V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

MARIO GARMENDIA ARIGÓN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenador: José Ricardo Caetano Costa, Mario Garmendia Arigón – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-258-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência social. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

Em 09 de setembro de 2016, foram apresentados 12 trabalhos, dos 13 aprovados no GT de DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, cujos debates fomentaram a discussão e intercâmbios de variadas questões de relevância e aderência ao Grupo de Trabalho: saúde, benefício assistencial, educação, previdência e os direitos sociais trabalhistas, com reflexo na previdência social. Desejamos uma boa leitura e reflexão a todos.

No artigo de Aline Marques Marino, Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino, denominado A LEI Nº 13.135/2015 E A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO, analisam as modificações na Lei nº 8.213/1991, na busca da demonstração dos argumentos acerca da constitucionalidade e inconstitucionalidade da referida Lei.

No artigo "A REFORMA ADMINISTRATIVA TRAZIDA PELA MP 726/16: AS SUCESSIVAS REFORMAS PARAMÉTRICAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL INSERIDAS NO PROJETO NEOLIBERAL", de José Ricardo Caetano Costa, Marco Aurélio Serau Junior, os autores investigam o processo histórico, de feição neoliberal, que vem alterando significativamente o sistema previdenciário brasileiro, especialmente a partir da Reforma Administrativa trazida pela Medida Provisória n. 726/16.

No artigo "A TEORIA DO RECONHECIMENTO SOCIAL DE AXEL HONNETH APLICADO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO", de Júlia Francieli Neves de Oliveira, Leonel Severo Rocha, analisam quais as formas de reconhecimento no campo social e familiar no direito previdenciário, trazendo o processo de reconhecimento e a influência de sua estrutura cultural e a complexidade de fatores.

No artigo "ENSINO FUNDAMENTAL NO MARANHÃO: ANÁLISE DO DIREITO À EDUCAÇÃO A PARTIR DO PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO", de Renata Caroline Pereira Reis Mendes a autora analisa a relação entre direito à educação e a obrigatoriedade escolar no ensino fundamental, com base nos dados pelo Plano Estadual de Educação de 2013.

No artigo denominado “LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES PRECARIOS CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS AUTÓNOMOS. ANÁLISIS COMPARADO ENTRE EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y BRASILEÑO”, de Mirian Aparecida Caldas, Susana Rodríguez Escanciano, realizam a decadência do Estado de Bem Estar Social, apontando como exemplo o caso dos trabalhadores autônomos, dado seu trabalho precário e atípico, alertando sobre a possibilidade da existência de fraudes e dissimulações nas relações laborais.

No artigo “O AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL À LUZ DO REGIME CONSTITUCIONAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL” de Igor Ajouz, o trabalho pretende analisar a compatibilidade do benefício previdenciário de auxílio-doença parental com as disposições constitucionais que versam sobre a seguridade social, diante da falta de previsão legal para este benefício, apontando os empecilhos no regime constitucional.

No artigo “O BENEFICIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA ASSISTENCIAL NO BRASIL: UM DIREITO UNIVERSAL?” de Ana Maria Correa Isquierdo , Priscilla Brandão Peter, as autoras levantam a problemática trazida pela não concessão do benefício de prestação continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), aos estrangeiros residentes no Brasil, diante da interpretação hermenêutica de quem é o “cidadão”.

No artigo “O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE VERSUS O USO DA FOSFOETANOLAMINA (PÍLULA DO CÂNCER): PARTICULARIDADES E PROPOSTAS DE “LEGE FERENDA”, de Lívia Dias Barros, Ney Rodrigo Lima Ribeiro, os autores objetivam analisar a efetivação do direito à saúde a partir da utilização da fosfoetanolamina sintética a partir da propostas de “lege ferenda” ao Art. 2º da Lei nº 13.269 /2016, avaliando os problemas do uso indiscriminado destes medicamentos.

No artigo “O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL”, de Carla Batista Baralhas Anna Candida da Cunha Ferraz, as autoras analisam o “mínimo existencial” como direito fundamental do beneficiário da previdência social, propondo demonstrar a diferença entre o mínimo existencial e mínimo vital para o fim de garantir a efetividade do direito fundamental à previdência.

No artigo denominado “O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL COMO BARREIRA DE CONTENÇÃO À ONDA REFORMISTA QUE ATINGIU OS SISTEMAS PREVIDENCIÁRIOS DO BRASIL E DE PAÍSES DA AMÉRICA LATINA NAS ÚLTIMAS DÉCADAS”, de Juliana Toralles Dos Santos Braga , Pâmela Cristine

Bolson, as autoras pretendem demonstrar que o princípio da vedação ao retrocesso social pode servir como barreira para o imperante discurso neoconservador que tem influenciado as reformas estruturais operadas nos sistemas previdenciários do Brasil e de países da América Latina nas últimas décadas.

