

## **Organizadores**

Carlos Luiz Strapazzon  
Esthevam Lermen Eidt



# **Ensaio e caminhos para direitos fundamentais e segurança social**



Editora Unoesc

**Editora Unoesc**

Coordenação: Tiago de Matia  
Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini  
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro  
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E59 Ensaios e caminhos para direitos fundamentais e  
segurança social / organizadores: Carlos Luiz  
Strapazzon, Esthevam Lermen Eidt. – Joaçaba: Editora  
Unoesc, 2018.

166 p. ; 23 cm.

ISBN 978-85-8422-183-7

1. Direito. I. Strapazzon, Carlos Luiz, (org.). II. Eidt,  
Esthevam Lermen, (org.).

Doris 340

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi  
Campus de Chapecó  
Ricardo Antonio De Marco  
Campus de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
Campus de Videira  
Ildo Fabris  
Campus de Xanxerê  
Genesio Téó

Pró-reitora de Graduação  
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa,  
Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria  
Cleunice Frozza

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti  
Tiago de Matia  
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro  
Jovani Antônio Steffani  
Lisandra Antunes de Oliveira  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Ieda Margarete Oro  
Silvio Santos Junior  
Carlos Luiz Strapazzon  
Wilson Antônio Steinmetz  
Maria Rita Chaves Nogueira  
Marconi Januário  
Marcieli Maccari  
Daniele Cristine Beuron

**A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.**

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	5
--------------------	---

## Seção I - Segurança Social e Proteção da Renda

APOSENTADORIA ESPECIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA .....	9
Aline Mendes de Godoy	
PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA A FAMÍLIAS DE DETENTOS: PROPOSTAS DE REFORMAS DO AUXÍLIO-RECLUSÃO .....	23
Volnete Gilioli	
ESTADO DE INCAPACIDADE NOS CASOS DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ .....	43
Luís Renato Martins de Almeida	
BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E FLEXIBILIZAÇÃO DO REQUISITO DA RENDA MENSAL FAMILIAR .....	61
Márcia Coser Petri	
A SEGURIDADE SOCIAL E O LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO .....	83
Nilson Feliciano de Araújo	

## Seção II - Segurança Social E Proteção da Saúde

A DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER E O DIREITO HUMANO À SAÚDE .....	101
Barbara Moesch Welter	
Carlos Luiz Strapazzon	
O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB O ENFOQUE PROCEDIMENTAL E ORGANIZACIONAL .....	115
Esthevam Lermen Eidt	
Carlos Luiz Strapazzon	

## Seção III - Segurança Social e Proteção de Estrangeiros

DIREITO DO ESTRANGEIRO NÃO DOCUMENTADO À PREVIDÊNCIA SOCIAL A PARTIR DA TEORIA DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE MICHAEL WALZER .....	131
André Filipe de Moura Ferro	
MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA PROTEÇÃO SOCIAL DO IMIGRANTE.....	151
Cristiane Brum dos Santos	



# APRESENTAÇÃO

Este livro é o resultado de uma nova etapa de estudos e pesquisas com mestrandos e mestrandas. São trabalhos elaborados como requisito para aprovação na disciplina por mim dirigida, sobre Direitos Fundamentais e Segurança Social, no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Fundamentais, curso de Mestrado, da UNOESC.

Todos os “ensaios” aqui publicados foram aprovados por mim e são o resultado dos primeiros estudos avançados realizados por estes mestrandos no campo do direito humano de segurança social. Por isso que o leitor vai encontrar uma concentração de temas em dois campos de análise: a segurança de renda (pelo viés do seguro social e da assistência social) e a segurança da saúde. Neste ano temos também dois estudos envolvendo a pessoa em situação de migração e de estrangeiros.

O termo “ensaios” não corresponde, necessariamente, ao gênero inaugurado por Michel de Montaigne. Indica, antes, que os trabalhos ainda publicados têm acentuado caráter exploratório, que não representam a fase final da pesquisa de literatura e das bases normativas relativas à segurança de renda e de saúde.

A publicação dos textos assim, nesta fase de construção da pesquisa, não é iniciativa frequente de Programas de Pós-graduação. Mais usual é publicar apenas os trabalhos que correspondem aos resultados finais das pesquisas. Todavia, depois de serena avaliação o colegiado do PPGD da Unoesc decidiu publicar, na forma de livro de “Ensaio” todos os trabalhos aprovados em disciplinas, mesmo que representem o estágio incompleto das pesquisas. E por dois motivos principais: o primeiro é a preocupação com a transparência e o dever de prestação de contas. Assim como estão, já são o resultado de um progresso, de um passo que pode ser aferido por qualquer instância ou interessado que desejar acompanhar o desenvolvimento de nossas mestrandas e mestrandos.

O segundo motivo é a criação de uma cultura de diálogo científico. A publicação, ou a expectativa de que todos os trabalhos aprovados serão

publicados tem gerado um positivo efeito em termos de estímulo e zelo por parte dos estudantes. É por isso, também uma forma de premiar o progresso real na pesquisa científica na fase em que está. O conhecimento científico se faz em muitas etapas que marcam o processo de formação pós-graduada.

Espero, sinceramente, que este tipo de iniciativa favoreça o florescimento de boas práticas científicas entre todos os presentes e futuros mestrados da Unoesc.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazon  
Chapecó, SC, julho 2018

# **Seção I - Segurança Social e Proteção da Renda**





# APOSENTADORIA ESPECIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Aline Mendes de Godoy<sup>1</sup>

## 1 Introdução

A aposentadoria especial aos segurados deficientes tem como base constitucional o artigo 201, §1º da Constituição Federal,<sup>2</sup> com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 47/2005, que prevê a adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria a esses beneficiários.

Essa norma foi regulamentada pela Lei Complementar n.º 142, de 08 de maio de 2013, que, em seu artigo 2º,<sup>3</sup> conceitua o que seja pessoa com deficiência, reproduzindo a redação do artigo 1º da Convenção de Nova York, também prevista no artigo 20, §2º da Lei n.º 8.742/1993, com redação dada pela Lei n.º 12.435/2011.

Regulamentando a perícia médica a ser realizada pelo INSS para aferir a deficiência ou a incapacidade duradoura, foi editada a Portaria Interministerial SDH/MPS/MPOG/AGU n.º 1, de 27 de janeiro de 2014, publicada no Diário Oficial da União no dia 30 de janeiro do mesmo ano, nos termos da determinação contida no Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Especialista em Direito Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá; Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juíza de Direito; alinemendes@tjsc.jus.br

<sup>2</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “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: [...] § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.”

<sup>3</sup> Lei Complementar n.º 142, de 08 de maio de 2013: “Art. 20 Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

## O art. 2º do referido diploma dispõe que

compete à perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por meio de avaliação médica e funcional, para efeito de concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência, avaliar o segurado e fixar a data provável do início da deficiência e o respectivo grau, assim como identificar a ocorrência de variação no grau de deficiência e indicar os respectivos períodos em cada grau.

O grau de funcionalidade da pessoa com deficiência será obtido com base na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF, da Organização Mundial de Saúde, aplicando-se o Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria – IF-BrA, nos termos do anexo da citada portaria.

Esse diploma é considerado um importante marco para a elaboração de políticas previdenciárias voltadas para as pessoas com deficiência, efetivando o direito desses trabalhadores à aposentadoria com critérios diferenciados de tempo de contribuição e de idade.

O presente trabalho foi dividido em três partes. O primeiro capítulo situa, histórica e juridicamente, a evolução dos parâmetros utilizados para a concessão da aposentadoria às pessoas com deficiência.

O segundo capítulo analisa os critérios para a concessão da aposentadoria especial, enfocando na avaliação biopsicossocial, prevista na Lei Complementar n.º 142/2013, como forma de aferir a deficiência e seus níveis, que podem ser leve, moderado e grave. Procurou-se demonstrar que esse novo modelo pericial alia a perícia médica tradicional feita por um médico, com a perícia social, a cargo de uma assistente social, que avalia fatores extrabiológicos, sociais, pessoais, ambientais, entre outros.

Por fim, trataremos das peculiaridades do IF-BrA, Índice de Funcionalidade Brasil – Aposentadoria, que objetiva aprimorar as políticas públicas para atendimento das pessoas com deficiência.

