

## **AUXÍLIO-RECLUSÃO.**

### **inconstitucionalidade do requisito baixa renda**

**Daniel Raupp**

#### **1. INTRODUÇÃO**

O auxílio-reclusão é benefício previdenciário devido aos dependentes de segurado preso, com o objetivo de lhes proporcionar o suporte financeiro subtraído em virtude do encarceramento. O risco social coberto pelo benefício é a ausência da renda familiar decorrente do recolhimento à prisão de segurado do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. A ideia é não deixar desamparada a família do preso, a qual se vê privada da renda proveniente do seu trabalho, de cujo exercício fica impedido em razão da prisão.

A atual redação do inc. I do art. 201 da Constituição da República de 1988 prevê o atendimento pela Previdência Social da cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, portanto não mais encerra, expressamente, o atendimento à cobertura do evento resultante da *reclusão*, como na redação originária da Carta.

Vê-se, contudo, que a possibilidade de concessão de auxílio-reclusão está prevista no inc. IV do mesmo artigo, do que se infere que as consequências da prisão do segurado continuam caracterizando risco social protegido pelo ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, a Emenda Constitucional nº 20/98 limitou a concessão do benefício às pessoas de baixa renda, discutindo a jurisprudência se o requisito é calculado com base nos rendimentos do segurado ou de seus dependentes, beneficiários das prestações. Atualmente, a questão encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal, onde foi reconhecida a existência de repercussão geral da matéria (RE 587.365-SC, Relator Min. Ricardo Lewandowski).

Após discorrer sobre a natureza e pressupostos do auxílio-reclusão, procurou-se restringir o debate ao limitador da baixa renda: conceito, base de cálculo e, principalmente, sobre a constitucionalidade do requisito.

#### **2. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGISLATIVA DO AUXÍLIO-RECLUSÃO**

O auxílio-reclusão foi originalmente instituído pela Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, denominada “Lei Orgânica da Previdência Social”, que previu a concessão de auxílio-reclusão *aos beneficiários do segurado, detento ou recluso, que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa, e que houver realizado no mínimo 12 (doze) contribuições mensais* (art. 43).

Na mesma linha, a Consolidação das Leis da Previdência Social aprovada pelo Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976, dispôs que *o auxílio-reclusão será devido, após 12 (doze) contribuições mensais e nas condições dos artigos 56 a 59, aos dependentes do segurado detento ou recluso, que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa* (art. 63).

Redação semelhante foi mantida no art. 45 da nova edição da Consolidação das Leis da Previdência Social, expedida pelo Decreto nº 89.312, de 23 de janeiro de 1984.

As três normas, similarmente, previam que o requerimento do benefício deveria ser instruído com certidão do despacho da prisão preventiva ou da sentença condenatória, e que o pagamento seria mantido durante a detenção ou reclusão do segurado, comprovada por meio de atestado trimestral de autoridade competente. Outras regras seriam aproveitadas da regulamentação da pensão por morte, visto que ambos benefícios tinham como característica principal beneficiarem os dependentes do segurado.

No âmbito constitucional, a primeira Constituição a tratar do auxílio-reclusão foi a Constituição da República de 1988, cuja redação original tinha o seguinte teor: *Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:*

*I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão;*

*II – ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda;*

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

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

*V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5º e no art. 202.*

Sob a égide desta Carta, foi editada a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a qual, ao dispor sobre os planos de benefícios da previdência social, fez expressa referência ao

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

Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.

Mantendo a tradição normativa sobre o tema, relacionou esta espécie de benefício dentre aquelas devidas aos dependentes do segurado, ao lado da pensão por morte. Excluiu, nesse campo, os benefícios de pecúlio e auxílio-funeral, direcionados aos dependentes pelas normas anteriores. Alterou, também, a regra de carência, retirando este requisito para a concessão do auxílio-reclusão, ao contrário das leis anteriores que previam a necessidade de recolhimento de doze contribuições mensais.

A alteração constitucional introduzida pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, trouxe significativa mudança nas regras de concessão do auxílio-reclusão, limitando-a aos dependentes dos segurados de baixa renda, como se vê: *Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:*

- I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;*
- II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;*
- III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;*
- IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;*
- V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.*

Até que a lei discipline o conceito de baixa renda, o art. 13 da Emenda Constitucional dispôs como valor teto para a concessão de salário-família e auxílio-reclusão *renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.* Atualmente, por força do art. 5º da Portaria Interministerial MPS/MF nº 77, de 11 de março de 2008<sup>1</sup>, o montante em vigor é

de R\$ 710,08 (setecentos e dez reais e oito centavos), *independentemente da quantidade de contratos e de atividades exercidas.*

No âmbito infralegal, a regulamentação está a cargo do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, que aprovou o Regulamento da Previdência Social – RPS, alterado pelo Decreto nº 4.729, de 9 de junho de 2003. Dispõe o Regulamento:

*Art. 116. 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, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).*