No artigo denominado “SEGURIDADE SOCIAL DO BRASIL: SAÚDE, PREVIDÊNCIA SOCIAL E ASSISTÊNCIA SOCIAL: ANÁLISE CONCEITUAL E CONJUNTURAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988”, de Angelica Denise Klein , Luiza Weigel, as autoras buscam avaliar a ações de iniciativa dos poderes públicas e da sociedade brasileira para assegurar os direitos à Seguridade Social, avaliando as alterações normativas de proteção social.

No artigo “SINDICATOS E A POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE TRABALHADORES EM PROGRAMAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR”, de Denise Poiani Delboni, Clayton Vinicius Pegoraro de Araújo, abordam a questão da necessidade de repensar outros mecanismos de Previdência Social Complementar, apontando uma maior viabilidade financeira, ampliando a participação dos sindicatos nesse processo.

Desejamos uma boa leitura e proveito à todos.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa - FURG

Prof. Mario Garmendia Arigón - CLAEH

O AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL À LUZ DO REGIME CONSTITUCIONAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

THE PARENTAL SICK LEAVE IN LIGHT OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL POLITY OF SOCIAL SECURITY

Igor Ajouz

Resumo

O trabalho pretende analisar a compatibilidade do benefício previdenciário de auxílio-doença parental com as disposições constitucionais que versam sobre a seguridade social. O objetivo do estudo é checar se, à falta de disposição legal que institua formalmente o benefício, sua concessão encontra empecilhos no regime constitucional da matéria previdenciária.

Palavras-chave: Auxílio doença parental, Seguridade social, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

This paper purpose to assay if the parental sick leave is compatible with the brazilian constitutional polity about the social security system. The first aim of the study is to check if, in absence of formal legal preview, its granting is viable, according to the constitutional regulation of social security.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Parental sick leave, Social security, Constitution

I - Introdução

O estudo ora iniciado tem como objeto o instituto do auxílio-doença parental, cuja presença no elenco de benefícios previdenciários disponibilizados pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS – tem sido defendida por expressivo contingente doutrinário, com progressivo acolhimento jurisprudencial.

O objetivo central da pesquisa se resume à verificação da juridicidade da afirmação de viabilidade do auxílio-doença parental, tendo em vista a ausência de previsão normativa específica que estipule a concessão do aludido benefício entre as prestações previdenciárias encartadas na Lei 8213/91.

A hipótese cogitada guarda relação com a perspectiva de possível violação a normas constitucionais que norteiam o RGPS, designadamente com aquelas que pertinem à seletividade e ao equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social. O resultado do estudo, destarte, desvenda a compatibilidade do aceite do auxílio-doença parental com o arcabouço constitucional que inspira e delimita, em termos jurídicos, a operação dos benefícios previdenciários mantidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Para o enfrentamento do problema, se procederá à análise teórica dos princípios constitucionais reguladores da seguridade social e, de modo mais específico, da previdência social, com o aporte de revisão doutrinária e jurisprudencial conectada à temática sob exame.

O desenvolvimento do trabalho se presta, em caráter colaborativo, à estipulação de parâmetros juridicamente regulares para a expansão objetiva de alcance de prestações previdenciárias, ainda que sob o estrito olhar para o problema do auxílio-doença parental, com o propósito de viabilizar a análise crítica da incorporação de nova oferta de benefício no cenário nacional. Uma das principais valências do estudo é a checagem de compatibilidade do discurso inclusivo do auxílio-doença parental com o arcabouço constitucional brasileiro, em ordem a prestigiar a regulação da seguridade social ditada pela Carta de 1988.

O roteiro de exame se inicia pela checagem dos princípios da universalidade de cobertura, da seletividade e do equilíbrio financeiro-atuarial – todos com assento constitucional e determinantes para a escorreita compreensão do problema. Em seguida, serão apreciadas, com abordagem crítica, as correntes doutrinárias e jurisprudenciais tendentes à assimilação do auxílio-doença parental no cardápio de benefícios disponibilizados pelo RGPS. As conclusões permitirão aferir se há viabilidade, no panorama jurídico-constitucional brasileiro, de assunção do benefício, à míngua de disposição legal contemplativa.

II - Universalidade de cobertura, seletividade e equilíbrio financeiro-atuarial: parâmetros para criação e extensão de benefícios previdenciários.

A verificação da regularidade jurídica da reivindicação de um benefício previdenciário de auxílio-doença parental há de ser iniciada pela visita aos princípios constitucionais relacionados à seguridade social, para que se possa compreender quais são os parâmetros para a criação e extensão de benefícios previdenciários.

A Constituição Federal de 1988, com certo ineditismo, ensejou a constitucionalização do Direito Previdenciário, tratando, de modo ordenado, da seguridade social – a compreender as áreas de saúde, previdência e assistência social (Ibrahim, 2013, p. 61).