## 2 Contextualização histórico-jurídica da aposentadoria das pessoas com deficiência

Para entender melhor o salto evolutivo representado pelas disposições constantes na Lei Complementar n.º 142, de 08 de maio de 2013, regulamentada pela Portaria Interministerial SDH/MPS/MPOG/AGU n.º 1/2014 é necessário fazer uma pequena digressão histórica acerca dos diplomas legais internacionais que tratam da proteção social das pessoas com deficiência, embora nem todos se refiram aos seus direitos de segurança social.

A proteção internacional dos direitos das pessoas com deficiência tem como marco inicial a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Esse documento, editado após a 2ª Guerra Mundial, veda qualquer forma de discriminação e distinção,<sup>4,5</sup> prevendo o acesso ao serviço público a qualquer pessoa, o que pressupõe, por óbvio, a prestação adequada de serviços públicos, como transporte e educação.<sup>6</sup>

Outro documento importante é a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, assinada pelos países membros da ONU em 1971, prevendo, em seu parágrafo 7º que “sempre que uma pessoa mentalmente retardada for incapaz, em virtude da gravidade de sua deficiência”, de forma que não possa exercer alguns ou todos os seus direitos de forma que seja necessário restringir ou negar todos ou alguns destes direitos, “o procedimento usado para essa restrição ou negação precisa ser avaliado com base na avaliação da capacidade da pessoa

---

<sup>4</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo 2º - Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.”

<sup>5</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo 7º - Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”

<sup>6</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo 21º- 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios, públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. 3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.”

mentalmente retardada, por peritos qualificados, e deverá ser periodicamente sujeito à revisão com direito de apelação à autoridade superior.”

Da mesma forma, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, firmada pela ONU em 09 de dezembro de 1975, avança no conceito de deficiência, prevendo, em seu artigo 1º que aquele incapaz de assegurar por si mesmo, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais será considerada deficiente.<sup>7</sup>

Nesse período, a Organização Mundial de Trabalho – OIT, da qual o Brasil faz parte, editou diversas Recomendações e Convenções em relação ao deficiente e sua inclusão pelo trabalho, entre elas as de n.º 99/55, 111/58, 168/83 e 169/1984.

Para a abordagem desse estudo, merece relevo a Recomendação n.º 169/84 que aborda a política de emprego, recomendando aos estados membros uma postura ativa na promoção do pleno emprego, bem como no incentivo das atividades sociais, políticas e econômicas. Esse diploma reforça a necessidade de acesso à educação e a programas de orientação e formação profissional, a criação de um sistema de formação vinculado ao sistema educativo e ao mercado de trabalho, de acordo com as qualificações dos deficientes, bem como programas de adaptação às mudanças estruturais, com medidas de formação e requalificação permanente. Deve-se buscar, também, o fomento a programas de trabalho autônomo, familiar e de cooperação de trabalho.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, assinada em Nova Iorque em 30 de março de 2007, teve como propósito promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência.

---

<sup>7</sup> Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 09/12/75): “Artigo 1º - O termo ‘pessoas deficientes’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.”

O diferencial desse diploma é que serve de marco na discussão de uma questão social importante, contestando a posição passiva do Estado, chamando-o a adotar um comportamento mais ativo na concretização dos direitos das pessoas com deficiência. Nesse sentido, Fleury (2005, p. 460) afirma que se deve tratar o social a partir da sua emergência como “questão social”, ou seja, “como reconhecimento de novos problemas que emergem na arena política a partir da transformação de necessidades em demandas”, de forma que “esse processo só pode ser realizado concomitantemente à própria construção dos novos sujeitos políticos.” No presente caso, a questão social enfrentada exige novas estratégias de atuação, “através da construção de suas identidades, formulação de projetos e estratégias, repõem a problemática da integração e da necessidade de recriar os vínculos sociais.”

Essa Convenção serviu de marco para a adoção do conceito de pessoa com deficiência a partir de um modelo social de deficiência, em oposição ao tradicional modelo médico de abordagem.

Segundo o modelo médico, a incapacidade é um problema da pessoa, causado pela sua doença, trauma ou estado de saúde, requerendo assistência médica a ser fornecida através de tratamento individual por profissionais. Esses cuidados são prestados para a cura ou adaptação do indivíduo e a mudança de comportamento.

O modelo social de deficiência considera o fenômeno fundamentalmente como um problema de origem social e principalmente como um assunto centrado na completa integração das pessoas em sociedade. Este evoluiu para um modelo biopsicossocial, agregando a perspectiva biológica, individual e social. A incapacidade, nesse modelo, é um problema criado socialmente, não sendo “um atributo de um indivíduo, mas sim um conjunto complexo de condições, muitas das quais criadas pelo ambiente social.” (CIF, 2011, p. 21-22).

A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde traz as variantes da deficiência e a limitação da capacidade dos indivíduos. Essa previsão demonstra que o fato de o cidadão possuir uma deficiência ou patologia não o torna, automaticamente, incapaz para o trabalho ou para a vida social,

da mesma forma que o meio ambiente em que essa se encontra inserida é fundamental para a caracterização de determinada capacidade.

Isso revela que esses indivíduos possuem problemas no domínio do trabalho devido à interação de diferentes fatores ambientais com sua condição de saúde ou deficiência (CIF, 2011, p. 217).

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas dispõe, no artigo 1º, que “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

Percebe-se, assim, que a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, aprovada em 2001, antecipou essa mudança de paradigma, considerando as barreiras e as restrições de participação social das pessoas com deficiência.

No Brasil, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo foram incorporados formalmente ao ordenamento jurídico com equivalência de Emenda Constitucional, vez que aprovada nos moldes do previsto no art. 5º, §3º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004.

Assumindo a forma e hierarquia de norma constitucional, as disposições dessa Convenção são de observância obrigatória na elaboração das políticas públicas nacionais, garantindo aos destinatários a proteção social aos seus direitos.

Atinente à questão previdenciária, o artigo 28 da citada Convenção dispõe que os estados parte devem adotar as medidas necessárias para promover a proteção social e salvaguardar os direitos das pessoas com deficiência, como a igualdade de acesso aos programas e benefícios de aposentadoria.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007: “Artigo 28 - Padrão de vida e proteção social adequados. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência. 2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício

Dispondo nesses termos, temos que o diploma não prevê a necessidade de criação de benefícios com critérios diferenciados. Entretanto, fazendo uma interpretação sistemática dos dispositivos com o princípio da igualdade material, previsto no artigo 5º da Constituição Federal,<sup>9</sup> temos que, para garantir o tratamento igualitário das pessoas com deficiência, a aposentadoria das pessoas com deficiência deve ser prevista considerando critérios diferenciados em relação aos demais benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social.

Constitucionalmente, a aposentadoria das pessoas com deficiência vem prevista no artigo 201, com redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 47/2005, que prevê a vedação da adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, “ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física e quanto se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.”

Apesar de possibilitar a adoção de critérios distintos, temos que esse regime mantém o caráter contributivo das prestações vinculadas ao regime da previdência social, em que “as pessoas que exercem atividade remunerada participam do financiamento dos custos sistêmicos e, por isso, são titulares de expectativas e direitos a prestações, em alguma proporção”, o que marca a diferença entre essa e a Assistência Social, prevista no artigo 203 da Constituição, “caracterizada pela gratuidade do atendimento universal a pessoas desamparadas, ou seja, que se encontrem em situação de alto risco social, e que nunca hajam contribuído financeiramente para o custeio do sistema.” (STRAPAZZON, 2015, p. 15).

---

desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvar e promover a realização desse direito, tais como: a) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico e assegurar o acesso aos serviços, dispositivos e outros atendimentos apropriados para as necessidades relacionadas com a deficiência; b) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza; c) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso; d) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos; e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

<sup>9</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

Essa norma foi objeto de regulamentação pela Lei Complementar n.º 142, de 08 de maio de 2013, reproduzindo, em seu artigo 2º,<sup>10</sup> o conceito de pessoa com deficiência previsto no art. 1º da Convenção de Nova York, encontrado também no artigo 20, §2º da Lei n.º 8.742/1993, com redação dada pela Lei n.º 12.435/2011. Essas disposições reiteram a ideia de que a deficiência se encontra na interação da pessoa com o ambiente, e não no indivíduo em si, como resultado de um impedimento corporal.

