

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

MIRIAN ANDRADE SANTOS

**AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL NO CAMPO DOS DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS**

OSASCO
2014

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

MIRIAN ANDRADE SANTOS

**AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL NO CAMPO DOS DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO - Centro Universitário FIEO, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração “Posituação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos” inserido na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material”, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Márcia Cristina de Souza Alvim.

OSASCO
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

SANTOS, Mirian Andrade

Auxílio-doença parental no campo dos direitos humanos fundamentais / Mirian Andrade Santos, Orientação Dr^a. Márcia Cristina de Souza Alvim. – Osasco, UNIFIEO: 2014.

136 p.

Dissertação (Mestrado), Direito – Centro Universitário FIEO.

1 – Direitos humanos fundamentais; 2 – Previdência Social; 3 – Família; 4 – Incapacidade; 5 – Auxílio-doença parental.

Autorizo a impressão parcial ou total do meu trabalho acadêmico para fins de divulgação científica.

Osasco, 25 de agosto de 2014.

Mirian Andrade Santos

TERMO DE APROVAÇÃO

Auxílio-doença parental no campo dos direitos humanos fundamentais

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito do Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO.

MIRIAN ANDRADE SANTOS

BANCA EXAMINADORA

Data da Apresentação: 25 de agosto de 2014

Márcia Cristina de Souza Alvim
Professora Doutora
UNIFIEO

Domingos Sávio Zainaghi
Professor Doutor
UNIFIEO

Maria Cristina Zainaghi
Professora Doutora
Universidade Nove de Julho

Conceito Final: (10,0) DEZ

DECLARAÇÃO DE ÉTICA E RESPEITO AOS DIREITOS AUTORAIS

Declaro para os devidos fins que a pesquisa foi por mim elaborada e que não há, nesta dissertação, cópias de publicações de trechos de títulos de outros autores sem a respectiva citação, nos moldes da NRB 10.520 de agosto/2002.

Osasco, 25 de agosto de 2014.

Mirian Andrade Santos

RG 48.691.032-5

Dedico este trabalho a minha pequenina Ingrid Andrade Sousa que muito alegra os meus dias.

Ao meu estimado esposo, Gelson dos Santos Sousa, pelo carinho, apoio e compreensão que por mim tem demonstrado.

Aos meus prezados pais, Camerindo da Paixão Santos e Zenilda Santos Andrade Santos, pelo constante apoio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, razão do meu viver. A Ele toda honra, glória, louvor e adoração. Obrigada Senhor por ter me dado graça para superar a cada dia os obstáculos e por ter me dado força para concluir o presente trabalho.

À Professora Márcia Cristina de Souza Alvim, orientadora do presente trabalho que com seus ensinamentos e entusiasmo muito acrescentou em meus conhecimentos.

À Professora Margareth Anne Leister que me presenteou com incentivo, garra e determinação e por todos os conhecimentos obtidos em suas aulas.

Ao Professor Domingos Sávio Zainaghi que me brindou com seus conhecimentos acoplados com doses de ânimo e alegria em suas aulas e com todos os questionamentos acerca do tema proposto que colaboraram, e muito, para este trabalho.

Aos professores desta Instituição pela contribuição teórica, crítica e profissional, especialmente à Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz, coordenadora deste Curso de Mestrado em Direitos Humanos, pelo constante apoio proporcionado no desenvolvimento das pesquisas científicas; ao Professor Fernando Pavan Baptista que me abrilhantou com seus conhecimentos obtidos em suas aulas; aos Professores Luis Rodolfo Ararigbóia Souza Dantas, Paulo Salvador Frontini e Ivan Martins Motta; e aos Professores Eduardo Carlos Bianca Bittar e Ricardo Castilho que fizeram parte do corpo docente desta Instituição e tive o prazer de usufruir de suas aulas.

À querida Elisaide Trevisan, que por diversas vezes me auxiliou, não apenas no desenvolvimento deste trabalho, mas em todo o curso do mestrado. Por isso, a tenho como orientadora longe das salas de aulas.

Às minhas queridas companheiras de estudo e trabalho Waleska Cariola e Julia Ulisses Patrícia Villar que sempre estiveram presente nas pesquisas, eventos e viagens, acreditaram em mim, e me deram apoio e atenção sempre que necessário.

Aos meus colegas de trabalho e de classe pela convivência ao longo desse curso, em especial a Luciana Ferreira Lima pelo apoio, incentivo e encorajamento constantes.

Enfim, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), pelo apoio a pesquisa, que garantiu essa realização profissional e pessoal.

[...] E, respondendo Jesus, disse: Descia um homem de Jerusalém para Jericó, e caiu nas mãos dos salteadores, os quais o despojaram, e espancando-o, se retiraram, deixando-o meio morto. E, ocasionalmente descia pelo mesmo caminho certo sacerdote; e, vendo-o, passou de largo. E de igual modo também um levita, chegando àquele lugar, e, vendo-o, passou de largo. Mas um samaritano, que ia de viagem, chegou ao pé dele e, vendo-o, moveu-se de íntima compaixão; E, aproximando-se, atou-lhe as feridas, deitando-lhes azeite e vinho; e, pondo-o sobre o seu animal, levou-o para uma estalagem, e cuidou dele; E, partindo no outro dia, tirou dois dinheiros, e deu-os ao hospedeiro, e disse-lhe: Cuida dele; e tudo o que de mais gastares eu to pagarei quando voltar. Qual, pois, destes três te parece que foi o próximo daquele que caiu nas mãos dos salteadores? E ele disse: O que usou de misericórdia para com ele. Disse, pois, Jesus: Vai, e faz da mesma maneira.

Lucas 10: 30-37

RESUMO

Por ser a família reconhecida como base da sociedade com especial proteção na Constituição da República, a presente pesquisa objetiva contribuir para a solução de problemas enfrentados pelos segurados do Regime Geral de Previdência Social que se encontram com um familiar (dependente) doente que necessita de tratamento e acompanhamento constantes. Ou seja, quando o familiar necessita de assistência de um segurado da previdência social, e, ao mesmo tempo, este precisa trabalhar para garantir meios para subsistência própria e familiar, inclusive para manutenção do dependente doente que necessita de amparo, sem poder contar com a devida proteção legal para afastamento do trabalho e manter a proteção de seu direito ao recebimento de benefício previdenciário, atuando, desta forma, o benefício auxílio-doença parental como instrumento eficaz para a preservação do direito ao trabalho do segurado, bem como para a preservação da família. A concessão do referido benefício vem produzindo intensas discussões, tanto no âmbito jurídico-político quanto na sociedade em geral. Atestando-se sua incipiência no ordenamento jurídico brasileiro, os inúmeros questionamentos gerados em torno da questão – apesar da existência de decisões favoráveis do Poder Judiciário quanto à sua concessão –, mostram-se favoráveis ao resgate de possíveis soluções às questões levantadas no presente trabalho.

Palavras-chave: Direitos humanos fundamentais; Previdência Social; Família; Incapacidade; Auxílio-doença parental.

ABSTRACT

Being family recognized as the foundation of society with special protection on Republic Constitution, this research aims to contribute to the solution of problems faced by insureds of the General Social Security Regime who has a family member (dependent) sick that needs treatment and constant monitoring. In other words, when the household needs assistance of a social security insured, and at the same time, this must works to ensure livelihoods for oneself and family, including for maintenance of the diseased dependent who needs shelter, unable to count on appropriate legal protection for absence from work and maintain the protection of their right to a pension benefit perceiving, acting in this way, the parental sickness benefit as an effective tool for the preservation of the right to work of the insured as well as for the preservation of family. The granting of this benefit has been producing intense discussions, both in legal and political ambit as in society in general. Attesting its incipience in the Brazilian legal system, the numerous questionings raised around the issue - despite the existence of favorable decisions of the judiciary to grant it - appear to be favorable to the rescue of possible solutions to the issues raised in the present paper.

Keywords: Fundamental human rights; Social Security; family; disability; Parental sickness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 A SEGURIDADE SOCIAL.....	15
1.1 Noções de seguridade social.....	15
1.2 Noções históricas de seguridade social no Brasil.....	18
1.2.1 Seguridade Social na Constituição da República de 1988: Direito fundamental social.....	21
1.3 Conceito, natureza jurídica e eficácia do direito à seguridade social.....	33
1.4 Estrutura da seguridade social.....	41
1.4.1 Direito à saúde.....	41
1.4.1 Direito à previdência social.....	45
1.4.1 Direito à assistência social.....	47
1.5 Princípios da seguridade social.....	49
1.5.1 Regra da contrapartida.....	56
2 TUTELA CONSTITUCIONAL DESTINADA À FAMÍLIA E A PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	60
2.1 Proteção e dever constitucional destinados a família.....	60
2.2 A previdência social e a família.....	71
2.2.1 Regimes previdenciários.....	71
2.2.1.1 <i>Prestações previdenciárias destinadas à família no Regime Geral de Previdência Social.....</i>	<i>76</i>
2.2.1.2 <i>Prestações previdenciárias destinadas à família no Regime Próprio Previdência Social.....</i>	<i>82</i>

3 AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL: ATUAÇÃO CONJUNTA DAS ESPÉCIES DA SEGURIDADE SOCIAL PARA GARANTIA DO DEVER CONSTITUCIONAL DESTINADO A FAMÍLIA.....	90
3.1 Auxílio-doença no Regime Geral de Previdência Social: rumo ao auxílio-doença parental.....	90
3.1.1 Auxílio-doença parental e a regra da contrapartida	98
3.1.2 Requisitos para concessão do auxílio-doença parental	100
3.2 Os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana como substrato para a concessão do auxílio-doença parental	103
3.3 Auxílio-doença parental para garantia dos direitos sociais ao trabalho (segurado) e à saúde (família)	115
CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS.....	131

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar a concessão do benefício previdenciário auxílio-doença para o segurado que se encontra com um familiar, isto é, um dependente padecendo de uma moléstia grave e que necessita de cuidados e tratamentos constantes por parte do segurado, tendo como substrato os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, por não ser possível vislumbrar condições físicas e psicológicas em um segurado para realização de suas atividades laborativas, estando um dependente necessitando do seu amparo.

Para tanto, inicialmente, trataremos das noções históricas da seguridade social no mundo e no Brasil, demonstrando que, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a seguridade social está inserida no campo dos direitos fundamentais sociais. Abordaremos, também, o conceito, a natureza jurídica e a eficácia dos direitos relativos à seguridade social, enfatizando a inviolabilidade de tais direitos. Dando continuidade, apresentaremos a estrutura da seguridade social conceituando as suas espécies: saúde, previdência social e assistência social, bem como, apresentaremos os princípios constitucionais próprios que regem a matéria.

No segundo capítulo, discorreremos sobre a tutela constitucional destinada à família e a previdência social, realçando o reconhecimento constitucional, de ser a família, base da sociedade. No contexto, traçaremos as obrigações constitucionais destinadas à família de cuidado, amparo e assistência entre seus membros. Em prosseguimento, apresentaremos os regimes de previdência social, destacando os benefícios previdenciários que são direcionados a família do trabalhador/segurado.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, analisaremos a possibilidade de concessão do benefício auxílio-doença parental, para garantia do cumprimento da obrigação constitucional destinada à família de criar, educar e assistir os filhos e, em caráter recíproco, dos filhos maiores, assistirem os pais na velhice, bem como, para assegurar o direito fundamental social ao trabalho do segurado.

Assim, refletiremos sobre a ampliação do conceito de incapacidade do segurado, incluindo também, a incapacidade decorrente de ordens psíquicas, moral e social, demonstrando que, a concessão do benefício encontra respaldo nas diretrizes e princípios constitucionais. Tendo em vista que, a Lei 8.213, de 24 de

julho de 1992 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, prevê em seu artigo 59, apenas a concessão do benefício auxílio-doença para o segurado que se encontra incapacitado temporariamente para o trabalho, não existindo previsão legal expressa para concessão do auxílio-doença parental. Diferentemente do Regime Jurídico Único que prevê licença ao servidor por motivo de doença em um dependente, a saber, Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, artigo 83.

A escolha do presente tema se justifica na contribuição para solução de problemas enfrentados pelos segurados que se encontram com um familiar, um dependente doente necessitando de tratamento e acompanhamento constantes, ou seja, necessitando da assistência de um segurado da previdência social. E, ao mesmo tempo, este segurado, precisa trabalhar para garantir meios para subsistência própria e familiar, inclusive para manutenção deste dependente doente, que necessita de amparo, porém, sem a devida proteção legal, para afastamento do trabalho com direito ao recebimento de benefício previdenciário.

Por fim, ressalte-se a relevância do estudo, tendo em vista a dimensão material dos Direitos Humanos Fundamentais, bem como as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas de um Estado Democrático. Desta forma, busca-se demonstrar a possibilidade da concessão do referido benefício abrangendo a efetivação dos direitos fundamentais sociais e a proteção constitucional destinada à família, bem como para que seja extirpada do nosso ordenamento jurídico toda e qualquer forma de discriminação e/ou restrição de direitos entre regimes jurídicos, o que por si só, já caracteriza violação aos preceitos constitucionais.

O desenvolvimento do presente estudo se deu através do método indutivo, valendo-se de uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legal, por meio da construção de uma hermenêutica constitucional, para a congruência argumentativa e justificação da problemática suscitada.

1 A SEGURIDADE SOCIAL

1.1 Noções de seguridade social

Para tratarmos da seguridade social nos ateremos à própria existência humana. Assim, tomaremos como marco, as Escrituras Sagradas, partindo da premissa de ser o homem criado a imagem e semelhança de Deus.¹

Em verdade, a origem da seguridade social no mundo está atrelada à própria criação humana, por ser o instinto humano dotado de alento protetivo. E assim sendo, o homem conta com duas formas de expressar sua inteligência: a previsão e a técnica. Destas formas de inteligência humana, podemos vislumbrar a ideia de exteriorização da previdência no mundo quando o primeiro homem guardou o resto de alimentos para mitigar a fome ou necessidade do dia seguinte.²

Ainda fazendo menção às Escrituras Sagradas, esse comportamento ou instinto humano de provisão se realça no capítulo 16 do livro de Êxodo, quando contrário às ordens divinas, o povo hebreu guardou mantimento, o maná, pães dos céus, enviado por Deus, para saciar a fome do dia seguinte. Segundo a Bíblia, o envio do alimento dos céus se deu por seis dias. Pela manhã era enviado pão dos céus e pela tarde carne. Ressalte-se que, a ordenança para colheita fora do quanto bastasse para saciar a fome daquele dia. Porém, alguns do povo hebreu colheram a mais e guardaram porções pensando no dia seguinte. Aqueles que desobedeceram as ordens divinas tiveram um desapontamento, qual seja, os alimentos guardados amanheceram ostentados de bichos e cheirando mal.³

¹ Em Gênesis cap. 1 vers. 1, 26, 27,29 e 30 está descrito: “No princípio criou Deus os céus e a terra. (...). E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; (...). E criou Deus o homem à sua imagem. À imagem de Deus o criou; macho e fêmea. (...). E disse Deus Eis que vos tenho dado toda erva que dá semente e que está sobre a face de toda a terra e toda árvore em que há fruto de árvore que dá semente; ser-vos-ão para mantimento. E todo animal da terra, e a toda ave dos céus, e a todo réptil da terra, em que há alma vivente, toda a erva verde lhes será para mantimento. E assim foi.” PUBLISHERS, Life. **Bíblia de Estudo Pentecostal antigo e novo testamento**. Trad. por João Ferreira de Almeida, com referências e algumas variantes. Revista e corrigida Edição de 1995. Rio de Janeiro: CPAD, 2008, p. 30, 33, 34.

² GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira. **Introdução ao Direito previdenciário**. Apostila do curso de pós-graduação em direito da seguridade social, slide 4. Disponível em: <http://www.legale.com.br/>. Acesso em 20 dez. 2013.

³ Êxodo cap. 16 vers. 4, 5, 8, 17,19 e 20 está descrito: “Então o Senhor disse a Moises: Eis que vos farei chover pão dos céus, e o povo sairá e colherá cada dia a porção para cada dia, para que eu veja se anda em minha lei ou não. E acontecerá, ao sexto dia, que prepararão o que colherem; e será o dobro do que colhem cada dia. (...). Disse mais Moisés: Isso será quando o Senhor, à tarde, vos der

Da atitude de alguns do povo hebreu, podemos extrair duas interpretações. Por um lado, tal atitude humana demonstra falta de fé na provisão do Criador de todas as coisas. Por outro lado, demonstra a preocupação e o instinto humano de saciar as necessidades vitais de subsistência. Em outras palavras “não seria exagero rotular este comportamento de algo instintivo, já que até os animais tem o hábito de guardar alimentos para dias mais difíceis. O que talvez nos separe das demais espécies é o grau de complexidade de nosso sistema protetivo”.⁴

Fábio Zambitte Ibrahim pondera: “A preocupação com os infortúnios da vida tem sido uma constante da humanidade. Desde tempos remotos, o homem tem se adaptado, no sentido de reduzir os efeitos das adversidades da vida, como fome, doença, velhice etc.”⁵

No mesmo sentido Gustavo Bregalda Neves discorre:

Sempre existiu, desde os tempos mais remotos, a conjugação de esforços entre os homens para a melhoria ou facilitação das condições de vida de cada um dos indivíduos formadores de um grupo social, porquanto é condição natural humana a preocupação com seu bem-estar. A preocupação com os infortúnios da vida tem sido uma constante da humanidade.⁶

É importante destacar que a proteção social tenha seu nascimento na família. Sendo esta, uma instituição base da sociedade e de todo o ordenamento jurídico. Outrora, a família era mais forte, tendo em vista que as pessoas comumente viviam em inúmeros aglomerados familiares. E, sendo assim, os mais jovens tinham incumbência de trabalhar, por gozarem da força física da juventude, o que os tornavam aptos não só para o trabalho, mas também para cuidar dos mais idosos e incapacitados. Acontece que nem todas as pessoas dispunham de proteção familiar, e aqueles que contavam com esta, também o era de forma precária, sendo necessário, portanto, o auxílio externo, o que se evidenciava ainda que de forma

carne para comer e, pela manhã, pão a faltar (...). E os filhos de Israel fizeram assim; e colheram, uns, mais, e outros, menos (...). E disse Moisés: Ninguém deixe dele para amanhã. Eles, porem, não deram ouvidos a Moisés; antes, alguns deles deixaram dele para o dia seguinte; e aquele criou bichou e cheirava mal;(...)” PUBLISHERS, Life. **Bíblia de Estudo Pentecostal antigo e novo testamento**. Trad. por João Ferreira de Almeida, com referências e algumas variantes. Revista e corrigida Edição de 1995. Rio de Janeiro: CPAD, 2008, p. 140 e 141.

⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.1.

⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.1.

⁶ NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.17.

tímida, a atuação da Igreja por meio do serviço voluntário de caridade aos pobres, enfermos e necessitados.⁷

Nesse contexto social de amparo e proteção, a pessoa humana sempre se preocupou em garantir meios para sobrevivência, atuando em conjunto com grupos sociais, para suprimento das necessidades individuais e familiares. Sendo certo que, conforme a doutrina, os primeiros institutos de proteção que tinham caráter organizacional de amparo, encontrando subsídio até mesmo nas ordenações normativas foram introduzidos no Talmud, no Código de Hamurabi e Manu. Esses institutos estabeleciam regras de reciprocidade entre os membros, ou seja, tinham natureza mutualista, com o amparo e auxílio recíprocos.⁸

Há de se ressaltar, que, já na Idade Média se vislumbrava esse sistema protetivo de amparo entre os grupos sociais, conforme se depreende das corporações de trabalhos da época que já mantinham um sistema de cooperação. Os trabalhadores do mesmo ofício se ajudam financeiramente, isto é, quando um dos trabalhadores encontrava-se impossibilitado para o trabalho por idade ou enfermidade os demais companheiros de trabalho o ajudavam.⁹

No século XVII, precisamente em 1601, a proteção social ganhou maior amplitude com a transição da figura protetiva privada para atuação pública. O Estado começou a intervir por meio da criação de mecanismos de proteção social aos carentes e indigentes, o que se evidenciava através da edição da primeira disciplina pré-jurídica, a saber, a denominada “lei dos pobres” assinada pela Rainha Elizabeth da Inglaterra. Neste sistema, a sociedade contribuía para o Estado para criação da assistência pública, isto é, uma aliança contra a miséria.¹⁰

Outros marcos importantes para a proteção social ocorreram com a Revolução Industrial, nos séculos XVIII e XIX, com o surgimento do socialismo e com o movimento operário, existentes na Europa, levando a criação do “Seguro Social” em 1883, pelo alemão Bismark conhecido como “chanceler de ferro”, tal proteção social era consubstanciada no seguro-doença em favor dos trabalhadores,

⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.1.

⁸ NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.17.

⁹ GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira. **Introdução ao Direito previdenciário**. Apostila do curso de pós-graduação em direito da seguridade social, slide 4. Disponível em: <http://www.legale.com.br/>. Acesso em 20 dez. 2013.

¹⁰ NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.18.

nos moldes do seguro privado. Assim, por meio desta Lei de Bismark e as que a complementavam, os trabalhadores tinham a obrigatoriedade da contratação de seguros que os protegessem de “riscos sociais”, isto é, fatores futuros, incertos e indesejáveis. Nesse sistema, o trabalhador estava coberto, amparado pelo seguro social tendo em vista a ocorrência de algum risco social, como velhice, doença, invalidez ou morte.¹¹

Esse modelo protetivo alemão teve boa aceitação e se expandiu pela Europa e pelo mundo. Esse fenômeno de internacionalização e universalização ganhou maior impulso em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT.¹²

A expressão seguridade social surgiu em 1935 pela primeira vez em um diploma legal, qual seja o “*Social Security Act*” nos Estados Unidos da América com a instituição do modelo de proteção social norte-americano. Contudo a evolução do tema se deu em 1942, com a elaboração do célebre Relatório Beveridge de incumbência do Lord William Beveridge pelo Parlamento Britânico. O que levou a uma ampliação do seguro social, o qual se somou com certas prestações assistenciais concebendo-se então, o “Sistema de Seguridade Social”.¹³

1.2 Noções históricas de seguridade social no Brasil

No Brasil, para tratarmos do arcabouço histórico da seguridade social, empregaremos a evolução partindo de Decretos, Constituições Brasileiras e legislações específicas vigentes, demonstrando que desde os tempos remotos, o nosso ordenamento jurídico brasileiro se preocupou com a proteção e amparo da pessoa humana, da família e do trabalhador.

Em 1821, Imperador Dom Pedro de Alcântara por meio do Decreto de 1º de outubro de 1821, concedeu aposentadoria, após 30 anos de serviço, para os

¹¹ GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. 3. ed., de acordo com a MP n. 413/2008. São Paulo: Saraiva, 2008. – (Coleção curso & concurso / coordenador Edilson Mougnot Bonfim), p.2.

¹² GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. 3. ed., de acordo com a MP n. 413/2008. São Paulo: Saraiva, 2008. – (Coleção curso & concurso / coordenador Edilson Mougnot Bonfim), p.2.

¹³ GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. 3. ed., de acordo com a MP n. 413/2008. São Paulo: Saraiva, 2008. – (Coleção curso & concurso / coordenador Edilson Mougnot Bonfim), p.2,3.

professores e mestres, bem como assegurou, para aqueles que continuassem na atividade, abono de ¼ dos ganhos.¹⁴

A Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 já dispunha de proteção social, pois estabelecia em seu artigo 179 que “a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte”¹⁵, garantindo assim, no inciso XXXI deste dispositivo, os socorros públicos.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 previa a possibilidade de concessão de aposentadoria para os funcionários públicos, eis que determinava em seu artigo 75 que “a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.”¹⁶

Em 24 de janeiro de 1923 foi editada, por meio do Decreto Legislativo n. 4.682, a denominada “Lei Eloy Chaves”, que previa proteção para os trabalhadores ferroviários com a criação de caixas de aposentadorias e pensões que os amparava contras os riscos sociais, como doença, invalidez, velhice, morte. Sendo, portanto, apontada pela doutrina como marco legislativo da previdência social no Brasil. Por esse motivo, o dia 24 de janeiro de 1923 ficou consagrado como dia da previdência social. Todavia, é importante destacar que, não obstante ser a Lei Eloy Chaves apontada como marco inaugural da previdência social no Brasil, anterior a esta, já existiam manifestações legislativas em matéria previdenciária, a saber, Lei n. 3.742, de 15 de janeiro de 1919, denominada Lei do Acidente de Trabalho que previa responsabilidade objetiva do empregador em caso de acidente de trabalho, bem como os decretos e previsões constitucionais citadas.¹⁷

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 determinava em seu artigo 5, inciso XIX, alínea “c”, ser competência privativa da União para legislar sobre normas protetivas, isto é, entre outros, sobre a assistência social. No artigo 10, inciso II, previa a competência concorrente da União

¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 6.

¹⁵ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em 02 jan. 2014.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em 02 jan. 2014.

¹⁷ GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. 3. ed., de acordo com a MP n. 413/2008. São Paulo: Saraiva, 2008. – (Coleção curso & concurso / coordenador Edilson Mougnot Bonfim), p.3.

e dos Estados para “cuidar da saúde e assistência públicas.”¹⁸ A referida Constituição previa ainda, amparo e proteção do trabalhador, por meios dos benefícios previdenciários, entre outros, analisamos:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;¹⁹

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 instituiu os preceitos da legislação do trabalho e da previdência social, dispondo de normas protetivas, verificamos:

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...]

XV - assistência aos desempregados;

XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;²⁰

A Lei n. 3.807, editada em 26 de agosto de 1960 dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social e prevê em seu artigo 1º o escopo protetivo da Lei:

Art. 1º - A previdência social organizada na forma desta lei, tem por fim assegurar aos seus beneficiários os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de idade avançada, incapacidade, tempo de serviço, prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, bem como a prestação de serviços que visem à proteção de sua saúde e concorram para o seu bem-estar.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967 determinava em seu artigo 158, inúmeros direitos de cunho protetivo, assistencial e previdenciário, a saber:

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de janeiro de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em 02 jan. 2014.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de janeiro de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em 02 jan. 2014.

²⁰ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de junho de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2014.

Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte;

XVII - seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho;

XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral;

[...] § 1º - Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.

21

Verifica-se desta forma, que várias são as nomenclaturas adotadas pelas Constituições Brasileiras para definição da tutela constitucional social. A Constituição de 1824 adotou a expressão “socorros públicos”; A Constituição de 1934 emprega a expressão “proteção social do trabalhador”, bem como utiliza o termo “previdência”. A Constituição de 1946, por sua vez, amplia o termo constante da Constituição de 1934 e emprega a expressão “previdência social”. A Constituição de 1946 mantém a expressão da Constituição de 1934.

Entre outras previsões do nosso ordenamento jurídico brasileiro quanto à proteção e amparo social, encontramos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a adoção da terminologia seguridade social, que passamos analisar.

1.2.1 Seguridade social na Constituição da República de 1988: Direito fundamental social

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou a seguridade social no campo dos direitos sociais. Ressalte-se, todavia, que os direitos sociais estão inseridos em uma das gerações dos direitos fundamentais, sendo, desta forma, um direito fundamental, conforme se depreende do Título I, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”.

É importante destacar, por meio de uma evolução constitucional brasileira, que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a utilizar a expressão “Direitos e Garantias Fundamentais”. Na Constituição Política do Império do Brasil de 1824, a

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 05 mar. 2014.

expressão utilizada fora “Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”. A Constituição da República de 1891 adotou a expressão “Declaração de Direitos” na Seção II do Título IV “Dos cidadãos brasileiros”. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934 continha a expressão “Direitos e Garantias Individuais” no Capítulo II do Título IV “Dos cidadãos brasileiros”. As Constituições Brasileiras de 1946 e 1967 mantiveram a expressão consagrada na Constituição de 1934. Assim, encontramos na atual Constituição da República Federativa do Brasil, integrando os Direitos e Garantias Fundamentais (Título I), os seguintes direitos: direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I); os direitos sociais (Capítulo II); os direitos de nacionalidade (Capítulo III); os direitos políticos (Capítulo IV); e os direitos dos partidos políticos (Capítulo V).

Primeiramente, para explanação da geração que integram os direitos fundamentais sociais, convém esclarecer que a doutrina classifica o rol desses direitos pelas expressões “direitos naturais”, “direitos do homem”, “liberdades públicas”, “direitos subjetivos públicos”, “direitos humanos”, “direitos fundamentais”. Tais terminologias indicam os direitos que abordaremos, se tratando desta forma, de termos análogos, porém com significados próprios.²² E, assim sendo, apresentaremos um breve conceito de cada um dos termos citados elaborados por Paulo Hamilton Siqueira Júnior e apontaremos as diferenças existentes entre dois destes, a saber, direitos humanos e direitos fundamentais, para dessa forma tratarmos dos direitos sociais.

Os direitos naturais “são inerentes à natureza humana e anteriores ao direito positivo. *Os direitos naturais são inerentes ao homem, independentemente da vida social. O direito positivo é posto, imposto, positivado pelo Estado.*”²³ (grifo do autor)

José Joaquim Gomes Canotilho explana:

Os direitos naturais, como o nome indica, eram inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social; os direitos civis (*cives*=cidadão) são os chamados *Civil Rights* da terminologia americana, ou seja, os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão e proclamados nas constituições ou leis avulsas.²⁴

²² SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, Miguel Augusto Machado de Oliveira. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.24.

²³ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, Miguel Augusto Machado de Oliveira. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.29.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Edições Almedina, 2003, p.394.

Os direitos do homem “são aqueles inerentes ao homem enquanto tal. É o próprio direito individual. Os *direitos do cidadão*, na acepção técnica do termo, são aqueles pertencentes ao cidadão enquanto membro do Estado. É o próprio direito político.”²⁵

As liberdades públicas, por sua vez:

[...] designam os direitos individuais que exigem atividade negativa do Estado. São direitos com a finalidade de defender o indivíduo da ação estatal. Estão ligados ao *status negativus* da intervenção estatal, com o intuito de defender a esfera individual do cidadão. As *liberdades concretas* realçam a prestação positiva do Estado, como o direito ao voto, à saúde, à educação. No âmbito político, fala-se em *liberdade de participação*.²⁶(grifo do autor)

Os direitos subjetivos públicos “são aqueles que se exercem ou se operam em face do Estado, ou seja, designam a posição do cidadão na relação jurídica com o Estado.”²⁷

Os direitos humanos são disposições básicas ou vitais, superiores ou supremas direcionadas a todo o indivíduo em face da sociedade em que vive. Têm origem das reivindicações morais, sociais e políticas ocorridas ao longo da história da humanidade. Por isto, esses direitos dão ocasião a serem denominados direitos subjetivos públicos, tendo em vista que, retratam na história a busca para concretização da dignidade, igualdade e liberdades do homem. Sendo, portanto, reconhecida nos planos nacional e internacional, positivamente pelos sistemas jurídicos a adoção desta categoria especial de direito subjetivo público (direitos humanos). Os direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos reconhecidos pelo Estado, isto é, são inseridos na norma fundamental do Estado, na Constituição, para fins de limitar o poder político estatal. Assim, os direitos

²⁵ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, Miguel Augusto Machado de Oliveira. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.29.