A Carta Magna, ao dispor sobre a seguridade social, teve inspiração no relatório *Beveridge*, realizado na Inglaterra, em 1942: sua proposta consista na estipulação de uma coletânea de direitos, envolvendo saúde, previdência e assistência social a cargo da sociedade e do Estado (Jorge, 2005, p. 25). Esta é a tônica do art. 194 da Constituição Federal de 1988. Neste mesmo dispositivo constitucional foram arrolados os princípios norteadores da seguridade social (Martinez, 2001, p. 99-100).

O princípio inaugural corresponde à universalidade da cobertura e do atendimento. Seu indicativo sugere a promoção de proteção social na máxima extensão possível, como expressão vocacional de toda a seguridade (Netter, 2005, p. 11). Assim, sob a perspectiva objetiva, se preconiza a tutela de todos os riscos sociais que gerem o estado de necessidade, ao passo que, sob o ângulo subjetivo, se propõe que todos tenham acesso à seguridade social, inclusive os estrangeiros residentes no país (Goes, 2011, p. 39).

Conquanto o axioma seja expansivo – na direção da ampliação do espectro de cobertura previdenciária – não se afigura viável, visto inexistirem recursos financeiros suficientes e disponíveis, o atendimento de todos os riscos sociais existentes. A escassez de recursos enseja sejam escolhidos os riscos sociais mais relevantes, observados critérios técnicos e políticos, na esteira da teoria da reserva do possível (Amado, 2015, p. 26).

Ibrahim ressalta, ademais, que o princípio em comento tem estreita relação com os recursos financeiros necessários à promoção da previdência social, pois sem fontes de custeio não há como se criar prestações previdenciárias (Ibrahim, 2013, p. 67). Isso justifica, portanto, a interação do princípio da universalidade da cobertura com outros, a exemplo da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço.

Um desses laços interativos concerne aos princípios da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços. A eleição dos riscos sociais protegidos, em última análise, balanceia a universalidade da cobertura, delimitando o alcance das prestações previdenciárias (Kertzman, 2015, p. 55).

Balera ressalta, neste ponto, que a seletividade representa "o rol de prestações que serão garantidas ao beneficiário do sistema", o qual já foi delineado pelo constituinte, no art. 201 da Constituição Federal, ao determinar os riscos sociais dignos de proteção: a morte, a doença, a velhice, o desemprego e a invalidez. A distributividade, por seu turno, estipula "o grau de proteção devido a cada um" (Balera, 2014, p. 36).

Assim é que a seletividade funciona como limitadora do princípio da universalidade da cobertura, visto que, como não há recursos suficientes para cobrir todos os riscos sociais, caberá ao legislador eleger aqueles que sejam de maior relevância, objetivando a "melhor otimização administrativa dos recursos, conforme o interesse público" (Amado, 2015, p. 28).

É inerente ao sistema previdenciário, portanto, um regime de seleção de contingências. Caberá ao legislador, atento à realidade social, selecionar os riscos sociais que a previdência cobrirá, de forma a otimizar a proteção social, propiciando, à luz dos recursos disponíveis e das estimativas técnicas, maior bem-estar e, concomitantemente, "maior potencial para reduzir a desigualdade social" (Santos, 2013, p. 46).

A higidez econômica do sistema de previdência social consiste no principal fator de justificação do princípio da precedência da fonte de custeio, "conhecido como princípio da preexistência, contrapartida ou antecedência da fonte de custeio" (Amado, 2015, 36).

É possível explicar, em termos técnicos, a preocupação constitucional com o planejamento de custeio da previdência social. Basta lembrar que a operação do RGPS é lastreada em um sistema contributivo de repartição simples, cujo fluxo financeiro se verifica sob a seguinte lógica: os recursos aportados ao fundo do RGPS (art. 250 da Constituição Federal) são consumidos, sem capitalização futura, para o enfrentamento das despesas decorrentes da manutenção dos benefícios previdenciários ativos.

Forma-se, pois, uma espécie de pacto intergeracional: a geração ativa, mediante recolhimento compulsório de contribuições previdenciárias (art. 12 da Lei 8212/91), verterá recursos aplicados para o pagamento imediato de aposentadorias, pensões e toda a sorte de benefícios previdenciários mantidos pelo INSS.

Vale dizer, no entanto, que as contribuições previdenciárias arcadas pelos trabalhadores não consistem na única fonte de custeio da previdência social. Nos termos do

art. 195 da Carta Magna, o financiamento da previdência social é custeado por toda a sociedade, direta ou indiretamente, com recursos injetados por diferentes provedores – além dos trabalhadores, as empresas e o Estado também participam da teia que viabiliza, sob o prisma financeiro, o funcionamento da seguridade social.