*§ 1º-É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.*

*§ 2º-O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente.*

*§ 3º-Aplicam-se ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica.*

*§ 4º-A data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior, observado, no que couber, o disposto no inciso I do art. 105.*

*§ 5º-O auxílio-reclusão é devido, apenas, durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado ou semi-aberto.*

*§ 6º-O exercício de atividade remunerada pelo segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semi-aberto que contribuir na condição de segurado de que trata a alínea “o” do inciso V do art. 9º-ou do inciso IX do § 1º-do art. 11 não acarreta perda do direito ao recebimento do auxílio-reclusão pelos seus dependentes.*

*Art. 117. O auxílio-reclusão será mantido enquanto o segurado permanecer detento ou recluso.*

*§ 1º—O beneficiário deverá apresentar trimestralmente atestado de que o segurado continua detido ou recluso, firmado pela autoridade competente.*

*§ 2º—No caso de fuga, o benefício será suspenso e, se houver recaptura do segurado, será restabelecido a contar da data em que esta ocorrer, desde que esteja ainda mantida a qualidade de segurado.*

*§ 3º—Se houver exercício de atividade dentro do período de fuga, o mesmo será considerado para a verificação da perda ou não da qualidade de segurado.*

*Art. 118. Falecendo o segurado detido ou recluso, o auxílio-reclusão que estiver sendo pago será automaticamente convertido em pensão por morte.*

*Parágrafo único. Não havendo concessão de auxílio-reclusão, em razão de salário-de-contribuição superior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), será devida pensão por morte aos dependentes se o óbito do segurado tiver ocorrido dentro do prazo previsto no inciso IV do art. 13.*

*Art. 119. É vedada a concessão do auxílio-reclusão após a soltura do segurado.*

### **3. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO**

O primeiro requisito para a concessão do auxílio-reclusão é, obviamente, a prisão, entendida de forma ampla, como qualquer restrição à liberdade imposta pelo Estado. Pode ser de natureza penal, civil ou administrativa, cautelar ou definitiva. Em que pese a denominação atribuída ao benefício, não é só a reclusão, em sentido estrito, que dá direito ao recebimento; também a detenção, como espécie de pena privativa de liberdade prevista no Código Penal, pode dar causa à sua concessão<sup>2</sup>. Mesmo a prisão simples, tipo de sanção prevista na Lei de Contravenções Penais, pode ensejar o pagamento, desde que cumprida em regime semi-aberto.

Nesse aspecto, o Decreto nº 4.729/03 incluiu o § 5º no Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99), limitando o pagamento do benefício ao período em que o segurado estiver preso sob regime fechado ou semi-aberto, ou seja, excluiu a possibilidade de recebimento pelos dependentes do segurado preso em regime aberto.

Partiu da premissa de que, no regime aberto, a regra é o trabalho externo do preso, permanecendo recolhido somente no período noturno e nos dias de folga. Desse modo, sendo-lhe permitido o trabalho remunerado, até mesmo como forma de ressocialização, inexistente o risco social a ser coberto pelo benefício<sup>3</sup>.

Em relação ao segurado preso em regime fechado ou semi-aberto, ainda que permitido o exercício de atividade remunerada e devido o recolhimento das contribuições previdenciárias respectivas, seus dependentes não perdem o direito ao auxílio-reclusão. Com efeito, a prestação de serviço pelo preso, dentro ou fora da unidade penal, torna-o segurado obrigatório da previdência social na condição de contribuinte individual 4. Todavia o segurado recluso não terá direito aos benefícios de auxílio-doença e de aposentadoria durante a percepção, pelos dependentes, do auxílio-reclusão, *permitida a opção, desde que manifestada, também, pelos dependentes, ao benefício mais vantajoso* 5. O mesmo ocorre com o presidiário que for filiado ao Regime Geral de Previdência Social na condição de contribuinte facultativo, como permite o Regulamento, desde que não exerça atividade remunerada nem esteja vinculado a qualquer regime de previdência social 6.

Igualmente, tendo em vista que o pressuposto do benefício é o recolhimento ao cárcere, em caso de fuga do preso, o pagamento do benefício é suspenso, até que este seja recapturado. Se na data da recaptura o instituidor do benefício não possuir mais a qualidade de segurado, por não ter exercido atividade laboral no período em que esteve foragido e tiver ultrapassado o período de graça 7, por exemplo, seus dependentes não terão mais direito ao auxílio-reclusão.

Castro e Lazzari (2005, p. 568) mencionam a divergência doutrinária sobre a conveniência da regra acima: *Feijó Coimbra diverge do conteúdo da norma: “Não vemos justiça na disposição legal, parecendo-nos, ao revés, que se conflitam as duas disposições. Se a prestação é, indubitavelmente, estabelecida intuitu familiae, e se tem como elemento material da hipótese de incidência legal a ordem judicial de detenção ou de reclusão, o fato de ter-se evadido o segurado, de estar foragido, em nada altera os termos da questão, nem melhora a situação de seus dependentes, os titulares da prestação de que se cuida”*.