### **3 Critérios para concessão do benefício da aposentadoria especial às pessoas com deficiência**

O artigo 2º da Lei Complementar n.º 142, de 08 de maio de 2013 expressamente prevê que, para o reconhecimento da aposentadoria de que trata o diploma, deve ser considerada pessoa com deficiência aquela que tem um impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, sendo que esses, em interação com as diversas barreiras ambientais, obstruam a participação plena e efetiva da pessoa na sociedade em igualdade de condição com os demais. O conceito de deficiência é ampliado por essa norma legal, passando a envolver uma análise multidisciplinar para sua averiguação.

Os critérios para concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência vêm definidos no art. 3º da LC n.º 142/2013,<sup>11</sup> e consistem, objetivamente, na redução do tempo de contribuição e da idade previstos no Regime Geral de

---

<sup>10</sup> Lei Complementar n.º 142, de 8 de maio de 2013: “Art. 2º Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

<sup>11</sup> Lei Complementar n.º 123/2013: “Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições: I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave; II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada; III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período. Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.”



Previdência Social. Observando os critérios previstos nesse dispositivo, podemos perceber que o legislador usou os critérios de deficiência grave, moderada e leve para regulamentar a aposentadoria da pessoa com deficiência.

A contagem do tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência vem prevista no artigo 6º da Lei Complementar n.º 142/2013.<sup>12</sup> Segundo esse dispositivo, a contagem do tempo de serviço deve ser comprovada, exclusivamente, na forma da regulamentação editada com base na Lei Complementar, de forma que a existência de período anterior à sua edição deve ser certificada, inclusive quanto ao seu grau, por ocasião da primeira avaliação, constando como obrigatória a fixação da data provável de seu início. Além disso, a comprovação do tempo de contribuição do período anterior à edição do diploma deve ser comprovada por outros meios que não o exclusivamente testemunhal.

A renda mensal da aposentadoria da pessoa com deficiência reafirma a regra já prevista no artigo 8º da Lei n.º 8.213/1991, prevendo, no inciso II do artigo 9º, a contagem recíproca entre o tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência no Regime Geral de Previdência Social e o regime próprio de previdência do servidor público ou previdência militar, de forma que estes se compensem financeiramente.

A Lei Complementar n.º 142/2013 prevê regras de acesso e forma de cálculo diferenciadas em relação aos benefícios concedidos pelo Regime Geral, como forma de adequar a efetivação do direito à aposentadoria dos trabalhadores com deficiência.

Mesmo tratando de vários dos critérios, é certo que a lei complementar exigiu uma regulamentação, a ser editada pelo Poder Executivo. O decreto regulamentador firmou competência à perícia médica do Instituto Nacional do

---

<sup>12</sup> Lei Complementar n.º 142/2013: “Art. 6º A contagem de tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência será objeto de comprovação, exclusivamente, na forma desta Lei Complementar. § 1º A existência de deficiência anterior à data da vigência desta Lei Complementar deverá ser certificada, inclusive quanto ao seu grau, por ocasião da primeira avaliação, sendo obrigatória a fixação da data provável do início da deficiência. § 2º A comprovação de tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência em período anterior à entrada em vigor desta Lei Complementar não será admitida por meio de prova exclusivamente testemunhal.”

Seguro Social para aferir a deficiência ou incapacidade duradoura.<sup>13</sup> O artigo 70-D, §3º do Decreto n.º 3048 repete o conceito de deficiência previsto na Lei Complementar n.º 142/2013, de forma que o conceito de “incapacidade duradoura” também recebeu regulamentação infra legal.

Para esmiuçar todas essas disposições, foi necessária a edição de um instrumento que normatizasse não apenas os impedimentos de cada indivíduo, mas que captasse a relação entre esses e as barreiras sociais, como forma de identificar suas desigualdades na participação social efetiva.

A regulamentação dessas disposições, na forma do que prevê o artigo 70-D do Decreto n.º 3.048/1999,<sup>14</sup> foi feita pela Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU n.º 1, de 27 de janeiro de 2014, que estabeleceu a perícia biopsicossocial como forma de avaliação deste benefício. Essa portaria determina que, para que se proceda à classificação da deficiência do segurado em grau leve, moderado ou grave deverá ser realizada uma avaliação pericial médica e social, tendo como fator limitador o meio em que a pessoa está inserida e não a deficiência em si, remetendo à Classificação Internacional da Funcionalidade (CIF), chamado pela Portaria de Índice de Funcionalidade Brasileiro aplicado à Aposentadoria da Pessoa com Deficiência – IF-BrA.

Cabe ao segurado ser avaliado pela perícia médica, que vai considerar não apenas os aspectos funcionais físicos da deficiência, como os impedimentos nas funções e estruturas do corpo e nas atividades que o segurado desempenha. A avaliação social, por outro lado, deve considerar as atividades desempenhadas pela pessoa no ambiente de trabalho, casa e social.

---

<sup>13</sup> Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999: “Art. 70-D. Para efeito de concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência, compete à perícia própria do INSS, nos termos de ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministros de Estado da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Advogado-Geral da União: **(Incluído pelo Decreto nº 8.145, de 03/12/2013)**. I - avaliar o segurado e fixar a data provável do início da deficiência e o seu grau; e **(Incluído pelo Decreto nº 8.145, de 03/12/2013)**. II - identificar a ocorrência de variação no grau de deficiência e indicar os respectivos períodos em cada grau. **(Incluído pelo Decreto nº 8.145, de 03/12/2013)**.”

<sup>14</sup> Decreto n.º 3.048 - de 06 de maio de 1999: “Art. 70-D [...] § 4º Ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministros de Estado da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Advogado-Geral da União definirá impedimento de longo prazo para os efeitos deste Decreto.”

Essas duas avaliações, médica e social, devem considerar a limitação do desempenho de suas atividades e a restrição à participação de cada indivíduo em seu dia a dia. Isso significa que um trabalhador cadeirante que tenha um carro adaptado e não depende de transporte público para chegar ao trabalho pode ter sua deficiência classificada como moderada, enquanto outro trabalhador nas mesmas condições que dependa de transporte público para ir ao trabalho tenha a graduação de sua deficiência considerada grave.

Quanto ao grau de deficiência, temos que cabe ao Ministério da Previdência Social, em conjunto com o INSS e as entidades formadas por pessoas com deficiência adequar os instrumentos para serem aplicados na avaliação das deficiências dos segurados. Esse instrumento, estabelecido sob a forma de questionário, considera o tipo de deficiência e a forma como ela se relaciona com as funcionalidades do trabalho desenvolvido pela pessoa, considerados os aspectos sociais e pessoais.

Ao adotar a perícia biopsicossocial como critério de avaliação de deficiência, temos que a medida passou a envolver tanto médicos quanto assistentes sociais, que avaliarão as barreiras externas, por meio de entrevista com o segurado, podendo esta, caso seja necessário, estender-se às pessoas que convivem com este. Restando dúvidas acerca das limitações impostas ao deficiente, os profissionais poderão realizar visitas ao seu local de trabalho ou à sua residência, solicitando informações médicas e sociais anteriores, como laudos médicos ou os expedidos pelos Centros de Referência de Assistência Social – CRAS.

A forma de perícia prevista na Portaria Interministerial requer a compreensão da deficiência ou da incapacidade duradoura como um fenômeno complexo e multidisciplinar, ampliando a visão de que a doença é um estado patológico do organismo. A análise das funcionalidades, na forma do instrumento normativo, deve ser compreendida como a relação entre as estruturas e funções do corpo e as barreiras ambientais que podem levar a restrição à participação da pessoa com deficiência na sociedade, ou seja, a forma como a deficiência impede que a pessoa interaja no trabalho, família ou sociedade em geral.

Por fim, merece destaque a previsão do art. 3º da Portaria, que considera impedimento de longo prazo, para efeitos previdenciários, aquele que produza

efeitos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos, contados de forma ininterrupta.<sup>15</sup>

#### 4 Considerações finais

A pessoa com deficiência faz jus à proteção previdenciária, devendo essa, nos termos da Constituição Federal, ser prestada de forma privilegiada, como forma de equipara-las aos demais cidadãos.