Este é o fundamento para a adoção do princípio da diversidade da base de financiamento, estampado no inciso VI do art. 194, P. Único, da Constituição Federal de 1988. Diversificadas as fontes pagadores, resta minimizado o risco de que, diante de contingências tópicas, localizadas em determinado segmento da economia ou do mercado, reste fragilizada ou impossibilitada a mantença dos benefícios e serviços previdenciários a cargo do INSS.

Cada um dos provedores participa deste esquema distributivo de ônus contributivos de maneira equânime. Este é o recado assinalado no art. 194, P. Único, V, da Carta de 1988. Isso significa que, inspirado pelo valor da justiça distributiva, nosso texto constitucional pretende compelir cada contribuinte à participação no custeio da previdência social de modo compatível com a sua capacidade contributiva.

De todo modo, é de se perceber que, sendo complexa a trama que envolve o recolhimento das contribuições previdenciárias e o seu consumo, para implantar e manter os benefícios previdenciários já concedidos, impõe-se, de maneira contundente, a observância ao planejamento previdenciário. Neste sentido se põe a cláusula do art. 201, caput, da Constituição Federal de 1988, nomeadamente em sua alusão ao equilíbrio financeiro e atuarial.

Cuida-se de providência imperativa à adequada gestão do sistema de previdência pública. Mais do que uma questão de estruturação ou organização administrativa, o planejamento previdenciário assume indisfarçável relevância prospectiva, a permitir a continuidade e o desenvolvimento da atuação previdenciária do poder público.

Explica-se, pois, o atrelamento da gestão previdenciária aos domínios técnico-científicos da demografia, da economia e dos cálculos atuariais. Sem uma projeção informada por dados estatísticos e norteada pela *expertise*, estaria a previdência social à mercê de manipulações irresponsáveis e inconsequentes.

A criação de um benefício previdenciário ou, ainda, sua extensão ou majoração, há de ser necessariamente calculada. Sua viabilidade deve ser previamente aferida, sob a regência de critérios técnico-científicos que certifiquem a possibilidade de inserção da prestação no acervo de benefícios previdenciários disponibilizados pelo RGPS, sem prejuízo da massa inativa atual e das gerações futuras.

É uníssona, por tais razões, na literatura previdenciária, a asserção de que sem fonte de custeio é impossível criar novos benefícios ou serviços da seguridade social, bem como majorá-los ou estendê-los, a fim de que seja mantido o equilíbrio financeiro-atuarial do sistema. Aliás, é o que dispõe a Constituição Federal, no art. 195, § 5º: "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total".

Destarte, para a expansão de alcance de benefícios previdenciários, não simples previsão em lei, exigindo-se a indicação da origem dos recursos financeiros necessários ao seu custeio, sob pena de ser declarada inconstitucional (Ibrahim, 2015, p. 77). Isso significa, de forma simples e objetiva, que "o caixa da seguridade social só pode pagar o benefício se existir dinheiro para isso" (Goes, 2011, p. 26).

Diante do panorama constitucional exposto, os parâmetros para criação e extensão de benefícios previdenciários não se resumem à universalidade da cobertura, sendo também inspirado pelos princípios da seletividade e da preexistência da fonte de custeio.

A compreensão e a aplicação dos aludidos princípios deve ser coordenada e interativa: em que pese a universalidade da cobertura tenda a proteger a todos os riscos sociais relevantes, ela não há de ser compreendida em termos absolutos, tendo em conta a insuficiência de recursos financeiros para contemplá-los. Logo, em harmonia com o princípio da seletividade, devem ser selecionados os riscos sociais prementes, de modo que sejam amparados os que, na forma da lei, sejam reputados prioritários.

Destarte, havendo consonância entre a universalidade e a seletividade, ocorrerá o equilíbrio financeiro, de modo que sobejando recursos, ou mesmo, se houver fonte de custeio suficiente, poderá se falar em criação e extensão de benefícios previdenciários. Portanto, lei editada disciplinando a existência de novo benefício previdenciário, se não observar o princípio da preexistência da fonte do custeio, deverá ser declarada materialmente inconstitucional.

Tais princípios suscitam graves impasses sobre a viabilidade de aceite do auxílio-doença parental no plano de benefícios do RGPS, já que não se tem previsão legal específica que o estipule entre os benefícios previdenciários. Passa-se, pois, ao estudo do auxílio-doença parental, para o exame de seu objeto e, doravante, à análise crítica de sua admissibilidade.

III - Auxílio-doença parental: retórica e prática

O auxílio-doença parental tem sido defendido por expressivo segmento doutrinário, com progressivo reconhecimento em decisões judiciais – embora não se tenha, até aqui, qualquer disposição legal que o incorpore ao elenco de benefícios previdenciários ofertados no âmbito do RGPS.