²⁶ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, Miguel Augusto Machado de Oliveira. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.29.

²⁷ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, Miguel Augusto Machado de Oliveira. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.31.

fundamentais se tratam da base do Estado Democrático, são-lhe essenciais por ser inerentes aos direitos e liberdades individuais.²⁸

Ingo Wolfgang Sarlet explana:

[...] é verdade que seguem sendo utilizadas outras expressões, tais como 'direitos humanos', 'direitos dos homens', 'direitos subjetivos públicos', 'liberdades públicas', 'direitos individuais', 'liberdades fundamentais' e 'direitos humanos fundamentais', apenas para referir algumas das mais importantes, mas que correspondem (salvo no caso da expressão direitos humanos) a categorias em geral mais limitadas do que o complexo mais amplo representado pelos direitos fundamentais.²⁹

Prossegue o autor sustentando a necessidade de se adotar uma terminologia única:

Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com significado e conteúdo de cada termo utilizado, o que apenas reforça a *necessidade de se adotar uma terminologia (e de um correspondente conceito) única e, além disso, constitucionalmente adequada, no caso, a de direitos (e garantias fundamentais)*.³⁰ (grifo do autor)

Reconhece o autor, que no plano do direito internacional, bem como no âmbito da filosofia política e das ciências sociais de um modo geral, que a expressão mais utilizada siga sendo a de direitos humanos, no domínio do direito internacional, destacando que opção terminológica pelos direitos fundamentais seja a mais afinada para o significado dos direitos humanos na constituição, conforme escolha do legislador constituinte brasileiro. Defende o autor, diante da relevância da questão e por se tratar das duas expressões mais utilizadas e aceitas, a necessidade de se dedicar alguma atenção ao problema para fins de distinção entre os “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, esclarecendo, todavia, que existam autores que sustentem a equivalência entre as duas noções, considerando irrelevante a discussão

²⁸ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, Miguel Augusto Machado de Oliveira. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.24.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.248.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.248.

em torno da eventual diferenciação ou identidade entre os direitos humanos e direitos fundamentais.³¹ Para tanto, apresenta o autor, a seguinte distinção:

[...] o termo 'direitos fundamentais' se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um carácter supranacional (internacional) e universal.³²

Portanto “os direitos humanos são válidos para todos os povos e em todos os tempos. Os direitos fundamentais são os jurídico-institucionalizados, garantidos e limitados no tempo e no espaço.”³³

José Joaquim Gomes Canotilho esclarece:

As expressões «direitos do homem» e «direitos fundamentais» são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos validos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.³⁴

Ana Maria D'Avila elucida:

A expressão direitos humanos faz referência aos direitos do homem em nível supranacional, informando a ideologia política de cada ordenamento jurídico, significando o pré-positivo, o que está antes do Estado, ao passo que os direitos fundamentais são a positivação daqueles nos diferentes ordenamentos jurídicos, adquirindo características próprias em cada um deles.³⁵

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior acentuam:

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.248 e 249.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.249.

³³ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, Miguel Augusto Machado de Oliveira. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.25.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Edições Almedina, 2003, p.393.

³⁵ LOPES, Ana Maria D'Avila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 2001, p.42.

A denominação Direitos do Homem ou Direitos Humanos acumularam, ao longo da história, um significado próprio e distinto do que se pretende apontar. A locução indica predicados inerentes à natureza humana e, enquanto tais, independentes de um sistema jurídico específico, mas de uma dimensão ingênita e universalista.

[...] o termo direitos fundamentais afigura-se como o único apto a exprimir a realidade jurídica precitada, pois que, cogitando-se de direitos, alude-se a posições subjetivas do indivíduo, reconhecidas em determinado sistema jurídico e, desta feita, passíveis de reivindicação judicial. O adjetivo 'fundamentais' traduz, por outro ponto, a inerência desses direitos à condição humana, exteriorizando, por conseguinte, o acúmulo evolutivo dos níveis de alforria do ser humano.³⁶

Quanto ao surgimento dos direitos fundamentais, é importante destacar que “a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.”³⁷

José Joaquim Gomes Canotilho esclarece quanto à positivação dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exato desta positivação jurídica é a constituição. A **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os «direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política», mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional [...] ³⁸ (grifo do autor)

Alexandre de Moraes em sua obra “Direitos humanos fundamentais” preferiu unificar os termos “direitos humanos” com “direitos fundamentais”, adotando a terminologia direitos humanos fundamentais, explicando que estes “colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e

³⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. Luiz Alberto David Araujo, Vida Serrano Nunes Júnior. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.139.

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.1.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Edições Almedina, 2003, p.377.

visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.”³⁹ Assim conceitua o autor, direitos humanos fundamentais como:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.⁴⁰

Utilizando a terminologia adotada pela Constituição da República de 1988, bem como pela aceitação da maior parcela doutrina, adotaremos o termo “direitos humanos” quando nos referirmos aos direitos humanos no plano internacional e “direitos fundamentais” quando nos referirmos aos direitos e garantias fundamentais, aos direitos sociais insculpidos na Lei Maior. Sem, contudo, deixar de apontar a simpatia pela adoção utilizada pelo doutrinador Alexandre de Moraes “direitos humanos fundamentais”.

Quanto ao conceito dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva assevera que diante da ampliação e transformação destes direitos no envolver político criou-se dificuldades na definição de um conceito sintético e preciso, diante das várias expressões, já referidas, para designá-los.⁴¹ Assim, preceitua o autor:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição,

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.2.

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.20.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 3. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p.175.

que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17.⁴² (grifo do autor)

Em relação aos direitos fundamentais na Constituição Federal, Paulo Hamilton Siqueira Júnior entende:

Os direitos fundamentais são essenciais no Estado Democrático na medida em são inerentes às liberdades, formando a base de um Estado de Direito. Não existe liberdade fora dos direitos fundamentais; pelo contrario, tais direitos são os pressupostos da liberdade. A constituição de 1988 configura-se como marco, social e político da transição democrática e institucional, concedendo ênfase aos direitos humanos. Esta Constituição inseriu no sistema jurídico pátrio a proteção dos direitos humanos, constituindo-se a Carta Política mais avançada em matéria de direitos fundamentais na historia constitucional do país.⁴³

Os direitos fundamentais estão classificados em três gerações⁴⁴ ou dimensões. Paulo Bonavides defende ainda, a existência da quarta e quinta gerações⁴⁵. Os direitos sociais estão inseridos na segunda geração dos direitos fundamentais, configura-se em prestações positivas do Estado que retratam processo histórico de lutas e batalhas para serem reconhecidos, conforme discorre Anna Cândida da Cunha Ferraz:

Somente no início do Século XX, particularmente após as grandes guerras mundiais, a revolução industrial e outros fatores vão as constituições abrigar não apenas as liberdades públicas ou os

⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 3. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p.178.

⁴³ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, Miguel Augusto Machado de Oliveira. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.160.

⁴⁴ **Direitos fundamentais de primeira geração**: "...são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidas institucionalmente a partir da Magna Carta." MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.26.

"Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente." BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 563.

Direitos fundamentais de terceira geração: "... protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos..." MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.27.

⁴⁵ **Direitos fundamentais de quarta geração**: "São direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência" BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 571.

Direitos fundamentais de quinta geração: O autor Paulo Bonavides, nesta obra, defende o direito à paz como direito de quinta geração, através de sua trasladação da terceira para quinta geração dos direitos fundamentais, p.579-590.

direitos negativos, já então despidos de sua conotação ideológica originária, também os direitos à prestações positivas do Estado – os chamados direitos econômicos, sociais e culturais reunidos usualmente pela doutrina como ‘direitos sociais’, que instrumentalizam o exercício dos direitos individuais e que demanda ao Estado não apenas o reconhecimento mas também a atuação positiva do Estado na elaboração de políticas públicas, criação de mecanismos e tomada de medidas efetivas para disponibilizar o exercício de direitos a todos os seres humanos. [...]. Já no último quartel do Século XX, tende a desaparecer na normação positiva de direitos referências a o rótulo direitos individuais ou liberdades públicas que dão lugar à utilização da expressão ‘direitos fundamentais’, inseridas nas declarações contemporâneas com o significado de direitos da pessoa humana positivados numa Constituição.⁴⁶

Fabio Konder Comparato explana:

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição de mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.⁴⁷

Desta forma, a nota distintiva dos direitos fundamentais sociais é a sua dimensão positiva, resultantes do impacto da industrialização e os graves problemas sociais, demonstrados pelos amplos movimentos reivindicatórios já no decorrer do século XIX, com reconhecimento progressivo de tais direitos, cominando ao Estado comportamento ativo na realização da Justiça social. Ainda em fase embrionária e isolada, os direitos fundamentais sociais foram contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849. Destaque-se que, todavia, que apenas no século XX, no momento cenário pós-guerra, que tais direitos representados, ainda hoje, por garantirem ao indivíduo, direitos as prestações sociais por parte do Estado, que por hora destacamos como exemplo a seguridade social por englobar, a assistência, social, a previdência social e a saúde, acabaram sendo consagrados como novos direitos

⁴⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In BITTAR, Eduardo C. B. Bittar e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006, p. 119.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

fundamentais em um número significativo de Constituições, bem como constituíram objeto de inúmeros pactos internacionais.⁴⁸

Paulo Bonavides destaca que os direitos fundamentais sociais, ou direitos de segunda geração, representados pelos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, retratam o Estado social e tiveram seu nascimento entrelaçados ao princípio da igualdade, que se trata da razão que os ampara e os estimula, não podendo em hipótese alguma se cogitar a separação de tais direitos e o princípio da igualdade.⁴⁹

Há de se ressaltar a importância dos direitos fundamentais sociais para a proteção das necessidades vitais do ser humano, sendo imperiosa a atuação do Estado representada pelas prestações positivas para garantia do direito a vida, por se tratar de direitos que possibilitam condições de sobrevivência e de uma vida digna. Nesse sentido Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior discorrem:

Direitos fundamentais de segunda geração – Traduzem uma etapa de evolução na proteção da dignidade humana. Sua essência é a proteção com as necessidades do ser humano. Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana [...]. Se o objetivo dos direitos aqui estudados é o de dotar o ser humano das condições materiais minimamente necessárias ao exercício de uma vida digna, o Estado, em vez de se abster, deve fazer-se presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudesse tolher a dignidade de sua vida. Por isso, os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais.⁵⁰

A Carta Magna consagra os direitos sociais em seu artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”⁵¹

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.261.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.564.

⁵⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.139.

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 6º.

José Afonso da Silva conceitua direitos sociais como:

[...] dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam com direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real – o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁵²

Alexandre de Moraes assevera quanto aos direitos sociais:

[...] direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático [...].⁵³

Os direitos sociais são estritamente ligados à natureza humana, direitos fundamentais indispensáveis, em primeiro momento para garantia do próprio direito a vida, porque abarcam o direito a alimentação, a saúde, o trabalho, e em segundo momento para efetivação e concretização do princípio da dignidade humana, através de uma equivalência, tem-se a proteção e amparo aos necessitados, tendo em vista que “só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida.”⁵⁴

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho corrobora:

[...] a Constituição consagra direitos sociais. São estes direitos a prestações positivas por parte do Estado, vistos como necessários para o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos. Costumam ser apontados como a segunda geração dos direitos fundamentais.⁵⁵

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece em uma análise comparativa entre o direito brasileiro e outros ordenamentos jurídicos constitucionais que a Constituição Federal de 1988, especialmente no que concerne aos direitos sociais, estabeleceu uma posição de vanguarda, ao consagrar os direitos sociais como direitos fundamentais,

⁵² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. atual. até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012, p.186 e 187.

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.177.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 2. ed., Coimbra Editora, 1993, p. 169.

⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.315.

eis que lhes assegurou supremacia e forma normativa superior.⁵⁶ Prossegue o autor esclarecendo que:

Esse regime jurídico-constitucional brasileiro, é, todavia, bastante distinto do quadro normativo vigente em outros países, onde, ainda que contemplados no texto constitucional, tais direitos são vistos como tendo (no que diz com a força jurídica das normas que as consagram) uma eficácia bastante mais restrita e, em outros casos, chega-se mesmo a lhes negar o caráter de autênticos direitos fundamentais ou mesmo atribuir a tais dispositivos constitucionais a função de normas impositivas de fins e tarefas estatais. Essa limitação da eficácia das normas de direitos sociais, tal como tem sido amplamente sustentado em boa parte dos sistemas constitucionais, decorreria, principalmente, de uma densidade alegadamente mais baixa dos preceitos que dispõem sobre direitos sociais, no sentido de quais normas exigiram uma previa atuação do legislador para alcançarem sua eficácia, especialmente no sentido de posições subjetivas exigíveis em face do Estado. Em outras palavras a proteção dos direitos sociais estaria, segundo tal orientação, em sua maior medida, nas mãos do legislador infraconstitucional.⁵⁷

Convém destacar que “os direitos sociais, como os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais”.⁵⁸ Outro ponto importante na análise dos direitos sociais como direitos fundamentais “é o de sua proteção contra o poder de reforma constitucional e contra intervenções por parte dos órgãos estatais”.⁵⁹

Assim, com base nos princípios e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Cidadã, o Estado como dirigente da sociedade que tem como fundamento o bem-estar e justiça sociais, tem como dever estabelecer a proteção da sociedade, por meio da seguridade social para dar eficácia e concretude aos ideais de um Estado democrático.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.545.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.545.

⁵⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. Luiz Alberto David Araujo, Vida Serrano Nunes Júnior. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.241.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.550.

1.3 Conceito, natureza jurídica e eficácia do direito à seguridade social

Como visto, os direitos sociais abarcam, dentre outros, os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social. Desse modo, achou por bem o constituinte em unificar a tutela de tais direitos por meio do instituto da seguridade social. Desta forma, nos termos do artigo 194 da Carta Magna “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”⁶⁰

Por meio do direito à seguridade social, o Estado mantém o papel acolhedor, protetivo, consubstanciado no amparo e proteção da sociedade, tendo em vista que, assegura direito à saúde, para garantir o direito à vida, direito à previdência social, para proteger o trabalhador contra as eventualidades sociais, e o direito à assistência social, para amparar os necessitados.

Sergio Pinto Martins traça a seguinte conceituação para seguridade social:

O Direito da Seguridade Social é o conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, a previdência e à assistência social.⁶¹

Fábio Zambitte Ibrahim conceitua seguridade social da seguinte forma:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão de vida digna.⁶²

Há de se observar que a seguridade social compreende um sistema de inteira proteção, pois visa resguardar toda a sociedade dos infortúnios da vida e amparar aqueles que não tenham condições financeiras para gerir a vivência em sociedade. Desse modo, a seguridade social fundada na iniciativa dos órgãos públicos atua em conjunto com a sociedade para fins de:

⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 194.

⁶¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.21.

⁶² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.5.

Resguardar e evitar a propagação de doenças, visando tratá-las, por meio de implementação de medidas preventivas e repressivas, para resguardar o direito à saúde;

Assegurar o trabalhador contra os riscos ou adversidades da vida, mediante regime contributivo/retributivo, onde o trabalhador contribui para coberturas de riscos decorrentes de enfermidades, idade avançada, entre outros, que impeçam o exercício do labor, de forma a garantir o recebimento de renda quando incapacitado para o trabalho, para que desta forma possa garantir a manutenção própria e de sua família, o fazendo por meio da previdência social;

Amparar aqueles que por deficiência e/ou idade avançada não consigam suprir suas necessidades diárias, eis a limitação física em decorrência de doença ou falta de vigor e força em decorrência da idade, que impedem o exercício de trabalho para subsistência própria ou familiar, assim por meio da assistência social têm-se a proteção dos cidadãos nestas condições.

Portanto, é notória a preocupação do Estado em garantir, por meio da seguridade social o bem estar social, para garantia de uma vida digna com a proteção e amparo do trabalhador e de sua família, dos carentes e deficientes, o fazendo por meio de atuação conjunta dos poderes públicos e da sociedade.

Nesse sentido, Sergio Pinto Martins elucida:

[...] a ideia essencial da Seguridade Social é dar aos indivíduos e as suas famílias tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte etc.), a qualidade de vida não seja significativamente diminuída, proporcionando meios para manutenção das necessidades básicas dessas pessoas. Logo, a Seguridade Social deve garantir os meios de subsistência básicos do indivíduo, não só, mas principalmente para o futuro, inclusive para o presente, independentemente de contribuições para tanto. Verifica-se, assim, que é uma forma de distribuição de renda aos mais necessitados, que não tenham condição de manter a própria subsistência.⁶³

José Jayme de Souza Santoro entende que “[...] a missão primeira de qualquer Sistema de Seguridade Social, que é a de assegurar, de forma organizada, a proteção do indivíduo contra os chamados riscos sociais ou riscos de existência.”

⁶⁴ (grifo do autor).

⁶³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21.

⁶⁴ SANTORO, José Jayme de Souza. **Manual de direito previdenciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 1.

Gustavo Bregalda Neves esclarece que o fundamento da seguridade social é a solidariedade, eis que consiste na soma de ações do Poder Público e da sociedade:

A seguridade social é formada por um binômio integrado de ações entre o Poder Público (que tem a função de arrecadar e redistribuir os recursos) e a sociedade (contribuinte). É a soma de forças entre o Estado preocupado com o bem-estar individual, de forma a demonstrar que a solidariedade é o fundamento da seguridade social [...].⁶⁵

E assim sendo “a natureza jurídica da seguridade social decorre da lei. Tem, portanto, cunho publicístico, envolvendo o contribuinte, o beneficiário e o Estado, que arrecada as contribuições, paga os benefícios e presta os serviços, administrando o sistema.”⁶⁶

Esclarece ainda, Sergio Pinto Martins que:

A natureza jurídica da Seguridade Social é publicista, decorrente de lei (*ex lege*) e não da vontade das partes (*ex voluntates*). Não se pode dizer que teria uma natureza tripartite, pois tripartite seria o sistema de custeio da Seguridade Social, envolvendo a participação da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, dos trabalhadores e dos empregadores, incluindo a receita de concursos de prognósticos, o que implicaria uma concepção quadripartite (art. 195, incisos I a III, da Constituição)⁶⁷

Importa ressaltar que, a obrigatoriedade de participação no sistema da seguridade social decorre da imposição feita pelo legislador constituinte brasileiro, que impõe a participação de toda a sociedade, tendo como visto natureza jurídica decorrente de lei. Destaque-se, todavia, que esta imposição legal visa o amparo social, para garantia e eficácia dos direitos fundamentais sociais que integram este sistema de máxima proteção.

Nesse aspecto convém acentuar que o direito a seguridade social, em se tratando de um direito fundamental, encontra guarida constitucional, sendo consagrado na cláusula pétrea contida na Constituição de 1988, artigo 60⁶⁸.

⁶⁵ NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.24.

⁶⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 29.

⁶⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.29.

⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 60: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver,

Portanto, o direito à seguridade social se trata de direito inviolável, que em hipótese alguma poderá ser suprimido ou retardado quer pelo próprio Estado, quer por entidades públicas ou particulares. E assim sendo, compete ao Estado promover e assegurar os direitos fundamentais sociais que integram o sistema da seguridade social.

O legislador constituinte, com intuito de preservação e proteção da pessoa humana, se preocupou em traçar os direitos e garantias fundamentais que protegem o cidadão contra a ingerência do próprio Estado, isto porque a Constituição Federal de 1988 fora editada após longos anos de ditadura, onde a pessoa humana não era valorizada, bem como não podia expressar suas convicções próprias e valores. Assim, para se garantir a vivência em sociedade tem se assegurado como cláusula pétrea os direitos fundamentais que não poderão ser abolidos, isto é, os direitos fundamentais que aqui destacamos – o direito a seguridade social, não poderão sofrer projeto de emenda constitucional tendente à supressão total ou parcial.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho em análise ao referido artigo 60, § 4, inciso IV, traça uma interpretação que envolve três pontos principais, intitulando como “‘Inabolibilidade’ dos Direitos Fundamentais”:

O primeiro consiste em determinar o que significa ‘abolir’ um direito fundamental. [...] abolir é eliminar alguma coisa – no caso um direito – e isto somente ocorre que quando a norma suprime ou vem ferir o seu núcleo essencial [...] O segundo, que é o mais delicado, importa em determinar o que é um direito fundamental no sistema constitucional brasileiro. Como já se apontou, a Constituição presume que um direito fundamental esteja naturalmente ligado ao regime e princípios que adota, como o da dignidade humana. Destarte, os direitos fundamentais ‘verdadeiros’ têm uma substância própria. [...] O último ponto é que, não havendo razão para dar maior proteção a determinados direitos fundamentais substanciais, deve-se ler ‘direitos e garantias individuais’ como direitos e garantias *fundamentais*. Assim, a dita ‘inabolibilidade’ protege todos os direitos fundamentais, sem exceção, portanto também os direitos sociais, além das liberdades. (grifo do autor)⁶⁹

Paulo Bonavides assevera:

em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. **§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:** I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; **IV - os direitos e garantias individuais.** § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.” (grifo nosso).

⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 297-298.

Com efeito, introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no § 4º do art. 60, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali introduzidos, nomeadamente os respeitantes às duas acepções ora examinadas, não abrange apenas o teor material dos direitos da primeira geração, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se estende por igual aos direitos de segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.⁷⁰

Assim, os direitos sociais carregam sobre si os caracteres da inalienabilidade⁷¹, imprescritibilidade⁷² e irrenunciabilidade⁷³, por ter seu reconhecimento constitucional. Sendo certo que, os direitos sociais exigem do Estado uma prestação, isto é, compete ao Estado, atuando em conjunto com a sociedade, garantir a concretização e a eficácia dos direitos sociais fundamentais.

Nesse sentido, explana Paulo Bonavides:

No direito constitucional do Brasil são taxativamente direitos sociais aqueles contidos no art. 6º da Constituição [...] tais direitos, por derradeiro, concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da Sociedade. [...] A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura forma, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder.⁷⁴

Oportuno esclarecer que, os direitos sociais, assim como os demais direitos fundamentais, são compreendidos em duas dimensões, a saber: dimensão subjetiva e dimensão objetiva. Na primeira dimensão, temos a presença da exigibilidade, isto

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.655-656.

⁷¹ “São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 3. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p.181.

⁷² “O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 3. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p.181.

⁷³ “Não se renuncia, direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 3. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p.181.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.656-657.

é, os direitos sociais podem ser exigíveis. E assim sendo, os titulares destes direitos podem exigir em face de seus destinatários, o seu cumprimento. Na segunda dimensão, a objetiva, os direitos sociais refletem no sistema de fins e valores constitucionais que deverão ser respeitados por todos, isto é, pela sociedade de forma geral, tendo como base os princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Assim, na dimensão objetiva, os direitos sociais possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, impondo ao Estado o dever de realizar os direitos sociais, quer na perspectiva preventiva, quer na perspectiva assecuratória, isto é compete ao Estado à criação de mecanismos para proteção e promoção dos direitos sociais.⁷⁵

José Joaquim Gomes Canotilho leciona:

Os direitos sociais são compreendidos como autênticos **direitos subjetivos** inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas. [...] são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdade e garantias. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção destes direito (ex: saúde) [...] A nos normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais, modelam a **dimensão objetiva** de duas formas: (1) *imposições legiferantes*, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos [...]; (2) fornecimento de *prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais.⁷⁶ (grifo do autor)

Nessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais como dever prestacional do Estado, Ingo Wolfgang Sarlet descreve:

[...] Além disso, não se pode olvidar que também em matéria de direitos sociais assumem relevo os deveres de proteção que vinculam órgãos estatais, inclusive no que diz com uma atuação em caráter preventivo e que ensejam um dever de proteção suficiente, pena de violação da assim chamada proibição de insuficiência de proteção, isto sem falar na existência de deveres fundamentais (sociais) dos particulares. Finalmente, a perspectiva objetiva permite a tutela das garantias institucionais, ou seja, a proteção de determinadas instituições de direito público e institutos de direito privado (sem desconsiderar aqui que o público e o privado conectam e não constituem esferas isoladas) que, por sua relevância, necessitam ser protegidos contra a ação erosiva do legislador, como

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.552.

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Edições Almedina, 2003, p.476.

dão conta, entre outros, os exemplos do Sistema único de Saúde (SUS) [...].⁷⁷

Desta forma, verifica-se que o Estado tem o dever de assegurar a realização dos direitos sociais, que em se tratando da seguridade social deve-se exigir uma prestação por parte dos órgãos públicos, a saber, o Sistema único de Saúde e o Instituto Nacional da Previdência Social, bem como os órgãos assistenciais federais, estaduais e municipais, para se resguardar o direito à vida, para a preservação da família, bem como para manutenção do Estado Democrático de Direito, sob pena de se configurar um retrocesso social, conforme acentua José Joaquim Gomes Canotilho:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a **proibição de retrocesso social**. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição «contra-revolução social» ou da «evolução reacionária». Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (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 subjetivo*. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fática*), 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 proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.⁷⁸ (grifo do autor)

José Jayme de Souza Santoro afirma ser a seguridade social uma obrigação do Estado e um direito que deve ser exigido por todos:

De qualquer sorte, desde logo deve ficar bem claro que esse *asseguramento* não significa mero favor do Estado, mas uma **obrigação**, um compromisso político, uma responsabilidade, eis que os efeitos danosos da falta de atenção estatal não se refletem apenas individualmente nas pessoas, mas atingem a sociedade como um todo, desestabilizando-a, com conseqüências desastrosas. Assim, a Seguridade Social é um **direito**, que deve ser exigido em toda a sua plenitude, **por todos** os membros da sociedade. (grifo do autor).⁷⁹

Fábio Zambitte Ibrahim discorre sobre as obrigações positivas do Poder Público em relação à seguridade social:

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.552.

⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Edições Almedina, 2003, p.338-339.

⁷⁹ SANTORO, José Jayme de Souza. **Manual de direito previdenciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 2.

Os direitos sociais, incluindo aí a seguridade social, exigiriam uma atuação concreta, seriam obrigações positivas do poder público, demandando então recursos para sua execução. De fato, os direitos sociais evidentemente impõem algum tipo de ação estatal, mas convém observar que este pretensão 'ônus' não é exclusivo dos direitos sociais, mas de todo e qualquer direito fundamental.⁸⁰

Reconhecendo a inviolabilidade do direito a seguridade social, explana Carlos Alberto Vieira de Gouveia sobre a proteção deste sistema como protetor da dignidade da pessoa humana:

A seguridade social é um sistema de extensa proteção social que visa proteger as principais necessidades da sociedade como um todo. Assegurando um mínimo essencial para a preservação da vida [...], ou seja, a proteção ampla e irrestrita da dignidade da pessoa humana. Tal conceito é um dos mais importantes do Estado Democrático de Direito... Portanto, sendo o direito à seguridade social um dos direitos fundamentais do homem, este não pode ser relegado a um segundo plano.⁸¹

Portanto, no intuito de demonstrarmos a atuação do Estado na proteção e promoção dos direitos da seguridade social, discorreremos a seguir sobre a proteção constitucional destinada a família, bem como apresentaremos situações fáticas em que se impõem a prestação do Estado, por meio de uma atuação conjunta dos institutos da seguridade social para assegurar o direito social à saúde e a preservação da família, encontrando substrato nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como nos objetivos da Nossa República, tendo em vista que “sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a Sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.”⁸²

⁸⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.78-79.

⁸¹ GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **Benefício por incapacidade & perícia médica: manual prático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21-22.

⁸² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 657.

1.4 Estrutura da seguridade social

1.3.1 Direito a saúde

Antes de definirmos o direito a saúde, é importante ressaltar que este se trata de espécie do gênero seguridade social.

No sentido etimológico “a palavra *saúde* vem do adjetivo latino *saluus, a, um*, que tem o significado de inteiro, intacto, ou de *salus, utis*, com o significado de estar são, ou salvação. O verbo *salueo, es, ere*, significa estar são”.⁸³

Segundo José Jayme de Souza Santoro, o termo saúde outrora tinha um enfoque de sinônimo de doença. Hodiernamente o autor classifica saúde de três formas distintas, a saber: no sentido vulgar, acadêmico e internacionalmente. No primeiro sentido, o vulgar, saúde é entendida “como ausência de enfermidade”. No segundo sentido, o acadêmico, saúde é entendida como “o estado em que o organismo exerce normalmente as suas funções”. No terceiro, o sentido internacionalmente, saúde é entendida “como um estado completo de bem-estar físico, mental e social”.⁸⁴

A Constituição da República em seu artigo 196 estabelece ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”⁸⁵

Ionas Deda Gonçalves acentua:

A universalidade é a nota característica desse subsistema, que é dirigido a toda e qualquer pessoa que dele necessite. Não se limita a prestação a de serviços de recuperação, visto que o conceito constitucional acima transcrito é bem mais amplo, dando inclusive ênfase à prevenção do risco, através e políticas sociais e econômicas. O conceito de saúde não se restringe ao indivíduo, mas também alcança todo o corpo social.⁸⁶

O Direito à saúde é consagrado como direito fundamental, sendo assegurado de forma preventiva e assistencial, pautado nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras “de extrema relevância pública a

⁸³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 505.

⁸⁴ SANTORO, José Jayme de Souza. **Manual de direito previdenciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 8.

⁸⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 196.

⁸⁶ GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. 3. ed., de acordo com a MP n. 413/2008. São Paulo: Saraiva, 2008. – (Coleção curso & concurso / coordenador Edilson Mougenot Bonfim), p.8.

saúde é colocada pelos constitucionalistas como um elemento socioideológico fundamental do Estado, ou seja, é finalidade básica, garantia mínima de qualquer Estado tendente ao desenvolvimento.”⁸⁷

É importante destacar que dada à importância da saúde para assegurar o direito à vida, a Constituição Cidadã estabelece igualdade irrestrita na sua destinação, pois determina ser direito de todos, isto é, independentemente da condição econômica, o Estado promoverá prestação de assistência à saúde.