Não há dúvida de que qualquer nível de deficiência, por menor que seja, representa uma barreira física ou social, não enfrentada pelos demais cidadãos. Isso torna necessária a redução da idade e do tempo de contribuição, observadas as peculiaridades de cada caso, dependendo do grau e do nível de deficiência, não só como forma de atendimento das disposições constitucionais, mas para garantir o mínimo de justiça social a esses trabalhadores.

A Lei Complementar n.º 142/2013 representa essa nova postura proativa, significando avanços na consagração dos direitos previdenciários das pessoas com deficiência. Uma análise conjunta da CIF e da Convenção de Nova York de 2007 dá origem a uma nova concepção de incapacidade e deficiência, que desaguam na Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SDH/MP n.º 1/2014.

A mudança do foco de análise, de um modelo médico para o modelo biopsicossocial de deficiência, que parte de uma perspectiva inclusiva, transpõe o foco de análise da deficiência que o indivíduo porta para o ambiente em que este se encontra inserido, identificando as barreiras que os impedem de participar da vida social em igualdade de condições.

Essa nova metodologia é uma conquista para as pessoas com deficiência, determinado que a sociedade e o Estado, tendo como norte o conceito de deficiência introduzido pela Convenção das Pessoas com Deficiência,

---

<sup>15</sup> Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU n.º 1, de 27 de janeiro de 2014: “Art. 3º Considera-se impedimento de longo prazo, para os efeitos do Decreto n.º 3.048, de 1999, aquele que produza efeitos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos, contados de forma ininterrupta”.

atuem ativamente para diminuir as barreiras que estes enfrentam, garantindo sua efetiva participação social.

## Referências

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 dez. 2016.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Ministério da Previdência Social, Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento, Ministério do Orçamento e Gestão e Advocacia-geral da União. *Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014*. Aprova o instrumento destinado à avaliação do segurado da Previdência Social e à identificação dos graus de deficiência, bem como define impedimento de longo prazo, para os efeitos do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.

BRASIL. Decreto n. 3.048 - de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 maio 1999.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. In: SENADO FEDERAL. *Pessoa com Deficiência – Legislação*. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR); Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2012.

BRASIL. Lei complementar n. 142, de 08 de maio de 2013. Regulamenta o §1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 maio 2013.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 dez. 1993.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

FARIAS, N.; BUCHALLA, C. M. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial de Saúde: Conceitos, Usos e Perspectivas. *Rev Bras Epidemiol.*, v. 8, n. 2, p. 187-193, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepid/v8n2/11.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

FLEURY, S. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. *RAP - Revista de Administração Pública*, v. 3, n. 39, p. 449-469, maio/jun. 2005).

FRANZOI, A. C. et al. Etapas da elaboração do Instrumento de Classificação do Grau de Funcionalidade de Pessoas com Deficiência para Cidadãos Brasileiros: Índice de Funcionalidade Brasileiro - IF-Br. *Acta Fisiátrica*, v. 20, n. 3, p. 164-170, 2013. Disponível em: <[http://www.actafisiatrica.org.br/detalhe\\_artigo.asp?id=508](http://www.actafisiatrica.org.br/detalhe_artigo.asp?id=508)>. Acesso em: 25 ago. 2017.

SABARIEGO, C. *Avaliação da Deficiência Após a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência*: Estudo Comparativo entre os Instrumentos Utilizados para a Efetivação de Direitos Previdenciários no Brasil e na Alemanha. Disponível em <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/sau-segrtrabestudos.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, I. W. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SECRETARIADO NACIONAL DE REABILITAÇÃO, MINISTÉRIO DO EMPREGO E DA SEGURANÇA SOCIAL. *Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (handicaps)*. Lisboa, 1989.

STRAPAZZON, C. L. *Primeiros elementos para uma teoria constitucional do direito humano fundamental de segurança social*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015, disponível em: <<http://www.unoesc.edu.br/cursos/mestrado/mestradoacademicoemdireito/Publicacoesrecentes>>. Acesso em: 30 set. 2017.

# PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA A FAMÍLIAS DE DETENTOS: PROPOSTAS DE REFORMAS DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

Volnete Gilioli<sup>1</sup>

## 1 Introdução

O artigo ao abordar o auxílio-reclusão, e os aspectos relevantes sobre a segurança social, bem como uma breve reflexão sobre estrutura da atual legislação previdenciária mais especificadamente a Lei nº 8.213/91 e seus benefícios previdenciários, numa discussão a respeito da previdência social, como proteção, nesse caso, à família do segurado, considerando a Emenda Constitucional 20/98, a qual limitou o benefício aos dependentes do segurado de baixa renda.

Com essa limitação, passa a compor outra discussão, seria uma violação aos princípios constitucionais da isonomia, seletividade e distributividade? Será o auxílio-reclusão uma pensão para o recluso? A concessão desse benefício constitui uma influência a prática delitiva? Como se comporta a repressão da lei penal na proteção da norma previdenciária?

Dessa forma, o texto foi elaborado a partir de um procedimento analítico e descritivo de normas jurídicas e de uma seleção de literatura especializada, sendo relevante para o trabalho a utilização dos autores escolhidos que analisou sobre a proteção previdenciária de famílias de detentos onde visou propostas de reformas do auxílio-reclusão tendo em vista que a sociedade traz problemas cada vez maiores, ao mesmo tempo, com a evolução, crescimento, existem famílias desamparadas, sem emprego, sem moradia, sem saúde, sem condições mínimas de sobrevivência. E inúmeras vezes as pessoas se enredam na cadeia evolutiva do

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora nas Faculdades Rio Grandense e na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; netegilioli@hotmail.com

trabalho informal, ilegal e criminoso, e, quando julgados e condenados, deixam suas famílias, seus dependentes a mercê do risco social.

A Constituição Federal preceitua que o governo deve propiciar meios e instrumentos de assistência à família e aos dependentes. Assim, estabeleceu no bojo do seu artigo 201 o direito social à previdência e em seu inciso IV a garantia aos segurados do Regime Geral de Previdência Social o direito ao auxílio reclusão, no entanto carece de melhores aparatos com o intuito a novas inserções ao texto constitucional que especifique regulamentando de forma peculiar os direitos fundamentais pertencentes a previdência social aos mais vulneráveis.

Contudo, a Lei 8.213 de 24 de julho de 1991 disciplina o benefício em questão em seu art. 80, condicionando o direito ao recebimento do benefício desde que atendidos os pressupostos, do mesmo modo, o fez o Regulamento da Previdência Social, Decreto 3.048 de 1999, editado após o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998.

Dentre os pressupostos estão: o recolhimento do segurado à prisão; não recebimento de remuneração a cargo do empregador; não estar o segurado em gozo dos benefícios de auxílio doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, ou ser considerado de baixa renda, sendo este último verificado pelo valor da última contribuição previdenciária do segurado que não poderá apresentar salário de contribuição superior ao limite estabelecido.

Pelo exposto o trabalho contribui para a comunidade científica no enriquecimento de opiniões, no entanto, foi de grande importância para quem teve o interesse de aprimorar reflexões acerca da proteção previdenciária em especial o direito e garantia ao auxílio reclusão para dependentes de apenados.

## **2 Breve reflexão sobre direito fundamental a segurança social**

É de suma importância iniciar referindo que o direito fundamental a segurança social surgiu no bojo das organizações internacionais tendo em vista que Strapazzon (2015, p. 11): “Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho adotou, em 1952,<sup>1</sup> a Convenção n. 102, denominada Convenção concernente às normas mínimas para a Segurança Social, 1952” sendo grande



mecanismo aos primeiros indícios de garantias aos direitos sociais, tendo em vista que Strapazon (2015, p. 11): “Essa Convenção é o mais importante instrumento internacional a reconhecer direitos mínimos de segurança social.”