Impõe-se, para o avanço do estudo, compreender o conteúdo do auxílio-doença parental. Sua definição tem como mote a outorga de prestação pecuniária ao segurado que, por força da necessidade de prestar cuidados a membro de sua família, se veja impossibilitado de permanecer em exercício de atividade remunerada. A cobertura do risco social supriria a remuneração, permitindo ao segurado o afastamento de sua atividade habitual, para prestar cuidados ao parente enfermo ou carente de cuidados especiais.

As principais inspirações para a defesa do auxílio-doença parental podem ser extraídas da Constituição Federal, com ênfase na dignidade da pessoa humana, na erradicação da pobreza e na solidariedade.

Nesse diapasão, o benefício previdenciário de auxílio-doença parental, retratado no Projeto de Lei do Senado nº 286, de 2014, de autoria da Senadora Ana Amélia, tem o propósito de acrescentar o art. 63-A à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para instituir o auxílio doença parental, consoante se verifica, nos dispositivos, a seguir*:*

> "Art. 1º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do art. 63-A, com a seguinte redação:
>
> Art. 63-A. Será concedido auxílio-doença ao segurado 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 da sua declaração de rendimentos, mediante comprovação por perícia médica, até o limite máximo de doze meses, nos termos e nos limites temporais estabelecidos em regulamento. (NR)
>
> Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação"[1].

A justificativa apresentada pela Senadora, na apresentação do aludido Projeto, foi a de que deve ser dado "tratamento isonômico aos segurados do Regime Geral de Previdência Social – RGPS em relação aos segurados dos Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS"[1].

Outrossim, a Senadora asseverou que o RGPS se ressente da ausência de previsão do auxílio-doença parental, o qual consistiria na "concessão de licença remunerada para

[1] Projeto de Lei do Senado nº 286, de 2014. Consultado em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=155429&tp=1>. Acesso em: 08.set.2015.

acompanhar pessoa enferma da família"[2]. Ademais, a Senadora explicitou que no âmbito do RGPS, atualmente, apenas pode receber auxílio-doença aquele que sofreu lesão incapacitante[1], conforme disciplina o artigo 59, *caput*, da Lei nº 8.213/91, senão vejamos:

> "Art. 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".

Ao apresentar a exposição de motivos do projeto, a Senadora sustentou que a cobertura previdenciária é um direito fundamental, realçando que a Carta Magna "protege o ente familiar". Também argumenta a existência da proteção insuficiente aos segurados do regime geral, asseverando que, de acordo com o artigo 83 da Lei nº 8.112/90, ao servidor público federal poderá ser concedida licença por motivo de doença de familiar que viva a suas expensas, motivo pelo qual recebe tratamento diferenciado dos que estão na mesma situação de risco social e são filiados ao RGPS.

Para a parlamentar, o argumento do déficit da previdência não poderia ser esgrimido para impedir a concessão do benefício, tendo em vista ser de conhecimento público a existência da DRU, que possibilita a aplicação dos valores arrecadados (os quais deveriam ser aplicados em saúde, assistência e previdência) em outras fontes, como no financiamento das obras da copa do mundo e das olimpíadas de 2016.

Por fim, explicitou que "o auxílio-doença parental poderá ser de 15, 30, 60, 90, 180, ou de até 365 dias a depender da situação específica do paciente que será submetido à perícia médica que subsidiará a fixação do período no âmbito do regulamento".

Destarte, referido Projeto, no dia 27 de maio de 2015, foi aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS) em decisão terminativa, sendo que, no dia 11 de junho de 2015 foi remetido à Câmara dos Deputados. Nesta, foi apresentado como Projeto de Lei do Senado à revisão nº 1876/2015 e apensado ao PL 6753/2010, sendo que, atualmente, está sujeito à apreciação do Plenário (Marques, 2015, p. 151).

Há, na doutrina, autores que sustentam aludida extensão do benefício previdenciário de auxílio-doença, ainda que inexistente previsão legal específica. Um dos principais argumentos expostos se relaciona à fundamental relevância da proteção social em questão, para possibilitar que pacientes doentes, à beira da morte, possam ter expectativa de vida aumentada devido ao poder curativo do amor de familiar próximo Assim, o auxílio-doença

[2] Projeto de Lei nº 6753/2010. Consultado em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465832&ord=1>. Acesso em: 10.dez.2015.

parental permitiria alocar "o segurado em gozo do aludido benefício, não por este encontrar-se incapaz fisicamente para o labor, mas porque sua presença é mais necessária em outro lugar, ao lado do ente adoecido" (Gouveia, 2014, p. 110-111).

Sustenta-se, ainda, que a doença do ente familiar provoca, no segurado, "um estado de incapacidade por elemento externo, tornando absolutamente incapaz de conseguir desempenhar atividade que lhe garantia subsistência" (Gouveia, 2014, p. 111). Cuidar-se-ia, nesta ótica, de uma repercussão sobre a vida laboral do próprio segurado.