Desta forma, “mesmo a pessoa que, comprovadamente, possua meios para patrocinar seu próprio atendimento médico terá a rede pública como opção válida. Não é lícito à Administração Pública negar atendimento médico a esta pessoa, com base em sua riqueza pessoal.”⁸⁸

Eros Picceli tece as seguintes considerações quanto o direito à saúde:

A saúde constitui direito de todos e dever do Estado, portanto direito público (volta-se contra o Estado) e subjetivo (pertence à esfera do sujeito, da pessoa) de exigir do Estado a prevenção e cura de doenças. A característica mais importante desse sistema é independência de contribuição dos beneficiários. Quer dizer que todas as pessoas, contribuintes ou não da seguridade, têm direito, independentemente de serem ou não contribuintes. Não significa que o sistema não receba receita, porque todas as contribuições para a seguridade social alimentam a saúde, previdência e assistência social. O seu conteúdo é ideal e universal. Inúmeras críticas podem ser desferidas ao sistema de saúde, mas não se pode deixar de reconhecer a evolução da CF/88, que rompeu com a exigência de contribuição social para o atendimento nos serviços de saúde.⁸⁹

O legislador Constituinte prossegue estabelecendo em seu artigo 197 que: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”⁹⁰

Nos termos do referido artigo podemos afirmar que atuação na consecução do direito a saúde não é estritamente do Estado, devendo este atuar em conjunto com pessoas e órgãos privados para garantir a sua eficácia, competindo ainda, ao

⁸⁷ NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.25.

⁸⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.8.

⁸⁹ PICELI, Eros. **Direito previdenciário e infortunistica**. São Paulo: CPC, 2005, p.16.

⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.[, artigo 197.

Estado regulamentar, fiscalizar e controlar a atuação dos órgãos privados na prestação de serviços a saúde.

Nesse sentido, Gustavo Bregalda ratifica:

Veja-se que a execução das ações e serviços de saúde não se encontra centralizada nas mãos do poder Público; pelo contrário, o texto constitucional enfatiza a possibilidade de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, realizarem serviços de saúde. Contudo, aquele reserva par si, como não poderia ser diferente, a regulamentação, a fiscalização e o controle.⁹¹

José Afonso da Silva doutrina:

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à *regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público*, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o *controle* das ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo *controle*, mormente quando aparece ao lado da palavra *fiscalização*.⁹² (grifo do autor)

O artigo 198 da Constituição da República estabelece que as ações e serviços da saúde são de competência e integração do Sistema Único de Saúde – SUS, o qual está devidamente regulamentado pela Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Ao Sistema Único de Saúde competem as seguintes atribuições, nos termos do artigo 200 da Constituição da República:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

⁹¹ NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.16 e 17.

⁹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 3. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p.833.

- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.⁹³

A promoção e proteção do direito social a saúde, por meio do Sistema Único de Saúde tem o condão de resguardar o próprio direito à vida, conforme acentuam Valdir dos Santos Pio e Anna Cândida da Cunha Ferraz, o direito a saúde é indissociavelmente ligado ao direito à vida, analisamos:

[...] o direito à saúde é um direito público subjetivo do indivíduo à prestação positiva em sentido estrito em face do ente público. Também não se pode recusar a ideia de que o direito à saúde é indissociavelmente ligado ao direito à vida e, por conseguinte, na esteira dos direitos sociais, orbita em torno de um valor supremo que é o valor da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil.⁹⁴

Nesse sentido assevera Ingo Wolfgang Sarlet:

É no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu respectivo objeto (no caso da dimensão positiva trata-se de prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc.), com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade atribuída ao ser humano é essencialmente da pessoa humana viva. O direito à vida (e no que se verifica a conexão, também o direito à saúde) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana.⁹⁵

Desta forma, verifica-se a importância e a atuação do Estado para garantia e preservação do direito a saúde de todos os cidadãos, por ser direito fundamental social que corrobora para garantia do direito a vida.

⁹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 200.

⁹⁴ PIO, Valdir dos Santos; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **O direito à saúde como direito fundamental social e sua concretização**. Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO, Osasco, ano 12, n.2, p. 26.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.576.

1.4.2 Direito à previdência social

Assim como o direito a saúde, a previdência social se trata de espécie do gênero seguridade social. A Constituição da República em seu artigo 201 estabelece 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, e atenderá, nos termos da lei, 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 [...]⁹⁶

Sérgio Pinto Martins conceitua previdência social da seguinte forma:

Previdência vem do latim *pre videre*, ver com antecipação as contingências sociais e procurar compô-las, ou de *praevidentia*, prever, antever... É a Previdência Social o segmento da Seguridade Social, composta de um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei.⁹⁷

Para Fábio Zambitte Ibrahim a previdência social está “tradicionalmente definida como seguro *sui generis*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados *riscos sociais*.”⁹⁸

Assim, a previdência social é uma espécie de seguro social, porque, nos termos constitucionais trata-se de regime geral de caráter contributivo e filiação obrigatória, no qual o trabalhador contribui para cobertura de riscos e eventualidades sociais. Portanto, verifica-se que o direito a previdência social está estritamente relacionado ao Direito do Trabalho eis a obrigatoriedade do trabalhador ser filiado ao regime protetivo.

⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 201.

⁹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p.285 e 286.

⁹⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.27.

Fábio Zambitte Ibrahim esclarece:

[...] cumpre observar a previdência social desempenha sua função protetora em superioridade frente aos demais mecanismos protetivos, pois a cotização forçada aqui tem sistemática própria e estritamente vinculada ao equilíbrio financeiro e atuarial, atendendo o desiderato da vida digna em respeito às limitações econômicas inerentes ao Estado Pós-Social.⁹⁹

O direito a previdência social é de caráter fundamental para o estabelecimento de uma vida digna, haja vista que, viver implica em riscos, incertezas e perigos. Ademais, o ser humano passa por uma evolução constante, concernente a fase da infância, adolescência, juventude, fase adulta e também a velhice. Sendo certo que, o homem trabalha com intuito de subsistência própria e familiar, assim a preocupação do trabalhador consiste também em amparar a família.

Ante a importância deste instituto no rol dos direitos fundamentais, Fábio Zambitte Ibrahim assegura:

Admitir a previdência social como direito fundamental é uma necessidade. Muitos criticam o enquadramento, mas poucos conseguiriam viver em uma sociedade sem esta. O seguro social é o meio necessário e eficaz de garantia da vida digna, firmando sua posição em todas as sociedades desenvolvidas. [...] Assim, não seria correto divisar a existência de um direito fundamental à aposentadoria por invalidez, ou um direito fundamental ao salário-maternidade. A jusfundamentalidade é da previdência social como garantia institucional. Isso é de extrema importância, pois a alteração do rol de prestações é possível, com redução ou mesmo exclusão de algumas, desde que o conjunto ainda atenda às necessidades sociais existentes, capaz de assegurar a vida digna. Só com tais garantias é que a sociedade brasileira poderá estabelecer uma ativa isonomia e a liberdade real, na qual as pessoa possam, efetivamente, implementar seus projetos de vida.¹⁰⁰

Desta forma, a previdência social deve ser avaliada como direito fundamental que ampara o trabalhador proporcionando o recebimento de remuneração quando impossibilitado de exercer a atividade laborativa, em havendo ocorrência de acidentes, doenças e invalidez, protegendo ainda em caso de velhice, em caso de desemprego involuntário, bem como, ampara a família do trabalhador, propiciando quando este faltar, meios de subsistência, através de auxílios e pensões.

⁹⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. In NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.1062.

¹⁰⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. In NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.1062.

1.4.3 Direito à assistência social

Atuando em conjunto com o direito a saúde e o direito a previdência social, o direito a assistência social integra, como visto, o sistema da seguridade social. E assim sendo, a Constituição da República em seu artigo 203 estabelece que:

A assistência social será prestada 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 da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.¹⁰¹

A assistência social está devidamente regulamentada pela Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993 que dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Sendo certo que encontramos no artigo 1º seu conceito:

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.¹⁰²

A Lei n. 8.212 /91, de 24 de julho de 1991 que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeios, e dá outras providências, prevê em seu artigo 4:

Art. 4º A Assistência Social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social.

Parágrafo único. A organização da Assistência Social obedecerá às seguintes diretrizes:

a) descentralização político-administrativa;

¹⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 203.

¹⁰² BRASIL. **Lei 8742 de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 26 dez. 2013.

b) participação da população na formulação e controle das ações em todos os níveis.¹⁰³

Sérgio Pinto Martins conceitua Assistência Social como:

Conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado.¹⁰⁴

Eros Picceli arrazoa quanto o direito à assistência social: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar. – o que significa dizer que constitui direito de todas as pessoas e deve do Estado, também, para atendimento das necessidades básicas da sociedade.”¹⁰⁵

O Direito a assistência social é consagrado pelo constituinte como direito fundamental, universal, que se assemelha com o direito a saúde, tendo como distinção, a amplitude deste, que se destina a todos, já assistência se destina aos carentes ou necessitados e que não estejam cobertos pela previdência social. E assim sendo, “o segmento assistencial da seguridade tem como propósito nuclear preencher as lacunas deixadas pela previdência social, já que esta [...] não será extensível a todo e qualquer indivíduo, mas somente aos que contribuem para o sistema, além de seus dependentes.”¹⁰⁶

Assim, o Estado protege e ampara aqueles que talvez por incongruências existentes na própria vida, não alcançaram meios próprios de subsistência quer de forma continuada ou transitória, por deficiência física, quer por velhice. É certo que o direito a assistência social tem o condão de realçar o valor da pessoa humana diante de tais incongruências existentes na vida. Nesse sentido Ionas Deda Gonçalves discorre sobre a assistência social:

Direciona-se, portanto, àquelas pessoas que estão fora do mercado de trabalho, sem proteção previdenciária e em condições indignas de vida. Interage com os dois outros subsistemas, complementando-os, em busca da realização de princípios constitucionais fundamentais,

¹⁰³ BRASIL. **Lei 8212 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em 26 dez. 2013.

¹⁰⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 484.

¹⁰⁵ PICELI, Eros. **Direito previdenciário e infortunistica**. São Paulo: CPC, 2005, p.17.

¹⁰⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.13.

como a dignidade da pessoa humana, o bem-estar e a justiça sociais.¹⁰⁷

Desta forma, evidencia-se que a assistência social servirá como esteio protetor para aqueles que não conseguem ou não podem exercer o direito social ao trabalho, por motivos de enfermidades e/ou idade e necessitam de amparo do Estado, o qual acolhe o cidadão realçando os seus valores elevando a qualidade de detentor de direitos com fins de concretude da dignidade da pessoa humana.

1.5 Princípios da seguridade social

Antes de analisarmos os princípios constitucionais da seguridade social, passamos a meditar o que vem a ser princípio.

De acordo com a filosofia, podemos conceituar princípio como: “Ponto de partida e fundamento de um processo qualquer. Os dois significados ‘ponto de partida’ e ‘fundamento’ ou ‘causa’, estão estreitamente ligados na noção desse termo, que foi introduzido em filosofia por Anaximandro [...]”¹⁰⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua princípio na mesma acepção desde 1971, da seguinte maneira:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmonioso.¹⁰⁹

Robert Alexy explica que princípios são normas porque dizem o que deve ser, sendo, portanto, razões para juízos concretos de dever ser. São normas porque podem ser formulados por meio das expressões deônticas, quais sejam, do dever ser, da permissão e da proibição.¹¹⁰

¹⁰⁷ GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. 3. ed., de acordo com a MP n. 413/2008. São Paulo: Saraiva, 2008. – (Coleção curso & concurso / coordenador Edilson Mougnot Bonfim), p.10.

¹⁰⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 792.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed., rev., e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 54.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. por Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87.

Márcia Cristina de Souza Alvim esclarece que os princípios são considerados simultaneamente autônomos e valorativos. São autônomos porque possuem vida própria, se tratam de base de ideia que sustentam a experiência humana, não dependendo de outras ideias. São valorativos porque contêm ideias com valor significativo e que podem exprimir verdades.¹¹¹ Observa a autora que na doutrina contemporânea o aspecto mais importante dos princípios está na normatividade, para tanto prossegue esclarecendo:

[...] princípio é toda norma jurídica considerada determinante, a quem outras normas estão subordinadas. O fato de possuir alto grau de indeterminação deriva de seu caráter mais genérico, e da posição hierárquica superior que ocupa dentro do ordenamento jurídico. A função derivada dos princípios é fundamental no sistema jurídico. Eles constituem a base de aplicabilidade das normas aos casos concretos. Os princípios proporcionam equilíbrio ao sistema jurídico. Ocupam posição no ápice da pirâmide normativa e são considerados a norma das normas, e também a fonte das fontes.¹¹²

A Constituição da República determina nos termos do parágrafo único do referido artigo 194, ser de competência do Poder Público, a organização da seguridade social, nos seguintes objetivos:

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- 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.¹¹³

Marisa Ferreira dos Santos esclarece que tais disposições revelem-se como princípios e não apenas objetivos a alcançar. Prossegue a autora esclarecendo:

São princípios constitucionais porque se caracterizam pela *generalidade* de suas disposições e seu conteúdo diz com os *valores* que o sistema visa proteger. Fundamentam a ordem jurídica, orientam o trabalho de interpretação das normas e, quando

¹¹¹ ALVIM, Márcia Cristina de Souza. **A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO, Osasco, ano 7, n.2, p. 15-25., p.17.

¹¹² ALVIM, Márcia Cristina de Souza. **A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO, Osasco, ano 7, n.2, p. 15-25., p.17.

¹¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 194.

caracterizada a omissão de lei, são fontes do direito. Tais princípios são *setoriais* porque aplicáveis apenas a seguridade social.¹¹⁴ (grifo do autor)

Em comentários ao referido dispositivo constitucional, Wagner Balera acentua:

O conjunto de regras que relacionam ambiente, recurso e componentes do sistema está encaixado em bem definida estrutura que lhe serve de apoio. As regras do sistema, que são legião, recebem o seu desenho inicial na Constituição, norma que cataloga os princípios fundamentais da seguridade social. São princípios da seguridade social – bases estruturais do sistema – as diretrizes estampadas no parágrafo único do art. 194 da Constituição.¹¹⁵

Michel Cutait Neto corrobora:

Tais objetivos podem ser, corretamente, tratados de verdadeiros princípios, pois têm em seu bojo a essência e o espírito daquilo que o legislador constituinte assumiu como responsabilidade para o desenvolvimento do Sistema da Seguridade Social. São princípios porque determinam um conteúdo programático, iluminam o caminho dos aplicadores do Direito e mostram os valores ideais que a seguridade social pode alcançar. É a luz no caminho da ordem social quando se aventura na busca pela justiça e bem estar social.¹¹⁶

Diante de tais ponderações passamos a analisar os princípios da seguridade social constantes do artigo 194 da Carta Magna:

O inciso I trata do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento. É certo que “pode a universalidade ser dividida em: a) subjetiva, que diz respeito a todas as pessoas que integram a população nacional; b) objetiva, que irá reparar a conseqüências das contingências estabelecidas na lei”.¹¹⁷

Assim, “a universalidade de cobertura deve ser entendida como as contingências que serão cobertas pelo sistema, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte, etc.”¹¹⁸ Por outro lado, “a universalidade do atendimento refere-se às prestações que as pessoas necessitam, de acordo com a previsão da lei, como ocorre em relação aos serviços.”¹¹⁹

Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia discorrem:

Com o fim de eliminar a miséria, o princípio da universalidade, na seguridade social, agasalha todas as pessoa que dela necessitam

¹¹⁴ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 5. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, (Coleção sinopses jurídicas; v. 25), p. 5.

¹¹⁵ BALERA, Wagner. **Sistema da seguridade social**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 19.

¹¹⁶ NETO, Michel Cutait. **Auxílio-doença**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2009, p. 40-41.

¹¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 55.

¹¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 55.

¹¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 55.

(universalidade subjetiva) ou que possam vir a necessitá-la nas situações socialmente danosas (universalidade objetiva), ou seja, eventualidades que afetam a integridade física e mental dos indivíduos, bem como aquelas que atinjam a capacidade de satisfação de suas necessidades individuais e de sua família pelo trabalho.¹²⁰

Claudia Salles Vilela Vianna explica:

O princípio da universalidade da cobertura garante a disponibilização das ações e benefícios abrangidos pela Seguridade Social (saúde, assistência social e previdência social) em todas as contingências a que estejam sujeitos os indivíduos. A Seguridade Social estará sempre presente, portanto, em todas as situações (emergentes ou não) que impliquem sua proteção social.

Por universalidade do atendimento entenda-se que as ações e os benefícios que se constituem a saúde, a assistência social e a previdência social (este último de caráter contributivo, repita-se) se encontrarão disponíveis e serão oferecidos a todos os indivíduos que deles necessitarem.¹²¹

O inciso II trata do princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Neste princípio encontramos implicitamente o princípio da igualdade, eis que estabelece a uniformização dos benefícios da seguridade social entre os trabalhadores urbanos e rurais. Há de se observar que “a uniformidade vai dizer respeito aos aspectos objetivos, às contingências que irão ser cobertas.”¹²², diferentemente da “equivalência vai tomar por base o aspecto pecuniário ou do atendimento dos serviços, que não serão necessariamente iguais, mas equivalentes, na média do possível, dependendo do tempo de contribuição, coeficiente de cálculo, sexo, idade, etc.”¹²³

Claudia Salles Vilela Vianna traça as seguintes considerações em relação ao princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços:

A proteção social oferecida pela Seguridade Social deverá ser disponibilizada de maneira uniforme e equivalente, tanto aos indivíduos da área urbana, quanto àqueles da área rural. Não poderá haver distinção entre as modalidades de benefícios e serviços oferecidos, devendo, ao contrário, existir forma única ou semelhança (uniformidade). [...] Também a igualdade de valor se fará presente. [...] os benefícios da assistência social e os serviços na área de saúde, por exemplo, serão oferecidos em valores iguais, indiferentemente a urbanos e rurais. Atenção especial, entretanto, deverá ser dada aos benefícios de Previdência Social dado seu

¹²⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 61.

¹²¹ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p.49.

¹²² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 56.

¹²³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 56.

caráter associativo e contributivo. Somente na hipótese de segurados com igual contribuição (rurais e urbanos) é que os benefícios serão equivalentes.¹²⁴

O inciso III estabelece o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. Este princípio é direcionado ao legislador, porque, a este compete selecionar as contingências que deverão ser cobertas pela seguridade social, para garantia de maior bem-estar, partindo do pressuposto de que, o objetivo da proteção social seja a redução das desigualdades sociais e não a eliminação destas. A distributividade por sua vez, reside na redução das desigualdades, tendo em vista que se trata da justiça social que deve se preocupar e distribuir aos que mais necessitam da proteção.¹²⁵

O inciso IV prevê o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios. Assim, por meio deste princípio, o beneficiário da seguridade social ao sofrerá redução no valor dos benefícios, isto é, trata-se de uma garantia de manutenção do valor inicial sem reduções.

Há de se observar, todavia as exceções legais oriundas de determinação legal ou judicial, para o princípio em comento, conforme acentua Claudia Salles Vilela Vianna:

O princípio da irredutibilidade visa garantir ao indivíduo que o benefício assistencial ou previdenciário que lhe for concedido não sofrerá qualquer redução de valor e não poderá ser objeto de desconto (salvo determinação legal ou judicial), arresto, sequestro ou penhora.¹²⁶

O inciso V dispõe sobre o princípio da equidade na forma de participação no custeio. Este princípio trata do custeio da seguridade social que deve ser justo, em outras palavras devem-se observar as possibilidades ou limites financeiros daqueles que contribuem para o sistema. Assim, encontra-se presente o respeito à capacidade contributiva, isto é, contribui-se para a seguridade social aquele que recebe algum rendimento, então, quem ganha pouco, paga pouco, quem ganha mais, paga mais e, ainda, aquela que não tem rendimento, não paga nada, mas

¹²⁴ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 49,50.

¹²⁵ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 5. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, (Coleção sinopses jurídicas; v. 25), p. 6 e 7.

¹²⁶ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 49.

mesmo assim terá direito aos benefícios de saúde e de assistência social que independem de contribuição.¹²⁷

Destaca-se, desta forma, que “o princípio da equidade na forma de participação no custeio tem por objetivo distribuir com justiça e retidão o percentual de contribuição cabível a sociedade na manutenção do sistema da Seguridade Social”¹²⁸. É certo que, “toda a sociedade contribui para a manutenção do sistema, mas garante-se por este princípio a progressividade da contribuição conforme a capacidade contributiva de cada um.”¹²⁹

O inciso VI estabelece o princípio da diversidade da base de financiamento. Por meio deste princípio verifica-se que a seguridade social deve ser financiada por todos, isto é, pela sociedade, conforme previsto no artigo 195¹³⁰ da Constituição Federal. Assim, para garantia da proteção e amparo do sistema, competirá a União, aos Estados, aos Municípios, aos empregadores e aos trabalhadores o custeio para a seguridade social.

O inciso VII dispõe sobre o princípio do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. E assim sendo, “o caráter democrático está situado na formulação de políticas públicas de seguridade e no controle das ações de execução. A descentralização significa que a seguridade social tem um corpo distinto da estrutura institucional do Estado.”¹³¹ E a gestão é conceituada como quadripartite porque tem a presença de quatro integrantes, isto é, conta com a participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e do Governo.

¹²⁷ GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. 3. ed., de acordo com a MP n. 413/2008. São Paulo: Saraiva, 2008. – (Coleção curso & concurso / coordenador Edilson Mougenot Bonfim), p.18.

¹²⁸ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 51.

¹²⁹ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 51.

¹³⁰ “Art. 195 - A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹³¹ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 5. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, (Coleção sinopses jurídicas; v. 25), p. 8.

Compete esclarecer ainda que, além dos princípios constantes do dispositivo constitucional que acabamos de analisar, os princípios da igualdade e da legalidade se tratam de princípios universais e que deverão ser aplicados em todos os ramos do direito, bem como, na seguridade social. Desta forma, em havendo a existência de riscos sociais, as pessoas devem ser tratadas de forma igual, observadas as diferenças específicas como, por exemplo, as limitações e diferença da pessoa idosa que encontra especial proteção na Constituição Federal e legislações específicas e, ainda, a diferença na idade de homens e mulheres.¹³²

Não se pode olvidar do princípio da solidariedade que tem o caráter de reciprocidade, ajuda e amparo, tendo total vinculação à seguridade social que tem por finalidade assegurar a sociedade, eis que, proporciona direito à saúde para garantia do direito à vida, o direito à previdência social para amparo do trabalhador e o direito à assistência social, para proteção dos necessitados. É certo que a Constituição Federal, nos termos do citado artigo 195, impõe participação obrigatória, ou seja, a seguridade social trata-se de um sistema de ampla proteção, que toda a sociedade, deve participar e custear para coberturas dos riscos que poderão sobrevir sobre os cidadãos.

Nesse sentido, Eros Piceli entende ser o princípio da solidariedade, o mais importante princípio da seguridade social:

A solidariedade é o princípio mais importante da seguridade, pois sem ela não seria possível a existência de benefícios e serviços da saúde, assistência e previdência. Essa solidariedade deve ser entendida como coativa, obrigatória, pois o sistema impõe a participação de toda sociedade exatamente para tentar diminuir as carências sociais.¹³³

Alexandre de Moraes leciona:

A seguridade social foi constitucionalmente subdividida em normas sobre a saúde, previdência social e assistência social, regendo-se pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade ou equivalência dos benefícios, da unidade de organização pelo Poder Público e pela solidariedade financeira, uma vez que é financiada por toda a sociedade.¹³⁴

Sergio Pinto Martins traça as seguintes considerações para o princípio da solidariedade:

¹³² CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59.

¹³³ PICELI, Eros. **Direito previdenciário e infortunística**. São Paulo: CPC, 2005, p.28.

¹³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.732.

A solidariedade pode ser considerada um postulado fundamental do Direito da Seguridade Social, encontrando inclusive na Constituição. Sua origem é encontrada na assistencial social, em que as pessoas faziam uma assistência mútua para alguma finalidade e também com base no mutualismo, de se fazer um empréstimo ao necessitado. É uma característica humana, que se verifica no decorrer dos séculos, em que havia uma ajuda genérica ao próximo, ao necessitado [...] A solidariedade consistira na contribuição da maioria em benefício da minoria [...] ¹³⁵

Gustavo Bregalda Neves discorre:

A solidariedade tem sua origem na assistência social e mais do que um princípio é uma característica da pessoa humana que se apresenta em todos os povos e tempos passados [...] Verifica-se a solidariedade na seguridade social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem. As contingências são distribuídas igualmente a todos as pessoas do grupo. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício necessitado. ¹³⁶

Assim, para dar eficácia ou concretude ao primado da sociedade solidária, é preciso que os ideais constitucionais sejam alcançados, dentre os quais destacamos os direitos fundamentais sociais descritos na Constituição da República, mormente o direito à seguridade social, pois “a solidariedade é uma ferramenta poderosa para a consecução do bem-estar social.” ¹³⁷

1.5.1 Regra da contrapartida

Primeiramente, compete esclarecer que a doutrina não é unânime quanto à adoção da terminologia “regra da contrapartida” para a obrigatoriedade constitucional destinada ao legislador no momento de criação, majoração ou extensão de um benefício da seguridade social. A Constituição da República estabelece no artigo 195 em específico no parágrafo 5º que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.” Exige-se desta forma, a preexistência de custeio, isto é, para criação de novo benefício deverá se criar uma fonte de custeio específica.

¹³⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 33. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 53-54.

¹³⁶ NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**, 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

¹³⁷ NETO, Michel Cutait. **Auxílio-doença**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2009, p. 21.

Parte da doutrina reconhece essa obrigatoriedade constitucional como um princípio constitucional. Nesse rol destacamos Fábio Zambitte Ibrahim e Sergio Pinto Martins que se referem ao princípio da preexistência ou precedência do custeio em relação ao benefício ou serviço.

Para tanto, Fábio Zambitte Ibrahim acentua:

Preexistência do custeio em relação a benefício ou serviço (art. 195, § 5º, da CF/88) Este princípio visa o equilíbrio atuarial e financeiro do sistema securitário. A criação do benefício, ou mesmo a mera extensão de prestação já existente somente será feita com a previsão da receita necessária. [...] Para alguns, este princípio seria, em verdade, uma norma-regra, denominada de *regra da contrapartida*. Não obstante a autoridade dos que assim se posicionam, acredito que a melhor compreensão seja no sentido de tratar-se de um princípio que visa a manutenção de um estado ideal de coisas (um sistema equilibrado), mas admite ponderação com outros princípios, sendo esta questão de especial importância no que diz respeito a possíveis extensões judiciais de benefícios assistenciais.¹³⁸

Sergio Pinto Martins esclarece que a idéia do princípio da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço é encontrada em qualquer economia doméstica ou empresa, tendo em vista que, não se possa gastar mais do que se ganha.¹³⁹

Wagner Balera nomeia esta obrigatoriedade como regra da contrapartida, tendo em vista a preocupação do legislador constituinte em assegurar o equilíbrio financeiro do sistema de proteção social, determinando ser vedada a criação de benefícios ou serviços sem precedência da fonte de custeio.¹⁴⁰

Perpetrando no mesmo sentido Miguel Horvath Júnior esclarece que não se trata de princípio e sim regra da contrapartida ou do prévio custeio porque os princípios da seguridade social estão previstos no parágrafo único do artigo 194 da Constituição da República. Enfatizando o autor que no rol do citado artigo não existe previsão da contrapartida, motivo pelo qual, não pode ser admitido como princípio e sim como regra. Assegura o autor, todavia, a importância capital para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário. Prossegue o autor esclarecendo que pela importância da regra da contrapartida, o texto constitucional

¹³⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.77.

¹³⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 60.

¹⁴⁰ BALERA, Wagner. **Sistema da seguridade social**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 39.

deveria ter incluído no rol dos princípios constitucionais, pois inobstante existir expressamente, não tem absoluta observância.¹⁴¹

Prossegue o autor explicando:

A regra da contrapartida funciona como garantia do sistema, evitando criação de novas contribuições sem o conseqüente aumento do nível de proteção social, bem como evita que por motivos paternalistas, eleitores, sejam criados benefícios sem suporte técnico-financeiro capazes de gerar desequilíbrio na equação financeiro-atuária do sistema.

Concluindo, é necessário para asseguramento das futuras gerações que o sistema previdenciário seja conduzido por uma política social, ativa e operante, visando o alcance de sua finalidade, qual seja, a proteção social.¹⁴²

Portanto, veda-se que o legislador insira nova prestação previdenciária, assim compreendendo benefício ou serviço sem a correspondente fonte de custeio, sob pena de inconstitucionalidade da lei ordinária. Sergio Pinto Martins explica as três hipóteses de proibição constantes da Constituição da República, quais sejam: criação, majoração e extensão. A primeira hipótese compreende um benefício novo, que não existia até então. A segunda hipótese refere-se a um benefício existente e que foi aumentado. A terceira hipótese diz respeito a um benefício existente que tem ampliação passando a abranger outras hipóteses.¹⁴³

Prossegue o autor esclarecendo que:

Para a criação, a majoração ou extensão de determinado benefício ou serviço da Seguridade Social, é mister que exista previamente a correspondente fonte de custeio total, sob pena de inconstitucionalidade da lei ordinária. Em resumo: o benefício ou serviço não poderá ser criado sem que antes haja ingressado numerário no caixa da Seguridade Social. Sem receita na Seguridade Social, não poderá haver despesa, ou seja: sem custeio, não poderá haver benefício ou serviço. Em outras palavras, o caixa da Seguridade Social só pode pagar o benefício se tiver dinheiro para tanto. Assim, é preciso que antes ingresse o numerário por meio de custeio para depois sair o numerário na forma de benefício. Não é possível pagar um valor sem tê-lo em caixa, ou melhor dizendo: gastar além do que se recebe. É uma regra aplicada em qualquer comércio e até mesmo na economia doméstica, que deve também ser respeitada na Seguridade Social.¹⁴⁴

¹⁴¹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 7. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 98-100.

¹⁴² HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 7. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 100-101.