Nesse sentido, deve-se perceber que as organizações internacionais instituíram os primeiros passos na envergadura para garantia aos seus cidadãos o mínimo existencial, Strapazon (2015, p. 11): “Para os que perderam autonomia econômica na forma de pagamentos periódicos”, a partir disso é que surge o dever estatal em assegurar direitos aos que encontram-se em situação de riscos e miserabilidade sendo importante entender que o Direito Internacional Público atribuiu a essas garantias Princípios que devem ser efetivados como bem coloca Strapazon (2015, p. 11):

- 1) assegurar o direito de todas as pessoas viverem em liberdade do medo e das necessidades; 2) assegurar normas mínimas de Segurança Social; 3) assegurar cobertura universal; 4) assegurar assistência social para quem não é protegido pelo seguro social; 5) reconhecer rol aberto de riscos sociais; 6) assegurar benefícios compatíveis com a dignidade da pessoa humana.

Frente ao contexto, coaduna-se a ideia de que todos merecem conviver dignamente através da segurança social, fruto das conquistas pela comunidade internacional para erradicar a miserabilidade humana no país. Assim os direitos fundamentais foram codificados e elencados na Constituição Federal de 1988, em especial Título II, no Capítulo I, refere sobre os direitos e deveres individuais e coletivos; Capítulo II, cita os direitos sociais.

Para uma melhor compreensão, Moraes (2016, p. 55) aduz: “os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição Federal”, muito importante essa questão esclarecida pelo doutrinador, pois os direitos a segurança social merecem ser interpretados não tão somente como um mero direito infraconstitucional, mas sim como uma garantia aos direitos fundamentais que é reconhecido através da Constituição Federal.

Para melhor compreensão sobre garantias fundamentais, vale referir as peculiaridades e divergências entre essas, aos direitos, sendo que Novelino (2008, p. 253) refere: “Direitos fundamentais têm caráter meramente declaratório,

enquanto as garantias são assecuratórias”, portanto direitos são os que estão codificados em lei, no entanto as garantias estão asseguradas em lei.

Nesse prisma, vale constatar que se direitos são para todas as pessoas privilégios são para algumas pois Sperchi (2017, p. 2):

Os direitos humanos se realizam quando todo o povo goza do mínimo que todas as pessoas precisam para buscar a felicidade: respeito, saúde, moradia, educação, trabalho, liberdade para formar sua própria opinião e expressar suas idéias e crenças. Isso também inclui a liberdade para se organizar politicamente, o direito de usufruir os avanços tecnológicos, quando podem se mover pelo território livremente etc. Quando só alguns possuem estas condições, os direitos se transformam em privilégios de poucos.

Os direitos humanos se realizam quando todos aproveitam sendo que os privilégios são exercidos somente por uma determinada classe de pessoas, diferenciando-se dos direitos e garantias.

Frente ao reconhecimento dos direitos e garantias, vale referir Moraes (2016, p. 59):

Direitos e garantias individuais [...] as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos e estas, as garantias, ocorrendo não raro juntas – se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação de garantia com a declaração do direito.

Portanto, consiste existir na lei direitos reconhecidos e as garantias limitam o Poder Estatal, sendo que os direitos em muitos casos complementam as garantias. As garantias em harmonia com o direito atrelam-se a ideia de efetivação a dignidade da pessoa humana sendo um princípio basilar em que a Constituição Federal, em seu artigo 1º inciso III, consagra como uma das primeiras garantias constitucionais, sendo um valor supremo.

Na opinião de Nunes (2009, p. 48): “A dignidade da pessoa humana como sendo um supraprincípio constitucional, entendendo que se encontra acima dos demais princípios constitucionais.”

E ainda, vale lembrar que o “caput” do artigo 170<sup>2</sup> da Constituição Federal, intitula sobre a ordem econômica que tem por finalidade assegurar a todos o mínimo existencial. Importante dizer que o critério do Princípio da Dignidade valoriza a vida, liberdade e igualdade de cada ser humano, de maneira ser o alicerce dos direitos e garantias fundamentais.

Portanto essas são algumas peculiaridades referente a este princípio constitucional sendo considerado pela doutrina a base de uma sociedade justa e igualitária em direitos e deveres, sendo que o Poder Estatal desempenha a função de garantir esses direitos.

O Princípio da Dignidade não tem uma definição específica sendo importante referir Sarlet (2004, p. 135):

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

Portanto, o Princípio da Dignidade Humana constitui um complexo de direitos e deveres atribuídos aos seres humanos como merecedores do mínimo existencial através de uma convivência com paz, felicidade, saúde, oportunidades, no entanto, para a concretização de todo amparo em que possibilita o ordenamento jurídico, ainda é preciso ponderar que esses preceitos carecem ser efetivados.

### **3 Auxílio-reclusão: uma nova perspectiva ante a segurança social no Brasil**

Importante iniciar referindo que o auxílio-reclusão é uma forma de beneficiar dependentes de segurados do Instituto Nacional e Previdência Social,

---

<sup>2</sup> “A ordem econômica [...], tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.

ponderando que insere-se em uma perspectiva de segurança social sendo que Strapazzon (2015, p. 11) discorre sobre a obrigação estatal: “Os Estados estão obrigados a garantir prestação de recursos financeiros na forma de pagamentos periódicos, a pessoas que perderam sua autonomia financeira ou que reduziram sua capacidade de obter a própria renda por meio de seu trabalho”, nesse viés atribui-se ao auxílio-reclusão um direito fundamental social.

Nesse contexto, deve-se entender que o auxílio-reclusão pertence a categoria dos direitos fundamentais pois atrela-se a ideia de uma nova perspectiva integrando-se ao rol da segurança social sendo que Strapazzon (2015, p. 15) explica:

A análise do texto constitucional revela a alta importância desse subsistema de direitos para o sistema brasileiro de direitos fundamentais. Basta registrar, por hora, que as hipóteses fáticas básicas que geram direitos a benefícios previdenciários, por sua importância e conexão material com direitos fundamentais, estão formalmente estabelecidas no texto original da Carta da República, razão pela qual devem receber proteção especial do Estado (leis, orçamento e políticas públicas) e da sociedade (contribuições sociais e respeito).

Assim como bem coloca o autor ao analisar a essência do texto da Constituição Federal entre as hipóteses fáticas que geram benefícios previdenciários por ser de grande importância e conexão material com direitos fundamentais estão intrínsecos na Lei Maior possibilitando assim um viés de ser o auxílio-reclusão uma garantia mínima de renda aos dependentes do segurado.

Contudo, apesar de ser uma garantia constitucional, encontra-se implícito carecendo de novas inserções ao ordenamento jurídico em especial na Constituição Federal, que embora permite interpretações extensivas, merece adequados aparatos através de dispositivos específicos que visem regulamentar e atender os interesses dos mais vulneráveis.

Pelo exposto, é necessário entender que o auxílio-reclusão por ser o Estado responsável ao bem-estar social integra-se aos direitos fundamentais, no entanto, merece uma atenção especial sendo importante uma breve reflexão em momento posterior tendo em vista a complexidade do assunto.

## 4 O auxílio reclusão e o texto constitucional

Auxílio reclusão é benefício previdenciário e está atrelado à exclusão da pessoa de sua família, em razão do cometimento de uma infração penal. Assim Correia (2008, p. 301) aduz: “exclusão acarretará implicações na vida financeira dos dependentes do segurado, que podem acionar a Previdência Social para receber seu direito ao auxílio financeiro.”

No decorrer do tempo e da história do homem, a proteção, passa a ser um direito do homem e um dever do Estado, sendo que o Brasil tem a sua Lei Orgânica do Seguro Social no Decreto-Lei nº 7.526/45 e Decreto nº 35.448/54, que previa a proteção em razão de acidentes.

A Constituição Federal, ao ser promulgada em 1988, constituiu o Brasil como Estado Democrático de Direito e demonstrou a mudança que ocorria no sistema governamental na época, ou seja, o País saía de um regime autoritário vigente por mais de duas décadas, e passando a ser democracia trouxe a orientação sobre a Seguridade Social disponibilizando o Capítulo II, Título VII, intitulado *Ordem Social*, por tratar da Seguridade Social.

Diante disso, se percebe a necessidade de legislar sobre a Seguridade, tomando como referencial os cuidados com a saúde, a previdência e a assistência social,<sup>3</sup> numa concreta percepção de garantia das necessidades e da qualidade de vida dos brasileiros.