*Deve-se observar, contudo, que, não havendo a suspensão do benefício no caso de evasão, a família poderia ficar recebendo indefinidamente o benefício, supondo-se aí*

*que o foragido jamais retornaria ao lar, nem proveria a subsistência dos seus. Assim sendo, em que pese eventual injustiça com a família do fugitivo não amparada após a fuga, andou bem, a nosso ver, o legislador neste caso.*

Não há, na verdade, a injustiça proclamada. Como exposto, o requisito básico para o recebimento do auxílio-reclusão é o recolhimento do segurado ao cárcere, pressupondo que se encontra impedido de prover o sustento de seus dependentes, já que o seu é suportado pelo Estado. Tal suposição cai no tocante ao preso em regime aberto, cujo trabalho é incentivado, e que não enseja a concessão do benefício, conforme expressa disposição normativa. A contingência do desemprego ou a penúria da família do foragido não é o risco social protegido por essa espécie de benefício previdenciário.

Além disso, não só para a concessão do benefício, mas também para a manutenção do seu pagamento, é obrigatória a comprovação de que o segurado se encontra efetivamente recolhido na condição de presidiário, demonstrando, mais uma vez, que a segregação é condição primária para se ter direito ao auxílio-reclusão. Como consequência lógica disso, é *vedada a concessão do auxílio-reclusão após a soltura do segurado* 8, o que não impede que os dependentes postulem, após o livramento ou mesmo a fuga, o pagamento das prestações vencidas durante o encarceramento 9.

O segundo requisito essencial para a concessão do auxílio-reclusão é a condição de *segurado* do Regime Geral de Previdência Social do indivíduo recolhido à prisão. Segundo Castro e Lazzari (2005, p. 150), *é segurado da Previdência Social, de forma compulsória, a pessoa física que exerce atividade remunerada, efetiva ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo de emprego, a título precário ou não, bem como aquele que a lei define como tal, observadas, quando for o caso, as exceções previstas no texto legal, ou exerceu alguma das atividades mencionadas acima, no período imediatamente anterior ao chamado “período de graça”. Também é segurado aquele que se filia facultativa e espontaneamente à Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações sem estar vinculado obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS ou a outro regime previdenciário qualquer.*

Desse modo, para originar o pagamento do auxílio-reclusão, o indivíduo preso deve ostentar a qualidade de segurado, obrigatório ou facultativo, da previdência social, no momento da prisão. Caso venha a se filiar ao regime durante o período de encarceramento 10, seus dependentes não terão direito ao benefício, uma vez que as

condições para a concessão deverão ser preenchidas no momento do recolhimento ao cárcere. Caso contrário, ficaria frustrada a ideia de *seguro* social, possibilitando a ocorrência de fraudes contra o regime.

A manutenção da qualidade de segurado ocorre com o devido recolhimento das contribuições previdenciárias a cargo do indivíduo. Se de responsabilidade de terceiro, como o empregador, a falta de recolhimento não tolhe o direito ao benefício. Também mantém a qualidade de segurado o indivíduo que se encontra no chamado *período de graça*, quando não há obrigação do recolhimento 11. Assim, por exemplo, o indivíduo solto mantém a qualidade de segurado, independentemente do recolhimento de contribuições, até doze meses após o livramento. Nesse prazo, o egresso conserva todos os seus direitos perante a previdência social 12.

O terceiro requisito para a concessão do auxílio-reclusão é a condição de dependente do postulante. São assim considerados para efeito previdenciário o cônjuge, a companheira, o companheiro 13 e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido (primeira classe) 14, cuja dependência econômica é presumida; os pais (segunda classe); e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido (terceira classe). A dependência econômica deve ser comprovada nos casos da segunda e terceira classes.

A ordem é excludente, ou seja, a existência de dependente incluído em uma classe anterior exclui do direito às prestações os das classes seguintes. Já a existência de mais de um dependente em uma mesma classe acarreta o fracionamento da prestação. Assim, se o preso possui mulher e filho menor de vinte e um anos, por exemplo, a prestação é desdobrada; se possui companheira e irmão inválido, somente a primeira receberá o benefício.

O quarto requisito é que o segurado, no período do encarceramento, *não esteja recebendo remuneração da empresa, nem esteja em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço*. O motivo é que, nesses casos, os dependentes não estarão desamparados financeiramente pela ausência do segurado, cuja renda permanece.

Na primeira hipótese, a empresa, ou qualquer outro empregador, continua pagando a remuneração do preso, em que pese ausente do serviço. Nascimento (1998, p.



220 e 225), todavia, ensina que a prisão pode ser causa de suspensão do contrato de trabalho, quando sabidamente arbitrária ou ilegal, *caso em que não se poderá considerar os dias de sua duração como de faltas injustificadas*. Ainda assim, nos casos de suspensão, a empresa não está obrigada a pagar salário e contar tempo de serviço, ao contrário da interrupção do contrato de trabalho, *quando há o dever legal de remunerar o afastamento do trabalhador e continuar, normalmente, a correr a sua antiguidade*.

