão não identifica os sujeitos da ação, pois pode ser proposta por entes não-públicos como associações de classe, nem mesmo o objeto, posto que não se destina tão-somente à salvaguarda de direitos públicos.

Hugo Nigro Mazzili<sup>150</sup> pugna pela utilização da rubrica ação pública para designar a ação proposta pelo Ministério Público na defesa de direitos metaindividuais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e reserva a expressão ação coletiva às ações propostas pelos demais co-legitimados mencionados no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. De outro lado, há entendimentos que sustentam a equivalência das expressões.

Em que pesem os abalizados entendimentos, adotamos aqui entendimento de Sérgio Shimura, para quem ação coletiva constitui gênero do qual ação civil pública é espécie, ao lado da qual estariam a ação popular, mandado de segurança coletivo, a ação civil de responsabilidade por ato de improbidade, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, bem como o mandado de injunção<sup>151</sup>.

Neste capítulo, nos ocuparemos da análise de algumas questões atinentes à matéria da ação civil pública como instrumento apto a discutir questões previdenciárias, trazendo especificamente à lume a ação civil pública proposta acerca do auxílio-reclusão.

## **5.2 A Declaração de Inconstitucionalidade Incidental nas Ações Civas Públicas**

Questão que causa grande celeuma na doutrina, e também na jurisprudência, refere-se à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade incidental por meio das ações civis públicas.

---

<sup>150</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos, p. 52-53.

<sup>151</sup> SHIMURA, Sergio. Tutela coletiva e sua efetividade, p. 43.

A pertinência dessa matéria dá-se diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Reclamação n. 3.237, interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social, em face da decisão que concedeu o efeito suspensivo ativo, em agravo de instrumento (n. 2005.03.002473-5 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região), que, acolhendo pedido de concessão de liminar antecipatória da tutela formalizado em Ação Civil Pública n. 2005.002473-5, proposta pelo Ministério Público Federal, determinou à autarquia previdenciária conceder o benefício do auxílio-reclusão a todos os dependentes de segurados, independentemente da remuneração que o segurado auferia antes do encarceramento.

Passamos à análise da questão.

A Carta Constitucional de 1988 adotou duas modalidades de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos: o controle difuso, no qual a inconstitucionalidade é alegada *incidenter tantum* em processo comum, e o controle concentrado, realizado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, cujos legitimados são apenas os entes elencados no artigo 102 da Carta Constitucional.

A Constituição da República, em seu artigo 102, inciso I, outorgou competência exclusiva ao Supremo Tribunal Federal, para julgar originariamente ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, isto é, para o julgamento das ações que visem ao controle abstrato ou concentrado das normas no ordenamento jurídico brasileiro, cujos legitimados estão expressamente elencados no artigo 103 da Carta Constitucional.

A questão que se coloca é a possibilidade de controle difuso da norma imputada como ilegal, por meio de ações civis públicas, já que exsurge, com certa clareza, a incompatibilidade de utilizar a ação civil pública como sucedâneo da ação declaratória de inconstitucionalidade. Nesse caso, haveria clara usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato das normas, sendo a ação direta de inconstitucionalidade o único meio adequado para declarar-se a inconstitucionalidade da norma, com o conseqüente afastamento desta do ordenamento jurídico.

Diante das peculiaridades da ação civil pública, diversas controvérsias têm surgido quanto ao seu cabimento no controle difuso de constitucionalidade.

No tocante ao controle difuso, a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada da ação civil pública tem sido alegada como empecilho para o cabimento dessa ação no controle difuso de constitucionalidade, já que pragmaticamente não haveria distinção entre a decisão proferida em ação declaratória de inconstitucionalidade e aquela proferida em ação civil pública, ante o caráter geral e irrestrito da decisão.

O artigo 16 da Lei n. 7.347/85, seguindo o exemplo da lei da ação popular, em nosso ordenamento desde 1965 (Lei n. 4.717/65), estabeleceu a regra da coisa julgada *secundum eventum litis*, com validade *erga omnes*, disciplinando a matéria nos seguintes termos: “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

De outra parte, o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor disciplinou amiúde a questão da coisa julgada nas ações que versem sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos seguintes termos:

*“Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:*

*I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;*

*II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;*

*III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.*

O supratranscrito inciso I do artigo 103 diz respeito aos direitos difusos, o inciso II refere-se aos direitos coletivos *stricto sensu*, enquanto o inciso III disciplina a coisa julgada das ações coletivas que tenham por objeto direitos individuais homogêneos. Veja-se, portanto, que a coisa julgada nas ações coletivas terá extensão *erga omnes* ou *ultra partes*, dependendo do tipo de interesse tutelado por meio da ação.

Diante dos efeitos – *erga omnes* ou *ultra partes* – da coisa julgada, eventual decisão proferida em sede de ação civil pública para discutir direitos difusos ou coletivos ou individuais homogêneos, na qual fosse reconhecida a inconstitucionalidade de uma norma, incidentalmente traria como consequência prática a inaplicação da norma discutida, em todo território nacional, ou acatando-se as limitações trazidas pela Lei n. 9.494/97, nos limites da competência do órgão prolator da decisão.

Em face dessa extensão, há entendimentos que preconizam a impossibilidade do controle incidental de constitucionalidade por meio da ação civil pública.

O Ministro Gilmar Mendes<sup>152</sup> manifesta-se nesse sentido, aduzindo que as especificidades processuais que caracterizam a ação civil pública levam à impossibilidade de admitir-se a declaração de inconstitucionalidade em caráter incidental, sob pena de subverter-se todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no ordenamento, atribuindo à jurisdição de primeiro grau o controle direto e abstrato de normas.

Comungando desse entendimento, Alexandre de Moraes<sup>153</sup> afirma que deve ser vedada a obtenção de efeitos *erga omnes* nas declarações de

---

<sup>152</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. p. 379-381.

<sup>153</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, p. 646,

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo através de ação civil pública, seja por meio de pedido principal ou incidental, ante a impossibilidade de restringirem-se os efeitos da declaração às partes envolvidas no processo.

Diante de tais ensinamentos, duas situações devem ser identificadas: a primeira é a utilização inadequada da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, sendo diversa a utilização da ação civil pública no controle difuso de constitucionalidade.

Saliente-se que a impossibilidade de utilizar a ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade engendrado em nosso ordenamento jurídico, que tem regras específicas de legitimidade, que não se coadunam com o sistema da ação civil pública. Do mesmo modo a questão da competência originária, que seria usurpada caso aceita ação civil pública para fins de controle concentrado de constitucionalidade.

No tocante ao controle difuso, no entanto, em que pesem os abalizados entendimentos colacionados, e nada obstante, na prática, as conseqüências do controle incidental realizado por meio da ação civil pública levem à inaplicação da norma, em todo território nacional, ante os efeitos *erga omnes* da decisão, o certo é que não se pode dizer que haja identidade entre o pedido e a causa de pedir da ação direta de inconstitucionalidade e da ação civil pública, que traga em seu conteúdo um pedido incidental de reconhecimento da inconstitucionalidade.