O artigo 195 da Constituição Federal ao prescrever as garantias de financiamento dos benefícios observados alguns critérios, possibilita atender as necessidades diárias e suprir eventuais dificuldades gerados por diferentes situações, em especial quando os recursos referidos não podem ser obtidos por esforço próprio.

É nesse aspecto que se tem a previdência e assistência social, sendo que a assistência visa a proteção dos necessitados e a previdência a garantia de recursos ao trabalhador e seus dependentes, com a concessão de benefícios, em

---

<sup>3</sup> A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos das seguintes contribuições sociais [...]

caso de incapacidade laborativa. Contudo, a concessão de benefícios objetiva garantir a manutenção do nível médio de vida tanto do trabalhador e seus dependentes.

A Seguridade Social é formada por um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impossibilite o provimento de suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias. Martins, (2002, p. 44) ressalta que: “A partir de ações estatais e da sociedade essas necessidades básicas qual sejam, direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social.”

Cumpre destacar que o objetivo da previdência social é a sustentação da família dentro de um mínimo existencial eis que num entendimento restritivo podemos ter o mínimo existencial como satisfação das necessidades básicas da vida, uma espécie de sobrevivência física.

Afora a conceituação do que seja ou não seja o mínimo existencial, a previdência exige contraprestação dos segurados para que tenham acesso a proteção legal, eis que é um direito fundamental social destinado aos trabalhadores e seus dependentes, e apresenta uma proteção obrigatória e outra facultativa.

A proteção obrigatória é aquela que abrange a todos os cidadãos que exerçam atividade remunerada e que estão automaticamente vinculados ao regime geral ou aos regimes próprios. Além da proteção obrigatória a Constituição Federal prevê a proteção complementar, eis que esse regime de previdência complementar, diverso dos regimes obrigatórios, objetiva garantir a manutenção do padrão de vida do trabalhador, complementando a aposentadoria dos regimes obrigatórios, sendo de caráter facultativo.

E uma das contingências geradoras de necessidades ocorre quando uma pessoa é presa e fica impedida de exercer atividade laboral e seus dependentes ficam em risco social Martinez, (2010, p. 122), “sem recursos para manutenção de suas necessidades básicas.”

Um dos requisitos principais para a concessão desse benefício é o vínculo da pessoa presa com o Instituto Nacional de Seguridade Social. Embora o número de trabalhadores com carteira assinada tenha aumentado demasiadamente na última década, o mercado de trabalho informal ainda é

grande, e boa parte da população brasileira não preenche os critérios legais para o benefício previdenciário no momento de reclusão.<sup>4</sup>

Essas exigências restringem a concessão desse benefício previdenciário para a parte considerável da população encarcerada e fazem com que o percentual de beneficiados seja bem reduzido e também pelo fato de que o benefício cessa, mais cedo ou mais tarde, os dependentes devem apresentar a cada três meses uma certidão atualizada da situação do parente preso e, nessas ocasiões, o benefício pode ser extinto.

Um pressuposto legal para sua concessão é o de que a pessoa considerada autora de algum delito já esteja respondendo severamente mediante a privação de liberdade. Estar recluso em instituições prisionais no Brasil é, na maior parte das vezes, se submeter a condições degradantes, com agravantes diversos não previstos formalmente na sentença condenatória, como a superlotação, a insalubridade do ambiente, a violação a diversos direitos humanos, etc.

As críticas à instituição prisional são antigas na literatura da sociologia da punição. Há prisões piores do que outras e, no Brasil, a situação predominante dos estabelecimentos é de calamidade, com a violação sistemática da maioria dos direitos previstos na Lei de Execução Penal.

Ressalta Baratta (2006, p. 311) “consoante resultados de pesquisa empírica realizada no Canadá em 1981, que os efeitos devastadores do cárcere são muito piores para as famílias mais pobres, tendendo a condená-las a uma situação inferior à da trajetória própria do grupo.”

Considerando-se essa realidade, pode-se presumir que o auxílio reclusão é um benefício previdenciário e não assistencial e para isso são exigidas condições legais tanto para o apenado quanto para seus dependentes.

E dentre os requisitos temos como imperiosos a prisão, a qualidade de segurado do instituidor do benefício, a qualidade de dependente do beneficiário, segundo Martins (2006, p. 394), “a ausência de remuneração paga pelo

---

<sup>4</sup> Para saber mais, ver o trabalho do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE – A situação do trabalho no Brasil na primeira década dos anos 2000 (2012).

empregador ou gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço e ser o segurado de baixa renda.”

Tanto o segurado instituidor do benefício quanto seus dependentes têm que preencher requisitos legais para ser concedido o benefício, dentre eles: da prisão, ou seja, conforme o próprio nome evidencia o auxílio-reclusão será devido ao segurado preso nos regimes fechado e semiaberto, sendo vedada a concessão após sua soltura, porém, esse direito também garante a família do segurado em prisão provisória.

Sendo assim, para ser deferido o benefício de auxílio-reclusão aos dependentes do segurado é necessário que o segurado tenha qualidade de segurado.

E ainda, demonstrada a qualidade de segurado do instituidor do benefício, é requisito ainda a qualidade de dependentes dos beneficiários que se habilitarem ao recebimento do auxílio reclusão.

Os requisitos da ausência de remuneração paga pelo empregador ou gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço,

Temos a Lei 10.666, de 8 de maio de 2003, complementou a disciplina do auxílio reclusão, ao normatizar em seu artigo 2º que o exercício de atividade remunerada do segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto que contribuir na condição de contribuinte individual ou facultativo não acarreta a perda do direito ao recebimento do auxílio-reclusão para seus dependentes. E por derradeiro o requisito de que deve ser o segurado de baixa renda.

## **5 Emenda constitucional 20/98 e o auxílio reclusão**

A Constituição Federal de 1988 foi quem abordou pioneiramente o auxílio-reclusão, em seu artigo 201, inciso IV, sendo que para concessão do benefício deve ser analisado a presença de critérios pré-fixados. E o fato do segurado estar desempregado no momento de sua prisão não impede a concessão do benefício, desde que, ele mantenha a condição de segurado.



Antes da EC 20/1998 não havia restrição da concessão do benefício aos dependentes do segurado, de modo que qualquer pessoa presa antes de 1998, independentemente do valor de seu salário-contribuição, fazia jus a concessão e manutenção do auxílio reclusão aos seus dependentes, uma vez que se trata de direito adquirido.

Para a concessão, é considerada a renda do segurado e não dos seus dependentes, em face de que o benefício tem caráter substitutivo e o seu valor não pode ser inferior ao salário mínimo.

Ainda, que este benefício não é diretamente para o preso, mas um direito do dependente, pois substitui o salário recebido pelo trabalhador e em caráter provisório o pagamento continuado e reeditável, seja a detenção ou reclusão do segurado sem receber remuneração da empresa ou da previdência social.

No âmbito da Previdência Social é irrelevante se o preso é culpado ou inocente, condenado ou absolvido, pois o benefício se mantém enquanto o segurado permanecer na prisão, havendo a comprovação trimestral para comprovação da segregação.

A regra contida no artigo 80 da Lei 8.213/91<sup>5</sup> e nos artigos 116 a 119 do Decreto 3.048/9, estabelecem aos dependentes dos segurados dois benefícios: pensão por morte e auxílio reclusão. Porém, ao contrário do salário-família, o auxílio reclusão é substitutivo da renda que seria percebida se o segurado não estivesse preso.

Diferentemente dos benefícios assistenciais o recebimento de auxílio reclusão pressupõe prévia contribuição previdenciária ao Regime Geral de Previdência Social, ou seja, o preso obrigatoriamente tem que ser filiado a um regime previdenciário e ter contribuição.

Destarte, as críticas relacionadas ao benefício em análise, é de se ter a clareza que a pessoa ao ser presa passa ser responsabilidade do Estado, em contraposição, sua família e seus dependentes Russomano (1998, p. 214) ressalta

---

<sup>5</sup> [...] 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.

“perdem o apoio econômico que o segurado lhes dava.” Portanto, o auxílio-reclusão destina-se ao amparo da família do segurado que receberá o benefício enquanto o segurado permanecer recluso, ou seja, o beneficiário é o dependente do segurado e não o próprio segurado.