Há quem sustente que a interpretação adequada ao exame da questão haveria de observar o que rezam os artigos 4º e 5º da LINDB:

> "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
>
> Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

O emprego da analogia, proposto parte da doutrina, se justifica pela previsão de licença por motivo de doença em pessoa da família, para os servidores efetivos que são regidos pelo regime próprio (art. 83 da Lei 8.112/90).

A defesa do auxílio-doença parental está indisfarçavelmente conectada aos valores da justiça social e da dignidade. A tese propugna que o sistema previdenciário ampare a situação de risco vivenciada pelo segurado que deixou o trabalho para cuidar do filho, por exemplo, devido à doença grave que o acometeu.

No repertório doutrinário nacional, a explorar este tema, se pode citar: "Auxílio Doença Parental", de autoria de Andressa Chaves Magalhães[4], "Auxílio doença parenteral e a isonomia quanto à dignidade humana", de Sérgio Henrique S. Pereira[5], "Auxílio – doença no regime geral da previdência social e a licença do art. 83 da Lei 8.112/90, uma questão de isonomia social", de Daiane Tais Casagrande[6], "Auxílio-Doença Parental: Risco Social Evidente, Cobertura Inexistente, Necessidade Urgente!!!", de Taís Rodrigues dos Santos[7], "A importância e evolução do auxílio doença no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 286 de 2014 que inclui o auxílio doença parental como mais um benefício previdenciário", de Adriane dos Reis Guarnieri[8], dentre outros.

Todos os artigos mencionados, em suma, retratam a relevância da cobertura previdenciária para essa modalidade inovadora de auxílio-doença. Ressaltam, também, que deve haver tratamento isonômico entre o RGPS e o RPPS, manifestando-se favoravelmente ao Projeto de Lei do Senado 286/2014.

Ainda no plano acadêmico, a dissertação de Mestrado de Miriam Andrade Santos, intitulada “Auxílio-doença parental no campo dos direitos humanos fundamentais”, apresentada à é emblemática do avanço das pesquisas sobre a temática explorada.

No estudo realizado, em suma, Santos (2014, p. 127) sustenta que a seguridade social, direito humano fundamental social, é um relevante instrumento de defesa dos cidadãos frente aos riscos sociais vivenciados. Santos ressalta, também, que a família é a grande responsável pela proteção social, uma vez que quando não havia aludida proteção na esfera estatal, os próprios “membros da família se protegiam contra as intempéries da vida objetivando a garantia da sobrevivência”. Ademais, Santos ressalta que a Constituição Federal reconheceu a família como base da sociedade, motivo pelo qual o Estado deve cumprir as obrigações constitucionais destinadas à sua preservação. Santos, também, entende que há tratamento diferenciado para os segurados do RGPS e os servidores do RPPS, sendo necessário que o “auxílio-doença possa ser concedido ao segurado para tratar de pessoa da família que se encontra doente [...] pois é notório que não se vislumbra capacidade para o exercício do perfeito trabalho pelo segurado com um dependente seu em fase terminal” (2014, p. 129). Santos, ainda, ressalta que aludido benefício não viola à regra da contrapartida, haja vista ter “a mesma base de custeio do auxílio-doença, por se tratar do mesmo benefício que tem como fato gerador a incapacidade do segurado” (2014, p. 130).

Por fim, a autora conclui o seguinte:

> “[...] 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”.

Há alguns casos concretos, na esfera judicial, que se mostram representativos do acolhimento do auxílio-doença parental, como o seguinte julgado da Turma Recursal de Santa Catarina:

> “(...) 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 o pior, que a cada dia que passa mais próximo está 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 o 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. (...)
> (Processo n. 2006.72090007861/SC – D.J. 23.06.2006)

Além do exemplo supracitado, no Estado do Rio de Janeiro, no 09º Juizado Especial Federal, tramita o processo nº 0021649-08.2014.4.02.5151, no qual a parte autora, com pedido de tutela antecipada, objetiva a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença. A parte autora sustenta ser segurada vinculada ao RGPS, mas se encontra sem condições laborativas, tendo em vista a premente necessidade de permanecer junto a seu filho de 08 meses, lactente, o qual nasceu com uma doença autoimune chamada hipogamaglobulina. Diante de tal demanda, a MM. Juíza Federal Substituta, Dra. Wanessa Carneiro Molinaro Ferreira, observou que os requisitos de qualidade de segurado e o cumprimento da carência foram atendidos, conforme disciplinam os artigos 15 e 25, I da Lei nº 8.213/91. Ademais, considerando o grave quadro de saúde do filho da segurada, bem como a impossibilidade dela lhe prestar a assistência necessária e exigida pelo médico que o acompanha, a Juíza Federal considerou improvável que a parte autora tenha condições psíquicas e intelectuais para exercer sua atividade profissional. E, diante da presença de dano irreparável, bem como com fundamento no perigo de irreversibilidade do provimento, concedeu a tutela antecipada e determinou "a implantação imediata do benefício de auxílio-doença em favor da parte autora". Por fim, designou perícia médica tanto na parte autora quanto no menor.