Na segunda hipótese, o segurado preso continua recebendo prestação previdenciária decorrente de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço. O auxílio-doença é devido ao segurado que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos, até que seja reabilitado para o desempenho de função que lhe garanta a subsistência, ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez. A aposentadoria é a prestação previdenciária de caráter permanente, substituindo os rendimentos do segurado; pode ser por invalidez, por idade, ou por tempo de contribuição. Por fim, o abono de permanência em serviço consistia em prestação paga ao segurado que, mesmo preenchendo os requisitos para o recebimento de aposentadoria por tempo de serviço integral, optava pelo prosseguimento na atividade, e, em razão disso, tinha direito a um incentivo correspondente a vinte e cinco por cento do valor dessa aposentadoria. Foi revogado pela Lei nº 8.870/94.

De qualquer modo, como o recolhimento à prisão não faz cessar o pagamento de nenhum dos benefícios acima, os dependentes do segurado preso em gozo dessas prestações não fazem jus ao auxílio-reclusão.

Por último, o quinto requisito para a concessão do benefício foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/98, que limitou a prestação aos *dependentes de segurados de baixa renda*. O objetivo foi o de reduzir o número de beneficiários do auxílio-reclusão, restringindo o pagamento às famílias carentes, assim como o fez em relação ao salário-família, incluindo o elemento baixa renda, inexistente até a reforma constitucional. De toda forma, sendo este o tema central do estudo, será objeto de item específico.

### **3.1. ESPECIFICIDADES DO AUXÍLIO-RECLUSÃO (SIMILARIDADE COM A PENSÃO POR MORTE)**

Ao contrário do que dispôs em relação a espécies de benefícios, a Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social (n. 8.213/91) não previu regras específicas para o auxílio-reclusão. Anotou apenas que é devido *nas mesmas condições da pensão por morte*. Isso se explica porque este benefício, ao lado da pensão, são os únicos dirigidos exclusivamente aos dependentes (art. 18, II, da Lei). Por consequência, a tradição legislativa pátria foi a de sempre vincular o regulamento do auxílio-reclusão ao benefício de pensão por morte, de cujas regras se socorria. Isso foi mantido pela Lei nº 8.213/91, que outorgou ao auxílio-reclusão um único artigo (art. 80).

Com efeito, o auxílio-reclusão é, nos dizeres de Martinez (2003, p. 748), benefício-irmão da pensão por morte<sup>15</sup>. A diferença fundamental é a prisão em lugar do óbito. Entretanto, a premissa é a mesma: a ausência física do segurado. As similaridades são várias, desde a habilitação, cujo documento exigido é a certidão de recolhimento em vez da certidão de óbito, até a data de início do benefício, fixada na data da prisão, no primeiro caso, ou da morte, no segundo, se requerido até trinta dias depois do evento, ou na data do requerimento, se posterior.

Idêntica, também, a forma de cálculo do benefício, a cuja renda mensal inicial, na ausência de norma própria para o auxílio-reclusão, aplica-se a regra da pensão por morte, isto é, cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento.

Por derradeiro, convém frisar a regra do art. 118 do RPS: *falecendo o segurado detido ou recluso, o auxílio-reclusão que estiver sendo pago será automaticamente convertido em pensão por morte*. Caso o benefício não tenha sido concedido em razão do não-preenchimento do requisito de baixa renda, a pensão ainda assim será devida se mantida a qualidade de segurado do *de cujus*.

#### **4. CONCEITO DE BAIXA RENDA**

Como exposto anteriormente, a Emenda Constitucional n. 20/98 modificou o art. 201, IV, da Constituição da República, incluindo o requisito de baixa renda para a concessão do auxílio-reclusão, pressuposto inexistente na ordem constitucional em vigor até então. Dispôs a emenda que o auxílio-reclusão, assim como o salário-família, somente seria devido aos dependentes dos segurados de baixa renda. A regulamentação

do dispositivo ficou a cargo do art. 13 da EC, que determinou: *Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social* 16.

É lógico que este requisito somente pôde ser exigido de quem não estava recebendo o benefício, ou não havia implementado as condições para tanto, antes da edição da Emenda, em respeito ao direito adquirido.

Todavia, a aplicação da nova regra pela previdência social gerou protesto por parte dos segurados, que proclamavam a injustiça da norma, uma vez que a circunstância de o segurado possuir renda acima do limite imposto não implicava, necessariamente, a possibilidade de sua família manter-se sem o seu rendimento, caso ausente em virtude da prisão. Como exemplo, um segurado que recebesse, na época, R\$ 400,00 de salário, e cuja renda fosse o único arrimo da família, em caso de recolhimento à prisão, não proporcionaria a seus dependentes o recebimento do auxílio previdenciário, nada obstante a carência material que estes passariam a enfrentar.