Consigna José dos Santos Carvalho Filho que essa matéria nunca suscitou controvérsia de grande vulto, embora a lei da ação popular – Lei n. 4.717/65 – já previsse decisão com efeitos *erga omnes*. Indaga então o autor: por que a matéria suscita tanta discussão em sede de ação civil pública? Atribui o referido autor essa distinção de tratamento ao fato de que, na ação popular, o provimento jurisdicional terá sempre natureza desconstitutiva do ato administrativo lesivo a determinados bens, sendo de “*extrema simplicidade constatar que efeito derivado de sentença anulatória de ato lesivo a certos bens é uma coisa, enquanto efeito*

*de decisão que julga inconstitucional certa lei ou ato normativo, como questão principal, é coisa inteiramente diversa*<sup>154</sup>.

De fato, a Lei da ação civil pública (Lei n. 7.347/85) em seu art. 3º dispõe que "a ação civil poderá ter por objeto **a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer**" (nossos os destaques).

Com base na literalidade desse disposto legal, surgiram na doutrina entendimentos restritivos quanto ao objeto da ação civil pública. Nesse sentido são os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles<sup>155</sup>, que, ao distinguir a ação civil pública da ação popular, leciona que a ação popular seria predominantemente desconstitutiva, enquanto a ação civil pública preponderantemente condenatória, advertindo ainda ser incabível a ação civil pública para perseguir provimento típico da ação popular, qual seja, provimento desconstitutivo. De fato, a Lei n. 7.347/85 cunhou a ação civil pública para tal finalidade.

Entretanto, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, institui-se um sistema integrado entre a lei da ação civil pública e aquele *codex*, afastando quaisquer interpretações restritivas quanto aos possíveis objetos da ação civil pública.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor inseriu o art. 21 na Lei de Ação Civil Pública, determinando a aplicação de todas as normas da Lei n. 7.347/85 à lei consumerista, ao mesmo tempo em que o seu art. 90 permitiu a aplicação de todos os institutos previstos no Título III do Código de Defesa do Consumidor à Lei da Ação Civil Pública. Com isso, criou-se um sistema de reciprocidade entre as leis da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, restando incorporados ao sistema do Código todos os dispositivos da primeira, da mesma forma em que as inovações do Código são plenamente aplicáveis ao sistema de tutela de direitos instituída pela Lei n. 7.347/85.

---

<sup>154</sup> CARVALHO FILHO, José Santos. Ação civil pública e inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo, p. 106.

<sup>155</sup> Meirelles, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, p. 157.

Não obstante já houvesse vozes na doutrina sustentando, somente com base na Lei da Ação Civil Pública, a possibilidade de formular quaisquer espécies de pedido, seja constitutivo, meramente declaratório ou desconstitutivo, pela conjugação do disposto no art. 3º, retrotranscrito, e do art. 11 da Lei n. 7.347/85, que dispõe que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou cessão da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”, foi, de fato, com o advento do Código de Defesa do Consumidor que tal questionamento restou sepultado, pois o art. 83, aplicável à LACP pelo sistema de integração, prevê expressamente a possibilidade de propor qualquer ação para a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

O artigo encontra-se assim redigido:

*“Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis TODAS AS ESPÉCIES DE AÇÕES CAPAZES DE PROPICIAR SUA ADEQUADA E EFETIVA TUTELA” (nossos os destaques).*

Tem-se interpretado esse dispositivo no sentido de que o legislador, ao fazer menção aos direitos protegidos por esse Código, não apenas se referia aos direitos do consumidor, mas sim a todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, já que tais espécies de direitos metaindividuais foram definidas no art. 82 do Código em questão.

Nesse diapasão, para a defesa dos direitos metaindividuais, sejam eles difusos, coletivos *strito sensu* e individuais homogêneos, é permitida a propositura de toda e qualquer ação, isto é, da formulação de qualquer pedido (seja declaratório, constitutivo, desconstitutivo, condenatório, cominatório, mandamental, cautelar e executivo) que assegure a adequada e efetiva tutela dos direitos metaindividuais, excetuada, como se viu, a propositura de ação que tenha como único objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo,

com a finalidade de excluí-los do ordenamento jurídico, atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, em que pese a amplitude do objeto da ação civil pública há evidente distinção entre o pedido formulado e a causa de pedir nas ações diretas de inconstitucionalidade e na ação civil pública, na qual se busque a declaração de inconstitucionalidade em caráter incidental.

Embora pragmaticamente nas ações civis públicas, em que seja reconhecida a inconstitucionalidade incidental de uma norma, a consequência seja o afastamento da aplicação dessa norma, para o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer, pagar ou dar, à qual foi condenado o réu na ação civil pública, analisando-se os elementos que identificam as ações, em especial o pedido e a causa de pedir, não se pode afirmar que exista coincidência entre tais elementos na ação civil pública, que contém, em sua causa de pedir, pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei, e na ação direta de inconstitucionalidade, na qual se busca única e exclusivamente a declaração, em tese, da inconstitucionalidade de uma norma ou ato normativo.

Na ação civil pública, o pedido principal, isto é, o objeto da ação é a tutela de direito subjetivo de determinado ou indeterminado grupo de pessoas, violado por lei ou ato normativo, cuja declaração de inconstitucionalidade constitui questão prejudicial a ser decidida na sentença.

A distinção é marcante. Na ação direta de inconstitucionalidade, por seu turno, não há nenhum direito subjetivo violado, e o pedido principal dessa ação é pura e simplesmente a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese.

Tendo em vista os limites objetivos da coisa julgada, eventual declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em caráter incidental, ainda que proferida em ação civil pública, não faz coisa julgada material. Nas ações civis públicas nas quais haja o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a questão da inconstitucionalidade é decidida incidentalmente, isto é, na fundamentação do julgado, não recaindo sobre ela os efeitos da coisa julgada.

Dessa forma, o reconhecimento incidental de inconstitucionalidade de uma norma, ainda em sede de ação civil pública, não implica a impossibilidade de os sujeitos legitimados proporem ações direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade (art. 103 da Constituição da República), o que demonstra a inexistência de coisa julgada e, ainda eventualmente, de litispendência, caso as ações estejam em andamento.

Tal argumento é suficiente para afastar alegação de que haveria usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para apreciar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade. A decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, esta sim, nos termos da Carta Constitucional, tem eficácia *erga omnes*, obrigando a administração pública e todos os demais órgãos do Poder Judiciário, a acatar a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma.

A alegação de que eventual declaração, ainda que incidental, em ação civil pública terá efeitos *erga omnes* de extensão nacional, regional ou local, dependendo dos limites do direito violado envolvido na questão, não pode ser acolhida para afastar a possibilidade de utilizar a ação civil pública como instrumento hábil ao controle difuso da constitucionalidade de normas, visto que tal abrangência refere-se aos efeitos subjetivos da coisa julgada.