E, após a realização da perícia, "restou evidenciado que a autora de fato apresentou incapacidade para o trabalho no período de 19/11/2014 a 23/01/2015, quando a criança necessitava ser alimentada de forma exclusiva com leite materno", sendo que aludida

“incapacidade perdurou ainda por mais 30 (trinta) dias, até que a autora tivesse recuperado plenamente o equilíbrio emocional para lidar com a realidade de seu filho (...)”.

Assim sendo, em 07 de agosto de 2015, por r. sentença foi julgada parcialmente procedente a ação, “condenando o INSS a implantar em favor da parte autora o benefício de auxílio-doença (NB 608.616.674-2), cuja DIB (data de início do benefício) deve ser fixada na DER (19/11/2014) e a DCB (data da cessação do benefício) em 23/02/2015”.

Diante da explanação retórica e prática acerca do auxílio-doença parental, constata-se que a questão põe em confronto diversos componentes principiológicos e hermenêuticos. Passa-se à análise crítica do problema, para que sejam sopesados os aspectos mais relevantes do dilema jurídico que se põe.

Como ilustrado no primeiro capítulo, não basta a existência de projeto de lei que institua o auxílio-doença parental. Ainda que aprovado, sem a necessária previsão da origem de recursos financeiros, padeceria o diploma de inconstitucionalidade material (Ibrahim, 2015, p. 77).

Ademais, não se pode concordar com a posição de Santos, no sentido de que o auxílio-doença não viola a regra da contrapartida, uma vez que o auxílio-doença parental, embora não seja uma modalidade a ser criada ou majorada, é uma **extensão** do auxílio-doença, cuja implementação depende da estipulação da correspondente fonte de custeio, nos termos do disposto no parágrafo 5º do artigo 195 da Constituição Federal de 1988.

Além disso, convém ressaltar, que o RGPS obedece ao sistema de repartição simples, no qual os trabalhadores em atividade financiam os inativos na expectativa de que, no futuro, outra geração de trabalhadores sustentará a sua inatividade. É de se observar que estudos demográficos atuariais realizados em 2015[3], apresentaram projeções do RGPS para os próximos 45 anos, revelando que a população em idade ativa decairá, ao passo que haverá crescimento dos idosos na população. Segundo o estudo, “em 2060, para cada pessoa com mais de 60 anos, teremos 1,6 pessoas com idade entre 16 e 59 anos. Essa relação é substancialmente inferior à atual, que está em 5,3 indicando um progressivo comprometimento da base de sustentação da previdência social”. Ademais, o estudo ressalta que “embora o Brasil ainda tenha uma estrutura etária relativamente jovem, a forte queda nas taxas de fecundidade levará a um rápido envelhecimento da população” e, consequentemente “a uma redução acentuada da participação dos jovens no total da população, gerando grandes

[3] Anexo IV – Metas Fiscais: *Projeções financeiras e atuariais para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS.* Consultado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PLN/2015/ANEXOS/Anexo%20IV.6%20-%20Projecoes%20Atuariais%20do%20RGPS.pdf> Acesso em: 10.dez.2015.

pressões por mudanças nas políticas públicas de forma geral e especificamente na previdenciária".

Sendo assim, no futuro que se avizinha, o sistema previdenciário brasileiro haverá de enfrentar os problemas decorrentes da mutação demográfica revelada, que torna ainda mais tormentosa a expansão de alcance de prestações previdenciárias desacompanhada da prudente estipulação de custeio (Ibrahim, 2011, p. 171).

Não se pode perder de vista, ainda, a crise financeira que assola o país, ensejando medidas severas para a busca de ajuste fiscal[4]. As dificuldades econômicas impactam diversos segmentos produtivos[5] e, consequentemente, muitos trabalhadores, segurados obrigatórios da previdência social, estão desempregados – causando impacto negativo na arrecadação de contribuições previdenciárias.

Cabe ressaltar, por outro lado, o espaço de atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A instituição do auxílio-doença parental reclama – por uma questão de responsabilidade – a realização de estudos prévios de viabilidade, para cuja realização é vocacionado o Poder Executivo, gestor das políticas públicas associadas à previdência social.

Checada a viabilidade técnica e material, a expansão da cobertura previdenciária haveria de ser submetida ao crivo do Poder Legislativo, seguindo-se o rito deliberativo estipulado pela Constituição.