¹⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

¹⁴⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

É importante destacar que referida obrigatoriedade da preexistência do custeio já fazia parte do texto da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, por meio da Emenda Constitucional de n. 11 de 31 de março de 1965 acrescentou o §2º¹⁴⁵ do artigo 157 para dispor sobre a regra da contrapartida, permanecendo desde então nas Constituições posteriores. Ocorre que o mandamento constitucional por vezes já fora desrespeitado em épocas anteriores, a saber: a Lei n. 6.179, de 1974 criou a renda mensal vitalícia, sem existir a fonte de custeio; a Lei n. 6.136, de 1974, transferiu o salário-maternidade do empregador para a seguridade, estabelecendo um percentual de 0,3% para o custeio, calculado sobre a soma dos salários contidos nas folhas de pagamento das empresas, porém diminui a contribuição do salário-família de 4,3% para 4,0%.¹⁴⁶

¹⁴⁵ “EC n.11 de 31/03/1965 - Artigo único. Ao art. 157 da Constituição é acrescentado um parágrafo, com a redação seguinte, passando o atual parágrafo único a § 1º: “§ 2º Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total.” BRASIL. **Emenda constitucional nº 11, de 31 de março de 1965**. Acrescenta parágrafo ao art. 157 da Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-65.htm Acesso em: 15 jul. 2014.

¹⁴⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

2 TUTELA CONSTITUCIONAL DESTINADA À FAMÍLIA E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

2.1 Proteção e dever constitucional destinados a família

A Constituição Federal de 1988 dispensa especial proteção à família, reconhecendo ser esta base da sociedade (art. 226, caput, da CF).

Sob o aspecto conceitual, Arx da Costa Tourinho esclarece que a família se apresenta sob diversas análises, com maior ou menor extensão. Sob o aspecto do instinto humano, a família se trata de um autêntico grupo social, objeto de constante preocupação para a sociologia jurídica.¹⁴⁷ Prossegue o autor esclarecendo que o conceito de família pode ser analisado sob duas acepções, ampla e restrita:

O conceito de família pode ser analisado sob duas acepções: ampla e restrita. No primeiro sentido, a família é o conjunto de todas as pessoas, ligadas pelos laços do parentesco, com descendência comum, englobando, também, os afins – tios, primos, sobrinhos e outros. É a família distinguida pelo sobrenome: família Santos, Silva, Costa, Guimarães e por aí afora, neste grande país. Esse é o mais amplo sentido da palavra.

Na acepção restrita, família abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável, ou apenas irmãos. Família constituída só de irmãos é acepção não encontrada nas obras jurídicas dos estudiosos, mas, é uma realidade social que não podemos ignorar [...] É na acepção *stricto sensu* que mais se utiliza o termo família, principalmente do ângulo o *jus positum* [...]¹⁴⁸

Maria Helena Diniz certifica que o termo família é um termo que contém inúmeros sentidos, para tanto, apresenta três acepções fundamentais do vocábulo família na seara jurídica, a saber: a) a amplíssima, b) a lata e c) a restrita, observamos:

a) No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade [...]. b) Na acepção 'lata' além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins [...]. c) Na significação restrita é a família (CF, art. 226, §§ 1º

¹⁴⁷ TOURINHO, Arx da Costa. **A família e os meios de comunicação**. Revista de informação legislativa v.32, nº 125, p. 141-149, jan./mar. de 1995 | Revista da Procuradoria Geral da República, nº 6, p. 127-137 de 1994, p.141-142.

¹⁴⁸ TOURINHO, Arx da Costa. **A família e os meios de comunicação**. Revista de informação legislativa v.32, nº 125, p. 141-149, jan./mar. de 1995 | Revista da Procuradoria Geral da República, nº 6, p. 127-137 de 1994, p.142.

e 2º) o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole [...] ¹⁴⁹

Esclarece ainda, Arx da Costa Tourinho que:

É óbvio que a família está acima e fora de enquadramento jurídico-normativo. A realidade familiar se coloca além das normas: um fato social de longa origem histórica não pode ser restringido, pela concepção estreita do legislador vincado por entendimento ideológico, conservador. ¹⁵⁰

Nesse sentido, é o entendimento da Carta Magna que reconhece a família como base da sociedade, estando, portanto, acima e anterior a qualquer Estado Democrático de Direito. É certo que, encontramos nas Escrituras Sagradas a preocupação do Criador em instituir a família, quando dispõe “não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma adjutora que esteja como diante dele”. ¹⁵¹ Aqui verificamos a importância da manutenção da família, bem como dos laços familiares, para companheirismo e ajuda entre os integrantes do grupo familiar, eis que a nenhum deste seja viável a vivência solitária.

A Carta Encíclica *Rerum Novarum* do Sumo Pontífice Papa Leão XIII no título “A família e o Estado” assevera:

[...] Nenhuma lei humana poderia apagar de qualquer forma o direito natural e primordial de todo o homem ao casamento, nem circunscrever o fim principal para que ele foi estabelecido desde a origem: «Crescei e multiplicai-vos» (3). Eis, pois, a família, isto é, a sociedade doméstica, sociedade muito pequena certamente, mas real e anterior a toda a sociedade civil, à qual, desde logo, será forçosamente necessário atribuir certos direitos e certos deveres absolutamente independentes do Estado. [...] ¹⁵²

Em sede de direitos humanos, a instituição da família é reconhecida como um direito de todos, sem qualquer restrição, bem como tem seu reconhecimento como núcleo natural e fundamental da sociedade, conforme prevê a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, artigo XVI:

¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.09-10.

¹⁵⁰ TOURINHO, Arx da Costa. **A família e os meios de comunicação**. Revista de informação legislativa v.32, nº 125, p. 141-149, jan./mar. de 1995 | Revista da Procuradoria Geral da República, nº 6, p. 127-137 de 1994, p.142.

¹⁵¹ PUBLISHERS, Life. **Bíblia de Estudo Pentecostal antigo e novo testamento**. Trad. por João Ferreira de Almeida, com referências e algumas variantes. Revista e corrigida Edição de 1995. Rio de Janeiro: CPAD, 2008, p. 35.

¹⁵² PAPA LEÃO XIII. **Carta encíclica rerum novarum**. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em: 17 abr. 2014.

Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, **têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família**. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

§ 1. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

§ 2. A família é o **núcleo natural e fundamental da sociedade** e tem direito à proteção da sociedade e Estado.¹⁵³ (grifo nosso)

A Convenção Relativa aos Direitos da Criança de 1989¹⁵⁴, em seu preâmbulo reconhece a família como unidade fundamental da sociedade e o meio adequado para o desenvolvimento da criança, determinado ser o ambiente familiar o local de crescimento harmonioso da criança, vejamos:

Convencidos de que a família, unidade fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem estar de todos os seus membros e, em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias para que possa assumir plenamente suas responsabilidades na comunidade.

Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão.¹⁵⁵

Assim, diante da importância da família para sobrevivência do próprio Estado, “Já faz algum, tempo, a família alcançou status constitucional, merecendo a proteção, nos diversos países de culturas dispares e variadas concepções ideológicas, da própria organização estatal”.¹⁵⁶ Sendo certo que “o poder constituinte em quase todas as nações, captou a importância da entidade familiar, no conjunto societário sob o manto da proteção do Estado.”¹⁵⁷

Há de se observar ainda que, a proteção estatal destinada à família se dá em nível mundial¹⁵⁸. “No *jus positum* nacional, a família aparece em norma

¹⁵³ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Organizadores). **Mini-código de direitos humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 223.

¹⁵⁴ “Adotada pela Resolução n. L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e retificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990”. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Organizadores). **Mini-código de direitos humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 223.

¹⁵⁵ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Organizadores). **Mini-código de direitos humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 403.

¹⁵⁶ TOURINHO, Arx da Costa. **A família e os meios de comunicação**. Revista de informação legislativa v.32, nº 125, p. 141-149, jan./mar. de 1995 | Revista da Procuradoria Geral da República, nº 6, p. 127-137 de 1994, p.142.

¹⁵⁷ TOURINHO, Arx da Costa. **A família e os meios de comunicação**. Revista de informação legislativa v.32, nº 125, p. 141-149, jan./mar. de 1995 | Revista da Procuradoria Geral da República, nº 6, p. 127-137 de 1994, p.142.

¹⁵⁸ “No direito constitucional comparado, encontramos normas expressas, colocando a família sob proteção do Estado. Assim, ocorre, v.g., com as Constituições da Espanha de 1978 – (art.39.1); República Popular da China de 1982 – (art. 49); República de Cuba de 1976 (art. 34); República da

constitucional, a partir de 1934. [...]. As particularidades das Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 é a referência a família legal, ou seja, a proteção estatal se dirige àquele ente familiar originário do casamento civil.”¹⁵⁹

A Constituição Federal de 1988 introduz no ordenamento jurídico brasileiro, conceito amplo para a família, tendo em vista dispensar especial proteção a entidade familiar, reconhecendo a realidade social do nosso país. Para tanto, o legislador constituinte estabeleceu gratuidade na celebração do casamento, para fins de garantir da formação de entidades familiares, bem como, reconhece o casamento religioso, atribuindo a este, efeito civil (art. 226, §§ 1º e 2º¹⁶⁰, da CF).

Prossegue o legislador constituinte, para fins da proteção estatal, reconhecendo a união estável¹⁶¹ entre homem e mulher, como entidade familiar (art. 226, § 3º¹⁶², da CF).

Para Caio Mario da Silva Pereira, com reconhecimento constitucional da união estável, houve a supressão do aspecto estigmatizante que carregava esta entidade familiar, observamos:

[...] o Constituinte de 1988 passou a considerar as uniões extraconjugais como realidade jurídica, e não apenas como um fato social. Retirou-lhes todo aspecto estigmatizante, no momento em que as colocou sob a ‘proteção do Estado’. Não se pode eliminá-la do âmbito do Direito de Família, eis que a Constituição as insere no art. 226, no Capítulo destinado a Família.¹⁶³

Dando continuidade, em realce a vivência social brasileira, a Constituição Federal de 1988 reconhece ainda, como entidade familiar, a comunidade formada

Costa Rica de 1949 (art. 51); Suíça de 1874 (art. 34); Portugal de 1976 (art. 36.1); Iugoslávia de 1974 (art. 190); República Federal da Alemanha de 1968 (art. 38; Argélia de 1963 (art. 17); Itália de 1974 (art. 29); República Popular de Moçambique de 1975 (art. 29); Chile de 1981 (art. 19, § 4.º); República de Guiné-Bissau de 1984 (art. 25, § 1.º). Os exemplos são ilimitados, na projeção da vontade constituinte, revelando-se, nos países de origem e linhas políticas variegadas, preocupação com a família, a atestar o valor e a importância desse ente histórico-social.” TOURINHO, Arx da Costa. **A família e os meios de comunicação**. Revista de informação legislativa v.32, nº 125, p. 141-149, jan./mar. de 1995 | Revista da Procuradoria Geral da República, nº 6, p. 127-137 de 1994, p.142.

¹⁵⁹ TOURINHO, Arx da Costa. **A família e os meios de comunicação**. Revista de informação legislativa v.32, nº 125, p. 141-149, jan./mar. de 1995 | Revista da Procuradoria Geral da República, nº 6, p. 127-137 de 1994, p.142.

¹⁶⁰ BRASL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei [...]”.

¹⁶¹ BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigo 1.723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”..

¹⁶² BRASL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 226, § 3º - “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

¹⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed., rev., e atual., por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.578.

por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 3º, da CF). Com esta previsão constitucional, tem-se reconhecimento estatal, a família monoparental ou unilinear, como discorre Maria Helena Diniz:

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da ideia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um de seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, 'produção independente' etc.¹⁶⁴

Portanto verifica-se que o conceito de família atribuído na Carta Magna se trata de conceito plural, pois, como visto, reconhece três formas de entidade familiar quais sejam: a família formada pelo casamento (civil ou religioso); a família formada pela união estável e a família formada por um dos genitores e seus descendentes.

Quanto ao novo conceito de entidade familiar e o reconhecimento da família monoparental, José Afonso da Silva assevera:

A entidade familiar fundada no casamento, portanto, não é mais a única consagrada pelo direito constitucional e, por conseqüência, pela ordem jurídica em geral, porque é da Constituição que irradiam os valores normativos que imantam todo o ordenamento jurídico [...] quantos sofrimentos passaram mães solteiras que, com seus filhos, eram marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida como entidade familiar, porque o sistema constitucional só reconhecia a família biparental! [...] Essa família monoparental abrange a comunidade de pai ou mãe solteiros e seus descendentes naturais (filhos, netos etc.) ou por adoção, a comunidade de pai ou mãe divorciados e seus filhos. A dissolução de uniões estáveis também pode gera uma (ou até) duas família monoparental. A inseminação artificial já tem gerado entidade familiar monoparental. A chamada 'produção independente' [...] também pode ser causa do surgimento do fenômeno.¹⁶⁵

Letícia Ferrarini acentua:

Ao reconhecer a união estável e as famílias monoparentais como formas de constituição de família, rompe com a orientação das Constituições anteriores no sentido de ser o casamento a única possibilidade de formação familiar idônea a receber proteção do Estado.¹⁶⁶

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.11.

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. atual. até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012, p.872.

¹⁶⁶ FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu artigo 25¹⁶⁷, apresenta dois conceitos de família: a família natural e a família extensa ou ampliada. A primeira consiste na família formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Aqui, verifica-se também, o reconhecimento da família monoparental, como família natural. A segunda espécie de família, a extensa ou ampliada, se trata de uma inovação da Lei n. 1.010, de 2009, que acrescenta na família formada pelos pais e filhos ou da unidade do casal, os parentes próximos que convivem e mantêm vínculos de afinidade e afetividade com a criança ou adolescente. E, no 28¹⁶⁸ do mesmo diploma, encontramos outra espécie de família, qual seja, a família substituta, que se trata da família decorrente de guarda, tutela ou adoção.

O Estatuto dos servidores públicos civis da União, Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em seu artigo 241, apresenta um conceito amplo para o termo família, eis que “Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual.”¹⁶⁹, determinando ainda, em seu Parágrafo único que “Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar.”¹⁷⁰

Frente à proteção constitucional destinada à família tem-se a proteção das bases estruturais do próprio Estado, tendo em vista se tratar a família, de base da sociedade. Portanto, compete ao Estado proporcionar meios para garantir a propagação da família com observância e eficácia dos direitos fundamentais sociais, caso contrário culminaria na derribada das estruturas da República Federativa do Brasil.

¹⁶⁷ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, artigo 25: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)”.

¹⁶⁸ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, artigo 28: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”.

¹⁶⁹ BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, artigo 241.

¹⁷⁰ BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, artigo 241, parágrafo único.

Nesse diapasão, o Estado que dispensa proteção à família, também estabelece deveres constitucionais recíprocos. E assim sendo, para desenvolvimento da entidade familiar o legislador prevê no artigo 229 que “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.¹⁷¹

Nota-se desta forma, o caráter de reciprocidade de cuidados e assistência dos pais para com os filhos e dos filhos para com os pais com especificações, quais sejam, aos pais compete garantir a sobrevivência, educação desenvolvimento dos filhos menores, para fins de garantir a sua inserção no mercado de trabalho e para que possam quando maiores garantir sua própria subsistência. Em contrapartida, verificamos já nesse momento a preocupação do legislador constituinte em tutelar a pessoa idosa, eis que, aos filhos maiores competem cuidar dos pais na velhice, carência ou enfermidade.

Essa obrigatoriedade dos filhos para com os pais se traduz em um dos dez mandamentos escritos por Deus em duas tábuas de pedra e entregues a Moisés que determinava: “Honra a teu pai e a tua mãe, pra que se prolonguem os teus dias na terra que o Senhor, teu Deus, te dá.”¹⁷²

Com efeito, para melhor identificarmos o dever constitucional dos pais para com os filhos, passamos a elencar cada obrigatoriedade de forma a relacionar com os direitos fundamentais sociais, sendo certo que, a Carta já prevê em seu artigo 227, o dever da família atuando em conjunto com a sociedade e o Estado para assegurar à criança, adolescente e jovem, com absoluta prioridade o gozo dos direitos fundamentais, que dispensam comentários, eis a obrigatoriedade do cumprimento por parte de todos os entes citados, por se tratar de direitos inalienáveis, e insuscetíveis de supressão ou modificações supressoras, tendo em vista a garantia constitucional de cláusula pétrea contida na Constituição de 1988, dos quais destacam o dispositivo em comento, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, bem prever o referido texto legal uma norma protetiva, de conteúdo proibitivo que resguarda a criança, o

¹⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 229.

¹⁷² PUBLISHERS, Life. **Bíblia de Estudo Pentecostal antigo e novo testamento**. Trad. por João Ferreira de Almeida, com referências e algumas variantes. Revista e corrigida Edição de 1995. Rio de Janeiro: CPAD, 2008, p. 145.

adolescente e o jovem, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Por negligência entende-se toda e qualquer forma de descuido, desleixo, desamparo, abandono, maus-tratos para com a criança, adolescente e o jovem, isto é, qualquer tratamento desumano. Convém destacar que o desmazelo e negligência poderão afetar o desenvolvimento psicológico e estrutural dos filhos de uma forma geral, afetando até mesmo a formação cidadã, criando obstáculos para atuar na sociedade quando maiores, ou até mesmo, levando-os a formar uma família desestruturada no futuro, o que afetará o próprio Estado.

Por discriminação entende-se “[...] qualquer manifestação declarada de um preconceito na forma de atitudes desfavoráveis que se destinam a excluir pessoa ou pessoas, de determinado grupo”¹⁷³. Assim, toda forma de menosprezo e exclusão direcionada a criança, ao adolescente se trata de discriminação. Sendo certo que caracteriza violação aos direitos fundamentais que implicam no tratamento igualitário, bem como no tratamento fraterno, o que por si só extirpa qualquer forma de tratamento negligente e discriminatório.

Por exploração entende-se todo e qualquer tratamento destinado a criança, ao adolescente e ao jovem no intuito de aferição de vantagem econômica, portanto trata-se de conduta ilícita, demonstrada quando os pais colocam os filhos para realizarem trabalhos escravos, com exploração econômica e ilícita, ou até mesmo, decorrente de exploração sexual.

Por violência, crueldade ou opressão entende-se todo tratamento com emprego de força física, constrangimento, desrespeito direcionado à criança, ao adolescente e ao jovem. Assim, a violência pode ser física ou psicológica. Na primeira existe a presença de agressão física, ou seja, atos que possam provocar lesão ou feridas. Na segunda existe a presença de atentado contra os sentimentos, que perturbam a sua emoção de forma a sentir-se inferiorizado, machucado e humilhado. Trata-se de atos cruéis e desumanos, que oprimem e afetam a dignidade da pessoa. Por outro lado, podemos afirmar que a violência física automaticamente se reduzirá na violência psicológica. É certo que, a Constituição prevê no parágrafo 4º do artigo em comento que “A lei punirá severamente o abuso a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”¹⁷⁴

¹⁷³ CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 330.

¹⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 4º, parágrafo único.

Verifica-se a preocupação constitucional destinada a proteção da família, para garantir o pleno desenvolvimento físico e intelectual dos filhos¹⁷⁵ para garantir uma participação estatal e cidadã quando da maioridade.

Portanto, para que os pais possam assistir, criar e educar os filhos, precisam ter garantidos o direito social fundamental ao trabalho que tem o condão de proporcionar renda a família para manutenção e subsistência dos entes familiares e, conseqüentemente terão garantidos o direito a previdência social, eis o liame existente entre este e aquele, tendo em vista que, havendo uma relação de trabalho, abarcando a relação empregatícia, o trabalhador será filiado a previdência social.

Outra obrigatoriedade de suma importância para preservação da família e do Estado democrático de direito, fundado nas garantias e direitos fundamentais, é a educação, da qual os pais têm a obrigatoriedade de assegurar aos filhos, nos termos constitucionais. É certo que a educação está inserida no rol dos direitos fundamentais sociais, sendo o primeiro direito social, por ter condão de desenvolver as faculdades físicas, intelectuais e morais do ser humano, isto é, a educação tem a capacidade de produzir, criar e desenvolver possibilidade de raciocínio, dilatando as inúmeras habilidades para diversas áreas do conhecimento, bem como, atua no aprimoramento intelectual, criando possibilidade de a pessoa desenvolver estratégia para resolução de problemas elaborados, através da racionalidade coerente e da reflexão, enfim, a educação tem o cunho de desenvolver as capacidades da pessoa para construção das ideias, além de ter papel fundamental no desenvolvimento social.

A Constituição Federal em seu artigo 205 da Constituição Federal prevê: “A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”¹⁷⁶.

Portanto, mais uma vez, têm-se a obrigatoriedade da família atuando em conjunto com o Estado, sendo certo que a educação se trata ao mesmo tempo de

¹⁷⁵ Vânia Morales Sierra refere-se à família como “grupo social doméstico que torna a vida possível pela sua capacidade de reproduzir cultura. Como valor, a família guarda uma promessa de proteção à integridade física e moral das crianças.” SIERRA, Vania Morales. **Família Teorias e debates**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

¹⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 205.

um direito e um dever. Este de incumbência do Estado e da família, aquele como prerrogativa de todos. A obrigação do Estado consiste em propiciar à educação escolar e a família a educação basilar do ser humano, isto é, a educação formada para o desenvolvimento moral e social voltado para o reconhecimento das diversidades, conforme abordaremos a seguir. Destarte, podemos aduzir que o dever do Estado com a educação está voltado para o ensino, através da educação pública, para desenvolvimento cognitivo, intelectual, profissional, entre outros, enquanto que a família tem o dever de educar social e moralmente, enfocando assim, a amplitude do conceito trazido no art. 205.

O artigo em comento traz como escopo da educação como o pleno desenvolvimento da pessoa, a seu preparo para o exercício da cidadania e à sua qualificação para o trabalho. Assim, a educação tem uma vastidão de contribuições para a formação do ser humano, quer no plano de desenvolvimento intelectual, quer no plano de reconhecimento de direitos humanos, quer no plano de qualificação profissional.

Nesse sentido, Márcia Cristina de Souza Alvim instrui:

O conceito de educação que deve ser utilizado é aquele que seja o mais completo em relação ao desenvolvimento de todas as potencialidades do homem. Não há que se restringir somente ao aspecto do desenvolvimento cognitivo ou apenas ao preparo para o mercado de trabalho. Ao contrário, é precípua contemplar o desenvolvimento do ser humano de modo integral. A educação deve possibilitar ao homem desenvolver suas habilidades cognitiva, emocional e social, bem como as competências nas mais diversas áreas do conhecimento. Essa foi a posição adotada pelo constituinte de 1988, quando afirma que a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho.¹⁷⁷

Para Edgar Morin, a contribuição da educação reside em:

Contribuir para a autoformação da pessoa (ensinar a assumir a condição humana, ensinar a viver) e ensinar como se tornar cidadão. Um cidadão é definido, em uma democracia, por sua solidariedade e responsabilidade em relação a sua pátria, O que supõe nele o enraizamento de sua identidade nacional.¹⁷⁸

¹⁷⁷ ALVIM, Márcia Cristina de Souza. **Educação e Multiculturalismo**. Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO, Osasco, ano 11, n.2, p. 135.

¹⁷⁸ MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**. Trad. por Eloá Jacobina. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p.65.

Assim, é possível reconhecer o papel fundamental da educação para formação e criação de famílias sólidas e estruturadas, como forma de exercício e cumprimento dos direitos e deveres constitucionais.

Não se pode olvidar ainda, o dever constitucional destinados aos filhos maiores, que deverão ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. É importante observar que, a proteção dispensada ao idoso decorre das diferenças existentes entre as faixas etárias, pois o homem passa por uma evolução constante, atingindo uma idade onde o vigor físico é enfraquecido, conjuntura esta, da própria natureza humana. Em outras palavras, o envelhecimento é natural, é fruto da condição humana. Assim, a pessoa idosa precisa de amparo e cuidados para eficácia de seus direitos.

Dando continuidade na tutela destinada aos idosos, o artigo 230 da Constituição dispõe:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. [...] ¹⁷⁹

E assim sendo, compete à família, a sociedade e o Estado o dever de reconhecer e amparar a pessoa idosa, proporcionando cuidados no âmbito familiar, sendo certo que, o legislador constituinte se preocupou em estabelecer que o melhor lugar para o idoso estar é o seio familiar, eis que determina que os programas de amparo aos idosos sejam preferencialmente em seus lares.

Dando ênfase e para garantir a efetiva observância dos direitos do idoso, o Estatuto do Idoso assevera:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à

¹⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 230, § 1º .

cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.¹⁸⁰

Ratificando os termos constitucionais, o Estatuto do Idoso determina que a tutela do idoso estende-se a todos, a família, comunidade, sociedade e Poder público, para garantia de seus direitos fundamentais. E, assim sendo, compete ao Estado assegurar os direitos do idoso por meio de políticas públicas e ações afirmativas para resguardar o acesso dos idosos em todos os segmentos da sociedade. A sociedade por sua vez, tem o dever de assegurar tratamento igualitário e prioritário ao idoso tendo em vista as limitações físicas inerentes à idade avançada. Por fim, a família tem o dever de assegurar tratamento harmonioso e respeitoso de forma a elevar a auto-estima do idoso demonstrando ser ente detentor de direitos.

Diante do dever constitucional destinado à família, imperioso destacar, desta forma, que o Estado tem a obrigação de proporcionar meios para que a entidade familiar possa cumprir tais deveres instituídos pela Carta Magna. Primeiro, porque se trata de direitos fundamentais e fundamentais sociais que em hipótese alguma poderão ser suprimidos, segundo, porque a família tem especial proteção constitucional, terceiro, porque se trata de obrigações recíprocas que deverão ser cumpridas, sob pena de abalar as bases estruturais e a manutenção do próprio Estado.

2.2 A previdência social e a família

2.2.1 Regimes previdenciários

Para tratarmos dos benefícios previdenciários que são assegurados e destinados à família do trabalhador ou servidor, precisamos analisar os regimes previdenciários. E assim sendo, convém destacar que “o Direito Previdenciário objetiva o estudo das relações entre as previdências pública e privada, com os respectivos segurados, dependentes e beneficiários.”¹⁸¹

¹⁸⁰ BRASIL. **Lei 10741 de 1 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Artigos 2º e 3º.

¹⁸¹ SANTORO, José Jayme de Souza. **Manual de direito previdenciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 222.

Para José Jayme de Souza Santoro, a expressão Direito Previdenciário pode ser tomada em duas acepções: primeiro refere-se a um simples conjunto de regras jurídicas ou sem um segundo momento refere-se a uma disciplina científica autônoma. Para tanto, o autor traça o seguinte conceito para o Direito Previdenciário: “[...] *conjunto harmônico de instituições jurídicas, que regem as relações entre a massa beneficiária e os órgãos e agentes do Sistema de Previdência Social e de Previdência Privada, com a finalidade de atender amplamente à cobertura dos chamados riscos sociais*”.¹⁸² (grifo do autor), bem como, justifica de forma compartimentada de seus elementos, a formulação do conceito traçado.

[...] ‘*um conjunto harmônico de instituições jurídicas...*’, a indicar o caráter científico da disciplina em estudo. Significa a existência e a sistematização das normas doutrinárias, reforçando a certeza da autonomia do Direito Previdenciário, eis que inexiste ciência sem princípios teóricos próprios, ordenáveis e justificáveis na prática, como são os ora estudados;

[...] ‘*que regem as relações entre a massa beneficiária e os órgãos e agentes do Sistema de Previdência Social e de Previdência Privada...*’, a esclarecer a titularidade da relação jurídica existente, com relação aos contratos de seguro social, públicos ou privados. No conceito de **beneficiário** estão embutidos o de *segurado* e o de *dependente*;

[...] ‘*com a finalidade de atender amplamente à cobertura dos chamados riscos sociais*’, a informar e delimitar o objeto do Direito Previdenciário.¹⁸³

A Constituição Federal prevê a existência de regimes previdenciários de caráter contributivo/retributivo de filiação obrigatória, destinado ao trabalhador com contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como destinado ao servidor público, além de prevê regime previdenciário complementar de caráter facultativo. No primeiro caso, estamos diante do Regime Geral de Previdência Social – RGPS; o segundo refere-se ao Regime Próprio de Previdência Social de Servidores Públicos – RPPS; o terceiro, por sua vez, se trata do Regime de Previdência Complementar¹⁸⁴, que poderá existir tanto no âmbito público quanto privado (art. 9¹⁸⁵ da Lei n.8.213/91).

¹⁸² SANTORO, José Jayme de Souza. **Manual de direito previdenciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 25-26.

¹⁸³ SANTORO, José Jayme de Souza. **Manual de direito previdenciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 26.

¹⁸⁴ “Regime de caráter duplo, pode ser instituído tanto por um ente privado (associação, fundação, seguradoras autorizadas ou sociedades anônimas) como por uma entidade de natureza pública. Para cada forma estabelecida há seu fundamento constitucional e legal, a saber: 1) Regime de Previdência

O Regime Geral de Previdência Social está previsto no supracitado artigo 201 da Constituição Federal, tendo a sua regulamentação nas seguintes leis esparsas: Lei nº 8212 de 24 de julho de 1991 que dispõe sobre a organização da seguridade social, institui plano de custeio, e dá outras providências (Lei de custeio), e na Lei nº 8213 de 24 de julho de 1991 que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social (Lei de benefícios).

O RGPS trata-se de regime predominante ou de maior amplitude, pois abrange todas as classes de empregados que possuem vínculo empregatício, tais como empregado urbano e rural, empregado diretor, inclusive aquele que exerce trabalho temporário, ou que tenha sido contratado no Brasil para trabalho em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior, aquele que exerce atividades diplomáticas, servidor público que exerce cargo em comissão, entre outros. Está vinculado a este regime o empregado doméstico, isto é, aquele que presta serviços no âmbito residencial, em atividades sem fins lucrativos, sendo o serviço de natureza contínua e duradora, bem como, o contribuinte individual que se trata de profissionais liberais, ministro de confissão religiosa, titulares de firma individual urbana ou rural, trabalhadores avulsos (presta serviços a varias empresa sem vinculo empregatício), aposentados pelo RGPS que exerçam atividades que determinam o enquadramento no regime, eis se tratar de regime de caráter obrigatório, entre outros, conforme determina os artigos 12 a 14 da Lei de Custeio e artigos 12 a 14 da Lei de benefícios.

É importante destacar que o RGPS é administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, instituto vinculado ao Ministério da Previdência Social, que se trata de uma autarquia federal com sede em Brasília – DF, tendo por finalidade a

Complementar Privado: art. 202 da CF e eis complementares 108 e 109, ambas de 2001. 2) Regime de Previdência Complementar Público: art. 40, §§ 14 e 15, da CF, lembrando que normas gerais deverão estar disciplinadas em lei complementar de competência da União. Trata-se de regime facultativo e de natureza privada, organizando-se de forma autônoma em relação ao RGPS, e por isso qualquer pessoa, independentemente do fato de pertencer a algum dos outros regimes, pode, mediante celebração de contrato, adquirir o plano complementar. NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.96.