Nesse sentido manifesta-se João Bastista de Almeida, cujos ensinamentos passamos a transcrever:

*“(...) o controle difuso, incidental, no caso concreto, é admitido em toda e qualquer ação, como tal definida no CPC, inclusive a ação civil pública. A diferença é que o magistrado de primeiro grau não declara nenhuma inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, apenas afasta a sua aplicação e decide a causa segundo o seu convencimento. Além disso, a ação civil pública, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade, tem partes definidas, que buscam bem jurídico concreto, em geral de ordem patrimonial, o que só pode ser conseguido na via ordinária normal, jamais mediante controle direto. **Por fim, na questão***

***dos efeitos erga omnes da sentença nenhuma influência terá a competência privativa do STF, a ponto de invadi-la, porque de competência não se trata. A questão é meramente de limites subjetivos da coisa julgada” (nossos os destaques).***

Ada Pelegrini Grinover consigna que não há distinção entre a declaração incidental de incompetência apreciada incidentalmente em ação coletiva e o que ocorre nas diversas ações individuais, já que, mesmo nas ações coletivas, o que faz coisa julgada é exclusivamente a questão principal, isto é, o provimento condenatório, eventualmente proferido na sentença, “*e nenhuma diferença faz que a sentença que passa em julgado tenha eficácia inter partes ou erga omnes*”. No mesmo sentido também se manifesta Hugo Nigro Mazzilli<sup>156</sup>.

Assim, tendo em vista a distinção dos elementos identificadores da ação conclui-se que não há impeditivos para o acolhimento do controle difuso de leis, por meio de ação civil pública, tendo em vista que a extensão dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* constitui mera decorrência da sistemática de defesa de direitos coletivos, instrumentos que levam à democratização da justiça, permitindo o acesso dos menos favorecidos ao Judiciário.

Esse entendimento já se encontra consolidado no Supremo Tribunal Federal, que, em diversas oportunidades, manifestou-se de modo favorável à questão (Recl. 2687/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, AI 504856, Agr/DF, rel. Min. Carlos Velloso, Recl.MC 24601/RJ, Min. Marco Aurélio) e foi acolhido também em decisão que apreciou o efeito suspensivo ativo, no recurso de agravo de interposto contra o indeferimento da liminar nos autos da ação civil pública 2004.61.83.0005626-4 que acolhendo a pretensão do Ministério Público Federal para afastar a limitação instituída pela Emenda Constitucional n. 20/98 do auxílio-reclusão, determinando sua concessão aos dependentes de todos os segurados, independentemente da renda auferida por eles antes da prisão. Esta mesma orientação foi adotada em sentença que julgou o mérito da referida ação civil pública.

---

<sup>156</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos, p. 93.

A liminar proferida pelo Tribunal Federal da 3ª Região em agravo, bem como a tutela antecipada concedida na sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Federal Previdenciária restaram, no entanto, suspensas pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Reclamação n. 3.237, que entendeu não haver na ação civil pública referência a relação jurídica concreta, o que poderia redundar em usurpação de competência.

A existência de relação jurídica concreta decorre, no presente caso, da própria aplicabilidade da norma imputada como inconstitucional. Com efeito, não se cogita de controle difuso de norma pendente de regulamentação que lhe impeça a aplicação a casos concretos. Entretanto, em se tratando de normas já regulamentadas ou com eficácia imediata que tragam em si situação prejudicial a pessoas ou determinado de grupo de pessoas, é de admitir-se a propositura da ação civil pública, não havendo que se cogitar em utilizá-la como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.

No caso do benefício, ora em análise, a Emenda Constitucional n. 20/98 trouxe todos os requisitos que possibilitavam a imediata aplicação da norma limitativa, tendo ainda o Decreto n. 3.048/99 regulamentado a questão, com fulcro em que os órgãos da autarquia previdenciária teriam necessariamente, em cumprimento a dever legal, de passar a indeferir os benefícios para aqueles que não se enquadravam no parâmetro fixado pela Emenda Constitucional.

### **5.3. A Utilização da Ação Civil Pública na Proteção de Direitos Previdenciários e sua Adequação**

Os direitos de seguridade social, e assim também o direito à percepção de benefícios, constituem direito fundamental da pessoa humana, caracterizado como direito público subjetivo, imprescindível para a manutenção do Estado democrático de direito. São direitos fundamentais de segunda geração, instituídos de molde a assegurar a efetividade dos direitos individuais de primeira geração, que limitavam a atuação estatal, assegurando as liberdades públicas em um Estado de concepção marcadamente liberal.

Com o advento dos direitos sociais, passou-se a exigir uma atuação positiva do Estado para garantir o pleno uso dos direitos individuais, assegurando ainda o pleno acesso de todos aos meios de trabalho e à segurança social, de modo a tornar efetivos os direitos a liberdade e igualdade. Abandonou-se, assim, a regra da igualdade meramente formal, assegurada em lei, exigindo-se a efetiva igualdade entre os cidadãos.

O direito à seguridade social como um direito público subjetivo constitui expressão da adoção, pela Carta Constitucional, dos direitos sociais e apresenta-se como instrumento da ordem social que visa à promoção da justiça social, por meio da redução das desigualdades sociais, assegurando a proteção dos cidadãos em caso de necessidade, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido leciona Lílian Castro de Souza<sup>157</sup>:

*“Para os direitos sociais, inclusive os de seguridade, assume particular importância, pois os conduz para fora da esfera abstrata, que antes da posição contemporânea que lhe foi conferida, seriam direitos que o Estado concede, mas não garante.*

*A tarefa do Estado Social é, portanto, promover a igualdade concreta, criando os pressupostos reais e fáticos para o exercício dos direitos fundamentais, ou em outros termos, promovendo a igualdade material corrigindo as injustiças sociais para assegurar os fins previstos no artigo 3º, realizando a democracia plena”.*

---

<sup>157</sup> SOUZA, Lílian Castro de. As normas sobre seguridade social na constituição de 1988 como evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana, in Introdução ao direito previdenciário, p. 94.

Assim, exsurge com bastante clareza a importância do princípio da igualdade material na seguridade social. Com base nesses fundamentos é que decorre a adequação dos instrumentos da tutela coletiva, dentre as quais destacamos a ação civil pública, para fins de tutela de direitos previdenciários e de seguridade social, o que não afasta a legitimação da utilização das demais ações coletivas, isto é, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, dentre outros.

Transcrevo as considerações traçadas nos autos do agravo de instrumento n. 2005.03.00.002473-5, AG 227148, em decisão da lavra do Juiz Federal Marcus Orione:

*“O tratamento coletivo, para a tutela dos direitos humanos, revela o próprio cuidado que se tem com os mais relevantes interesses a serem resguardados perante a ordem pública.*

**Logo, sendo na sua essência difusos, os direitos fundamentais têm na tutela coletiva uma de suas mais eficientes armas.**

*E mais: isto se dá, inclusive e especialmente, com os direitos sociais (direito ao trabalho, à previdência social e à saúde). Estes são, também na essência difusos. Embora possam ser gozados na dimensão individual, estes direitos são essencialmente difusos – mesmo porque ligados aos direitos de terceira geração, forjados na idéia de solidariedade social” (nossos os destaques).*

Entretanto, ainda que não se trate de direito difuso, coletivo *stricto sensu*, entendemos que a tutela coletiva, ainda assim, consiste em uma das armas mais eficientes e que melhor garantem as finalidades dos fins da seguridade social, mormente em vista da busca da garantia do direito à igualdade.