Em razão dessa iniquidade, começou-se a formar na jurisprudência corrente que defendia interpretação diversa da norma constitucional, sustentando que o limite financeiro se refere à renda bruta mensal dos *dependentes*, e não do segurado recluso. Isso porque a proteção social seria dirigida àqueles, desamparados financeiramente, e não ao segurado, que se encontra ao abrigo do Estado. Nesse passo, o art. 116 do RPS teria extrapolado sua função regulamentadora, ao dar interpretação equivocada ao texto constitucional, visto que a Lei de Benefícios não foi alterada nesse aspecto 17.

Tamanha a certeza sobre o desfecho dado ao tema, que a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região editou o enunciado nº 5 da sua súmula, segundo o qual *para fins de concessão do auxílio-reclusão, o conceito de renda bruta mensal se refere à renda auferida pelos dependentes e não a do segurado recluso*.

Vários precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região também seguiram nessa linha 18.

Na verdade, o regulamento não extrapolou a Constituição Federal, mas explicitou a vontade do legislador constituinte derivado. Com efeito, em que pese a redação ambígua do art. 13 da Emenda, o inc. IV do art. 201 da Constituição é claro ao afirmar que o benefício é devido aos *dependentes dos segurados de baixa renda*, portanto a baixa renda se refere aos ganhos do segurado, e não aos dos seus dependentes. Caso contrário, o dispositivo não aludiria aos *dependentes dos segurados de baixa renda*, mas aos *dependentes de baixa renda dos segurados*. Não há dúvida, pois, que a qualificação de *baixa renda* se refere aos segurados e não aos dependentes, tendo em vista que aqueles são os que de fato estão vinculados ao sistema previdenciário.

Isso obedece à natureza dos benefícios previdenciários, cujos requisitos para a concessão se referem ao segurado instituidor, e não ao dependente. O primeiro deles é que o indivíduo recluso seja realmente segurado da Previdência Social, do contrário estaria no campo assistencial e não previdenciário.

Por outro lado, tratando-se de benefício substitutivo da presença do segurado, é evidente sua pertinência com a pensão por morte, para cuja concessão nunca se perquiriu sobre a renda dos destinatários. Até mesmo o cálculo do valor do benefício é idêntico ao da pensão, isto é, leva em consideração o salário-de-contribuição do segurado, ou o salário-de-benefício, se for o caso. Em caso de morte do segurado durante o cárcere, o auxílio transforma-se em pensão aos dependentes, o que demonstra que há vinculação do benefício à renda do segurado, e não à de outra pessoa, como a de seus dependentes. Já se não houver salário-de-contribuição na data do efetivo recolhimento, mas ainda existir a qualidade de segurado, será considerado o último salário-de-contribuição na concessão do benefício. É, portanto, o segurado quem fornece todos os parâmetros de configuração do auxílio, instituído em razão do seu recolhimento à prisão 19.

Desse modo, é equivocada a criação de um sistema híbrido, em que os requisitos são retirados de pessoas distintas: a condição de segurado do indivíduo preso e a renda de seus dependentes. A prevalecer essa tese, também o salário-família, que detém o mesmo tratamento constitucional dado ao auxílio-reclusão, seria concedido aos segurados cujos dependentes fossem de baixa renda, sem vinculação à renda por ele (segurado) percebida.

No campo doutrinário, Castro e Lazzari (2005, p. 566 e 567), embora mencionem a interpretação jurisprudencial dada ao tema, expõem: *Atualmente é o auxílio-reclusão previsto no inciso IV do art. 201 da Constituição Federal de 1988, que teve nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, para limitar a concessão a beneficiários de segurados que possuam baixa renda.*

Houve também o disciplinamento de quais segurados são considerados de baixa renda, conforme se observa na redação do art. 13 da Emenda: [...] *Ou seja, a partir de 16.12.1998, os segurados do RGPS que percebam renda bruta mensal superior ao limite estabelecido não geram, aos seus dependentes, o direito ao benefício do auxílio-reclusão.* Vieira (2005, p. 501), igualmente, vincula a limitação constitucional ao salário-de-contribuição do segurado, e não à renda dos dependentes: *O auxílio-reclusão é benefício previdenciário, previsto no art. 201, IV da CF/1988 e regulado pela Lei nº 8.213/1991 em seu art. 80. Essa prestação visa manter o rendimento da família dos segurados de baixa renda que foram afastados do mercado de trabalho em virtude da prisão, evitando que a família fique sem rendimentos para a manutenção.*

*De acordo com a legislação previdenciária, 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, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 586,19 20.*

Por sua vez, na seara jurisprudencial, precedente da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria, dando provimento a recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. No caso, embora se discutisse mais precisamente o valor da renda bruta mensal na caracterização da baixa renda, a Corte Superior deixou claro que o requisito de baixa renda refere-se aos rendimentos do segurado, e não aos dos dependentes, como se vê:

*Neste contexto, destaque-se que, nos termos do artigo 80 da Lei 8.213/91, o auxílio-reclusão é devido nas mesmas condições da pensão por morte aos dependentes do segurado recolhido à prisão, desde que não receba remuneração da empresa nem auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço. Assim, a expressão “nas mesmas condições da pensão por morte” quer significar que se aplicam as regras*