¹⁸⁵ BRASIL. **Lei 8213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 9º: “A Previdência Social compreende: I - o Regime Geral de Previdência Social; II - o Regime Facultativo Complementar de Previdência Social. § 1º O Regime Geral de Previdência Social - RGPS garante a cobertura de todas as situações expressas no art. 1º desta Lei, exceto as de desemprego involuntário, objeto de lei específica, e de aposentadoria por tempo de contribuição para o trabalhador de que trata o § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006) § 2º O Regime Facultativo Complementar de Previdência Social será objeto de lei específica”.

promoção e o reconhecimento de direito ao recebimento de benefícios administrados pela Previdência Social, de modo a assegurar agilidade, comodidade aos trabalhadores usuários do regime, para ampliação do controle social. (Decreto nº 7556, de 24 de agosto de 2011, art. 1º do Anexo I).

Há de se ressaltar o caráter obrigatório de filiação ao RGPS, sendo certo que se trata de regime amplo que engloba os trabalhadores regidos pela CLT, e assim sendo, em havendo a existência de uma relação de trabalho, abarcando assim a relação empregatícia, isto é, em havendo a existência de atividade remunerada, automaticamente o trabalhador estará filiado à previdência social, adquirindo a qualidade de segurado, estando assim amparado pelo sistema. Quanto aos segurados Miguel Horvath Júnior conceitua:

Segurados são pessoas que mantêm vínculo com a Previdência Social, decorrendo destes vínculos direitos e deveres. Os direitos são representados pela entrega da prestação previdenciária sempre que constatada a ocorrência do risco/contingência social protegida. Os deveres são representados pela obrigação de pagamento das contribuições previdenciárias.¹⁸⁶

Existem duas espécies de segurados: obrigatórios e facultativos. A primeira “mantém com a previdência social uma relação sinalagmática, ou seja, uma relação não contratual, advinda de lei, que implica direitos e deveres para ambas as partes”¹⁸⁷, incluindo neste rol, nos termos dos artigos 12 e da Lei 8.212/91 e artigos 11 e 12 da Lei 8.213/91, o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual, o trabalhador avulso e trabalhador especial. A segunda é representada por “todos aqueles que não se enquadram como segurados obrigatórios, filiando-se ao sistema protetivo em razão de ser do seu desejo, porque querem participar dele ou nele permanecerem” em outras palavras “é aquele que, mesmo não estando vinculado obrigatoriamente à Previdência Social, por não exercer atividade remunerada, opta pela inclusão no sistema protetivo”¹⁸⁸, citando como exemplo alguns que estão inclusos neste rol, nos termos do artigo 11 do Decreto n. 3.048/99: a dona-de-casa, o síndico de condomínio, quando não remunerado; o estudante; o

¹⁸⁶ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 164.

¹⁸⁷ NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100.

¹⁸⁸ NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107.

brasileiro que acompanha cônjuge que presta serviço no exterior; aquele que deixou de ser segurado obrigatório da previdência social; entre outros.

O Regime Próprio de Previdência Social – RPPS tem previsão no artigo 40¹⁸⁹ da Carta Magna e está regulamentado na Lei nº 9717, de 27 de novembro de 1998 que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

Este regime destina-se tão somente aos servidores públicos, titulares de cargos efetivos, podendo ser da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo suas autarquias e fundações. Podendo os Estados e Municípios legislar sobre o regime próprio no âmbito de suas limitações, nos termos legais. E assim sendo, não tem a mesma amplitude do RGPS. Todavia, se trata também de um regime obrigatório para os servidores.

Outro fator que demonstra a amplitude do RGPS em relação ao RPPS encontramos na Constituição Federal no parágrafo 3º¹⁹⁰ do artigo 40, que determina a utilização das regras do primeiro regime, para fins de cálculo dos proventos de aposentadoria, em outras palavras, o legislador constituinte prevê a utilização do RGPS como base para o RPPS.

A Lei nº 9717/98 determina em seu artigo 5º¹⁹¹, que os regimes próprios de previdência social de servidores públicos, não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no RGPS, com exceção a permissão constitucional. Portanto, verifica-se mais uma vez a amplitude do RGPS.

¹⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. artigo 40, *caput*: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

¹⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 40, § 3º: “Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei”.

¹⁹¹ BRASIL. **Lei nº 9717, de 27 de novembro de 1998**. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências, artigo 5º: “Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal”.

É importante destacar ainda que, em havendo a extinção do RPPS, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios serão responsáveis integralmente pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência (Lei nº 9717/98, art.10¹⁹²).

2.2.1.1 Prestações previdenciárias destinadas à família no Regime Geral de Previdência Social

A Lei 8.213 de 24 de julho de 1991 que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, em seu artigo 18¹⁹³, elenca as prestações previdenciárias. Estas se dividem em benefícios e serviços. Assim, temos que, as prestações previdenciárias são o gênero, do qual os benefícios são a espécie.

Miguel Horvath Junior conceitua as prestações previdenciárias consubstanciadas em benefícios e serviços como “benefícios são valores pagos em dinheiro aos segurados e dependentes. Serviços são prestações de assistência e amparo dispensadas pela Previdência Social aos beneficiários em geral”.¹⁹⁴

Nos termos do referido artigo, as prestações previdenciárias são divididas quanto ao segurado e quanto ao dependente. Os dependentes são os entes familiares do segurado, isto é, aqueles que dependem financeiramente do segurado para subsistência. Aqui ressaltamos como dependentes, os filhos menores como destaca a Constituição Federal que deverão ser criados e assistidos pelos pais, e/ou

¹⁹² BRASIL. **Lei nº 9717, de 27 de novembro de 1998**. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências, artigo 10: “No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social”..

¹⁹³ BRASIL. **Lei 8213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 18: “O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006) d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; II - quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão; III - quanto ao segurado e dependente: b) serviço social; c) reabilitação profissional. [...]”.

¹⁹⁴ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 229.

os pais que na velhice dependem economicamente ou socialmente dos filhos maiores, isto é, dependem do segurado.

Miguel Horvath Júnior traça o seguinte conceito para dependentes: “Dependentes previdenciários são aqueles que mantêm vínculo de dependência jurídico e/ou econômico com os segurados da previdência social.”¹⁹⁵

Entendemos ainda, que a dependência além de financeira (econômica), pode ser social, eis que no seio familiar é que seus componentes encontram amparo, guarida, educação para os valores e ainda aconchego, isto é, amor familiar entre pais, filhos e irmãos. Assim, destacamos, mais uma vez a importância da família para a sociedade.

Nota-se assim, a preocupação do legislador previdenciário em amparar a família do segurado, reservando e direcionando benefícios previdenciários a esta, na falta do segurado, para suprimento das necessidades diárias.

É importante destacar que a Lei de benefícios, em seu artigo 16¹⁹⁶, elenca quem são os dependentes do segurado, apresentando para tanto, três classes de dependentes: A primeira classe é composta pelo cônjuge, companheira ou companheiro, filho menor de vinte e um anos, não emancipado, ou ainda, o filho inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental, que o torne incapaz, absoluta ou relativamente, desde que devidamente declarado por sentença judicial. A segunda classe é integrada pelos pais do segurado. Integra a terceira classe, o irmão menor de vinte e um anos, não emancipado, ou irmão inválido ou que tenha

¹⁹⁵ (HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 164.

¹⁹⁶ BRASIL. **Lei 8213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 16: “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011); II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011); § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes. § 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997) § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.”

deficiência intelectual ou mental, que o torne incapaz, absoluta ou relativamente, desde que devidamente declarado por sentença judicial.

Há de se ressaltar ainda, nos termos do referido artigo, que o legislador se preocupou em elencar as três classes por ordem de preferência e classificação. Isto é, a lei de benefícios determina que em havendo a existência de dependentes de qualquer das classes, exclui o direito às prestações da classe seguintes. Assim, se o segurado tiver cônjuge, companheiro ou companheira, ou filho, estes terão direito ao recebimento do benefício previdenciário, excluindo assim, o direito dos pais ou irmão não emancipado menor de 21 anos, ou aquele que seja inválido ou que contenha limitação. Da mesma forma, se segurado não tiver nenhum dependentes de primeira classe, o benefício será deferido aos pais dependentes da segunda classe, excluindo o direito dos integrantes da terceira classe. E ainda, se o segurado não tiver dependentes da primeira e segunda classe, o benefício previdenciário será deferido ao dependente de terceira classe (Lei 8213/91, art. 16 § 2º).

Para o deferimento das prestações previdenciárias destinadas a família, os dependentes da primeira classe não precisam demonstrar a dependência econômica, pois a Lei de benefícios determina ser dependência presumida, eis a obrigação dos pais em criar e dar assistência aos filhos menores e ainda, por existir o dever de reciprocidade entre os cônjuges no poder e administração familiar. A dependência dos integrantes da segunda e terceira classes, por sua vez, deverá ser comprovada (Lei 8213/91, art. 16 § 4º).

Nos termos do citado artigo 18 da Lei de benefícios, aos dependentes são asseguradas as seguintes prestações: pensão por morte e auxílio-reclusão. Enquanto, para o segurado são reservadas as seguintes prestações: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente. Existem ainda, as prestações que são direcionadas tanto ao dependente quanto aos segurados, quais sejam: serviço social e reabilitação profissional.

O salário família se trata de benefício destinado ao segurado, mas que tem o direcionamento à família. Este benefício tem seu fundamento no artigo 7º, inciso XII da Constituição Federal, bem como está disciplinado nos artigos 65 a 70 da Lei de benefícios e artigos 81 a 92 do Decreto nº. 3048, de 06 de maio de 1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.

O legislador constituinte ao instituir o salário família se preocupou com as famílias de baixa renda, pago em razão de seus dependentes. Sendo certo que, conforme disciplina a lei de benefícios, o salário família será devido por número de dependentes do segurado menores, até quatorze anos ou inválido de qualquer idade (Lei 8213/91, art. 66).

Para recebimento do benefício salário família, o segurado deverá apresentar certidão de nascimento do filho, ou documentação de invalidez, além de outras obrigações, conforme determina o artigo 67 da Lei de benefícios:

Art. 67. O pagamento do salário-família é condicionado à apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado ou ao inválido, e à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e de comprovação de frequência à escola do filho ou equiparado, nos termos do regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Verifica-se desta forma, duas exigências para o recebimento do benefício salário família. Primeiro, verifica-se a preocupação na manutenção da família de baixa renda, bem como o escopo protetivo em garantir o direito fundamental à saúde dos filhos menores, eis a exigência de apresentação anual de atestado de vacinação, bem como, a preocupação em assegurar o direito social à educação, direito este como explanado, de obrigação do Estado, família e sociedade, diante da obrigatoriedade de apresentação de comprovação de frequência escolar, nos termos do regulamento¹⁹⁷.

Outro benefício que tem direcionamento ao segurado, mas visa proteger a família de um modo geral é o salário-maternidade, pois além de ter o condão de

¹⁹⁷ BRASIL. **Decreto nº. 3048, de 06 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências, artigo 84: “O pagamento do salário-família será devido a partir da data da apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado, estando condicionado à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória, até seis anos de idade, e de comprovação semestral de frequência à escola do filho ou equiparado, a partir dos sete anos de idade. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999) § 1º A empresa deverá conservar, durante dez anos, os comprovantes dos pagamentos e as cópias das certidões correspondentes, para exame pela fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social, conforme o disposto no § 7º do art. 225. (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999) § 2º Se o segurado não apresentar o atestado de vacinação obrigatória e a comprovação de frequência escolar do filho ou equiparado, nas datas definidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, o benefício do salário-família será suspenso, até que a documentação seja apresentada.(Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999) § 3º Não é devido salário-família no período entre a suspensão do benefício motivada pela falta de comprovação da frequência escolar e o seu reativamento, salvo se provada a frequência escolar regular no período.(Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999) § 4º A comprovação de frequência escolar será feita mediante apresentação de documento emitido pela escola, na forma de legislação própria, em nome do aluno, onde consta o registro de frequência regular ou de atestado do estabelecimento de ensino, comprovando a regularidade da matrícula e frequência escolar do aluno.(Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999).”.

proteger a segurada que acabou de dar a luz¹⁹⁸, visa proteger o filho recém-nascido que precisa do aconchego e proteção da mãe, da amamentação e do carinho da família. Isto é, este benefício além de substituir a renda da segurada lhe proporcionar momentos para estreitamento dos laços familiares com a chegada de um dependente, portanto direciona-se a proteção da família.

O salário-maternidade encontra fundamento no artigo 7º, inciso XVIII, e 201, inciso II da Constituição Federal e está disciplinado nos artigos 71 a 73 da Lei de benefícios e artigos 93 a 103 do Regulamento da Previdência Social.

É importante, estabelecer ainda, nos termos do artigo 71-A, da Lei de benefícios, o caráter protetivo do salário-maternidade para preservação da família, pois conforme previsão legal será deferido também à mãe adotante ou que obtiver guarda judicial para fins de adoção, sendo, portanto notório a finalidade de criação de um ambiente agradável para consecução da família.

Os benefícios de auxílio-reclusão e a pensão por morte, como visto são direcionados aos dependentes do segurado. O primeiro será devido, nas mesmas condições do segundo, aos dependentes do segurado que for recolhido a prisão, desde que não receba remuneração da empresa ou não esteja usufruindo o benefício auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço (art. 80¹⁹⁹, Lei 8.213/91). O segundo, pensão por morte²⁰⁰, está disciplinado nos artigos

¹⁹⁸ O benefício salário-maternidade também será deferido em casos de adoção para fins de estreitamentos dos laços familiares e para boa adaptação da criança ao convívio do novo lar, conforme previsto no artigo Art. 71-A da Lei de Benefícios. "Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)§ 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)".BRASIL. **Lei 8213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências..

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei 8213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 74: "A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997) I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997) II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997) III - da decisão judicial, no caso de morte presumida. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)."

²⁰⁰ BRASIL. **Lei 8213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 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 de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do

74 a 79 da Lei de Benefícios e será devido aos dependentes do segurado quanto este falecer, ou ainda decorrente de morte presumida²⁰¹.

É notório, portanto, que os benefícios direcionados aos dependentes, só serão concedidos na falta do segurado. Asseveramos, todavia, que as prestações previdenciárias destinadas à família deverão servir não somente para garantia da subsistência do dependente, mas também para garantia da presença do segurado, para que este possa proporcionar momentos de segurança e amparo destinando-os aos filhos menores e/ou pais na velhice, conforme se depreende do alento protetivo existente no salário-maternidade.

Importa destacar que, para recebimento dos benefícios previdenciários, o segurado deverá quando for o caso, cumprir a carência²⁰² exigida, isto é, o segurado deverá comprovar o número mínimo de contribuições mensais para que possa ser deferido ao segurado ou dependente o benefício pleiteado. Há de se ressaltar que, os benefícios direcionados aos dependentes, auxílio-reclusão e pensão pro morte, independem de carência²⁰³, bem como o serviço social e reabilitação profissional, porém deverão comprovar a qualidade de segurado.

efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.”

²⁰¹ BRASIL. **Lei 8213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 78: “Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção. § 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo. § 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.”

²⁰² BRASIL. **Lei 8213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 24. *Caput*. “Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.” “Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26: [...] III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)”.

²⁰³ BRASIL. **Lei 8213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 26: “Independente de carência a concessão das seguintes prestações: I - pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99) [...] III - os benefícios concedidos na forma do inciso I do art. 39, aos segurados especiais referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei; IV - serviço social; V - reabilitação profissional. VI – salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)”.

2.2.1.2 Prestações previdenciárias destinadas à família no Regime Próprio de Previdência Social

Como assentado, o Regime Próprio de Previdência Social abrange tão somente os servidores titulares de cargos públicos. Sendo certo que os estados e municípios poderão legislar sobre regime próprio no âmbito de suas circunscrições.

Desta forma, nos convém esclarecer que tomaremos como base para fins de elencar os benefícios previdenciários destinados à família nos Regimes Próprios de Previdência Social, o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, devidamente regulamentado pela Lei n. 8112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto dos servidores públicos).

Como visto, o conceito de família nesta Lei é amplo, pois engloba todos aqueles que vivam a expensas do servidor, além do cônjuge, companheiro ou companheira e filhos.

O Estatuto dos servidores públicos da União, antes de tratar do Título da Seguridade social do servidor, estabelece no Título III – Dos direitos e vantagens, um capítulo para tratar das licenças do servidor, a saber, Capítulo IV, artigos 81 a 92.

O artigo 81 estabelece sete hipóteses para concessão de licenças ao servidor, as duas primeiras hipóteses para concessão de licença, são destinadas à família do servidor, observamos:

- Art. 81. Conceder-se-á ao servidor licença:
- I - por motivo de doença em pessoa da família;
 - II - por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro;
 - III - para o serviço militar;
 - IV - para atividade política;
 - V - para capacitação;
 - VI - para tratar de interesses particulares;
 - VII - para desempenho de mandato classista.²⁰⁴

Verifica-se desta forma que a primeira hipótese de concessão de licença ao servidor visa resguardar e preservar o direito social a saúde de algum dos componentes de sua família. Notório, portanto, a preocupação do regime jurídico único em assegurar a presença do servidor para que este possa proporcionar cuidados e assistência à pessoa de sua família que padeça de alguma doença.

²⁰⁴ BRASIL. Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, artigo 81.

É vital a presença dos entes familiares no desenvolvimento da família, e ainda mais, em momentos de doença, onde o enfermo necessita de amparo e cuidados constantes para garantia de seu convalescimento.

Há de se ressaltar que, para concessão da referida licença, a pessoa da família do servidor deverá ser submetida à perícia médica oficial, para constatação da enfermidade, nos termos do referido artigo 81, parágrafo 1º. Sendo certo que, para fins de comprovar ser o escopo da licença, a prestação de cuidados e assistência do servidor para com a pessoa de sua família que padece de enfermidade, o parágrafo 3º do artigo em comento, veda o exercício de atividade remunerada pelo servidor enquanto perdurar a licença por motivo de doença em um familiar.

O artigo 83 do Estatuto dos servidores públicos da União determina quando será permitida a concessão da licença por doença em pessoa da família:

Art. 83. Poderá ser concedida licença ao servidor por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva a suas expensas e conste do seu assentamento funcional, mediante comprovação por perícia médica oficial. (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 2009)²⁰⁵

Em comentários ao artigo 83 do Estatuto dos servidores, Wolgran Junqueira Ferreira elenca quem pode ser considerado família do servidor:

Entende-se por pessoa da família: a mulher ou o marido, conforme qual seja o servidor: o companheiro ou a companheira, também dependendo de qual deles seja o servidor; o padrasto, isto é, aquele que é casado com a mãe do servidor ou servidora; a madrasta, aquela que é casada com o pai do servidor ou servidora; ascendente, o pai, a mãe, o avô, a avó, filho, filha, neto, neta, do servidor ou servidora; enteado, filho ou filha do primeiro casamento do cônjuge ou companheira; [...]²⁰⁶

Nota-se a amplitude do referido artigo, pois abarca inúmeros graus de parentesco para fins da concessão da licença, quais sejam, parentesco em decorrência do casamento ou união estável, eis que a licença será concedida por doença no cônjuge ou companheiro ou companheira do servidor; parentesco pela consangüinidade eis que a licença será concedida por doença nos filhos ou pais do

²⁰⁵ BRASIL. **Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, artigo 83.

²⁰⁶ FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União**: Estatuto dos Funcionários Públicos: Lei n. 8.112, de 11.12.90. 3. ed. ampl. Bauru SP: EDIPRO, 1993, p.86.

servidor; e parentesco por afinidade eis que a licença será concedida por motivo de doença no padrasto, madrasta ou enteada do servidor. Estendendo ainda, a qualquer outro dependente que viva as expensas do servidor, desde que conste no assentamento oficial do servidor.

Quanto às relações de parentesco, Carlos Roberto Gonçalves esclarece:

As pessoas unem-se em uma família em razão de vínculo conjugal ou união estável, de parentesco por consanguinidade ou outra origem e da afinidade. Em sentido estrito, a palavra 'parentesco' abrange somente o *consanguíneo*, definido como a relação que vincula entre si pessoas que descendem uma das outras, ou de um mesmo tronco. Em sentido amplo, no entanto, inclui o parentes com por afinidade e o decorrente da adoção ou de outra origem, como algumas modalidades de técnicas de reprodução medicamente assistida. Denominou-se, em outros, tempos, de *agnação* os parentes que estabelece pelo lado masculino, e de *cognação*, o que se firma pelo lado feminino. *Afinidade* é o vínculo que se estabelece entre um dos cônjuges ou companheiro e os parentes do outro. Parentesco *civil* é o resultante da adoção ou outra origem (CC, art. 1.593). Recebe esse nome por trata-se de uma criação da lei.²⁰⁷ (grifo do autor)

Caio Mario da Silva Pereira ressalta a importância do parentesco como a mais importante das relações humanas:

Dentre as variadas espécies de relações humanas, o parentesco é das mais importantes e a mais constante, seja no comércio jurídico, seja na vida social. Tendo em vista os diversos aspectos de vinculação, os parentescos se classificam diferentemente e se distribuem em classes. No primeiro, coloca-se a *consanguinidade*, que se pode definir como a 'relação que vincula, umas às outras, pessoa que descendem de um mesmo tronco ancestral' [...] para o direito de nossos dias, o parentesco consanguíneo é o padrão, e ao seu lado duas outras ordens se desenham: A *Afinidade*, relação que aproxima um cônjuge aos parentes do outro [...]. A *Adoção*, parentesco entre adotante e filho adotivo com tratamento especial no Estatuto da Criança e do Adolescente [...].²⁰⁸ (grifo do autor)

Assegurando o caráter protetivo de assistência do servidor a pessoa da família, estabelece o parágrafo primeiro do artigo 83, que "A licença somente será deferida se a assistência direta do servidor for indispensável e não puder ser prestada simultaneamente com o exercício do cargo ou mediante compensação de horário, na forma do disposto no inciso II do art. 44."²⁰⁹

²⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938. **Direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção sinopses jurídicas; v.2), p.104.

²⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed., rev., e atual., por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 321.

²⁰⁹ BRASIL. **Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, artigo 83, § 1º.

Nos termos deste dispositivo legal, três são os requisitos para a concessão da licença por doença no familiar. O primeiro consiste na indispensabilidade da assistência direta do servidor ao doente. E complementando, somando-se ao primeiro, o segundo requisito, consiste na impossibilidade do servidor prestar a referida assistência e manter o exercício do serviço público, isto, desde que o servidor comprove a não possibilidade de exercer a assistência ao familiar doente e prestar o serviço público. O terceiro soma-se ao segundo que, também exige a impossibilidade de compensação de horários entre o serviço público e a assistência ao familiar doente.

Notório, portanto, a preferência do regime único em assegurar a preservação da família, eis que restando demonstrada a doença por perícia oficial, em pessoa da família do servidor, e havendo a necessidade do servidor no exercício da função, preferir-se a concessão da licença, desde que demonstrado ser indispensável à presença do servidor no tratamento e cuidados de um de seus familiares. O Estatuto reconhece desta forma, que o serviço público pode ser executado por outro servidor, sendo certo que todas as pessoas em serviços são substituíveis de acordo com a necessidade pública, enquanto que no âmbito familiar, os cuidados, a assistência só poderá ser prestada por aqueles que se amam e respeitam mutuamente e que estão debaixo do dever constitucional de reciprocidade e assistência.

Dando continuidade a tutela destinada à família, o parágrafo segundo do artigo 83 do regime jurídico único prevê a concessão da licença ao servidor, sem prejuízo da remuneração do cargo efetivo. Sendo certo que, o prazo da licença poderá ser prorrogado. Isto é, a licença incluída as prorrogações, poderá ser concedida a cada período de doze meses, sendo certo que o prazo da licença com remuneração é de até sessenta dias, consecutivos ou não. Podendo existir prorrogação, sem remuneração, por até noventa dias, tudo mediante parecer da junta médica oficial.

A segunda hipótese para concessão de licença ao servidor se dá por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro, assim, verifica-se a preocupação do Estatuto dos servidores públicos em manter e preservar a união familiar. Para tanto, determina o artigo 84 que “Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do

território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.”²¹⁰

Wolgran Junqueira Ferreira entende que o artigo em comento está mal redigido, pois indica ser a licença a condicional, asseverando o que tal colocação fere os princípios constitucionais e a tutela constitucional destinada à família, analisamos:

Este artigo está mal redigido, pois coloca a licença no condicional *poderá*, enquanto entendemos que pelos princípios que norteiam a Constituição Federal, este tipo de licença não poderia ficar no condicional ou a critério da Administração, pois o artigo 226 da Constituição declara enfaticamente ser a *família, a base da sociedade*, tem proteção do Estado. Ora, se o marido, ou companheiro for deslocado para outro ponto do território nacional, é dever do Estado facilitar para que a mulher ou companheira que seja servidora o acompanhe. Ela terá o direito constitucional subjetivo de acompanhar o marido ou companheiro para qualquer ponto do território nacional, para o exterior ou para a capital do país, se ele for exercer mandato eletivo.²¹¹ (grifo do autor)

Há de se ressaltar que nos termos do parágrafo primeiro do artigo 84, a licença será por prazo indeterminado e sem remuneração. Garantindo ainda, o parágrafo segundo, a hipótese de exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, pelo cônjuge ou companheiro do servidor, que também seja servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sendo certo que, o exercício provisório se dará quando se tratar de atividade compatível com o cargo do cônjuge, companheiro ou companheiro servidor.

O Regime Jurídico Único se preocupou em reservar um título com quatro capítulos para cuidar da seguridade social do servidor, a saber, Título VI – Da Seguridade Social do Servidor, Capítulo I – Disposições Gerais; Capítulo – II Dos Benefícios; Capítulo – III Da Assistência à Saúde e Capítulo IV – Do Custeio.

Como visto, este Regime dispensa especial tutela a família do servidor, por meio das licenças elencadas. Prossegue ainda o Regime Jurídico Único, no campo específico da Seguridade Social dispensando amparo a família do servidor, conforme se verifica no artigo 184:

²¹⁰ BRASIL. **Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, artigo 84.

²¹¹ FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União**: Estatuto dos Funcionários Públicos: Lei n. 8.112, de 11.12.90. 3. ed. ampl. Bauru SP: EDIPRO, 1993, p.86-87.

Art. 184. O Plano de Seguridade Social visa a dar **cobertura aos riscos a que estão sujeitos o servidor e sua família**, e compreende um conjunto de benefícios e ações que atendam às seguintes finalidades:

- I - garantir meios de subsistência nos eventos de doença, invalidez, velhice, acidente em serviço, inatividade, falecimento e reclusão;
- II - proteção à maternidade, à adoção e à paternidade;
- III - assistência à saúde. (grifo nosso)

O artigo 185, por sua vez, elenca os benefícios do plano da seguridade social do servidor, indicando benefícios que são assegurados ao servidor e aos dependentes. Para o servidor são assegurados os seguintes benefícios: aposentadoria, auxílio-natalidade, salário-família, licença para tratamento de saúde, licença à gestante, à adotante e licença-paternidade, licença por acidente em serviço, assistência à saúde e garantia de condições individuais e ambientais de trabalho satisfatórias. Enquanto que para os dependentes são reservados os seguintes benefícios: pensão vitalícia e temporária, auxílio funeral, auxílio-reclusão e assistência a saúde.

Da mesma forma, como assentado nas prestações do RGPS, os benefícios de auxílio-natalidade²¹², salário família²¹³ e licença à gestante, à adotante e licença paternidade²¹⁴, são benefícios destinados ao servidor, porém com direcionamento para a preservação da família.

²¹² BRASIL. **Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, artigo 196: “O auxílio-natalidade é devido à servidora por motivo de nascimento de filho, em quantia equivalente ao menor vencimento do serviço público, inclusive no caso de natimorto. § 1º Na hipótese de parto múltiplo, o valor será acrescido de 50% (cinquenta por cento), por nascituro. § 2º O auxílio será pago ao cônjuge ou companheiro servidor público, quando a parturiente não for servidora”.

²¹³ BRASIL. **Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, artigo 197: O salário-família é devido ao servidor ativo ou ao inativo, por dependente econômico. Parágrafo único. Consideram-se dependentes econômicos para efeito de percepção do salário-família: I - o cônjuge ou companheiro e os filhos, inclusive os enteados até 21 (vinte e um) anos de idade ou, se estudante, até 24 (vinte e quatro) anos ou, se inválido, de qualquer idade; II - o menor de 21 (vinte e um) anos que, mediante autorização judicial, viver na companhia e às expensas do servidor, ou do inativo; III - a mãe e o pai sem economia própria. Art. 198. Não se configura a dependência econômica quando o beneficiário do salário-família perceber rendimento do trabalho ou de qualquer outra fonte, inclusive pensão ou provento da aposentadoria, em valor igual ou superior ao salário-mínimo. Art. 199. Quando o pai e mãe forem servidores públicos e viverem em comum, o salário-família será pago a um deles; quando separados, será pago a um e outro, de acordo com a distribuição dos dependentes. Parágrafo único. Ao pai e à mãe equiparam-se o padrasto, a madrasta e, na falta destes, os representantes legais dos incapazes. Art. 200. O salário-família não está sujeito a qualquer tributo, nem servirá de base para qualquer contribuição, inclusive para a Previdência Social. Art. 201. O afastamento do cargo efetivo, sem remuneração, não acarreta a suspensão do pagamento do salário-família”.

²¹⁴ BRASIL. **Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, artigo 207: “Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da

Os benefícios destinados aos dependentes também são em caráter substitutivo, isto é, se tratam de benefícios que são auferidos pelos dependentes na falta do servidor. Sendo certo que, pensão por morte do servidor pode ser vitalícia ou temporária, sendo disciplinada nos artigos 215 a 225 do Regime Jurídico. Portanto, se trata de benefício que ficará no lugar da remuneração do servidor, por ser a falta do servidor permanente, em virtude da morte. Da mesma forma, no benefício do auxílio-funeral, embora sendo decorrente da morte, o benefício é pago em uma única vez, a família do servidor falecido, em valor equivalente a um mês da remuneração ou provento, para fins de custear as despesas decorrentes do funeral. Sendo certo que, se tais despesas forem custeadas por terceiro, este será indenizado no valor referido, nos termos dos artigos 226 a 228.

O benefício de auxílio-reclusão está disciplinado no artigo 229 do Regime Jurídico Único. Benefício este de caráter supletivo que se presta a suprir as necessidades dos dependentes na falta do servidor. Aqui, a falta do servidor é temporária, eis que nos termos do parágrafo segundo do dispositivo citado, o benefício só perdurará enquanto o servidor esteve cumprindo pena de reclusão, e assim sendo, cessará o benefício a partir do primeiro dia imediato ao que for posto o servidor em liberdade.