Com efeito, um direito previdenciário violado pode implicar tratamento de um direito difuso, coletivo ou individual, mas que mereçam tratamento coletivo.

Sérgio Shimura leciona que “*um mesmo fato pode ensejar diferentes tipos de tutela, por ofender diversos tipos de interesses, como previsto pelo próprio art. 99, CDC, ao conceber a possibilidade de várias espécies de indenizações ‘resultantes de um mesmo evento danoso’*”<sup>158</sup>.

Vimos que os bens tutelados podem ser difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os direitos difusos são direitos transindividuais, indivisíveis de titulares indetermináveis ligados a circunstâncias de fato. Tendo em vista a natureza indivisível desses bens, fixou-se a regra da extensão dos limites da coisa julgada *erga omnes*, de forma a abranger todas as pessoas sujeitas a situação fática impugnada.

Os direitos coletivos, *stricto sensu*, caracterizam-se também pela indivisibilidade, diferenciando-se dos primeiros, mas decorrentes de uma relação jurídica-base preexistente a lesão ou ameaça de, o que leva à possibilidade de identificação de seus titulares.

Por fim, os direitos individuais homogêneos caracterizam-se como direitos que, em sua origem, são individuais, mas que merecem proteção coletiva, pois decorrem de origem fática comum. São direitos divisíveis, cujos titulares são

---

<sup>158</sup> SHIMURA, Sérgio. Tutela coletiva e sua efetividade, p. 46.

plenamente identificáveis, mas que recebem tratamento coletivo, por decorrerem de origem comum.

O direito previdenciário, conceituado como direito social e fundamental para uma sociedade democrática, constitui, com efeito, direito de todos, difusamente espreado na sociedade. É possível, pois, imaginar-se nessa matéria ação coletiva que vise à tutela de direito difuso, na hipotética situação em que alguma medida coloque em risco os institutos de proteção social, ou que vise à simples extinção do órgão previdenciário, direito que não pode ser limitado somente ao rol de sujeitos protegidos (segurados e dependentes), na medida em que interessa à toda a sociedade que o Estado se ocupe em dar segurança ao cidadão, no momento em que este estiver incapacitado de prover, por meio do trabalho, a subsistência própria ou de seus familiares.

Há, de outra parte, conflitos outros que podem ensejar a discussão de direitos coletivos que somente interessem ao grupo ou categoria de pessoas ligadas por uma relação jurídica-base, isto é, tratar-se de direitos coletivos, ou mesmo de direitos individuais homogêneos.

No caso do benefício do auxílio-reclusão, embora se trate de direito gozado individualmente, a discussão quanto à legitimidade da limitação da prestação somente a um grupo específico de dependentes deve ser enquadrada como direito coletivo, *stricto sensu*, já que indivisível e pertencente a toda coletividade de dependentes atingidos pela emenda constitucional. A ação civil pública proposta visou salvaguardar a todos os beneficiários de maneira geral, não se tratando de pedido para que o INSS conceda, em favor de beneficiários identificados a prestação do auxílio-reclusão, já que essa concessão somente ocorrerá quando da apreciação dos pedidos individualmente formulados em sede administrativa.

Consigne-se que não se buscou a tutela de direito individual desse ou daquele beneficiário que se encontre na mesma situação, mas, sim, de direito coletivo de todo o grupo de beneficiários atingidos pela norma imputada como inconstitucional.

A correta identificação do direito objeto das ações civis públicas ou ações coletivas é de suma importância, visto que dessa identificação decorrem as regras da legitimação ativa, passiva, bem como a fixação do sistema da coisa julgada.

Sobre o tema, adverte Kazuo Watanabe<sup>159</sup> que muitos equívocos têm-se verificado, na prática, quanto ao correto enquadramento dos direitos tutelados, levando a que direitos coletivos sejam tratados como individuais homogêneos, além da limitação a determinados segmentos geográficos, de direitos coletivos indivisíveis, comprometendo a eficácia da tutela.

A espécie de bem jurídico tutelado por meio das ações civis públicas será fixada pelo autor da ação, ao formular o pedido da causa de pedir. Assim, se se pleiteia por meio da ação uma solução geral, que beneficie de modo uniforme todas as pessoas que se encontrem na mesma situação, a ação destina-se à tutela de direito coletivo<sup>160</sup>. Em se tratando de direito coletivo ou difuso, dúvidas não restam quanto à legitimação do Ministério Público para propor ação civil pública já que tal atribuição encontra-se expressamente prevista no inciso III do artigo 129 da Carta Constitucional.

Com efeito, o enquadramento do bem tutelado como direitos individuais homogêneos tem levado ao reconhecimento da ilegitimidade para o Ministério Público propor as ações civis públicas.

---

<sup>159</sup> Watanabe, Kazuo, *in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, p. 729.

<sup>160</sup> Kazuo Watanabe traz como exemplo eventual ação para desbloqueio dos cruzados, aduzindo que se na ação coletiva busca-se a desconstituição do ato geral de bloqueio, a ação será verdadeiramente uma demanda coletiva, cf. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, p. 727/728.

Tendo em vista a natureza indivisível dos bens e direitos tutelados por meio das ações coletivas, o que impossibilita identificar seus titulares, a regra da legitimação ordinária própria das relações individuais (art. 6º do CPC) restou inadequada, tendo o legislador solucionado essa dificuldade com a atribuição da legitimidade para a ação a vários entes de forma concorrente e disjuntiva, o que significa que a legitimidade de um ente não afasta a de outro, nas situações em que todos os entes demonstrem interesse na pretensão.

Kazuo Watanabe<sup>161</sup> adverte que, em linha de princípio, seria admissível a legitimação concorrente de todos os indivíduos para a defesa de direitos difusos ou coletivos. Entretanto, em razão de ponderações, dada a natureza política das demandas, bem como diante das possíveis pressões para a propositura ou desistência da demanda, aliadas ainda às experiências negativas no tocante a ação popular, optou-se por restringir a legitimação aos entes enumerados na lei, excluindo a iniciativa do indivíduo.

O artigo 5º da Lei n. 7.347/85 atribui a União, Estados e Municípios, bem como a autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista a legitimação para ação, possibilitando ainda a sua propositura pelas associações constituídas há mais de um ano, que incluam dentre suas finalidades institucionais a proteção ao bem tutelado no caso concreto.

Reconhece-se às associações a legitimação para a propositura de ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, incluindo-se nessa categoria os sindicatos, cooperativas e demais formas associativas. Exige-se para elas a pertinência temática do objeto da pretensão que busca obter e suas finalidades institucionais, não se admitindo que uma associação instituída para a defesa de direitos do consumidor apenas pretenda propor ação para a defesa de direito ligado ao meio ambiente.