*gerais da pensão por morte quanto à forma de cálculo, beneficiários e cessação dos benefícios. Em outros termos, as regras da pensão por morte são em tudo aplicáveis ao auxílio-reclusão, desde que haja compatibilidade e não exista disposição em sentido diverso.[...] Desta forma, devendo-se aplicar as mesmas condições da pensão por morte, na hipótese dos autos, não é devido o auxílio-reclusão ao segurado, pois quando recolhido à prisão em 14/03/2000, possuía renda mensal igual a R\$ 437,07 (quatrocentos e trinta e sete reais e sete centavos), não podendo, portanto, ser reputado segurado de baixa renda. Recorde-se que, à época, vigia a Portaria MPAS 5.188, de 1º/06/1999, que definia o segurado de baixa renda aquele cuja renda fosse igual ou inferior a R\$ 376,60 (trezentos e setenta e seis reais e sessenta centavos). (BRASIL,STJ, Resp n. 766.767-SC)*

Em verdade, a correção da iniquidade causada pela alteração constitucional não passa pela interpretação tortuosa da norma, mas pelo teste de sua constitucionalidade material, conforme se verá no próximo item.

## **5. INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO BAIXA RENDA<sup>21</sup>**

Lembre-se que o poder constituinte derivado reformador, próprio das constituições rígidas, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade (MORAES, 2002, p. 56). Ao contrário do poder constituinte originário, que é ilimitado, pois funda uma nova ordem constitucional, o poder constituinte derivado é subordinado àquele e possui limitações para o seu exercício. Assim, uma emenda constitucional pode ser tida como inconstitucional caso esbarre em limitação imposta pelo poder constituinte originário.

Entre as limitações expressas está a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, considerados *cláusulas pétreas* no sistema constitucional brasileiro (art. 60, § 4º, IV). Tais direitos e garantias fundamentais estão previstos, principalmente, no Título II da Constituição da República, abrangendo, no capítulo II, os *direitos sociais*, entre os quais a previdência social (art. 6º).

Assim, é reconhecida a existência, na Constituição, de direito fundamental à previdência social, como decorrência do *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III, da CR), porquanto confere a satisfação de necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade.

Por outro lado, não são apenas os direitos sociais previstos nos arts. 6º a 11 da Constituição que devem ser considerados cláusulas pétreas, mas todos aqueles espalhados pelo texto constitucional e que lhes dão efetividade (BRASIL, STF, ADI nº 939), inclusive os previstos no art. 201 daquela Carta. Em decorrência, a proteção social dirigida aos dependentes de segurado recolhido à prisão é direito fundamental previsto na Constituição, a ser amparado pelo sistema previdenciário.

Nesse contexto, a inovação trazida pela EC nº 20, ao excluir da proteção social os dependentes de segurado cuja renda ultrapasse determinado valor, deve ser tida como inconstitucional.

De fato, a norma não é razoável ao deixar desamparados os dependentes de segurado com renda bruta superior ao limite legal, uma vez que a razão do benefício é justamente substituir os rendimentos do segurado preso, portanto impedido de trabalhar. Seja a hipótese de família carente, seja de família abastada, o fundamento é o mesmo: da ausência do indivíduo provedor decorre a necessidade de substituição por prestação previdenciária, presumindo-se a necessidade dos dependentes 22.

Nesse passo, a alteração constitucional não foi feliz ao colocar lado a lado salário-família e auxílio-reclusão, como se fossem benefícios de características comuns. Na verdade, o primeiro tem caráter complementar à renda do segurado, podendo-se justificar a limitação do pagamento a quem mais necessita. O segundo, todavia, diz respeito à substituição da renda do segurado, ausente pela prisão, cuja tradição legislativa o unia à pensão por morte. Seria impensável, nesse aspecto, limitar o pagamento de pensão aos dependentes do segurado de baixa renda, presumindo-se que as famílias detentoras de melhor nível econômico não fossem atingidas pelo infortúnio do óbito.

Assim, a dita exclusão desrespeitou o objetivo da seguridade social de *universalidade da cobertura e do atendimento* (art. 194, parágrafo único, I, da Constituição da República), que garante a proteção social a todos que dela necessitem. À hipótese não se aplica o princípio da “seletividade”, dado que não há motivo concreto que justifique a presunção de desnecessidade dos dependentes do segurado de maior renda.

Em outras palavras, da alta renda do segurado não decorre a conclusão lógica de que seus dependentes tenham garantida a sua subsistência, mesmo que ausente aquele

rendimento. Caso os dependentes não auferam renda própria, por exemplo, o desamparo financeiro será o mesmo dos dependentes do segurado de baixa renda.

Não há justificativa, portanto, para a discriminação, o que fere o princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República). A remuneração percebida pelo segurado antes da prisão não é critério discriminador válido, pois o benefício é destinado aos dependentes. Estes podem se encontrar na mesma condição, gerando, no caso concreto, injustiça material.