O conceito do instituto manteve-se nos termos apresentados até 1998, quando entrou em vigência a Emenda Constitucional nº 20 que, não obstante os desideratos do benefício, incluiu em nosso ordenamento o requisito “baixa renda” para o recebimento de auxílio-reclusão. E com o advento da Emenda que deu nova redação ao art. 201, IV da Constituição Federal, passamos a ter a restrição do auxílio reclusão apenas aos dependentes do segurado que auferia baixa renda antes da segregação.

Ocorre que ao incluir este pressuposto, a Constituição não tratou de conceituar tal termo atribuindo ao legislador infraconstitucional a competência para fazê-lo. Entretanto, o art. 13<sup>6</sup> da Emenda Constitucional n.º 20/98, trouxe parâmetro para a concessão do benefício previdenciário, que, à época, para concessão do auxílio-reclusão para a família, ao segurado auferisse renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que até a publicação da lei que conceituasse “baixa renda”, seria corrigido pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

A regulamentação das disposições da Lei 8.213/91 foi delegada ao Decreto 3.048/1999, o chamado RPS, Regulamento da Previdência Social, e as Instruções Normativas emitidas pelo Ministério da Previdência Social, cujo conteúdo evidenciam os requisitos para deferimento do auxílio-reclusão, cuja análise do conceito ora estudado tratou de evidenciar.

As críticas com relação a nova redação do inciso IV do artigo 201 da Constituição Federal via EC 20/98, foram homéricas e ainda tem posições entendendo que seria o caso de vício de inconstitucionalidade do critério adotado, porém, a questão restou pacificada após julgamento pela Corte Maior.

---

<sup>6</sup> Art. 13 da EC 20/98: “Art. 13 - 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.”

Porém, antes de apresentar o último elemento a compor o conceito e a estrutura do Auxílio-reclusão passa-se a análise da evolução constitucional e legislativa do benefício no Brasil, até por que, consoante se mencionou o último elemento nem sempre compôs a estrutura do auxílio-reclusão.

A chamada “Lei orgânica da Previdência social” estabelecida pela Lei n.º 3.807 de 26 de agosto de 1960 foi à primeira norma nacional a instituir o auxílio-reclusão em nosso ordenamento jurídico. No bojo de seu art. 43 previa a concessão de auxílio-reclusão aos beneficiários do segurado recluso ou detento, que não percebesse remuneração paga pela empresa. A norma ainda estabelecia o período de carência de 12 contribuições mensais para a concessão do benefício.

A alteração legislativa instituída pela Lei 8.213/91 manteve a tradição normativa que o precedeu, relacionando o referido benefício juntamente com a pensão por morte, dentre os benefícios devidos aos dependentes do segurado. Entretanto, importante avanço ocorreu com a supressão do período de carência para a concessão do benefício, não sendo exigido o mínimo de 12 contribuições mensais como outrora.

Em 15 de dezembro de 1998 foi embutida no ordenamento jurídico brasileiro a Emenda Constitucional n.º 20 que trouxe expressiva adulteração nas regras de concessão do auxílio-reclusão inserindo o requisito “baixa renda” para o deferimento do benefício previdenciário aos dependentes do segurado. Eis o último elemento a compor o conceito e estrutura do auxílio-reclusão.

## **6 Propostas posterior a emenda constitucional 20/98**

Afora a polêmica da restrição da Emenda Constitucional 20/98, do auxílio reclusão aos de “baixa renda”, deve-se contar com uma outra polêmica e passivo de muita discussão as propostas de emendas constitucionais que pretendem acabar com o auxílio reclusão e em consequência criar outro benefício mensal agora para amparo as vítimas de crimes e suas famílias.

As propostas de alteração e extinção, ocorrem em tempos turbulentos geradas pelos elevados números de criminalidade, contudo, informações corrompidas e inverídicas vêm permeando o senso comum e sendo divulgadas

amplamente em redes sociais, nos últimos anos, passam a persuadir parcelas da opinião pública a protestar contra o auxílio-reclusão, que passou até mesmo a ser tachado como “bolsa-bandido”, ou seja, que seria beneficiado diretamente o próprio autor de crime, e não seus dependentes.

Com isso, a impopularidade do benefício tem se confirmado amplamente pela mídia, que induz a culpa do benefício com o aumento da criminalidade o legislador derivado apresentou poucas propostas de extinção ou mudança do referido benefício, que em nada o quase nada contribuiu para o esclarecimento do que é o benefício social do auxílio reclusão.

Em 2009, temos o caso da PEC 420/2009, de autoria do Deputado Ratinho Junior (PSC/PR), que visa retirar o limite de renda para o pagamento do benefício imposto pela Emenda Constitucional 20/98, retomando a situação do texto Constitucional de 1988.

Na justificativa da proposição, o Deputado Federal entende a EC 20/98 teria introduzido um critério de seletividade também aos dependentes do recluso, ocasionaria a descaracterização de sua natureza de benefício previdenciário sujeito às regras do seguro contributivo obrigatório, ao submeter sua concessão a critérios da assistência social cujos benefícios independem de contribuição e são concedidos a pessoas de baixa renda ou nenhuma renda é uma maneira de discriminação.

Salienta ainda ao abonar sua proposição, que o princípio norteador da concessão do benefício de prestação continuada auxílio-reclusão é o mesmo aplicável à pensão por morte: amparo aos dependentes do segurado na sua falta permanente ou provisória. O que na prática se verificaria se aprovada fosse, é que excluiria um dos requisitos para concessão, “baixa renda” e aumentaria assim o número de potenciais beneficiados do auxílio reclusão.

Posteriormente o Deputado Fernando Franceschini (PSDB/PR) ajeita a sua proposta PEC 30/2011 com pretensão de exclusão da prestação do auxílio reclusão para dependentes de pessoas condenadas por prática de tortura, racismo, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes, pedofilia, em síntese dos apenados pela prática de crimes hediondos.

Em 2013 no calor do debate restou apresentada a PEC 33/2013 de autoria do Deputado Federal Alfredo Nepomuceno (PR/AM), que pretende a extinção do auxílio reclusão. A justificativa apresentada pelo Deputado faz referência expressa ao clamor público em torno da matéria, ao usar o termo “conjuntura atual”.

Também em 2013 temos a Proposta de Emenda Constitucional 304/2013 de autoria da Deputada Federal Antônia Lucia (PSC-AC), que objetiva contundente a exclusão do benefício previdenciário devido aos dependentes do contribuinte recluso, com a supressão do inciso IV do artigo 201 da Constituição Federal. E mais, acrescentar o inciso VI e o parágrafo único ao artigo 203 da carta magna, para criar benefício para a vítima de crime.

Apensada a PEC 304/13, temos a proposta de EC 368/13 autorias do então Deputado Federal Fábio Faria (PSD-RN) propõe, que vão além da proposta inicial, ao propor acrescentar o inciso VI e o parágrafo único no artigo 203 da CF, seria instituído o benefício assistencial à vítima de crime em substituição ao auxílio reclusão que seria extinto. E de forma mais ousada, o Deputado Federal Fábio Faria (PSD-RN) justifica proposta de acréscimo do parágrafo único artigo 203 da CF, para que em caso de morte da vítima o benefício seria revertido ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

E da mesma forma a PEC 267/2016 de autoria do Deputado Aluisio Mendes (PTN-MA), com a justificativa de que a proposta visa corrigir a distorção da Constituição, que prevê um benefício para a família do preso e deixa ao desamparo a família da vítima, ressaltando que ainda que a finalidade do benefício seja atender a família do preso pelo fato de este estar impossibilitado de trabalhar por cumprir pena. E alega o senso comum de que a sociedade ao pode arcar com o custo das decisões do apenado, em especial as vítimas de homicídios.

## 7 Conclusão

O auxílio reclusão como benefício previdenciário e não assistencial corresponde a uma parcela ínfima para o orçamento da Previdência Social, mais ainda, após a restrição da Emenda Constitucional nº 20/1998, é materialmente inconstitucional visto que eliminou o direito fundamental a segurança social pois

encontra-se implícito na Constituição Federal carecendo de melhores aparatos que especifiquem e regulamentem o texto constitucional, e desse modo prejudicou milhares de dependentes de segurados.