De outra parte, a exigência da pré-constituição visou a afastar atuações oportunistas justificadas tão-somente por motivações políticas, o que poderia enfraquecer os instrumentos de tutela coletiva. Esse requisito poderá ser

---

<sup>161</sup> Watanabe, Kazuo, *in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, p. 732.

dispensado, a critério do juiz, caso haja interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou ainda ante a relevância do bem jurídico a ser protegido (art. 82, §1º do CDC).

Podem ainda propor ação civil pública os entes políticos de todas as esferas e órgãos e agentes paraestatais que, como gestores da coisa pública, cuja atuação deve estar sempre pautada na busca do bem comum, deveriam ser os maiores interessados em pleitear judicialmente a tutela de direitos difusos e coletivos, o que não se verifica na prática, já que a maior parte das ações coletivas é proposta pelo Ministério Público, não raro figurando um dos entes, não no pólo ativo, mas, sim, no pólo passivo dessas ações.

Esses entes devem também demonstrar o interesse processual, pois o provimento buscado deve ser útil ao ente legitimado<sup>162</sup>, não se admitindo que determinado Estado proponha ação visando à tutela de pessoas ou grupo de pessoas afetadas em outro Estado, com o qual não guarde qualquer relação jurídica, não tendo, assim, interesse no resultado da demanda.

Nesse sentido, leciona Kazuo Watanabe<sup>163</sup> que:

*“A legitimação será concorrente e disjuntiva, sempre que todos os entes públicos tenham, pelas características da lide, seja pela natureza do bem jurídico ameaçado ou lesado, seja pela amplitude da ameaça ou da lesão, seja ainda pela quantidade de localização dos titulares dos interesses ameaçados ou lesados, a atribuição de promover a defesa dos consumidores no caso concreto, em razão do vínculo que possuem com esses consumidores.*

*Se nenhum nexos mantêm, porque os consumidores pertencem a outro Município ou Estado diverso, evidentemente a legitimação ad causam não lhes diz respeito (...).”*

---

<sup>162</sup> SHIMURA, Sergio. Tutela Coletiva e sua Efetividade. p. 80.

<sup>163</sup> Watanabe, Kazuo, *in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, p. 736/737.

Por fim, o Ministério Público também é ente dotado de legitimidade para propositura da ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e também individuais homogêneos.

A Constituição, no artigo 129, inciso III, estatuiu como função institucional do Ministério Público a propositura de inquérito civil e ação civil pública “*na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”.

Com base na literalidade do dispositivo constitucional, indubitável a legitimação do *Parquet* para a propositura de ação civil pública que vise à tutela de direitos com a marca da indivisibilidade, sejam eles atinentes à toda coletividade (direitos difusos), sejam eles atribuíveis a um grupo, categoria ou classe de pessoas (coletivos, *stricto sensu*).

No tocante aos direitos individuais tratados coletivamente, isto é, interesses individuais homogêneos, a legitimação do Ministério Público não é questão pacífica, tendo sido rechaçada em diversos julgados e, especificamente, em questão ligada à matéria ora tratada, sob o fundamento de que se trata de direitos disponíveis.

O Ministério Público foi erigido, pela Constituição, como órgão essencial à função jurisdicional, destinado à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 CF).

Nesse sentido, parece não se coadunar com a função do Ministério Público a atuação na defesa de direitos eminentemente individuais, sem qualquer relevância social, pelo simples fato de terem origem fática comum, possibilitando o tratamento homogêneo.

Entretanto, há direitos que, nada obstante de índole individual, por sua repercussão e relevância social, devem merecer tutela do Ministério Público, a

despeito da ausência de expressa menção do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. Sobre o tema, Rodolfo Camargo Mancuso<sup>164</sup> leciona que:

*“Quando os interesses forem individuais homogêneos (CDC, art. 81, III), ainda assim remanesce a legitimação ativa do Ministério Público (CDC, art. 82, I; LC 75/93, art. 6º, XII), e isso sem embargo de aquela espécie de interesse metaindividual não constar no texto do art. 129, III da CF; é que sua tutela pelo Parquet é favorecida pelo art. 129, IX, da CF, que libera a instituição para o exercício de ‘outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com suas finalidade’”.*

Dessa forma, conclui-se que a legitimidade do Ministério Público estará presente em se tratando de ação para a defesa de interesses individuais homogêneos com a marca da indisponibilidade ou mesmo em razão da relevância social do bem jurídico tutelado, categoria na qual se enquadram os direitos previdenciários.

Nesse tom, pontifica Kazuo Watanabe<sup>165</sup> que “(...) somente a relevância social do bem jurídico tutelado ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura da ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis”.

Tal entendimento está em plena consonância com as finalidades que se busca implementar com a tutela coletiva, mormente na salvaguarda de interesses individuais, que, em face do grande número de pessoas envolvidas e da sua origem comum, contribui não só para reduzir o número de processos em tramitação no Poder Judiciário, como também para a paz social e a segurança jurídica, já que a questão receberá tratamento uniforme para todas as pessoas, não se cogitando de decisões conflitantes.

---

<sup>164</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores, p. 126.

<sup>165</sup> Watanabe, Kazuo, *in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, Código Brasileiro do Consumidor p. 735.

A uniformidade das decisões para todos os beneficiários da previdência social, que visa à efetivação do princípio da isonomia, tem especial relevância na seara do direito previdenciário, como vimos, uma vez que o tratamento desigual poderá acirrar ainda mais as situações de injustiças sociais que a seguridade social busca superar.

É evidente o interesse social envolvido nas questões da previdência social. Segundo conceito de Rodolfo Camargo Mancuso, “*‘interesse social’ no sentido amplo que ora nos concerne é o interesse que reflete o que esta sociedade entende por ‘bem comum’; anseio de proteção à res publica; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes*”.

Corroborando o entendimento da legitimidade do Ministério Público, colacionamos argumentos traçados em contra-razões<sup>166</sup> apresentadas pelo Ministério Público Federal, da lavra de Zélia Pierdoná:

*“Além disso, a própria Constituição criou um Órgão do Ministério Público dirigido especialmente às relações do trabalho – Ministério Público do Trabalho. Nesse sentido devemos responder a seguinte pergunta: O que é benefício previdenciário? É o substituto dos rendimentos do trabalho, quando o segurado não possui condições laborais: ou porque está incapacitado total ou parcialmente, ou porque está em idade avançada que lhe reduz ou retira a capacidade de trabalho, ou, ainda, porque morreu ou está preso, e neste caso, obviamente não pode trabalhar e, com isso seus dependentes ficarão sem qualquer proteção.*

*Se a Constituição criou órgão do Ministério Público especialmente para agir em matéria trabalhista, com muito mais*

---

<sup>166</sup> Contra-razões ao recurso de apelação apresentada pelo Ministério Público Federal em autos do processo n. 2004.61.83.005626-4, que tramitou perante a 2ª Vara Federal Previdenciária da Subseção Judiciária de São Paulo.