Desse modo, ainda que a finalidade da norma seja reduzir as desigualdades sociais, o elemento discriminador não se presta ao caso, portanto injustificável a exceção ao princípio da igualdade.

De outro lado, como “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” 23, não se justifica a limitação do rol de beneficiários do auxílio-reclusão baseada na ideia de que o Estado não deve sustentar a família do delinquente. Nesse aspecto, a crítica doutrinária de que o auxílio-reclusão premia a prática do ilícito, pois transfere à sociedade o ônus do criminoso 24, não é válida, pois vai de encontro ao princípio da personalidade da pena, também cláusula pétrea contida na Constituição.

## **6. CONCLUSÃO**

Historicamente, o auxílio-reclusão teve o mesmo tratamento legal dispensado à pensão por morte, haja vista a idêntica finalidade destes benefícios previdenciários: substituir a renda do segurado ausente, garantindo a subsistência dos seus dependentes. Diferenciam-se pelo fato gerador, pois, enquanto no auxílio-reclusão a ausência é temporária, decorrente do recolhimento do segurado à prisão, na pensão por morte a ausência é definitiva, visto que originada do óbito.

Somente a partir da Constituição da República de 1988, o auxílio-reclusão obteve *status* constitucional, como risco a ser coberto pelo plano de previdência social.

A alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, excluiu o evento reclusão da cobertura previdenciária, entretanto manteve a previsão de pagamento de auxílio-reclusão *para os dependentes dos segurados de baixa renda*. Assim, incluiu um novo requisito para a concessão do benefício: a baixa renda do



segurado instituidor. O valor limite foi estabelecido na Emenda e vem sendo atualizado anualmente pelo Ministério da Previdência Social.

A fim de corrigir distorções em casos concretos, a jurisprudência passou a interpretar o novo requisito a partir do ângulo dos beneficiários das prestações, ou seja, considerando a baixa renda dos dependentes, e não a do segurado instituidor.

Tal interpretação, todavia, não se coaduna com a natureza do benefício, nem com a vontade do legislador constituinte derivado.

Na verdade, ao excluir do rol de beneficiários do auxílio-reclusão os dependentes de segurado com renda acima do limite legal, a Emenda Constitucional aboliu direito social tido como fundamental do indivíduo (direito à previdência social), portanto considerado cláusula pétrea pela Constituição. Além disso, feriu o princípio da isonomia ao estabelecer discriminação com base em critério impertinente à hipótese: a renda bruta do segurado.

Desse modo, é inconstitucional, nesse ponto, a alteração pretendida pelo poder constituinte derivado, o qual está subordinado ao originário e possui limitações para o seu exercício, entre elas a manutenção das chamadas “cláusulas pétreas”.

## **NOTAS**

*1 Publicada no Diário Oficial da União de 12 de março de 2008.*

*2 Nesse aspecto, note-se que o Regulamento menciona que “o auxílio-reclusão será mantido enquanto o segurado permanecer detento ou recluso” (art. 117), compreendendo que não só a reclusão proporciona o pagamento do benefício. Outros artigos do RPS referem-se à detenção, como o 13, IV, e o 118. Já a Lei n. 8.213/91, ao fazer menção ao segurado retido ou recluso (art. 15, IV), provavelmente se referia ao segurado detido, equivocando-se na grafia.*

*3 Sobre as espécies de penas privativas de liberdade, artigos 33 a 36 do Código Penal.*

*4 Art. 9º, V, ‘o’, do RPS.*

*5 Art. 2º, caput e § 1º, da Lei n. 10.666/03, e art. 116, § 6º, do RPS.*

*6 Art. 11, § 1º, IX.*

*7 Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuição, o segurado detido ou recluso, até doze meses após o livramento (art. 13, IV, do RPS).*

*8 Art. 119 do RPS.*

*9 Nesse sentido, a seguinte ementa:*

*PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. PRISÃO ANTERIOR À LEI 8.213/91. ESPOSA. 1. A regra que regula a concessão do auxílio-reclusão é a vigente na época do recolhimento do segurado à prisão, que, no caso, eram os Decretos ns 83.080/79 e 89.312/84. 2. Demonstrada a qualidade de segurado do esposo da autora e o cumprimento da carência de 12 meses, além do recolhimento à prisão e a condição de dependente, condena-se o INSS ao pagamento do auxílio-reclusão no período de 05/85 a 11/88. 3. O fato de a ação ter sido ajuizada anos após a soltura do segurado, em nada altera o direito de sua dependente quanto ao pagamento do auxílio-reclusão referentemente ao período em que estava ele na prisão. (TRF4, AC 2003.04.01.027618-0, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, D.E. 09/03/2007, sem grifos no original).*

*10 Como visto anteriormente, é possível ao preso em regime fechado ou semi-aberto exercer atividade remunerada durante o cumprimento da pena, hipótese em que será considerado segurado obrigatório da Previdência Social, ou mesmo filiar-se como segurado facultativo, desde que não exerça atividade remunerada nem esteja vinculado a qualquer regime de previdência social.*