Outra preocupação com a família no Regime Jurídico Único se constata no tocante a assegurar o direito social à saúde, eis que, no rol dos benefícios da seguridade social, encontramos os benefícios de assistência à saúde que se trata de benefício destinado tanto ao servidor quanto ao dependente. Ressalte, mais uma vez, que o regime Jurídico já demonstrou preocupação em garantir e preservar a saúde da família por meio da concessão de licença remunerada por doença em pessoa da família. No campo da seguridade social, ratifica a tutela deste direito

remuneração. (Vide Decreto nº 6.690, de 2008) § 1º A licença poderá ter início no primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica. § 2º No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto. § 3º No caso de natimorto, decorridos 30 (trinta) dias do evento, a servidora será submetida a exame médico, e se julgada apta, reassumirá o exercício. § 4º No caso de aborto atestado por médico oficial, a servidora terá direito a 30 (trinta) dias de repouso remunerado. Art. 208. Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos. Art. 209. Para amamentar o próprio filho, até a idade de seis meses, a servidora lactante terá direito, durante a jornada de trabalho, a uma hora de descanso, que poderá ser parcelada em dois períodos de meia hora. Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. (Vide Decreto nº 6.691, de 2008) Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.”

social eis a necessidade de se ter saúde para preservação do próprio direito a vida, sendo certo que só se tem completude na família quando todos os seus integrantes estão bem para exercício de todos os direitos fundamentais e fundamentais sociais.

É certo que o Regime Jurídico Único refere-se à assistência à saúde tendo como diretriz básica o SUS, ou ainda por meio de convênio ou contrato, prevendo ainda ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor quando se tratar de planos de seguros privados, conforme artigo 230:

Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 11.302 de 2006)²¹⁵

É importante observar que, nos termos do parágrafo único do artigo 230, tem-se uma limitação para o valor do ressarcimento, sendo imposto como limite o total despendido pelo servidor ou pensionista civil com o seguro privado de assistência à saúde.

²¹⁵ BRASIL. **Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, artigo 230.

3 AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL: ATUAÇÃO CONJUNTA DAS ESPÉCIES DA SEGURIDADE SOCIAL PARA GARANTIA DO DEVER CONSTITUCIONAL DESTINADO À FAMÍLIA

3.1 Auxílio-doença no Regime Geral de Previdência Social: rumo ao auxílio-doença parental

Como visto, os benefícios previdenciários são espécies das prestações previdenciárias. Dentre os benefícios previdenciários destinados aos segurados, destacamos o benefício auxílio-doença que se trata de um benefício previdenciário por incapacidade, isto é, a causa para recebimento deste benefício é a incapacidade temporária do segurado para exercício de suas atividades laborativas.

Por incapacidade entende-se toda e qualquer forma de redução da capacidade do cidadão/trabalhador para o exercício do labor que lhe garanta subsistência, quer seja em decorrência de uma moléstia, quer seja em decorrência de um acidente infortunístico, que impeçam o desempenho de suas atividades laborais. É importante destacar que encontramos o conceito de incapacidade no inciso III, do o art. 3º, do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 que dispõe:

Para os efeitos deste Decreto, considera-se: III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.²¹⁶

Ressalte-se que, não obstante a nomenclatura “auxílio-doença” ser utilizada pelo legislador previdenciário, o fato gerador do benefício não é a doença e sim a incapacidade. Nesse sentido esclarece Fábio Zambitte Ibrahim:

O risco coberto é a incapacidade para o trabalho, oriunda de doenças ou mesmo acidentes (o nome da prestação induz a erro). Como o evento é imprevisível tem-se aí a sua natureza não programada. A doença, por si só, não garante o benefício – o evento deflagrador é a incapacidade. Pode um segurado ter uma doença, como miopia, mas nem por isso ser incapacitado.²¹⁷

²¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências, artigo 3º.

²¹⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 626.

Desta forma, poderá um segurado contrair uma doença que não o incapacite para o trabalho, tendo em vista que para aferimento da incapacidade deve se levar em conta a doença e função desempenhada pelo segurado, para verificação do nexo causal entre a doença e as atividades laborativas, isto é, “o auxílio-doença não requer a incapacidade para toda e qualquer atividade, mas tão-somente para aquela habitualmente exercida pelo segurado.”²¹⁸

Nesse sentido Fábio Zambitte Ibrahim discorre:

[...] a incapacidade deve ser avaliada de acordo com a atividade desempenhada pelo segurado, pois uma hérnia de disco, para um segurado que desempenhe suas atividades em um escritório, sentado, não tem a mesma relevância quando comparado com um estivador.²¹⁹

Da mesma forma, Claudia Salles Vilela Vianna acentua:

Assim, se um segurado que exerça, concomitantemente, duas ocupações profissionais (professor e redator, por exemplo) e que venha necessitar de uma cirurgia nas cordas vocais, ficará incapacitado para o exercício da atividade de magistério, percebendo o benefício de auxílio-doença; mas não o estará para a atividade de redator, na qual permanecerá trabalhando normalmente.²²⁰

A finalidade do benefício auxílio-doença consiste na substituição da remuneração do segurado, ante a impossibilidade do labor. Desta forma, estando o segurado privado do exercício de sua atividade laborativa por algum motivo alheio à sua vontade, quer seja a doença ou acidente infortunistico que o incapacite para o labor, carecerá de rendimentos para subsistência própria e familiar, dando lugar ao auxílio-doença.

O benefício de auxílio-doença está disciplinado nos artigos 59 a 63 da Lei 8213 de 24 de julho de 1991, trata-se de “espécie do gênero benefício por incapacidade, o qual é pago sucessivamente substituindo o salário de contribuição ou o rendimento do trabalhador”²²¹. Nos termos do artigo 59²²² será devido ao

²¹⁸ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 467.

²¹⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 626.

²²⁰ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 467.

²²¹ NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224.

²²² BRASIL. **Lei 8213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 59: “O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.”

segurado que se encontrar incapacitado para as atividades laborativas por período superior a quinze dias consecutivos.

O acolhimento do segurado pela previdência social se dará a partir do décimo sexto dia, isto é, o auxílio-doença será devido a partir desta data, quando se tratar de segurado empregado, competindo à empregadora efetuar o pagamento integral da remuneração do empregado, concernente aos quinze primeiros dias de afastamento da atividade laboral. Aos demais segurados, o pagamento do auxílio-doença pelo Instituto Nacional da Seguridade Social será devido a contar da incapacidade ou enquanto perdurar a condição de incapaz (Lei 8213/91, art. 60, caput e § 3²²³).

Além da obrigatoriedade do pagamento do salário integral ao segurado, a empregadora deverá nos quinze primeiros dias, quando dispuser de serviços médicos (próprio ou convênio), realizar exame e abonar as faltas do segurado incapacitado, direcionando o segurado à previdência social para perícia médica após esse período (Lei 8213/91, art. 60, caput e § 4²²⁴). Quando a empresa não contar com serviços médicos “ficará a cargo do médico da previdência, do sindicato ou de entidade pública o fornecimento de atestado. Os atestados médicos deverão obedecer a esta ordem para efeito de abono dos dias em que houve falta do empregado [...]”²²⁵.

Nota-se a atuação conjunta do direito fundamental social ao trabalho e o direito fundamental a previdência social, para garantia da subsistência do trabalhador e de sua família, sendo, portanto, nítida a relação do direito previdenciário com o direito do trabalho. Nesse aspecto, a Consolidação das Leis Trabalhistas, prevê em seu artigo 476 que “em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o

²²³ BRASIL. **Lei 8213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 60: “O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99) [...] § 3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).”

²²⁴ BRASIL. **Lei 8213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 60, § 4º A empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correspondentes ao período referido no § 3º, somente devendo encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 (quinze) dias.”

²²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 26. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 321.

prazo desse benefício”²²⁶. Desta forma, não importa o tempo que o empregado ficará em gozo do benefício previdenciário, será resguardado o direito ao trabalho, não obstante, o caráter transitório do benefício auxílio-doença.

Nos termos do artigo 63²²⁷, o segurado empregado incapacitado para as atividades laborativas que estiver usufruindo do benefício auxílio-doença, será considerado pelo empregador como licenciado. Sendo certo que, caso a empresa conceda ao segurado licença remunerada, terá obrigação de pagar a este, eventual diferença existente entre o valor do auxílio-doença e a importância garantida pela licença, enquanto perdurar a incapacidade, isto é, enquanto o segurado estiver em gozo do benefício.

Para ter direito ao auxílio-doença, o segurado deverá comprovar carência de doze contribuições mensais, nos termos do artigo 25 da Lei de Benefícios. Essa obrigatoriedade de comprovação de carência não será observada quando se tratar de incapacidade resultante de acidente de qualquer natureza ou vinculado a doença profissional ou do trabalho, e ainda em caso de segurados que, após filiação ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças ou afecções²²⁸ devidamente elencadas em lista pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social que requeiram tratamento particularizado, por causarem estigma, deformação, mutilação, deficiência, entre outros (Lei 8213/91, art. 26, II).

Há de se ressaltar que, diante da importância da eficácia dos direitos fundamentais sociais, bem como por serem estes de obrigação do Estado por meio de prestações positivas, “a previdência social deve processar de ofício o benefício, quando tiver ciência da incapacidade do segurado sem que este tenha requerido auxílio-doença”.²²⁹ Portanto, compete à previdência social, quando não solicitado e

²²⁶ BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**, artigo 476.

²²⁷ BRASIL. **Lei 8213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, artigo 63: “O segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado. Parágrafo único. A empresa que garantir ao segurado licença remunerada ficará obrigada a pagar-lhe durante o período de auxílio-doença a eventual diferença entre o valor deste e a importância garantida pela licença.”.

²²⁸ “As doenças ou afecções que independem de carência para concessão do auxílio-doença são: Tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); Síndrome da Imunodeficiência Adquirida-AIDS; contaminação por radiação com base em conclusão da medicina especializada; ou hepatopatia grave.” BRASIL. **Ministério da Previdência Social**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/inicial-inscricao-mais-orientacoes-duvidas-frequentes-carencia-lista/>. Acesso em 05 abr. 2014.

²²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 26. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 322.

havendo a impossibilidade do exercício das atividades laborativas, conceder o benefício previdenciário ao segurado incapacitado.

Como visto até aqui, o benefício de auxílio-doença encontra guarida legal apenas diante da incapacidade do segurado devidamente comprovada por médicos, isto é, pressupõe a existência de uma doença visível ou ainda de um acidente que importa a visibilidade da incapacidade por meio de atestado médicos e/ou exames médicos. O que fazer diante de uma enfermidade que não se pode ver a olhos nus, ou que não pode ser aferida pelos médicos das empresas e convênios, ou peritos médicos? Será que o benefício pode ser concedido em decorrência de uma incapacidade emocional, moral ou social? Vamos mais adiante, será que o auxílio-doença poderá ser concedido ao segurado para tratar de pessoa da família que se encontra doente e que necessite de amparo e cuidados constantes do segurado, impedindo o exercício da atividade laboral?

Vamos procurar demonstrar que a resposta para todos os questionamentos é positiva. Nesse sentido, também é o entendimento de Fábio Zambitte Ibrahim:

Importa reconhecer que a incapacidade para o trabalho não é derivada somente de doenças típicas, aferíveis por médico-perito. A previdência social ainda reluta em admitir a existência de incapacidades de outra ordem, de natureza moral ou social, quando não há inaptidão funcional, fisiológica do segurado, mas de outra ordem²³⁰

Entendemos como incapacitado para trabalho, o segurado que se encontra com uma pessoa da família, isto é, um dependente (qualquer dos integrantes das três classes indicadas pelo Regime Geral de Previdência Social), a saber, cônjuge, pais, filhos e irmãos padecendo de uma enfermidade e necessitando de tratamento, amparo e cuidados por parte do segurado. Notória, portando, a incapacidade de ordem emocional, moral e social, por não ser possível vislumbrar no segurado condições físicas e psicológicas para realização de suas atividades laborativas, estando um dependente necessitando de seus cuidados.

Há de se observar que, caso o segurado seja considerado apto para o trabalho estando um familiar enfermo em fase terminal, na dependência de seus cuidados, poderá gerar danos irreparáveis para saúde do próprio segurado, bem como culminará em danos extremos a saúde daquele, podendo levar até mesmo a

²³⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.626.

morte. E assim sendo, se o segurado ter a obrigatoriedade de exercer as atividades laborativas com o sentimento e a penúria do familiar, poderá até causar problemas neurológicos, em decorrência da preocupação e limitação do segurado em amparar seu familiar, ou até mesmo, poderá ocasionar um acidente vascular cerebral que normalmente deixa seqüelas. Por outro lado, resultaria em atentando a propagação e preservação da entidade familiar, isto é, feriria a própria estrutura da sociedade, além de configurar violação aos preceitos constitucionais, consubstanciados na tutela especial destinada a família.

Nesse sentido é o entendimento de Fábio Zambitte Ibrahim, para tanto, apresenta o autor, um exemplo para subsidiar a concessão do benefício auxílio-doença para tratamento de pessoa da família:

Por exemplo, um segurado, fisicamente apto, tem o pesado encargo de cuidar de um parente em estado terminal, com curta expectativa de vida. Havendo, elevado sentimento para com essa pessoa, estará ela muito provavelmente, incapacitada de dedicar-se ao seu mister, possivelmente colocando em risco sua integridade física e das pessoas a sua volta. Obviamente, se coagida a trabalhar, sob pena de indigência, irá exercer alguma atividade, mas isso não é argumento aceitável para excluir-se essa pretensão, pois até mesmo o segurado com doença grave irá se arrastar ao trabalho, se essa for à única saída para sobrevivência. É justamente para erradicarmos essa situação que a previdência social existe.²³¹

Urge o reconhecimento pelo Regime Geral de Previdência Social do benefício auxílio-doença para garantir ao segurado o direito e o dever constitucional de cuidar do segurado doente e/ou em fase terminal.

Estamos tratando, desta forma, do auxílio-doença parental. Isto é, benefício direcionado ao segurado, mas para preservação da família e dos laços familiares, tendo em vista que, a proteção destinada à família do trabalhador no Regime Geral de Previdência Social se dá em caráter supletivo, ou seja, os benefícios destinados a família servirão para proporcionar renda quando o trabalhador não estiver presente no seio familiar, seja por causa da morte, onde se tem lugar o benefício previdenciário de pensão por morte, seja em virtude de encarceramento do segurado que cometeu um delito e está cumprindo pena de reclusão, onde se tem lugar o auxílio reclusão.

Carlos Alberto Vieira de Gouveia utiliza o termo auxílio-doença parental e apresenta um exemplo fático demonstrando a existência de incapacidade diante da

²³¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.626.

presença de um ente familiar doente, para tanto o autor tece sobre o tema as seguintes considerações:

Aqui, meus amigos, trazemos uma discussão velha, porém, com uma loção bastante intrigante. Imaginemos a seguinte situação: Uma mãe com uma filha as beiras da morte em um UTI de Hospital, sabendo qual a expectativa de vida de sua filha está sendo aumentada graças ao poder curativo do amor, isto mesmo, amigo, poder de cura do amor. Será que esta mãe teria condições de trabalhar? Obviamente que não, no entanto, não temos no Regime Geral de Previdência Social uma licença ou mesmo um auxílio para tratar de doenças em parentes como existe, por exemplo, no Regime dos Servidores Públicos da União.

Assim, pergunta-se o que fazer para que esta mãe fique com a sua filha e seja ampara de alguma forma pela Previdência Social?

Foi com base nisso que surgiu a tese do Auxílio-Doença Parental, o qual aloca o segurado em gozo do aludido benefício, não por este encontra-se incapaz fisicamente para o labor, mas porque sua presença é mais necessária em outro lugar, ao lado do ente adoecido, até porque quem conseguiria trabalhar sabendo que seu parente precisa de você? ²³²

Questiona-se para eficácia do direito fundamental social à previdência social, a possibilidade de benefício previdenciário que ampara o segurado, mas tem seu direcionamento para a proteção da família como entidade primária do Estado. E, assim sendo, o auxílio-doença parental se trata de benefício para o segurado, porém com a finalidade de proteger um ente familiar, ou melhor, a família do segurado.

Não se pode admitir entendimento que cogite a ideia de que estando o segurado presente, a previdência social não pode amparar a sua família, por não existir fundamentos jurídicos ou sociais que permitirão o sistema previdenciário custear e amparar a família do segurado, por ser a família, entidade tutelada pelo Estado.

É certo que já existe posicionamento jurisprudencial a favor da concessão do benefício auxílio-doença parental, eis que a função jurídica do Estado consiste também na resolução dos conflitos intersubjetivos existentes em sociedade. Assim, em havendo a existência de um conflito, obrigatória a atuação do Poder Judiciário, por ser o Estado detentor do monopólio da Jurisdição. Nesse sentido, Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco ensinam:

O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas 'a providência do seu povo', no sentido de assumir para si certas funções essenciais

²³² GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **Benefício por incapacidade & perícia médica**: manual prático. Curitiba: Juruá, 2012, p. 82.

ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem [...] Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa até é a pacificação com justiça [...] compreende também as providências de ordem jurídica destinadas, como já vimos, a disciplinar a cooperação entre indivíduos e a dirimir conflitos entre pessoas em geral. Tal é a função jurídica do Estado.²³³

No contexto em tela, compete ao Judiciário a concessão do auxílio-doença parental para garantia e eficácia do direito social ao trabalho e a previdência social, eis que não se encontra explicitamente substrato para concessão na Lei de Benefícios. Oportuno registrar a posição do Poder Judiciário de Santa Catarina que reconheceu a incapacidade psicológica de uma mãe para o exercício do labor, por estar à filha em fase terminal:

[...] Pelo que se extrai dos documentos juntados com a inicial e da análise da perícia judicial realizada, a enfermidade que acomete a filha da postulante bem como expectativa de sobrevida é o limite de 1 ano de idade, em razão de complicações pulmonares, sendo que no caso a criança já conta com 1 ano e 3 meses de vida, criando para a autora um quadro tal em que, ao mesmo tempo em que acredita na possibilidade de recuperação da filha, também tem conhecimento de que não existe possibilidade médica de cura e pior, que a cada dia que passa mais próximo esta de uma notícia desalentadora. Evidente assim que, apesar de fisicamente a postulante não ter qualquer limitação para o trabalho, sob o ponto de vista psicológico, conforme destacado pela perícia judicial, não vislumbra qualquer possibilidade de que a autora possa desenvolver atividade profissional. No caso, não se pode desconsiderar o fato de que a criança necessita de um acompanhamento individualizado que é feito pela mãe já que a UTI tem apenas atendimento coletivo, conforme consta da perícia. Já a contratação de uma enfermeira para atendimento individualizado até poderia suprir a necessidade médica da criança, mas sem contato afetivo mãe-filha que, nos termos da perícia médica, gera à criança 'maior possibilidade de sobrevida, segurança e conforto familiar'. Dessa forma, tanto pelo lado psicológico da mãe, que não conseguiria qualquer rendimento satisfatório indo trabalhar e deixando a vida de sua filha esvair-se no hospital, quanto pelo lado da criança, que tem maior expectativa de vida ao receber o atendimento materno, verifica-se que não existe a mínima capacidade laboral por parte da requerente. [...] Em sendo assim, a conclusão desse juízo é que existe direito à concessão do benefício auxílio-doença, a ser mantido enquanto persistir o quadro fático noticiado nos autos. [...]²³⁴

²³³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 26. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43 e 44.

²³⁴ "Processo 2006.72090007861/SC – Sentença Publicada em 23.06.2006. Trânsito em Julgado em 09.11.2006 – Turma Recursal de SC – confirmou por unanimidade a sentença *a quo*." Decisão citada por Carlos Alberto Vieira de Gouveia no item "Auxílio-Doença Parental" com as seguintes observações: "Para ilustrar tal situação, vejamos este caso, que é digno de lágrimas pela situação e de palmas pela saída encontrada coma base na tese do advogado, no laudo médico-perito e na

A decisão do Poder Judiciário de Santa Catarina foi a mais acertada possível. Primeiramente, convém ressaltar que a própria perícia-médica reconheceu a incapacidade psicológica da autora, o que foi ratificado pelo Juízo. Assim, verifica-se que a decisão preservou os valores humanos, bem como os laços de afetividade da família, sendo certo que conforme comprovação médica, o alento, o carinho, o amor da mãe para com a filha, detinha poder curativo, eis que restou comprovado a maior capacidade de sobrevivência da criança quando esta contava com a presença da mãe. Portanto, verifica-se que a concessão do benefício auxílio-doença parental tem o condão de resguardar a propagação da vida e da família.

3.1.1 Auxílio-doença parental e a regra da contrapartida

Como visto, os benefícios e serviços da seguridade social só poderão ser criados, majorados ou estendidos com a correspondente fonte de custeio total. Isto é, para criação, majoração ou extensão de um benefício deverá se criar uma fonte de custeio específica. Com efeito, convém destacar que a regra da contrapartida não se torna óbice para concessão do auxílio-doença parental.

Importa destacar que o benefício auxílio-doença parental terá seu direcionamento ao segurado que cumprir, nos termos da Lei de Benefícios, a carência exigida, bem como após constatação da incapacidade pelo órgão competente por meio de perícia médica.

Ressalte-se, ainda, que não haverá mudança na destinação do benefício, ou seja, o benefício auxílio-doença parental não se trata de benefício destinado ao dependente e sim ao segurado que se encontra incapaz temporariamente para exercício do labor, diante de uma moléstia terminal que acomete o seu dependente e impossibilita o segurado realizar a contento suas atividades laborativas. Tendo em vista que o conceito de incapacidade não possa ser restrito tão somente a condições físicas, devendo se estender a questões psíquicas. Como vislumbrar capacidade em um segurado que tem seu filho, sua esposa, sua mãe ou seu pai padecendo de uma moléstia grave e necessitando de seus cuidados? Será que este segurado sendo

obrigado a trabalhar não colocará em risco a sua própria vida e dos demais colegas de trabalho por uma incapacidade psíquica?

Há de se observar que a “incapacidade laborativa é a falta de capacidade, ou ainda, a inaptidão para realizar dada tarefa ou atingir determinado fim, no meio de trabalho, e pode ser física ou psíquica”.²³⁵

Quanto ao conceito de incapacidade como risco social que impede o perfeito desempenho do trabalho Michel Cutait Neto qualifica:

A incapacidade como risco social é fruto do trabalho, ou, mais precisamente que isso, a incapacidade se refere ao trabalho, à especial situação que retira, suprime, diminui e afeta o exercício do trabalho. Este é o gravame fundamental quando se pretende proteger as situações de incapacidade, isto é, a situação de incapacidade que prejudica o perfeito desempenho do trabalho²³⁶

Portanto, presente a incapacidade como risco social que deve ser amparada pelo sistema previdenciário, pois não há como se vislumbrar a realização do perfeito desempenho do trabalho, estando um segurado da previdência social com encargo de cuidar de um familiar doente, em caráter emergencial ou terminal, e não podendo o fazer em decorrência do seu trabalho.

Assim, para concessão do benefício auxílio-doença parental, não há que se falar em violação da obrigatoriedade constitucional da preexistência do custeio, eis que não se trata de criação de um novo benefício, pois estamos tratando de um benefício existente, qual seja, o auxílio-doença. Igualmente, não se pode cogitar também, que se trata majoração do benefício, eis que apenas reconhece o fator incapacitante de ordem emocional (psíquica), moral e social. Portanto, a concessão do auxílio-doença parental não fere a “regra da contrapartida”, sendo, desta forma, a mesma base de custeio do auxílio-doença, por se tratar do mesmo benefício que tem como fato gerador a incapacidade do segurado.

Fábio Zambitte Ibraim esclarece que mesmo havendo gasto para o Regime Geral de Previdência Social, este fator não deve ser fundamento para não concessão do benefício, sugerindo o autor adequação do sistema:

Se o reconhecimento destas incapacidades mais gerais implicar gasto não inicialmente previsto pelo sistema, cabe reparo atuarial no plano de custeio, mas nunca olvidar estas situações tão relevantes. Melhor seria limitar prestações sem risco social expresso, como a aposentadoria por tempo de contribuição, e direcionar recursos para

²³⁵ CALLERI, Carla. **Auxílio-doença-acidentário e os reflexos no contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p.49.

²³⁶ NETO, Michel Cutait. **Auxílio-doença**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2009, p. 116.

estas pretensões necessárias. [...] A previdência social brasileira ainda tem muito a se aprimorar nas prestações por incapacidade, pois há muito que se perquiri sobre o real com conceito de inaptidão para o trabalho.²³⁷

Não se pode olvidar que a previdência social seja um seguro social amplo que tem o condão de proteger o cidadão/trabalhador das intempéries sociais (riscos). A previdência social não pode fechar os olhos para este fator incapacitante que se trata de uma realidade presente e que pode sobrevir a qualquer segurado.

Vale destacar que, o benefício auxílio-doença encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, para preservação da família, bem como por ser de obrigação da previdência social a cobertura dos riscos sociais, por se tratar de um regime contributivo/retributivo. Portanto, se faz necessário a implantação desta proteção destinada ao segurado para cuidados de um dependente enfermo, de forma a reconhecer a incapacidade psicológica ou emocional, moral e social para o exercício das atividades laborativas, reconhecendo, desta forma, este fator incapacitante e não ampliando um benefício existente. E, ainda, enquanto pendente a regulamentação e reconhecimento desta prestação previdenciária no Regime Geral, compete ao Poder Judiciário à atuação para fins de preservar o direito ao trabalho do segurado, bem como para garantir o cumprimento dos deveres constitucionais destinados à família, bem como para garantia de uma vida digna ao segurado e ao familiar doente.

3.1.2 Requisitos para concessão do auxílio-doença parental

Primeiramente, convém acentuar para recebimento do benefício auxílio-doença parental que o segurado da previdência social precisa estar exercendo o direito ao trabalho, não bastando apenas estar na condição de segurado. Isto é, para recebimento do benefício, o segurado deve estar trabalhando na condição de empregado, com ou sem vínculo empregatício, ou na condição de contribuinte individual, enfim, que o segurado esteja no exercício de uma atividade remunerada abrangida pela previdência social, tendo em vista que o benefício prescinde a existência da incapacidade para o exercício da atividade laborativa.

²³⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.627.

Isto porque, pode um trabalhador manter a qualidade de segurado estando desempregado ou afastado das atividades laborais, ou, ainda, quando não esteja exercendo uma atividade remunerada, período este que tem a denominação de “período de graça”. Sendo certo que, nos termos do inciso II, do artigo 15 da Lei de Benefícios, o segurado da previdência social que deixar de exercer uma atividade remunerada, ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração, manterá até o período de doze meses após a cessação das contribuições, a qualidade de segurado. E mais, nos termos do parágrafo 1º do artigo em comento, o prazo de doze meses será prorrogado até vinte e quatro meses, se o segurado comprovar pagamento de mais de cento e vinte contribuições mensais sem interrupção. Ressalte-se ainda que, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo, poderá ainda os prazos de doze ou vinte e quatro meses ser acrescidos de mais dozes meses se o segurado estiver desempregado, desde que esta situação seja comprovada pelo Ministério do Trabalho e previdência social.

Assim, importa ressaltar que o primeiro requisito para a concessão do auxílio doença parental é o exercício do trabalho, tendo em vista que a incapacidade do trabalhador/segurado terá lugar ante a impossibilidade do exercício laboral por existir a necessidade, o encargo de cuidar e assistir um dependente enfermo, permeando assim, a incapacidade moral, social ou psíquica. Portanto, o segurado que estiver no “período de graça”, não fará jus ao benefício do auxílio-doença parental. Da mesma, o segurado facultativo, pois este contribui para a previdência social, porém não exerce atividade remunerada. Destaque-se, porém, que o segurado que esteja no período de graça ou o segurado facultativo fará jus aos benefícios previdenciários nos termos legais, podendo assim usufruir do benefício auxílio-doença comum.

Como segundo requisito, tem-se a necessidade da existência da incapacidade para a atividade laborativa. Como visto, para a concessão do auxílio-doença o fator determinante não é a doença e sim a doença que implique em afronta ao exercício pleno do trabalho. Aquela que reduza a capacidade para o trabalho. Assim para concessão do auxílio-doença parental não há que se falar em qualquer doença que acometa o dependente do segurado. É necessário que seja uma doença determinante, que destacamos uma das doenças ou afecções devidamente elencada em lista pelo Ministério da Saúde e o da Previdência Social que requeiram tratamento particularizado, por causarem estigma, deformação, mutilação, deficiência, entre outros (Lei 8213/91, art. 26, II), conforme supracitado, ou que leve

o dependente a uma fase terminal, ou em decorrência de um acidente infortunístico. Ademais, é necessário que esta doença que acometa o dependente do segurado implique em danos a saúde do segurado diante da inexistência de outra pessoa para cuidar e tratar o dependente, levando a configuração do requisito de incapacidade para o trabalho do segurado.

Assim, far-se-á necessário a comprovação da inexistência de outra pessoa no seio familiar para cuidar do dependente do segurado, recaindo sobre este o encargo de cuidar do familiar (dependente) enfermo, porém, não o podendo, em decorrência do trabalho. Com efeito, o segurado tem prejuízo no desempenho do perfeito trabalho levando a incapacidade de ordem emocional, moral ou psíquica que deverá ser diagnosticada pelos médicos, bem como peritos competentes do órgão do Instituto Nacional da Seguridade Social.

Nos moldes da licença do Regime Jurídico Único necessário se faz para caracterização da incapacidade para fins de concessão do auxílio-doença parental que não exista outra pessoa no seio familiar para cuidar do enfermo, bem como seja demonstrado pelo segurado a impossibilidade de prestar assistência ao enfermo concomitantemente como o trabalho, quer pela mudança de turno, quer por revezamento.

Há de se observar desta forma que o benefício auxílio-doença parental se trata de um benefício facultativo, isto é, prescinde do requerimento do segurado ante a incapacidade para o exercício do perfeito trabalho. Assim, o benefício só será processado pela previdência social se requerido pelo segurado que comprovar a incapacidade para o trabalho diante da enfermidade terminal de um dependente.