*razão se justifica a legitimidade de sua atuação quando diante da incapacidade laboral e do substitutivo dos rendimentos do trabalho, uma vez que o trabalhador e/ou seus dependentes estão em situação de necessidade, a qual será amparada por benefício previdenciário”.*

Dessarte, inúmeros são os fundamentos que fulcram a legitimação do Ministério Público para propor ações civis públicas na defesa de direitos previdenciários, ante o evidente interesse social envolvido, com implicações em todo território nacional.

Os beneficiários da previdência social estão espalhados por todo o território nacional, não estando limitados a determinada região ou Estado. Em que pese o recente esforço de interiorização da Justiça Federal, há ainda, em nosso país, várias pessoas para as quais o acesso à justiça constitui ideal distante, seja em razão da ausência de condições financeiras, seja mesmo por puro desconhecimento dos direitos próprios. Dentre essas pessoas certamente incluem-se vários beneficiários da previdência social, para quem a tutela buscada em ações coletivas, que alcancem toda classe dos segurados ou dependentes, constitui talvez o único alento de que seus direitos serão salvaguardados, finalidade que se encontra em total consonância com as finalidades do Ministério Público Federal.

De outra parte, perniciosa tem sido a multiplicidade de ações movidas em busca da tutela de direitos coletivos indivisíveis, o que tem levado a decisões conflitantes e situações de evidente injustiça na prática.

Menciona Kazuo Watanabe<sup>167</sup> exemplo bastante apropriado ao tema, referindo-se à “*inadmissível multiplicidade de demandas coletivas com o mesmo objetivo, o que vem ocorrendo na questão do aumento de 147,06% dos benefícios dos aposentados*”, que tem provocado contradições de julgados, concedendo a atualização para os inativos de alguns Estados e não para os de outro.

---

<sup>167</sup> Watanabe, Kazuo, *in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, Código Brasileiro do Consumidor, p. 725.

Tal multiplicidade pode ser atribuída à regra trazida pela Lei n. 9.494/97 (antes Medida Provisória n. 1.570/97), que deu nova redação ao artigo 16 da Lei n. 7.347/85, limitando os efeitos da coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator.

Contundentes têm sido as manifestações contrárias à regra instituída pela referida medida provisória.

Nelson e Rosa Nery<sup>168</sup> sustentam a inconstitucionalidade desse dispositivo:

*“Ineficácia e inconstitucionalidade. A norma na redação dada pela L 9494/97 é inconstitucional e ineficaz. **Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5º, XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade** e porque o Presidente da República editou, por meio da medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 caput. Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACP 21 e CDC 90. Para que tivesse eficácia deveria ter havido alteração da LACP 16 e do CDC 103. De conseqüência não há limitação territorial para a eficácia erga omnes da decisão proferida em ação coletiva, quer esteja fundada na LACP, quer no CDC. De outra parte, o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, v.g., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! O que importa é quem foi atingido pela coisa julgada material”.*

---

<sup>168</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado e legislação processual extravagante em vigor, p. 1366/1367.

Entretanto, na prática, a vigência desse dispositivo tem sido mantida pelos Tribunais Superiores<sup>169</sup>. O Supremo Tribunal Federal negou liminar em ação direta de inconstitucionalidade<sup>170</sup>, entendendo o ministro prolator da decisão que o artigo 16, da Lei da ação civil pública, com redação dada pela Medida Provisória n. 1570/97-3, estava em consonância com o sistema judiciário brasileiro, não vislumbrando relevância jurídica para a concessão de medida liminar. Essa ação direta de inconstitucionalidade restou prejudicada ante a ausência de aditamento da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, em face da reedição da medida provisória.

De fato, a limitação dos efeitos da coisa julgada *erga omnes*, tão-somente no território abrangido pela competência do órgão prolator da decisão, desnatura toda a sistemática engendrada pela proteção de direitos metaindividuais, uma vez que não contribui com a redução de processos em tramitação, nem mesmo com a uniformidade das decisões para os casos semelhantes, quando estejam em jogo direitos indivisíveis ou mesmo individuais, mas que diante da repercussão em âmbito nacional deveria receber tratamento homogêneo, o que na seara dos direitos sociais tem maior relevância à vista do princípio da isonomia.

Com essas breves considerações, intentamos trazer a lume algumas questões acerca da tutela coletiva em questões previdenciárias, tendo como pano de fundo a ação civil pública na qual se discutiu o benefício objeto do presente trabalho.

---

<sup>169</sup> STJ, Resp 293.407, rel. Min. Barros Monteiro, j. 22/10/2002.

<sup>170</sup> STF, Pleno, ADin, 1.576-1, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/4/1997, m.v., DJU 24/4/1997, p. 14.914.

## CONCLUSÕES

A seguridade social consiste em um sistema de proteção social que visa a socorrer os cidadãos em caso de necessidade, ultrapassando-se a antiga concepção do seguro social destinado somente aos empregados com vínculo empregatício.

A Carta Constitucional de 1988 elegeu a seguridade social como instrumento para atingir as finalidades da Ordem Social, quais sejam, a justiça social e o bem comum, valores delineados como fundamentais do Estado democrático brasileiro.

A seguridade social abarca os subsistemas da assistência social, da saúde e da previdência social. Os dois primeiros são caracterizados por serem não-contributivos, enquanto o último exige prévia filiação e contribuição.

Restou evidenciado o relevante papel dos mecanismos da seguridade social para proteção à família, o que se encontra em absoluta consonância com o ditame constante do artigo 226, *caput*, da Constituição da República, que determina a especial proteção que o Poder Público deve reservar à família, berço da solidariedade.

O enquadramento do benefício do auxílio-reclusão dentre as prestações destinadas à proteção da família já revela a relevância desse instituto, que, não obstante criticado, deve ser entendido como em conformidade com os princípios da seguridade social.

A previdência social, apesar de integrante do sistema de seguridade social apresenta características próprias, como a contributividade e a necessidade de filiação, que revelam sua proximidade com os sistemas de seguro social, anteriormente vigentes.

A existência de características específicas para a previdência social indica que o sistema de seguridade social brasileiro está em evolução, não tendo

atingido o grau máximo de solidariedade, de modo a abranger todas as situações de necessidade e todas as pessoas necessitadas.

A previdência social encerra um nível de proteção social limitado objetiva e subjetivamente, visto que dependente da contribuição direta dos segurados. Destina-se a salvaguardar a situação de necessidade dos trabalhadores que têm comprometida a capacidade de continuar a perceber rendimentos do trabalho, assegurando os meios indispensáveis à sobrevivência própria e de sua família.

A previdência social será organizada por meio de regime geral, exigindo prévia e obrigatória filiação, modelo em que os segurados facultativos são exceção à regra, com obrigatoriedade de contribuição, destinada a socorrer as situações de necessidade decorrentes das contingências previstas em lei, em uma moderna concepção de risco aplicável à seguridade social.