*11 Art. 15 da Lei n. 8.213/91:*

Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I – sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II – até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III – até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV – até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V – até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI – até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

*12 Art. 15, IV e § 3º, da Lei n. 8.213/91.*

13 *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 (art. 16, § 3º, da Lei n. 8.213/91).*

14 *O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica, por força do artigo 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91.*

15 *Prossegue o autor: A semelhança com a pensão por morte é jurídica. Significa definição do direito para as mesmas pessoas, exercitado e mantido nas mesmas condições, à exceção do fato gerador, prisão de segurado não remunerado. Os destinatários, por conseguinte, são os mesmos daquele benefício, embora possa complicar-se se a esposa ou companheira vier a estabelecer novo 'casamento' ou união estável.*

16 *O valor considerado como de baixa renda foi fixado em R\$ 360,00 em 16/12/1998; R\$ 376,60 em 1/6/1999 (Portaria MPAS 5.188/99); R\$ 398,48 em 1/6/2000 (Portaria MPAS 6.211/00); R\$ 429,00 em 1/6/2001 (Portaria MPAS/GM 1.987/01); R\$ 468,47 em 1/6/2002 (Portaria MPAS 525/02); R\$ 560,81 em 1.6.2003 (Portaria MPAS 727/03); R\$ 586,19 em 1/5/2004 (Portaria 479/04); R\$ 623,44 em 1/5/2005 (Portaria 822/2005); R\$ 654,61 em 1/4/2006 (Portaria MPS 119/06); e R\$ 676,27 em 1/4/2007 (Portaria MPS 142/07). Atualmente, o valor corrigido é de R\$ 710,08 (art. 5º da Portaria Interministerial MPS/MF n. 77, de 11 de março de 2008, publicada no DOU em 12 de março de 2008).*

17 *Atualmente, a questão encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal, onde foi reconhecida a existência de repercussão geral da matéria, conforme noticiado no informativo 512 do STF, de 23 a 27 de junho de 2008 (RE 587.365-SC, Relator Min. Ricardo Lewandowski).*

18 *Exemplos recentes: TRF4, AC 2007.72.99.002271-8, Turma Suplementar, Relator Maria Isabel Pezzi Klein, D.E. 07/03/2008; TRF4, AC 2004.04.01.027270-1, Quinta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 07/03/2007; TRF4, AC 2004.72.10.001730-7, Turma Suplementar, Relator Luciane Amaral Corrêa Münch, D.E. 23/02/2007; TRF4, AC 2005.72.08.001349-5, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, D.E. 10/01/2007; todos por unanimidade.*

19 *Nesse sentido: Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, processo n. 2003.71.13.000776-0, relatora Juíza Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 25/11/2003.*

20 *Valor vigente entre 01/05/2004 e 30/04/2005. Sem grifos no original.*

21 Foi proposta a Ação Civil Pública com este objeto (Processo n. 2004.61.83.005626-4) pelo Ministério Público Federal de São Paulo, cuja liminar, indeferida em primeira instância, foi reformada por meio de agravo de instrumento (nº 2005.03.00.002473-5). Nesta decisão, determinou-se que o INSS, em âmbito nacional, efetuasse o pagamento do auxílio-reclusão aos dependentes dos segurados, independentemente de qualquer fator determinante da renda destes últimos, desde que requerido e atendidos os demais requisitos legais. Contudo, na Reclamação n. 3.237-0/SP, o Ministro Joaquim Barbosa (relator) suspendeu os efeitos da decisão proferida no agravo. A ACP foi julgada procedente na primeira instância, estando pendente de apelação junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

22 Nesse sentido, a doutrina de Rocha e Baltazar Junior (2002, p. 250): *A alteração constitucional é merecedora de crítica, pois deixa ao desamparo a família do segurado com renda superior ao limite legal, impedido de trabalhar em virtude do encarceramento. Aliás, este benefício tem justamente a finalidade de prover a manutenção da família do preso.*

23 Art. 5º, XLV, da Constituição da República.

24 Contrária à existência do benefício, a opinião de Martins (2003, p. 403): *Eis um benefício que deveria ser extinto, pois não é possível que a pessoa fique presa e ainda a sociedade como um todo tenha que pagar um benefício a família do preso, como se tivesse falecido. De certa forma, o preso é que deveria pagar por se encontrar nessa condição, principalmente por roubo, furto, tráfico, estupro, homicídio, etc.*

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

## **REFERÊNCIAS**

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 939, Relator Ministro Sidney Sanches.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 760.767 – SC (2005/0101195-9), Relator Ministro Gilson Dipp, julgado 06/10/2005, unânime.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 6.ed. São Paulo: LTr, 2005.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário, tomo II: previdência social*. 2.ed. São Paulo, LTr, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 24.ed. São Paulo: LTr, 1998.

VIEIRA, Marco André Ramos. *Manual de direito previdenciário*. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005.