Não se é de admitir, nesta esteira, que o Poder Judiciário, diante da suposta lacuna na legislação previdenciária, pretenda reinventar o quadro de benefícios previdenciários do RGPS. Embora amparado pelos valores da justiça e da dignidade, o ativismo judicial, exercido em demandas individuais, pode ter elevada nocividade, desequilibrando a ordem constitucional e a estabilidade interinstitucional. Sob a perspectiva coletiva, toda a trama previdenciária pode ter a sua higidez financeira e atuarial arruinada, dada a falta de planejamento da expansão de cobertura.

Destarte, diante do exposto, entende-se ser relevante que as pessoas filiadas ao RGPS possam receber o benefício de auxílio-doença parental quando seus familiares estiverem em situação de risco social, como no caso de doença grave de um familiar próximo, ou seja, "cônjuge ou companheiro, pais, filhos, padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva a suas expensas e conste da sua declaração de rendimentos".

---

[4] G1 – Economia: Governo anuncia pacote de corte de gastos e propõe volta da CPMF. Consultado em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/09/governo-anuncia-bloqueio-de-gastos-no-orcamento-de-2016.html> Acesso em: 10.dez.2015.

[5] Jornal da Globo: Crise econômica provoca queda na produção industrial em agosto. Consultado em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/09/crise-economica-provoca-queda-na-producao-industrial-em-agosto.html> Acesso em: dez.2015.

Entretanto, constata-se que, para que haja a extensão do benefício em comento é imprescindível que haja planejamento prévio, com o dimensionamento técnico das projeções demográficas e atuariais, para o equacionamento dos recursos financeiros necessários e a previsão – determinada pela Constituição Federal de 1988 – da fonte de custeio, para que se preserve o equilíbrio financeiro-atuarial da previdência social.

IV - Conclusões

O desenvolvimento da presente pesquisa permitiu constatar que o reconhecimento do benefício previdenciário de auxílio-doença parental, à míngua de estipulação legislativa expressa, desafia uma série de questões relacionadas à observância de princípios constitucionais e à higidez do RGPS, designadamente quanto ao seu equilíbrio financeiro e atuarial.

Se, de um lado, o alinhamento doutrinário à admissibilidade da concessão do referido benefício previdenciário atende a axiomas como a justiça social, a dignidade humana, a tutela constitucional à família e à construção de uma sociedade solidária, não se pode ignorar a presença de relevantes impasses, também alçados ao plano constitucional.

À guisa de conclusão, é possível afirmar que o deferimento de auxílio-doença parental, diante do atual panorama legislativo, ofende o princípio da seletividade, com as consequentes repercussões negativas sobre o equilíbrio e a separação funcional de poderes entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Por fim, é incontornável a exigência de estipulação de prévia fonte de custeio total para qualquer expansão objetiva da cobertura previdenciária – o que se coloca também no problema do auxílio-doença parental. Sendo assim, afigura-se inaceitável, sob o aspecto jurídico e econômico, qualquer decisão judicial que proclame o deferimento do benefício. Ainda que venha a ser estipulada por diploma legal, cumprido o necessário processo legislativo, a instituição do auxílio-doença parental dependerá de estrita observância ao disposto no art. 195, § 5º da Constituição Federal de 1988.

Tratar o sistema com responsabilidade é um dever público que decorre do comando insculpido no caput do art. 194 da Constituição Federal. Construir uma seguridade social estável, planejada e sustentável é um encargo coletivo que acode à presente e às futuras gerações.

Referências Bibliográficas

AMADO, Frederico. *Direito previdenciário.* 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BALERA, Wagner. *Direito previdenciário.* 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Synthesis*, vol. 5, n. 1, 2012.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela Berbel. *Teoria geral da previdência social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*.8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOES, Hugo. *Manual de direito previdenciário.* 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2011.

GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. *Benefícios por incapacidade e perícia médica: manual prático.* 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Impetus, 2011.

_____. Curso de direito previdenciário. 10. ed. Niterói: Impetus, 2013.

JORGE, Társis Nametala Sarlo. *Teoria geral do direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário.* 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, Deisi Machini. *A proteção parental no direito do trabakho à luz da ética e da proteção da dignidade integral da pessoa humana*. Dissertação de mestrado. Franca: UNESP, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.

NETTES, Francis. *La sécurité sociale et ses principes*. Paris: Dalloz, 2005.

NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Mirian Andrade. *Auxílio-doença parental no campo dos direitos humanos fundamentais*. Dissertação de Mestrado. Osasco: UNIFIEO. 2014.

SANTOS, Taís Rodrigues dos. Auxílio-doença parental: risco social evidente, cobertura inexistente, necessidade urgente! *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, n. 19, 2014, p. 73-76.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e a decisão política. *Revista Direito GV*, vol.8, n.1, 2012, p. 37-57.