A prisão não implica a supressão total dos direitos individuais do cidadão. Devem ser assegurados ao preso, além dos direitos fundamentais inerentes à cidadania, todos os outros não atingidos pela sentença ou por lei.

Dentre os direitos assegurados ao preso está o direito ao trabalho, que constitui também um dever, trabalho este que deve ser devidamente remunerado, afastando-se a pena de trabalhos forçados, bem como o direito à proteção previdenciária.

O benefício do auxílio-reclusão figura em nosso ordenamento jurídico desde a época em que se encontravam em atividade os institutos de aposentadorias e pensões. Está presente no Decreto n. 54, de 12 de setembro de 1934, não constituindo, dessa forma, novidade no sistema de proteção social pátrio.

O evento reclusão foi haurido a patamar de norma constitucional, a partir da Constituição de 1988.

Trata-se de benefício concedido no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, devido aos dependentes do segurado de baixa renda

recolhido à prisão, desde que não perceba o segurado aposentadoria, auxílio-doença ou o antigo abono de permanência em serviço.

A Lei n. 10.666/03, em seu artigo 3º, ressaltou o direito de os dependentes perceberem o benefício, ainda que o segurado exerça atividade remunerada.

A finalidade da prestação previdenciária do auxílio-reclusão é proteger os dependentes do segurado recluso que, de um momento a outro, vêm-se desprovidos de sua fonte de subsistência ante a prisão do segurado.

As críticas de que esse benefício deveria ser extinto por representar oneração da sociedade em favor daquele que cometeu crime, bem como por tratar-se de contingência protegida, devem ser afastadas, pois a moderna concepção de risco salvaguarda as situações de necessidade, afastando-se da concepção de evento futuro e incerto. De outra parte, por tratar-se de benefício destinado aos dependentes, a negativa da proteção social a estes, em razão de crime praticado pelo segurado, implicaria transferência da punição a terceiros, o que é vedado pelo princípio da pessoalidade da pena.

O auxílio-reclusão é prestação previdenciária concedida no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, pelo órgão da administração pública indireta (Instituto Nacional do Seguro Social), sujeita ao regime jurídico de direito público, devida aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão, desde que o segurado não receba remuneração da empresa, aposentadoria, auxílio-doença, ou o antigo abono de permanência em serviço. Ressalva-se o direito ao benefício mesmo que o segurado exerça atividade remunerada em cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semi-aberto e fechado.

Não se exige carência, sendo devida aos dependentes de todos os segurados, sejam obrigatórios (segurados empregados, contribuintes individuais) ou facultativos.

A denominação auxílio-reclusão não faz referência ao tipo de prisão a que foi submetido o segurado, exigindo-se que este esteja segregado da sociedade, seja por meio de prisão cautelar ou prisão para cumprimento de pena. Dessa

forma, não é devida a prestação ao segurado que cumpra a pena em regime aberto, ou seja beneficiado com sursis ou suspensão condicional do processo.

A prestação é devida ainda que o segurado exerça atividade remunerada em regime semi-aberto ou fechado, direito assegurado expressamente pela Lei n. 10.666/03. Poder-se-ia cogitar em formas de compensação do sistema, caso a família do segurado receba valores decorrentes da remuneração pelo trabalho exercido durante a reclusão do segurado.

A Emenda Constitucional n. 20/98 limitou a concessão do benefício aos dependentes de segurado de baixa renda, alterado o disposto no artigo 201, inciso IV, da Constituição da República.

Após as ponderações, concluímos que a limitação trazida pela Emenda Constitucional não se conforma ao princípio da isonomia, não podendo este ser considerado como expressão dos princípios da seletividade e da distributividade.

Diante da finalidade do benefício do auxílio-reclusão, que visa a socorrer os dependentes do segurado em situação de necessidade gerada pela reclusão deste, a eleição da renda percebida pelo segurado, antes do evento coberto como *discrimen*, não guarda correlação lógica com as situações que pretende discriminar. Isso porque a situação de necessidade dos dependentes pode perdurar mesmo em se tratando de segurado que perceba renda superior ao limite fixado na Emenda Constitucional, sendo a recíproca também verdadeira.

A renda a ser considerada é a do segurado e não dos dependentes, interpretação que se extrai da redação do artigo 201, inciso IV, da Carta Constitucional.

A prestação é devida a partir do requerimento administrativo, ou desde a data da prisão, se o requerimento administrativo for protocolizado até trinta dias da ocorrência do evento.

Em caso de fuga do segurado, suspende-se o pagamento do benefício aos dependentes, uma vez que desaparece a segregação do preso, risco protegido que dá causa à concessão do benefício.

A prestação é devida aos dependentes do segurado elencados no artigo 16, da Lei n. 8.213/91.

O benefício é calculado com base no salário-de-benefício, aplicando-se alíquota de 100%. Com a morte do segurado, cessa o benefício e concede-se a pensão por morte, assegurando direito ao valor mais benéfico.

As formas de tutela coletiva são as que melhor assegurariam as finalidades da seguridade social, garantindo o tratamento igualitário entre todos os segurados que estivessem na mesma situação.

O Ministério Público Federal, atento às suas finalidades institucionais, vem-se valendo dos instrumentos da tutela coletiva, em especial da ação civil pública, atuando na defesa dos direitos previdenciários, o que se verificou no caso do auxílio-reclusão, cuja limitação trazida pela Emenda Constitucional n. 20/98 foi objeto de ação civil pública, na qual obteve o *Parquet* liminar e sentença favorável condenando a autarquia previdenciária a conceder o benefício independentemente da limitação da renda do segurado.

Diante da distinção entre pedido e causa de pedir das ações civis públicas e ação direta de inconstitucionalidade não se verifica usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, quando haja reconhecimento incidental de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

A extensão *erga omnes* ou *ultra partes* nas ações civis públicas refere-se aos limites subjetivos da coisa julgada, não fazendo a declaração incidental de inconstitucionalidade eventualmente proferida em ação civil pública coisa julgada.

É de ser assegurada a legitimação do Ministério Público Federal para as ações civis públicas que envolvem questões previdenciárias, mesmo na defesa de direitos individuais homogêneos, ante a natureza de direito fundamental dos direitos sociais, e o evidente interesse social e relevância imanente à pretensão, bem como em face da repercussão de tais questões.

A multiplicidade de ações coletivas para tutelar direitos previdenciários pode causar situações de injustiça social, o que não se coaduna com a finalidade da seguridade social.

O princípio da isonomia tem especial relevância em matéria de seguridade social, bem como previdenciária, razão pela qual devem ser rechaçadas medidas que visem a mitigar a eficácia dos mecanismos de tutela coletiva, tal como a instituída pelo artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, embora tal limitação seja reconhecida pela jurisprudência pátria.