E, assim sendo, poderá o benefício auxílio-doença parental ser concedido ao segurado homem ou a segurada mulher, nunca para ambos em decorrência da mesma enfermidade no mesmo dependente. Isto é, para esclarecermos, imaginemos um menor enfermo que conta com a presença de dois segurados que exerçam atividade remunerada, sendo o pai e a mãe. Este dependente precisa e conta exclusivamente com o pai e a mãe, ante a obrigatoriedade constitucional dos pais de criar, educar e assistir os filhos menores. Sobrevindo uma enfermidade neste menor, este precisará ter cuidados e assistência, assim o segurado que comprovar a incapacidade para o labor em decorrência da moléstia do menor deverá requerer o benefício auxílio-doença parental. Uma vez concedido o benefício a um dos segurados, seja ao pai ou à mãe, o outro segurado não poderá requerê-lo, eis a

falta de um dos requisitos que seja a inexistência de uma pessoa no seio familiar para cuidar do doente. Assim, se o benefício for concedido ao pai segurado, a mãe segurada não poderá alegar incapacidade psíquica, moral ou social pela falta de amparo do menor, pois o mesmo se encontra sob cuidados do pai que teve o benefício deferido.

Verifica-se, desta forma, que o benefício auxílio-doença parental visa primeiramente resguardar e preservar o direito social à saúde de algum dos dependentes do segurado e, em um segundo momento, preservar a saúde do segurado que se encontra incapaz para o trabalho ante o encargo e a obrigatoriedade constitucional e moral de cuidar do dependente enfermo.

3.2 Os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana como substrato para a concessão do auxílio-doença parental

Os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana atuam como substrato para concessão do auxílio-doença parental, eis que configuram a base do Estado Democrático de Direito.

O princípio da igualdade é indissolúvelmente associado à democracia, se tratando, desta forma, de expressão direta deste regime político.²³⁸ E, em havendo respeito ao princípio da igualdade, isto é, em havendo o tratamento igualitário, automaticamente ter-se-á o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que todos os seres humanos são detentores de sua própria dignidade.

Nesse sentido Luis Antonio Rizzatto Nunes discorre:

[...] no atual Diploma Constitucional, pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana. É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado, primeiramente pelo intérprete.²³⁹

²³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 281.

²³⁹ NUNES, Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

É importante destacar que “a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra [...]”.²⁴⁰

Anna Cândida da Cunha Ferraz elucida:

Constitui o princípio da igualdade um ideal permanente em toda a sociedade democrática, que não apenas deve se propor a assegurá-la a todos, no plano jurídico, como, e principalmente, a superar as desigualdades no plano jurídico e no plano da vida concreta. Assim, a construção jurídica do princípio da igualdade, que visa fundamentalmente à justiça, é conquista e tarefa ingente de toda Constituição contemporânea.²⁴¹

Não se pode olvidar que o direito à igualdade se trata de um dos ideais da Revolução Francesa, que preconizava: igualdade, liberdade e fraternidade, bem como se trata de direito que guarda total relação com os direitos sociais, tendo em vista que, conforme supramencionado, estes “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula”.²⁴²

Assim, no plano dos direitos humanos, no cenário pós-guerra, encontramos no preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945, a reafirmação da fé nos princípios da dignidade e da igualdade:

Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e da mulheres, assim como da nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.²⁴³

A Declaração Universal dos Direitos Humanos demonstra em seu preâmbulo, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família e declara serem os direitos iguais inalienáveis e fundamento da liberdade, da justiça e da paz

²⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed., atual., até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011, São Paulo: Malheiros, 2012, p.72.

²⁴¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In BITTAR, Eduardo C. B. Bittar e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006, p. 147.

²⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.564.

²⁴³ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Organizadores). **Mini-código de direitos humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 193.

no um mundo, bem como demonstra a preocupação em assegurar uma sociedade fundada sob os auspícios da igualdade e fraternidade, para tanto destacamos os seguintes artigos:

Artigo 1º. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 7º. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.²⁴⁴

A Constituição da República em seu preâmbulo traça as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas de um Estado democrático de direito, o qual traz em seu bojo a preocupação com direitos sociais, bem como a efetivação do direito à igualdade. É o que consta de modo expresso, no Preâmbulo de nossa Lei Maior:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de **Deus**, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.²⁴⁵

Cumprindo os ideais preambulares, o legislador constituinte brasileiro, estabeleceu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (CF., art. 1º, III), bem como constituiu como um dos seus objetivos, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF., art. 3º, IV).

Ainda em uma análise sistemática faz-se relevante citar o artigo 5º da Carta Magna no qual se encontra vedação, certo que voltada em princípio para a lei ordinária, de limitação ou restrições que firam o princípio da igualdade ao determinar que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.²⁴⁶

José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais. Explica o autor que ser igual perante a lei não significa apenas ser igual na aplicação da lei.

²⁴⁴ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Organizadores). **Mini-código de direitos humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 221.

²⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 5, *caput*.

Trata-se de um comando onde a própria lei deve tratar igual a todos os cidadãos. Isto é, o princípio da igualdade deve ser observado na criação de um direito igual para todos os cidadãos, em outras palavras, o princípio da igualdade direciona-se ao legislador, que ao criar um direito, deve se atentar para todos os cidadãos que estão nas mesmas condições. Aqui, o autor faz referência ao sentido de igualdade na própria lei como postulado de racionalidade prática, que impõe o dever da lei prever iguais situações ou resultados jurídicos para todos os indivíduos com as mesmas características.²⁴⁷

Desta forma, com um olhar voltado para a interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, cabe-nos enfatizar que a concessão do benefício auxílio-doença parental encontra guarida no princípio da igualdade, tomando como referência o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos, eis que como visto, neste regime os servidores públicos gozam de licença remunerada para cuidar de pessoa da família doente, assim justifica-se a concessão deste benefício no Regime Geral de Previdência Social.

Nesse sentido, vale ressaltar que o princípio da igualdade deve ser observado pelo legislador, portanto, veda-se a criação de privilégios sem fundamentação legal apropriada, isto é, não se deve admitir tratamento diferenciado entre as classes trabalhadoras, por não estar diante das permissões constitucionais para fazê-lo, tendo em vista que o Regime Geral de Previdência Social se trata de um regime amplo que atua até mesmo de forma subsidiária ao Regime Jurídico Único em casos de omissões. Em análise ao sistema constitucional, as normas que asseguram tratamento diferenciado são excepcionais que tomam como marco o princípio da igualdade. Como por exemplo, no caso dos deficientes, idosos, pessoas carentes, as normas constitucionais e infraconstitucionais excepcionam o princípio da igualdade, dando-lhes proteção reforçada²⁴⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello em nota introdutória assevera:

²⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Edições Almedina, 2003, p.426-427.

²⁴⁸ “A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.” MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 32.

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. [...] A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratá equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.²⁴⁹

Alexandre de Moraes explica:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamento abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao interprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.²⁵⁰

Portanto, não se justifica tratamento especial a uma classe de trabalhadora pelo fato de se prestar um concurso público, eis que todos trabalhadores devam ser tratados com igualdade, pois se assim o fosse, o Estado deveria garantir a todos os cidadãos vagas decorrentes de concurso público²⁵¹, o que culminaria na eliminação do trabalho privado.

Patrícia Uliano Effting discorre:

Tratar os homens com igualdade é alocá-los no mesmo nível, ou seja, tratá-los como seres humanos. Não se admite que um ser humano seja tratado com desrespeito ou como 'coisa', por apresentar uma diferença física, social, cultural, econômica ou qualquer outra. Quando se atribui um mesmo valor para todos os homens, independente de suas características particulares identifica-se respeito pelas suas necessidades fundamentais, permitindo-lhes viver em liberdade e, ainda, garantindo sua equiparação como integrantes da mesma espécie. Esta afirmativa converge para a

²⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 21. Tir, São Paulo: Malheiros, 2012, p.09,10.

²⁵⁰ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 32.

²⁵¹ "A proibição genérica de acesso a determinadas carreiras públicas, tão somente em razão de idade do candidato, consiste em flagrante inconstitucionalidade, uma vez que não se encontra direcionada a uma finalidade acolhida pelo direito, tratando-se de discriminação abusiva, em virtude da vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX), que consiste em corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental da igualdade (CF, art. 5º, caput), que se entende, a falta de exclusão constitucional inequívoca [...]". MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 33.

possibilidade de participar como igual em um determinado grupo, o que pressupõe uma sociedade democrática.²⁵²

Da mesma forma, não se justifica a destinação de licença remunerada tão somente aos servidores públicos, devendo ser estendida também, aos demais trabalhadores do Regime Geral de Previdência Social, por meio do auxílio-doença parental, tendo em vista que em um Estado social não se pode admitir tratamentos ou privilégios, por existirem barreiras equitativas.

Há de se ressaltar que, a Lei nº 9717/98 que dispõe do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis determina no mencionado artigo 5º, vedação para concessão nos regimes próprios de previdência social de servidores públicos, benefícios distintos do Regime Geral de Previdência Social, com exceção da permissão constitucional. É certo que, a licença por motivo de doença em uma pessoa da família, não se inclui no rol dos benefícios previdenciários, mas sim no rol das licenças do servidor. Invertendo, a amplitude dos regimes previdenciários, com base nos princípios da igualdade e o princípio da dignidade humana, para concessão do auxílio-doença parental, o Regime Geral de Previdência Social valer-se-á como parâmetro o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos, como meio eficaz para realçar a dignidade da pessoa do segurado, bem como do familiar enfermo.

Na nossa concepção, voltada para um olhar jusnaturalista, a dignidade trata-se de valor transcendental, moral e inerente ao homem de cunho espiritual, moral inerente ao ser humano, que evade à esfera jurídica, tendo como precedência o direito natural que através da positivação é transmitida e garantida na seara normativa. Como mencionado, partimos da concepção de ser homem criado a imagem e semelhança de Deus. E assim sendo, o homem ao ser criado foi dotado de dignidade, isto é, um ser único, criado por Deus. Portanto, em hipótese alguma, poder-se-á violar a dignidade da pessoa humana.²⁵³

²⁵² EFFITING, Patrícia Uliano. **A finalidade do princípio da igualdade: a nivelção social – interpretação dos atos de igualar**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 25.

²⁵³ Fábio Konder Comparato tece as seguintes considerações sobre a pessoa humana e seus direitos: “[...] essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus. Ao se iniciar a colonização moderna com a descoberta da América, grande número de teólogos sustentou que os indígenas não podiam ser considerados iguais em dignidade ao homem branco. [...] De qualquer, a mensagem evangeliza postulava, no plano divino, uma igualdade de todos os seres humanos, apesar

Nesse sentido, em notas introdutórias Vander Ferreira de Andrade entende que a dignidade da pessoa humana não se trata de criação da ciência, pois sempre existiu e preexistiu, estando acoplada a existência humana:

A ciência não teria assim criado o fundamento da dignidade da pessoa humana, mas teria sim, realizado a sua descoberta em meio ao movimento da história; torna-se, portanto, incumbência dos povos e nações que ainda não se aproximaram deste estágio do devir humano, incorporar ao seu ordenamento supremo este princípio, mesmo que para isto signifique derrogar algumas de suas tradições, e ainda que se possa estendê-las como expressões ou manifestações de suas culturas milenares. Amalgamada a dignidade da pessoa humana à norma hipotética fundamental, não basta declinar os seu mais sintético enunciado: cumpra-se a constituição; é preciso, antes de tudo que a norma constitucional prestigie o homem, em razão de sua natureza humana, originariamente divina.²⁵⁴

Giovanni Pico Della Mirandolla reconhece a essência da natureza humana e sua dignidade por ser o homem a mais bela criatura divina:

Finalmente, pareceu-me ter compreendido por que razão é o homem o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda a admiração, e qual enfim a condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas bestas, mas também pelos astros e até pelos espíritos supramundanos. Coisa inacreditável e maravilhosa. E como não? Já que precisamente por isso o homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser animado, sem dúvida digno de ser admirado [...] Já o Sumo Pai, Deus arquitecto, tinha construído segundo leis de arcana sabedoria este lugar o mundo como nós vemos, augustíssimo templo da divindade. Tinha embelezado a zona superceleste com inteligências, avivado os globos etéreos com almas eternas, povoado com uma multidão de animais de toda a espécie as partes vis e fermentantes do mundo inferior. Mas, consumada a obra, o Artífice desejava que houvesse alguém capaz de compreender a razão de uma obra tão grande, que amasse a beleza e admirasse a sua grandeza. Por isso, uma vez tudo realizado, como Moises e Timeu atestam, pensou por último criar o homem [...]²⁵⁵

Immanuel Kant aloca a dignidade acima de qualquer preço. O autor esclarece que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade, afirmando que a coisa que tem preço, pode admitir-se pelo mesmo preço atribuído outra coisa equivalente. Esclarece ainda o autor que, quando a coisa está acima do preço, aqui nos referimos à pessoa humana, ou seja, a pessoa humana não tem preço, e em sendo

de suas múltiplas diferenças individuais e grupais. [...]” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

²⁵⁴ ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana: valor-fonte da ordem jurídica**. São Paulo: Cautela, 2007, p. 17-19.

²⁵⁵ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Trad. por Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2006, p. 55.

assim, não se permite o critério da equivalência, por ter a pessoa humana dignidade.

²⁵⁶ Prossegue o autor esclarecendo:

Esta apreciação dá, pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.²⁵⁷

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.²⁵⁸

José Afonso da Silva afirma:

[...] a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano [...]. A Constituição, reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. [...] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.²⁵⁹

Márcia Cristina de Souza Alvim explica que dignidade humana é intangível e indisponível. No plano da intangibilidade, não permite nada que afete a sua integridade, competindo ao Estado garanti-la, isto é, compete aos poderes públicos a promoção e proteção da integridade da dignidade humana. No plano da

²⁵⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In: Os Pensadores – II, p. 103-162. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 140.

²⁵⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In: Os Pensadores – II, p. 103-162. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 140.

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

²⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, 8. ed., atual., até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011, São Paulo: Malheiros, 2012, p.40.

indisponibilidade, não se admite a ninguém dispor do valor da dignidade, isto é, nem o próprio indivíduo pode dispor, estendendo-se também, a vedação de renúncia dos direitos que são inerentes a pessoa.²⁶⁰

Jorge Miranda assegura:

[...] a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível e insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. Em todo o homem e em toda a mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade.²⁶¹

Portanto, cada ser humano, seja ele servidor público, seja ele trabalhador urbano, rural, doméstico, é detentor de dignidade o que por si só já justifica a concessão do auxílio-doença parental para os segurados do Regime Geral de Previdência Social, por se tratar de valor supremo, intangível e indisponível, sem mencionar a obrigatoriedade de se garantir a eficácia dos benefícios previdenciários, por se tratar de direitos fundamentais sociais que ao Estado compete o dever prestacional como meio garantidor da dignidade da pessoa humana.

Paulo Bonavides explana:

[...] uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Urge, por conseguinte, interpretar tais direitos como um modo que se lhes reconheça o mesmo quadro de proteção e garantia aberto pelo constituinte em favor do conteúdo material do § 4º do art. 60, ao qual eles pertencem pela universalidade mesma da expressão direitos garantias individuais..²⁶²

Com efeito, “[...] de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas.”²⁶³

Há de se observar que a obrigatoriedade de reconhecimento do tratamento igualitário entre cada cidadão que aqui destacamos cada trabalhador advêm da observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira:

²⁶⁰ ALVIM, Márcia Cristina de Souza. **A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO, Osasco, ano 7, n.2, 15-25., p.21.

²⁶¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 2. ed., Coimbra Editora, 1993, p. 169.

²⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.658.

²⁶³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 2. ed., Coimbra Editora, 1993, p. 167.

A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos. Isso significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Essas inscrições constitucionais são resultado e consequência de lutas e conquistas políticas associadas à evolução do pensamento, desenvolvimento das ciências e das novas tecnologias. É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.²⁶⁴

Michel Cutait Neto enfatiza:

A dignidade como corolário direto do bem-estar social é o valor crucial para que as pessoas, inseridas numa sociedade, possam exercer sua existência humana com tranqüilidade, livres de violência, livres da miséria, da pobreza, da marginalização e de qualquer forma de discriminação entre uns e outros. A dignidade é mais que um objetivo, ela é o próprio estado da vida, é a condição presente e imediata para que o ser humano perfaça sua vida com liberdade, independência e mais-valia. A solidariedade oferece a dignidade ao bem-estar social um instrumento poderoso para que todos possam usufruir as mesmas condições de vida, porque cria entre todos uma espécie de código, um vínculo moral que condiciona a vida de cada um ao respeito á vida do outro [...]²⁶⁵

A concessão do benefício auxílio-doença parental convirá como garantia do próprio direito a vida do familiar do segurado, eis que com a remuneração proveniente do benefício, o segurado prestará assistência econômica, além da garantia do afeto familiar pelos cuidados e tratamentos. Igualmente, garantir-se-á ao segurado a oportunidade de estar próximo de seu dependente doente para que com o carinho e amor fraterno possa minimizar os efeitos nefastos da enfermidade, como visto no caso reconhecido pelo Poder Judiciário de Santa Catarina.

Por outro lado, convém ressaltar que o não reconhecimento do benefício ferirá o direito a vida e a dignidade do dependente do segurado, sendo que não basta apenas ter vida é preciso ter vida com dignidade. Como se falar em dignidade estando enfermo um dependente do segurado do Regime Geral enfermo, necessitando dos cuidados deste sem tê-los por falta de previsão legal do conceito de incapacidade psicológica ou emocional, moral e social?. Urge, desta forma, o reconhecimento e ampliação do conceito de incapacidade do segurado para não se

²⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114-115.

²⁶⁵ NETO, Michel Cutait. **Auxílio-doença**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2009, p. 20.

ferir a dignidade dos seus dependentes bem como para assegurar o direito à saúde e conseqüentemente à preservação do direito à vida.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes questiona:

Com efeito, como é que se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida se não lhe fossem asseguradas saúde e educação? Se não lhe fosse garantida sadia qualidade de vida, como é que poderia afirmar sua dignidade? [...] Claro que é possível objetar que o direito à vida é mais importante que a garantia da dignidade. Por isso devemos, neste ponto, antes de prosseguir, fazer comentário relativo à questão da garantia do direito à vida em sua necessária correlação com a dignidade. E o que interessa mesmo é que se possa garantir a vida, mas uma vida digna. ²⁶⁶ (grifo do autor)

É certo que a vida se trata de um direito fundamental, que a seu próprio titular não se permitirá atentar, bem como o Estado, por ser direito inviolável. Portanto imperioso o reconhecimento do benefício previdenciário para preservação do direito à vida, sob pena de se configurar, por parte do Estado, atentado a vida do dependente do segurado.

Nesse sentido Leslei Lester dos Anjos Magalhães descreve quanto o direito à vida:

O direito à vida corporal é também um dever para a pessoa. O homem não tem o direito a dar fim à vida porque é um dom recebido. Este dom é dotado de uma finalidade própria que é exigência do amor: servir aos demais. O homem que não ama se desumaniza, na medida em que foi feito para amar. E o primeiro serviço que presta é o dever de conservar a própria vida, que atende, ademais, ao instituto de autoconservação. A vida é o primeiro bem da pessoa que a razão prática capta imediatamente e prescreve como um dever de consciência de conteúdo obrigatório a sua conservação e promoção [...].²⁶⁷

Ressalte-se ainda que, a não concessão do benefício auxílio-doença parental, além de ferir a dignidade do dependente do segurado, ferirá também dignidade deste como cidadão trabalhador, que necessita do trabalho para garantia de subsistência própria e familiar. E ao mesmo tempo, se vê em situação que coloca em risco tal direito social, por não ter a oportunidade de tratar de um familiar doente. Nesse sentido, verifica-se que o segurado deverá escolher entre cuidar da preservação de sua família ou garantir o seu emprego. Nesse sentido, já se vislumbra conflito interno do segurado, se tratando de situação degradante em total

²⁶⁶ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. Saraiva, 2012, p. 104-105.

²⁶⁷ NUNES, Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

contrariedade aos direitos humanos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, Luiz Antonio Rizzatto Nunes arrazoa sobre a aplicação concreta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como dever social:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em *nenhum* ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas. O esforço é necessário porque sempre haverá aqueles que pretendem dizer ou supor que a Dignidade é uma espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação. Só que é bem ao contrário: não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor como deve ser levado em conta *sempre*, em qualquer situação.²⁶⁸ (grifo do autor)

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece quanto à violação de um princípio:

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção a princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todos o sistema de comandos. É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.²⁶⁹

Enfim, o benefício deve ser estendido aos segurados do regime geral de previdência social porque “os homens são livres e iguais conforme as leis da natureza e de acordo com a nossa Lei Fundamental. Exatamente na liberdade e na igualdade dos homens é que se situa a dignidade humana.”²⁷⁰ Portanto, a dignidade da pessoa humana, em hipótese alguma, pode ser violada, devendo sempre ser respeitada, por ter o condão de atingir a felicidade que se trata do desejo maior de todos os homens.²⁷¹ E, para garantia da felicidade do segurado é necessário a preservação de sua família.

²⁶⁸ NUNES, Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

²⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed., rev., e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 54.

²⁷⁰ ALVIM, Márcia Cristina de Souza. **A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO, Osasco, ano 7, n.2, p.15-25., p.21.

²⁷¹ ALVIM, Márcia Cristina de Souza. **A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO, Osasco, ano 7, n.2, p. 15-25., p.21.

3.3 Auxílio-doença parental para garantia dos direitos sociais ao trabalho (segurado) e à saúde (família).

Ante a importância do trabalho para a subsistência humana, a Constituição da República elegeu também, como um dos seus fundamentos, os valores sociais do trabalho (CF., art. 1º, IV). Com efeito, o legislador constituinte ao delimitar os princípios gerais da atividade econômica, estabeleceu ser a ordem econômica²⁷² brasileira “fundada na valorização do trabalho humano, indicando como finalidade desta, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.” (CF., art. 170, caput).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera quanto ao disciplinamento constitucional da ordem econômica:

A existência de um título na Constituição à ‘ordem econômica’ revela bem claro ter o constituinte visão de que a democracia não pode desenvolver-se a menos que a organização econômica lhe seja propícia. Não é praticável a democracia política, cujos valores fundamentais são a liberdade e a igualdade, onde a organização da produção e do consumo reduza a liberdade e a igualdade a afirmações solenes e vãs. Para o estabelecimento da democracia política urge, portanto, que se organize um regime econômico onde se satisfaçam todas as exigências fundamentais do indivíduo, onde se abram para todos oportunidades relativamente iguais.²⁷³

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior ponderam:

A valorização do trabalho e a livre iniciativa, indicados igualmente como fundamentos de nossa ordem econômica pelo art. 170, indicam que não só o Brasil adota o sistema capitalista, calcado na liberdade de empreendimento, como que um dos papéis de regulação do sistema econômico atribuído ao Estado é o de valorizar o trabalho, promovendo, portanto, a sua proteção, quer em relação ao empregador, quer em relação a vicissitudes econômico-sociais.²⁷⁴

Por meio de uma interpretação estrita extrai-se que a intenção do legislador constituinte é enaltecer e assegurar as peculiaridades do trabalho humano para fins de resguardar a todos uma vivência digna. Em outras palavras, viver com qualidade de vida, isto é, com alegria, paz, tranquilidade, alimentação, moradia, entre outros

²⁷² “Por ordem econômica entende-se o tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida econômica da nação, limitando e delineado pelas formas estabelecidas na própria Lei Maior para legitimar a intervenção do Estado no domínio privado econômico.” FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito econômico**. São Paulo: MP, 2006, p. 30.

²⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 247.

²⁷⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.124.

direitos que poderão ser proporcionados pelo Estado com atuação conjunta da própria pessoa titular destes direitos, isto é, por meio do direito ao trabalho, permitir-se-á ao trabalhador dispor de sua força física e/ou intelectual para o exercício da atividade laboral e, em contrapartida o trabalhador terá uma retribuição, ou seja, uma remuneração para garantia da subsistência própria e de sua família.

José Afonso da Silva acentua:

[...] Os *valores sociais do trabalho* estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer a pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna. Os *valores do trabalho*, portanto, só se materializam com o direito á livre escolha do trabalho pelo trabalhador, direito de condições equitativas (igualdade de tratamento nas relações de trabalho), direito a uma remuneração que assegure ao trabalhador e à sua família uma existência com a dignidade humana do trabalhador e de seus familiares.²⁷⁵ (grifo do autor)

Rafael da Silva Marques alerta que o trabalho enaltecido na Constituição de 1988 não é apenas o proveniente da relação de emprego, mas toda a forma de trabalho geradora de riqueza, não só para a pessoa que dispõe do seu trabalho, mas para a sociedade em geral. Enfatiza o autor, não ser o trabalho apenas um elemento de produção. E sim, algo valorizador do ser humano lhe proporcionando dignidade, além, do sustento. Asseverando ainda que, antes de tudo, o trabalho deve ser visto como elemento ligado de forma umbilical á dignidade da pessoa humana.²⁷⁶

Com efeito, o cidadão que tem garantido o direito ao trabalho, ou seja, o cidadão que tem um trabalho consegue atingir a dimensão de uma vivência digna. Destaque-se para tanto que “o acesso ao trabalho talvez seja o direito social que mais contribua para a elevação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), já que fomenta a socialização do homem com seus pares, refina suas aptidões e vocações e propicia grande evolução pessoal e espiritual ao ser humano.”²⁷⁷

²⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, 8. ed., atual., até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011, São Paulo: Malheiros, 2012, p.41.

²⁷⁶ MARQUES, Rafael Silva. **Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTR, 2007, p.111.

²⁷⁷ TREVISAM, Elisaide; MONTEIRO, Juliano Ralo. **Direitos sociais e o desafio do trabalho análogo a condição de escravo no Brasil contemporâneo**. Revista de Pós-graduação v. 5, n. 8, p. 84-103. Osasco: UNIFIEO, 2011, p. 85. Disponível em: <http://intranet.unifieo.br/legado/edifio/index.php/posgraduacao/article/view/569/586>. Acesso em 19 abr. 2014.

Dando continuidade aos ditames basilares de concretude da dignidade da pessoa humana, o constituinte estabelece no artigo 193 que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

278

José Afonso da Silva, em seus comentários contextuais da Constituição da República, explica que o legislador constituinte colocou o trabalho acima de qualquer outro fator econômico, por ter como base, a ordem social, o primado do trabalho:

[...] Ter como base o primado do trabalho significa pôr o trabalho acima de qualquer outro fator econômico, por se entender que nele o home se realiza com dignidade. Ter como objetivo o bem-estar e a justiça sociais que dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar, hão de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há de ser equanimemente distribuída. Neste particular, a ordem social harmoniza-se com a ordem econômica [...] ²⁷⁹

Em sendo o trabalho um direito fundamental social com aptidão para garantir a sobrevivência e subsistência digna, bem como para garantir as realizações, projetos e sonhos da pessoa do trabalhador e de sua família, não se poderá em hipótese alguma cogitar a supressão ou limitação deste direito. Vale lembrar a dimensão de inviolabilidade dos direitos fundamentais sociais estatuídas nas cláusulas pétreas da Carta Magna.

É certo que o trabalhador se utiliza da sua mão de obra para garantir o seu bem estar e de sua família. Convém destacar que, um trabalhador dirigente de uma família, exerce sua atividade laborativa, pensando primeiramente em garantir a alimentação, vestuário de seus filhos, bem como, em propiciar momentos de lazer para o entrelaçamento familiar. Em verdade, todos os seres humanos pensam primeiramente em gerir sua família, pois faz parte da natureza humana o instinto protetor. Sendo certo que, até os animais irracionais, protegem e alimentam os seus filhotes, direcionando-os quanto ao desenvolvimento e manutenção na selva ou natureza. Tomaremos como exemplo, o passarinho que voa em busca de alimentos para os seus filhotes, esperando as penas destes, crescerem para ensiná-los a voar, para depois irem à busca dos seus próprios alimentos.

²⁷⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 193.

²⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, 8. ed., atual., até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011, São Paulo: Malheiros, 2012, p.772.

O Sumo Pontífice Papa Leão XIII na Carta Encíclica *Rerum Novarum* já apregoava:

A natureza não impõe somente ao pai de família o dever sagrado de alimentar e sustentar seus filhos; vai mais longe. Como os filhos refletem a fisionomia de seu pai e são uma espécie de prolongamento da sua pessoa, a natureza inspira-lhe o cuidado do seu futuro e a criação dum patrimônio que os ajude a defender-se, na perigosa jornada da vida, contra todas as surpresas da má fortuna. [...] ²⁸⁰

Rodrigo da Cunha Pereira enfatiza:

[...] Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais. ²⁸¹

Evidencia-se desta forma que “a necessidade de sustentar os membros da família é a motivação por detrás do trabalho e das profissões, que são elementos básicos de qualquer sociedade.” ²⁸²

Nesse contexto reside a importância da presença dos pais no seio familiar. Isto é, a importância dos pais ter-lhes garantido o direito ao trabalho para garantia da criação e proteção dos filhos para um desenvolvimento saudável em sociedade.

Não se pode olvidar desta maneira, do amor fraternal, do afeto existente na família, sendo certo que, os pais, irmãos que exercem uma atividade laborativa, quando terminam o seu turno de trabalho diário, pensam em chegar no seu lar e encontrar sua família, lugar de aconchego e reposição das forças físicas, por meio do carinho existentes entre seus membros.

Para Romualdo Baptista dos Santos a afetividade, na atualidade, se trata de um verdadeiro princípio jurídico correlato ao princípio da solidariedade. Esclarece o autor que a afetividade situa-se como um valor a ser preservado pelo Direito e como um dos fundamentos das condutas jurídicas, com surgimento em meio às revoluções axiológicas e epistemológicas. ²⁸³

²⁸⁰ PAPA LEÃO XIII. **Carta encíclica *rerum novarum***. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em: 17 abr. 2014.

²⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213.

²⁸² CHAMPLIN, Russel Norman. **Enciclopédia de bíblia teologia e família**. 7. ed., vol. 2. D – G. São Paulo: Hagnos, 2012, p. 680.

²⁸³ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade – os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 151.

Luciana Ferreira Lima destaca:

O afeto é o elemento identificador dos vínculos familiares. Esses vínculos afetivos são da ordem do desejo, da vontade, da solidariedade, do cuidado, que, pela natureza humana, sempre existiram, independentes de regras ou tabus, religião ou leis. Em outras palavras, afeto é a expressão de um puro sentimento, de amor e carinho, por outra pessoa. É o apreço que se tem por outrem no sentido de cuidado.²⁸⁴

Com efeito, “para que haja uma entidade familiar, é necessário um especial, ou mais precisamente, afeto familiar [...] Diante deste quadro estrutural, o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar”²⁸⁵.

Ressalte-se, todavia, que a criação, proteção e educação dos filhos, além de ter precedência no afeto familiar, se tratam de um dever constitucional dos pais. E assim sendo, se o Estado impõe um dever aos pais, o mesmo Estado, tem a obrigatoriedade de garantir meios para o seu cumprimento.