**BIBLIOGRAFIA**

**ARAÚJO**, Luiz Alberto David, NUNES, Vidal Serrano; *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998

**ATALIBA**, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, 5.ed., São Paulo: Malheiros, 1992

**BALERA**, Wagner. Da Proteção Social à Família. Revista de Direito Social, Sapucaia do Sul, v. 2, n.6, 2002

\_\_\_\_\_. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*, São Paulo: Quartier Latin, 2004

\_\_\_\_\_. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989

\_\_\_\_\_. *Sistema de Seguridade Social*. 3ª ed., São Paulo: 2003

\_\_\_\_\_. (coord) *Curso de Direito Previdenciário – Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*, São Paulo: LTr, 1992

**BARROSO**, Luís Roberto (org). *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003

**BENETI**, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*, São Paulo: Saraiva, 1996

**BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros

**CANOTILHO**, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed., Coimbra/Portugal: Almedina, 1998

**CARDONE**, Marly A. *Previdência, Assistência, Saúde – o Não Trabalho na Constituição e 1988*, São Paulo: LTr, 1990

**CARVALHO**, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 7.ed., São Paulo: Saraiva, 1995

\_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Tributária*. São Paulo. Max Limonad. 1988.

**CARVALHO FILHO**, José Santos. Ação civil pública e inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro (12) 2000

**CASTRO**, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*, 4.ed. rev. e atual., São Paulo:Ltr, 2003

**CINTRA**, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14<sup>a</sup> ed rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998.

**COIMBRA**, José dos Reis Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*, 6<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1996

**CORREIA**, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2002

**DERZI**, Heloisa Hernandes. *Os beneficiários da pensão por morte*. São Paulo: Lex Editora, 2004

**DINIZ**, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*, 4<sup>a</sup> ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

**DOTTI**, René Ariel. A reforma do Sistema de Penas – Antigos e Novos Desafios 20 anos depois. *Boletim IBCCrim* – ano 12- nº 140 – julho 2004

**FRAGOSO**, Heleno, **CATÃO**, Yolanda, SUSSEKIND, Elisabeth. *Direito dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980

**FERNANDES**, Anníbal. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*, São Paulo: Atlas, 1988

**FERRARI**, Francisco de. *Los Principios de la Seguridad Social*. Republica Oriental Del Uruguay, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1955

**FREITAS**, Vladimir Passos de (coord). *Direito Previdenciário, aspectos materiais, processuais e penais*, 2ª ed. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

**GAMA**, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Constituição de 1988 e as Pensões Securitárias No Direito Brasileiro*. São Paulo: Ltr, 2001.

**GOMES FILHO**, Antônio Magalhães, *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, São Paulo: Saraiva, 1991

**GRINOVER**, Ada Pellegrini. *O processo – Estudos & Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005

**GRINOVER**, Ada Pelegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, 6ª ed.rev., atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000

**HORVATH JÚNIOR**, Miguel. *Direito Previdenciário*. 4ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004

**HORVATH**, Miriam Vasconcelos Fiaux. *Auxílio-reclusão*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

**IBAIXE JUNIOR**, João. Auxílio-reclusão na Lei 10.666/03. Revista de Previdência Social, São Paulo, ano XXVII, n. 271, p. 486-489, jun. 2003.

**IBRAHIM**, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*, 3 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2003

**JESUS**, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*, 20ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2003

**KERMERICH**, Clóvis. *Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social Anotada*, São Paulo:Saraiva, 2000

**LEITE**, Celso Barroso. *A Proteção Social no Brasil*, 3ª ed., São Paulo: LTr, 1986,

**LIGERO**, Ma de los Santos Alonso, *Los Servicios Sociales y la Seguridad Social*,Revista Ibero Americana de Seguridade Social., n. 6, noviembre/diciembre 1971

**MANCUSO**, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*, 8ª ed. rev e ampl., São Paulo: RT, 2002

\_\_\_\_\_ *Interesses Difusos, Conceito e Legitimação para agir*, 5ª ed. ver. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

**MARTINS**, Sérgio Pinto Martins. *Direito da Seguridade Social*, 22ª.ed., São Paulo: Atlas, 2005

**MARTINEZ**, Wladimir Novaes. *Reforma da previdencia social: comentários à Emenda Constitucional n. 20/98*. São Paulo: Ltr, 1999

**MAZZILLI**, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 10 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999

**MEIRE**, Lúcia Gomes Monteiro (ccord.). *Introdução ao Direito Previdenciário*, São Paulo: Ltr, 1998

**MEIRELLES**, Hely Lopes; *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade*, 22ª ed atual. e compl. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros;2000.

**MELLO**, Celso Antonio Bandeira. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3.ed., São Paulo:Malheiros, 2000

**MELLO**, Cleyson de Moraes, FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos Humanos: Coletânea de Legislações*, Rio de Janeiro: F. Bastos, 2003

**MENDES**, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

**MENDONÇA**, Jacy de Souza – *O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara* – Rio Grande do Sul:Sergio Antonio Fabris Editor, p. 219-220

**MILARÉ**, Edis (Coord). *Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985 – 15 anos*, 2ª. ed, São Paulo: RT, 2002

**MILARÉ**, Edis (Coord) - *Ação Civil Pública, Após 20 anos: efetividade e desafios*, São Paulo: RT, 2005

**MIRABETE**, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*, 2. ed, São Paulo:Atlas, 2001

\_\_\_\_\_. *Execução Penal*, 11ª ed., rev. e atual. Por Renato N. Fabbrini, São Paulo: Atlas, 2004

**MONTEIRO**, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1976, 1 v

**MOTORO**, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*, 25ª.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

**MORAES**, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2002

**NEVES**, Ilídio. *Direito da Segurança Social – Princípios Fundamentais numa Análise Prospectiva*, Coimbra, 1996

**NERY**, Rosa Maria de Andrade, **NERY JUNIOR**, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação processual extravagante em vigor*, 6ª ed., São Paulo:RT, 2002

**NERY JÚNIOR**, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 6ª. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

**PERSIANI**, Mattia. *Diritto della Previdenza Sociale*. CEDAM. 2002.

**PULINO**, Daniel. *A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro*, São Paulo:Ltr,2001

**ROCHA**, Daniel Machado, **BALTAZAR JUNIOR**, José. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2003

**RUPRECHT**, Alfredo J. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Ltr, 1996

**RUSSOMANO**, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1979

**SAMPAIO**, Aluysio. *A Nova CLPS Comentada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

**SANTOS**, Marisa Ferreira de. *O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social*, São Paulo: LTr., 2004

**SHIMURA**, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua Efetividade*. São Paulo: Método, 2006

**SILVA**, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17<sup>a</sup> ed. Ver. Ampliada e atualizada. São Paulo. Malheiros, 2000

**SIMÕES**, Aguinaldo. *Princípios de Segurança Social*. São Paulo: Saraiva, 1967

**SOUZA**, Montauri Ciochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2000

**SUSSEKIND**, Arnaldo. *Previdência Social Brasileira*, Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1955

**TAVARES**, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*, 5<sup>a</sup> ed., rev., ampl e atual., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003

**TUCCI**, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993

**VENTURI**, Augusto. *Los Fundamentos Científicos de La Seguridad Social*. Madrid. Ministério de Trabajo y Seguridad Social, 1995

**VILANOVA**, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. *Causalidade e Relação no Direito*. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)