Nesse sentido, compete ao Estado garantir a concessão do benefício auxílio-doença parental, para garantia do direito social ao trabalho da pessoa do trabalhador, bem como para garantia do cumprimento do dever constitucional destinado a família, eis que em havendo a ocorrência de doença em uma pessoa da família do trabalhador, que por hora destacamos um filho menor, aquele precisa ter garantido o trabalho, porém, também precisa o trabalhador, ter garantido o direito de cuidar deste, quando necessária a presença do pai/trabalhador na administração de cuidados e tratamentos constantes, para fins de resguardar o direito social a saúde de um de seus dependentes. Caso, contrário ter-se-ia violação da dignidade da pessoa do trabalhador e de sua família, bem como dos direitos fundamentais sociais do trabalho e da saúde.

Há de se ressaltar que a família deve ser protegida antes de qualquer dado:

Assim como a sociedade civil, a família, conforme atrás dissemos, é uma sociedade propriamente dita, com a sua autoridade e o seu governo paterno, é por isso que sempre indubitavelmente na esfera que lhe determina o seu fim imediato, ela goza, para a escolha e uso de tudo o que exigem a sua conservação e o exercício duma justa independência, de direitos pelo menos iguais aos da sociedade civil. Pelo menos iguais, dizemos Nós, porque a sociedade doméstica tem sobre a sociedade civil uma prioridade lógica e uma prioridade real, de que participam necessariamente os seus direitos e os seus

²⁸⁴ LIMA, Luciana Ferreira. **Educar para humanizar: o papel das família para formação em direitos humanos**. Dissertação (Mestrado), Direito – Centro Universitário FIEO. Osasco, UNIFIEO: 2013, 71.

²⁸⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 211-212.

deveres. E se os indivíduos e as famílias, entrando na sociedade, nela achassem, em vez de apoio, um obstáculo, em vez de proteção, uma diminuição dos seus direitos, dentro em pouco a sociedade seria mais para se evitar do que para se procurar.²⁸⁶

Desta forma tem-se a atuação da seguridade social, por meio do direito a previdência social, para resguardar o direito ao trabalho do segurado, por meio do recebimento de renda proveniente do auxílio-doença parental, para garantia do dever constitucional destinado a família, eis que como devidamente comprovado, os laços afetivos familiares têm poder curativo.

Michel Cutait Neto exemplifica que qualquer gravame que manche o perfeito desempenho do trabalho deve ser acolhido pela previdência social:

Se o primado do trabalho é a base para a consecução da ordem social, avulta a importância fundamental que o trabalho tem para o pleno desenvolvimento do ser humano e da própria sociedade. Por esta razão, qualquer situação que manche de gravame o perfeito desempenho e exercício do trabalho merece ser, prontamente, atendida pelo instrumental protetivo de que lança Mao a seguridade social, e mais ainda a previdência social. O primado do trabalho é tão importante na concepção da previdência social que não é exagero afirmar que é o trabalho a principal preocupação social quando se tem por objetivo garantir a ordem social.²⁸⁷

Para ilustrar o importante papel do Estado na concretização dos direitos sociais relativos à seguridade social (trabalho, previdência social e saúde), com base na ordem econômica e social e tendo como ponto de partida o princípio da dignidade da pessoa humana, imaginemos uma família monoparental, composta neste exemplo, pela mãe e dois filhos menores. Aquela trabalha para criar seus filhos menores, contando ou não com pensão alimentícia do pai destes, isto se o pai honrar com sua obrigação e/ou se for conhecido, ou se, ainda estiver vivo (realidade brasileira). Suponhamos que um dos filhos contrai uma doença infecciosa e/ou sofra algum acidente que importe alguma sequela determinante, implicando em danos funestos a saúde deste menor levando a uma fase terminal.

Há de se observar que, se esta mãe conta com auxílio de creche, seja ela pública ou particular geralmente não aceita crianças doentes, não sendo permitida assim, a assistência educacional por outrem, no período da enfermidade, cabendo assim a mãe. Ressalte-se, a mãe antes mesmo da obrigação constitucional de

²⁸⁶ PAPA LEÃO XIII. **Carta encíclica *rerum novarum***. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em: 17 abr. 2014.

²⁸⁷ NETO, Michel Cutait. **Auxílio-doença**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2009, p. 117.

cuidar e dar assistência aos filhos tem um dever emocional e moral, destaque-se pelo próprio amor de mãe, que por vezes preferiria suportar a doença em vez de ver o filho enfermo.

É certo que, no repertório brasileiro, muitas vezes o trabalhador não pode contar com auxílio de outros familiares, como avós, tios e sobrinhos, por estes também, precisarem trabalhar ou, por residirem em outro estado. Assim, pergunta-se: como essa mãe cumprirá a sua obrigação constitucional de cuidar deste filho precisando trabalhar?

Ora, esta mãe, única mantenedora da família, precisa trabalhar para garantir a sobrevivência própria e dos seus dois filhos. E ao mesmo tempo, precisa cuidar do filho doente. A quem recai esta obrigatoriedade de cuidar da saúde desta criança?

Se elegermos o Estado para cuidar do menor doente, por meio da obrigatoriedade de garantir o direito fundamental social a saúde, trata-se de uma assertiva plausível, porém, mesmo que o menor doente esteja internado, por se tratar de um incapaz, não poderá ficar em um hospital público sozinho sem a pessoa de seu representante legal. Ademais, a criança precisa sentir o alento protetivo e os cuidados de sua mãe, única figura que representa no caso, papel acolhedor para o menor já que se trata de uma família monoparental.

E assim sendo, como fica o exercício do trabalho da mãe?

Se a mãe faltar ao trabalho por mais de trinta dias consecutivos sem justificativa, nos termos das súmulas e orientações jurisprudenciais da Justiça do Trabalho, a mãe incidirá em uma justa causa por abandono de emprego. Se a mãe faltar com justificativa médica, o empregador só tem a obrigatoriedade de remunerar até os quinze primeiros dias, como visto. Sem contar que, por falta de previsão legal expressa, muitos empregadores se recusam a aceitar numerosos dias de afastamento por acompanhamento de familiar. A partir do décimo sexto dia, daria se lugar ao auxílio-doença. Ocorre que, nos moldes do atual sistema previdenciário do Regime Geral, este benefício previdenciário existe como explanado, tão somente para amparar o segurado incapacitado em decorrência de doença própria e não de um familiar.

Seria possível vislumbrar capacidade laborativa desta mãe, estando um dos seus filhos doente em fase terminal ou portando uma doença infecciosa?

Logicamente que não. Convém observar que, se a mãe escolher cuidar do filho cumprindo com o seu papel social e obrigacional perderá o emprego e não terá

condições para gerir a sua família. Se escolher trabalhar, não terá sossego mental e psicológico, pois estará no trabalho, porém sua mente e atenção estarão no filho doente que precisa de seus cuidados. Em verdade esta mãe não terá condições psicológicas de exercício de qualquer atividade laboral. Não há como vislumbrar qualquer rendimento produtivo, estando esta mãe com este abalo mental. Presente, portanto, o requisito gerador do auxílio-doença, qual seja, a incapacidade em decorrência de doença em um familiar, sendo, todavia, uma incapacidade de ordem psicológica ou emocional, moral e social.

Desta forma, compete ao Estado garantir o elastecimento do conceito de incapacidade do segurado para fins de concessão do auxílio-doença parental, tendo em vista as necessidades vitais de se assegurar o direito a vida e a saúde da família do segurado de um modo geral, bem como garantir o exercício de um trabalho digno. Sendo certo que, nessa situação de doença em um familiar em fase terminal que necessita indubitavelmente dos cuidados do segurado, não se tem a presença de um trabalho digno, tendo em contrapartida, uma imposição de labor com conotação de escravidão e/ou servidão, se caracterizando em atentado aos fundamentos, princípios e objetivos da República Federativa do Brasil.

João Batista Lazzari assevera:

A agressão a saúde e integridade física de qualquer indivíduo é conduta desumana e inaceitável socialmente por contrariar direitos fundamentais do homem. Todo ser humano tem a obrigação ética não apenas de assumir a defesa da Dignidade da Pessoa, mas também a obrigação de velar e denunciar atentados contra ela. O ser humano está acima dos aspectos técnicos econômicos da produção de bens, o que realça a importância das normas jurídicas voltadas a garantir a segurança e a higiene do trabalho.²⁸⁸

Há de se observar ainda o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente²⁸⁹, que em tela se traduz na companhia dos pais para

²⁸⁸ LAZZARI, João Batista. O princípio da dignidade da pessoa humana: direito a condições dignas de trabalho e a manutenção da aposentadoria especial após 25 anos da Constituição Federal de 1988. In SERAU JUNIOR, Marco Aurélio e AGOSTINHO, Theodoro Vicente (Org.) **A seguridade social nos 25 anos da Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2014, p.101.

²⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, artigo 3º: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes

tratar das feridas internas e externas da doença. As primeiras com amor e carinho e as segundas com tratamento, acompanhamento médico e observação e aplicação de remédios, tendo em vista não ter o discernimento completo para sua própria manutenção para tratar as sua própria mazela.

Caio Mario da Silva Pereira explica que o estudo do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente se remonta ao despojar da função econômica para a função afetiva da família. Prossegue ainda o autor esclarecendo que este princípio “ênfatiza a preocupação com a criança e o adolescente, que vivenciam processo de amadurecimento e formação de suas personalidades, o que impulsiona o Direito a privilegiar seus interesses.”²⁹⁰

Rodrigo da Cunha Pereira discorre:

Em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, o objetivo era promover sua realização enquanto tal. Por isso, deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação de personalidade. Assim, têm posição privilegiada na família, de modo que o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadores deste intento.²⁹¹

Com efeito, não existe ambiente mais adequado para o desenvolvimento da criança e do adolescente que não seja o seio familiar, onde os menores contarão com a presença daqueles que estão entrelaçados pelo amor, pela solidariedade e cuidados mútuos.

Aristóteles já instruía na obra “Ética a Nicômaco”, a importância de se ter saúde, mas acima de tudo ressalta a importância de se ter felicidade e estar perto daqueles que amamos, destacando que o homem que tem seus filhos ou amigos roubados pela morte, não tem probabilidades de ser feliz:

[...] A felicidade é, pois, a melhor, a mais nobre e a mais aprazível coisa do mundo, e esses atributos não se acham separados como na

facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” Art. 4º “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

²⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed., rev., e atual., por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 57.

²⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213.

inscrição de Delos: *Das coisas a mais nobre é a mais justa, e a melhor é a saúde; mas a mais doce é alcançar o que mamamos.* Com efeito, todos eles pertencem às mais excelentes atividades; e estas, ou então, uma delas – a melhor –, nós a identificamos com a felicidade. E no entanto, como dissemos, ela necessita igualmente dos bens exteriores; pois é impossível, ou pelo menos não é fácil, realizar atos nobres sem os devidos meios. Em muitas ações utilizamos como instrumentos os amigos, a riqueza e o poder político; e há coisas cuja ausência empana a felicidade, como a nobreza de nascimento. Com efeito, o homem de muito feia aparência, ou mal-nascido, ou solitário e sem filhos, não tem muitas probabilidades de ser feliz, e talvez tivesse menos ainda se seus filhos ou amigos fossem visceralmente maus e se morte lhe houvesse roubado bons filhos ou bons amigos.²⁹²

Verifica-se desta forma, a importância de estar perto de quem se ama, ou seja, do aconchego familiar, tendo em vista que os pais necessitam cuidar de seus filhos para garantia da própria felicidade, para não correrem o risco de ter seus filhos roubados, ou a sua felicidade, pelo acometimento de uma doença sem o devido alento protetivo decorrente do amor fraternal.

Nesse aspecto protetivo, recentemente foi editada a Lei n. 12.962 de 08 de abril de 2014 para fins de alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade, nos termos do parágrafo 4º do artigo 19 do Estado que passou a dispor:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

§ 4º será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 12.962, de 2014)²⁹³

Verifica-se, desta forma, que a intenção do legislador é assegurar a criança e ao adolescente o convívio direto com os pais, mesmo estando eles, privados de liberdade. Como não assegurar então, o direito de uma criança ou adolescente a ter seus pais presentes, para suprir uma carência decorrente de uma enfermidade e para lhes garantir cuidados e tratamentos?

²⁹² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: Livro I. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. Seleção de textos de José Américo Motta Passanha. São Paulo: Abril S. A. Cultural, 1984, p. 58.

²⁹³ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Artigo 19, § 4º.

Convém ressaltar ainda, face ao dever de reciprocidade dos pais para com os filhos e dos filhos para com os pais, nos termos constitucionais, os filhos maiores têm obrigatoriedade de prestar assistência aos pais na velhice. Assim, estamos novamente, diante da mesma intempérie. Como os filhos maiores cuidarão dos pais enfermos na velhice, precisando trabalhar? Aqui se tem um agravante, pois a pessoa idosa já tem as limitações inerentes à idade avançada, necessitando de amparo constante, aumentando esta limitação em doença infecciosa ou estando em fase terminal. Portanto evidente a necessidade do amparo previdenciário.

Analisamos alguns depoimentos de pessoas idosas citados por Sérgio Márcio Pacheco Paschoal em sua dissertação de mestrado em medicina, quanto à importância de se ter saúde e de se ter amparo dos familiares:

“Viver é a melhor coisa do mundo! Com saúde, lógico. Sou feliz!”
(L.M. – homem 81 anos, portador de hipertensão arterial, miocardiopatia com insuficiência mitral, aórtica e tricúspide, tosse crônica e rinite alérgica, totalmente independente, casado).

“Acho boa a minha vida... Nem sei explicar. Minhas filhas são boas para mim. Não tenho dívida...”
(L.V.S. – mulher, 82 anos, portadora de Demência do tipo Alzheimer e câimbras; ainda independente, viúva há 9 anos, mora com duas filhas e dois netos).”

“A vida é boa, porque, apesar de viver sozinha, tenho apoio dos meus filhos e estou vivendo ainda. Não me sinto doente.”
(D. F. S. – mulher, 72 anos, portadora de hipertensão arterial, osteoporose, seqüela de fratura do colo do fêmur direito; viúva; dependente nas atividades instrumentais da vida diária e para banhar-se e vestir-se, usa muletas; mora com acompanhante paga).
294

Prossegue o autor tecendo os seguintes comentários em relação à vivência em sociedade da pessoa idosa:

É verdade que, em nossa sociedade, os idosos são pessoas com possibilidades menores de vida digna, dada não apenas a imagem social da velhice entre nós, vista como época como época de perdas, incapacidades, decrepitude, mas – e principalmente, pela situação objetiva de aposentadoria insuficiente, oportunidades negadas, desqualificação tecnológica, exclusão social, pelo menos da maior parte dessa população. Mas em condições psicossociais tão adversas, encontramos idosos que se sentem felizes, que se dizem contentes com a sua vida. A idade, portanto, não explica tais

²⁹⁴ PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco. **Qualidade de vida do idoso: elaboração de um instrumento que privilegia sua opinião**. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Medicina da USP. São Paulo, 2000, p. 3. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-09112001-162639/pt-br.php>. Acesso em: 21 abr. 2014.

diferenças, pois ela, por si só, não discrimina entre os bem e os malsucedidos.²⁹⁵

A concessão do benefício auxílio-doença parental encontra ainda sustentáculo, em mais um dos objetivos da República Federativa do Brasil de se construir uma *sociedade justa e solidária* (CF., art. 3º, I). Sendo possível elucidar que o papel do Estado, devidamente delimitado na Carta Magna é propiciar o bem-estar social²⁹⁶, amparar o seu povo, tudo em consonância com a concretude de uma vida digna. Tendo em vista que “somente com a promoção, o respeito e o exercício efetivo da dignidade da pessoa humana será possível atingir a cidadania, a valorização do trabalho, a justiça social, a igualdade [...] e outros tantos valores necessários a uma boa convivência”²⁹⁷

Assim, por ser a previdência social um sistema de caráter obrigatório de regime contributivo/retutivo, deve amparar o segurado que contribui para o sistema, por ser de obrigação daquela abarcar e cobrir as casualidades sociais, por se tratar de um eminente risco social, do qual o Regime Geral não poderá fechar os olhos. E, face ao princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido pela Constituição Cidadã, o Estado como dirigente da sociedade que é fundado no bem-estar e justiça sociais, tem a obrigatoriedade de garantir a concessão deste benefício previdenciário para cumprimento do dever constitucional do segurado de cuidar da sua família.

²⁹⁵ PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco. **Qualidade de vida do idoso: elaboração de um instrumento que privilegia sua opinião**. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Medicina da USP. São Paulo, 2000, p. 5. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-09112001-162639/pt-br.php>. Acesso em: 21 abr. 2014.

²⁹⁶ “O bem-estar social, assim considerado como o estado presente de uma sociedade democrática, vale-se dos propósitos maiores do ser humano para que todos estejam conformados segundo aquilo que a história da evolução humana sempre travou as maiores batalhas, a garantia de uma vida digna, a especial garantia da dignidade.” NETO, Michel Cutait. **Auxílio-doença**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2009, p. 19.

²⁹⁷ LAZZARI, João Batista. O princípio da dignidade da pessoa humana: direito a condições dignas de trabalho e a manutenção da aposentadoria especial após 25 anos da Constituição Federal de 1988. In SERAU JUNIOR, Marco Aurélio e AGOSTINHO, Theodoro Vicente (Org.) **A seguridade social nos 25 anos da Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2014, p. 98.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, a primeira conclusão que chegamos foi sobre a importância da seguridade social como instrumento de defesa dos cidadãos frente às incongruências/riscos sociais existentes na vida humana.

Conforme salientado na presente pesquisa, a proteção social teve seu nascimento na família, sendo esta, uma instituição base da sociedade e de todo o ordenamento jurídico. Desse modo, os mais jovens sempre tiveram a incumbência de trabalhar, por gozarem da força física da juventude, o que os tornavam aptos não só para o trabalho, mas também para cuidar dos mais idosos e incapacitados. Partindo desta reflexão, verificamos que desde os primórdios, quando ainda não existia a proteção social da figura estatal, os membros da família se protegiam contra as intempéries da vida objetivando a garantia da sobrevivência.

Em continuidade, verificamos que no nosso ordenamento jurídico, a seguridade social é reconhecida como direito humano fundamental social. Assim, chegamos à segunda conclusão que se configura na importância da eficácia dos direitos sociais, uma vez que os direitos sociais se encontram no patamar de verdadeiros direitos fundamentais indispensáveis para a vivência em sociedade, por se tratarem de direitos que têm o condão de propiciar uma vida digna. Em especial, enalteçemos o direito à seguridade social, que abrange o direito à saúde, o direito à previdência social, e o direito à assistência social.

Como explanado no decorrer do texto, a Constituição da República reconhece a família como base da sociedade, estando, portanto, acima e anterior a qualquer Estado Democrático de Direito. Em sede de direitos humanos, a instituição da família é reconhecida como um direito de todos, sem qualquer restrição, bem como tem seu reconhecimento como núcleo natural e fundamental da sociedade. A Convenção Relativa aos Direitos da Criança de 1989, em seu preâmbulo, reconhece a família como unidade fundamental da sociedade e o meio adequado para o desenvolvimento da criança, determinando ser o ambiente familiar o local de crescimento harmonioso da criança.

Assim, quanto ao reconhecimento da família e à tutela constitucional destinada à sua preservação, chegamos à terceira conclusão, que se traduz na obrigatoriedade do Estado em garantir meios para o cumprimento das obrigações constitucionais destinadas a família, quais sejam, as obrigações recíprocas dos pais

para com os filhos de assistir, criar e educar os filhos menores; e, dos filhos para com os pais de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Portanto, para que os pais possam assistir, criar e educar os filhos, precisam ter garantidos o direito social fundamental ao trabalho, direito esse que tem o condão de proporcionar renda à família para manutenção e subsistência dos entes familiares e, conseqüentemente, terão garantido o direito à previdência social, eis aqui o liame existente entre este e aquele.

O intuito da presente reflexão sobre a temática foi o de demonstrar que o direito à previdência social é de caráter fundamental para o estabelecimento de uma vida digna, tendo em vista que, viver implica riscos, incertezas e perigos, pois, é certo que o ser humano passa por uma evolução constante, concernente à fase da infância, da adolescência, da juventude, de adulto e também, da velhice. Desta forma, a previdência social ampara o trabalhador proporcionando o recebimento de remuneração quando impossibilitado de exercer a atividade laborativa, em havendo ocorrência de acidentes, doenças e invalidez, protegendo ainda em caso de velhice, em caso de desemprego involuntário, bem como, ampara a família do trabalhador, propiciando quando este faltar, meios de subsistência, através de auxílios e pensões. Assim, a previdência social ampara o trabalhador (segurado) e a sua família (dependentes).

Ocorre que, como visto, os benefícios previdenciários direcionados aos dependentes do Regime Geral de Previdência Social, só serão concedidos na falta do segurado da previdência social. Diferentemente do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, devidamente regulamentado pela Lei n. 8112, de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto dos servidores públicos) que prevê hipótese de concessão de licença ao servidor para fins de resguardar e preservar o direito social à saúde de algum dos componentes de sua família. Encontra-se presente, portanto, neste Regime, a preocupação de assegurar a presença do servidor para que este possa proporcionar cuidados e assistência à pessoa de sua família que padeça de alguma doença.

Asseveramos, todavia, que as prestações previdenciárias do Regime Geral destinadas à família deverão servir não somente para garantia da subsistência do dependente, mas também para garantia da presença do segurado, para que este possa proporcionar momentos de segurança e amparo destinando-os aos filhos menores e/ou pais na velhice, conforme mandamento constitucional.

Nesse aspecto, chegamos à quarta conclusão que se traduz na possibilidade de concessão de benefício previdenciário para fins de resguardar o direito à saúde de um dependente do segurado, tendo em vista que nos termos do Regime Geral de Previdência Social o benefício de auxílio-doença encontra guarida legal apenas diante de doença no segurado que importe em sua incapacidade. Entendemos que o auxílio-doença possa ser concedido ao segurado para tratar de pessoa da família que se encontra doente, portanto, uma moléstia grave que o faça necessitar de amparo e cuidados constantes do segurado, impedindo o exercício da atividade laboral, dando lugar ao chamado auxílio-doença parental, pois é notório que não se vislumbra capacidade para o exercício do perfeito trabalho pelo segurado com um dependente seu em fase terminal.

Ficou destacado que, caso o segurado seja considerado apto para o trabalho estando um familiar enfermo em fase terminal, na dependência de seus cuidados, poderá gerar danos irreparáveis para a saúde do próprio segurado, bem como poderá culminar em danos extremos a saúde daquele, podendo levá-lo até mesmo à morte. E assim sendo, se o segurado tem a obrigatoriedade de exercer as atividades laborativas com o sentimento e a penúria do familiar, poderá até causar problemas neurológicos, em decorrência da preocupação e limitação do segurado em amparar seu familiar, ou até mesmo, poderá ocasionar um acidente vascular cerebral que normalmente deixa sequelas. Por outro lado, resultaria em atentando à propagação e preservação da entidade familiar, isto é, feriria a própria estrutura da sociedade, além de configurar violação aos preceitos constitucionais, consubstanciados na tutela especial destinada à família.

Poder-se-ia cogitar, em um primeiro momento, que sem a devida análise dos fundamentos e requisitos para a concessão do auxílio-doença parental, haja violação à regra da contrapartida que se trata de uma obrigatoriedade constitucional de preexistência de custeio, isto é, os benefícios e serviços da seguridade social só poderão ser criados, majorados ou estendidos com a correspondente fonte de custeio total, ou seja, para a criação, majoração ou extensão de um benefício deverá se designar uma fonte de custeio específica.

Com efeito, chegamos a mais uma conclusão, que a regra da contrapartida não se torna óbice para concessão do auxílio-doença parental, uma vez que não existe violação da obrigatoriedade constitucional da preexistência do custeio, pois não se trata de criação de um novo benefício, está-se a tratar de um benefício

existente, qual seja, o auxílio-doença. Igualmente, não se pode cogitar também, que se trata de majoração do benefício, eis que apenas reconhece-se o fator incapacitante de ordem psíquica, moral e social. Portanto, a concessão do auxílio-doença parental não fere a “regra da contrapartida”, sendo, desta forma, a mesma base de custeio do auxílio-doença, por se tratar do mesmo benefício que tem como fato gerador a incapacidade do segurado.

Por fim, conclui-se que a concessão do benefício auxílio-doença parental encontra substrato nos princípios e ideais de um Estado Democrático, estando sob os auspícios da dignidade da pessoa humana do segurado, cidadão trabalhador, que necessita do trabalho para garantia de subsistência própria e familiar e que, ao mesmo tempo, encontra-se em situação que coloca em risco tal direito social, por não ter a oportunidade de tratar de um familiar doente. Assim por meio deste benefício previdenciário, o segurado terá garantido o direito e dever de cuidar da preservação de sua família, além de ter garantido seu direito ao trabalho.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012

ALVIM, Márcia Cristina de Souza. **A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO, Osasco, ano 7, n.2, p. 15-25.

_____. **Educação e Multiculturalismo**. Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO, Osasco, ano 11, n.2.

ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana: valor-fonte da ordem jurídica**. São Paulo: Cautela, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. Luiz Alberto David Araujo, Vida Serrano Nunes Júnior. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: Livro I. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. Seleção de textos de José Américo Motta Passanha. São Paulo: Abril S. A. Cultural, 1984.

BALERA, Wagner. **Sistema da seguridade social**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Organizadores). **Minicódigo de direitos humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 mar. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de janeiro de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em 02 jan. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em 02 jan. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17 jun. 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 dez. 2013.

_____. **Constituição da República Federativo do Brasil de 24 de janeiro 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 05 mar. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de junho de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 05 mar. 2014.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em 02 jan. 2014.

_____. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em 06 de set. de 2013.

_____. **Emenda constitucional nº 11, de 31 de março de 1965.** Acrescenta parágrafo ao art. 157 da Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-65.htm Acesso em: 15 jul. 2014.

_____. **Lei 10741 de 1 de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em 27 dez. 2013.

_____. **Lei 8212 de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em 26 dez. 2013.

_____. **Lei 8742 de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 26 dez. 2013.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 mar. 2014.

_____. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 15 mar. 2014.

_____. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 15 mar. 2014.

_____. **Ministério da Previdência Social.** Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/inicial-inscricao-mais-orientacoes-duvidas-frequentes-carencia-lista/>. Acesso em 05 abr. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. 13. reimp. Portugal, Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAMPLIN, Russel Norman. **Enciclopédia de bíblia teologia e família.** 7. ed., vol. 2. D – G. São Paulo: Hagnos, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo,** 26. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família.** 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

EFFITING, Patrícia Uliano. **A finalidade do princípio da igualdade: a nivelção social – interpretação dos atos de igualar.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In BITTAR, Eduardo C. B. Bittar e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.) **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização.** Osasco: EDIFIEO, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934. **Curso de direito constitucional.** 34. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União:** Estatuto dos Funcionários Públicos: Lei n. 8.112, de 11.12.90. 3. ed. ampl. Bauru SP: EDIPRO, 1993.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito econômico.** São Paulo: MP, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938. **Direito de família.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção sinopses jurídicas; v.2), p.104.

GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. 3. ed., de acordo com a MP n. 413/2008. São Paulo: Saraiva, 2008. – (Coleção curso & concurso / coordenador Edilson Mougenot Bonfim).

GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **Benefício por incapacidade & perícia médica: manual prático**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Introdução ao Direito previdenciário**. Apostila do curso de pós-graduação em direito da seguridade social, slide 4. Disponível em: <http://www.legale.com.br/>. Acesso em 20 dez. 2013..

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 7. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008

_____. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A previdência social como direito fundamental**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In: Os Pensadores – II, p. 103-162. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 140.

LAZZARI, João Batista. O princípio da dignidade da pessoa humana: direito a condições dignas de trabalho e a manutenção da aposentadoria especial após 25 anos da Constituição Federal de 1988. In SERAU JUNIOR, Marco Aurélio e AGOSTINHO, Theodoro Vicente (Org.) **A seguridade social nos 25 anos da Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2014, p.101.

LIMA, Luciana Ferreira. **Educar para humanizar: o papel das família para formação em direitos humanos**. Dissertação (Mestrado), Direito – Centro Universitário FIEO. Osasco, UNIFIEO: 2013.

LOPES, Ana Maria D'Avila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 2001.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. Saraiva, 2012.

MARQUES, Rafael Silva. **Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTR, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, 31. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed., rev., e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 21. Tiragem, São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 2. ed., Coimbra Editora, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**. Tradução: Eloá Jacobina. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

NETO, Michel Cutait. **Auxílio-doença**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2009.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Manual de direito previdenciário: direito da seguridade social**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAPA LEÃO XIII. **Carta encíclica *rerum novarum***. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em: 17 abr. 2014.

PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco. **Qualidade de vida do idoso: elaboração de um instrumento que privilegia sua opinião**. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Medicina da USP. São Paulo, 2000, p. 3. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-09112001-162639/pt-br.php>. Acesso em: 21 abr. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed., rev., e atual., por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PICELI, Eros. **Direito previdenciário e infortunística**. São Paulo: CPC, 2005.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Trad. por Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2006

PIO, Valdir dos Santos; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **O direito à saúde como direito fundamental social e sua concretização**. Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO, Osasco, ano 12, n.2.

PUBLISHERS, Life. **Bíblia de Estudo Pentecostal antigo e novo testamento**. Tradução: João Ferreira de Almeida, com referências e algumas variantes. Revista e corrigida Edição de 1995. Rio de Janeiro: CPAD, 2008.

SANTORO, José Jayme de Souza. **Manual de direito previdenciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2001.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 5. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, (Coleção sinopses jurídicas; v. 25).

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade – os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SIERRA, Vania Morales. **Família Teorias e debates**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. atual. até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 3. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, Miguel Augusto Machado de Oliveira. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TOURINHO, Arx. **A família e os meios de comunicação**. Revista de informação legislativa v.32, nº 125, p. 141-149, jan./mar. de 1995 | Revista da Procuradoria Geral da República, nº 6, p. 127-137 de 1994.

TREVISAM, Elisaide; MONTEIRO, Juliano Ralo. **Direitos sociais e o desafio do trabalho análogo a condição de escravo no Brasil contemporâneo**. Revista de Pós-graduação v. 5, n. 8, p. 84-103. Osasco: UNIFIEO, 2011, p. 85. Disponível em: <http://intranet.unifieo.br/legado/edifieo/index.php/posgraduacao/article/view/569/586>. Acesso em 19 abr. 2014.

VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.