Com o advento da Emenda Constitucional 20/98, e a alteração da redação ao inciso IV do artigo 201 da Constituição Federal, já ficou quase impossível para o interprete, por mais sábio que seja, e independentemente do método interpretativo usado, saber qual a verdadeira intenção do legislador constitucional derivado ao expressar “salário-família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

A partir disso, alguns passaram a entender o benefício analisado sendo somente cabível para os segurados de baixa renda e outros tantos, entender que o auxílio reclusão é em favor dos dependentes e a expressão “baixa renda” é aplicável aos dependentes e não os segurados ou reclusos.

Há que se considerar que a própria nomenclatura “auxílio-reclusão” informa inadequado e impreciso a interpretação de seu conteúdo, e pelo simples fato de estar relacionado, indiretamente, a pessoas presas, recebe com reservas pela sociedade diante da elevação dos altos índices de criminalidade.

Mas longe de sua conceituação, a desinformação ou compreensão de como funciona o auxílio reclusão, requisitos, valores, beneficiários, parece estar atrelado as campanhas mobilizadoras pela sua extinção e servem na maioria das vezes para argumentação deturpada que margeiam confusões conceituais.

Quando se justifica a retirada de um benefício previdenciário em razão do clamor social, parece estar numa apelativa e simplista retorica que se furta a densa discussão de uma temática muito complexa.

Momentos de turbulência política, suprimem o verdadeiro debate que deveria ser feito, com o enfrentamento de ideias e as diferentes propostas em tramitação no tocante ao benefício, tanto para ampliar, extinguir, criar novo benefício, tem permanecido inerte ao longo dos anos, sequer saindo da casa onde o processo legislativo se originou.

Cumprre referir que o auxílio reclusão é um benefício previdenciário e ao assistencial, conforme se expressa nos textos das propostas de emendas à Constituição formuladas até então, um benefício destinado aos dependentes do

segurado de baixa renda detido ou recluso, objetivando principalmente garantir a manutenção de condições mínimas de vida aos familiares daquele que se encontra temporariamente impossibilitado de manter sua família.

Cumpra referir que o auxílio reclusão é devido aos familiares e dependentes do recluso segurado da previdência social e por ser benefício social, vem garantir a subsistência digna dos seus dependentes, que se veem impossibilitados de prover o atendimento as suas necessidades básicas em decorrência da ausência do provedor.

A família do segurado preso, não pode ser penalizada duplamente pelos erros cometidos por seus entes e é imperioso que a sociedade saiba da diferença entre o preso e o preso segurado da previdência social.

Por fim vale entender que o auxílio-reclusão não é benefício perpétuo e existem requisitos legais a serem preenchidos e os que possuem legitimidade para pleitear o benefício e o direito não vai para o apenado, mas para sua família conforme prevê a normal, sendo efetivados os direitos fundamentais através da segurança social conquista árdua da sociedade ao longo dos anos.

## Referências

ALVES, Hélio Gustavo. *Auxílio reclusão*. Direito dos presos e de seus familiares. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel em la producción de las relaciones sociales de desigualdade*. Buenos Aires: Editorial IBDeF, 2006.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 maio 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa INSS/PRES n. 45, de 06 de agosto de 2010. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 ago. 2010. Disponível em: <[http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2010/45\\_1.htm](http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.666 de 08 de maio de 2003. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.666.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.666.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. 8. ed. 1. reimp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Lásaro. *Reforma da Previdência: noções gerais do sistema previdenciário brasileiro e comentários as mais recentes alterações na legislação*. Del Rey, 1999.

HATE SPEECH. *Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.odefensorcos-mearaujo.com.br/2013/03/25/hate-speech-o-direito-fundamental-a-liberdade-de-expressao-e-seus-limites/>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

IBRAHIM, Fábio. *Curso de direito previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MARTINEZ, Wladimir. *Reforma da previdência*. São Paulo: LTr, 1999.

MARTINS, Sérgio. *Seguridade Social*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIGUEL, Horvath. *Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, fev. 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. **São Paulo: Método, 2008.**



NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Lamartino. *Direito Previdenciário: manuais para concursos e graduação*. 4. ed. Coordenação geral Luiz Flávio Gomes. São Paulo, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Primeiros elementos para uma teoria constitucional do direito humano fundamental de segurança social*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.



# ESTADO DE INCAPACIDADE NOS CASOS DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Luis Renato Martins de Almeida<sup>1</sup>

## 1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo avaliar, a partir da análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ, os parâmetros hermenêuticos da incapacidade nos casos de concessão de benefício de aposentadoria por invalidez. A investigação se fez por meio de pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental bibliográfica e jurisprudencial. Adotou-se como referencial bibliográfico a obra intitulada *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* de Ingo Wolfgang Sarlet, porquanto representativa da atual doutrina sobre direitos fundamentais.

Partindo da noção de direitos fundamentais sociais no Brasil, busca-se alinhar o conceito de segurança social com os objetivos propostos na Constituição da República. Destaca os objetivos constitucionais como vetores interpretativos das normas que concretizam os direitos fundamentais sociais, para ao final fazer uma análise crítica das decisões do STJ, relativa ao âmbito de proteção das normas de segurança social aplicadas.

Tocante às decisões judiciais, foi realizada pesquisa no site do STJ para identificar a posição da Corte nos recursos judiciais interpostos em razão de questionamentos acerca da interpretação da extensão da norma que disciplina os requisitos legais à concessão da aposentadoria por invalidez, dispostos no art. 42 e seguintes da lei n. 8.213/1991.

Dentre os acórdãos examinados, foram selecionadas duas decisões em virtude de sua representatividade. O Agravo Regimental no Recurso Especial – AgRg no REsp n. 674036, julgado em 09/11/2004, retrata o entendimento anterior

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juiz de Direito em Santa Catarina; [luisrenatoalmeida@hotmail.com](mailto:luisrenatoalmeida@hotmail.com)

do Tribunal e também marca o início da transição da posição, visto que até então o STJ adotava postura restritiva, sem sequer examinar os argumentos sobre as outras circunstâncias pessoais dos segurados. A outra decisão escolhida, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial – AgRg nos EREsp 1229147, julgado em 26/10/2011, revela a consolidação da jurisprudência sobre o tema, porquanto se trata de decisão proferida por sua Terceira Seção, composta pelas 5ª e 6ª Turmas.<sup>2</sup>

Assim, a hipótese de trabalho é identificar e trazer ao debate, os parâmetros hermenêuticos à interpretação de normas que visam concretizar direitos fundamentais sociais, tomando como base empírica o caso específico em exame.

## 2 Considerações introdutórias dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil

A ideia de proteção das pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, com o reconhecimento da universalidade dos Direitos Humanos, tem origem nas primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, documentos que inspiraram as Constituições brasileiras<sup>3</sup> que vieram à lume ao longo do século XX.

Ao tratarmos de direitos fundamentais, estamos cuidando de direitos constitucionais especiais que dizem respeito a proteção de valores fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica estatal. Além da dimensão material dos direitos

---

<sup>2</sup> Com a Emenda Regimental n. 14, de 2011, a competência para processar e julgar os feitos relativos a benefícios previdenciários, passou para a Primeira seção, compostas pelas 1ª e 2ª Turmas.

<sup>3</sup> A Constituição de 1934 inovou ao ampliar o catálogo dos direitos e garantias individuais, referindo à inviolabilidade do direito à subsistência e determinando ao poder público o dever de “amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.” (Título II, art. 113, *caput*, e item 34). A Constituição de 1946 também veiculou dispositivos de proteção dos direitos humanos, como se observa dos destaques do texto de Paulo Bonavides, ao referir que a Constituição de 1946 “a todos assegura trabalho que possibilite existência digna. Eleva o trabalho a obrigação social. Proclama o princípio da intervenção do Estado no domínio econômico. Traça-lhes as bases que assentam no interesse público; projeta-lhe os limites, que são os direitos fundamentais, objeto das garantias contidas na Constituição; condiciona enfim o uso da propriedade ao bem estar social e dispõe que a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso econômico.” (BONAVIDES, 2004, p. 420). E ainda a Constituição de 1988, vigente, fortemente influenciada pela Declaração Universal de 1948 e pelos principais pactos internacionais que versam sobre Direitos Humanos, como se constata do catálogo de direitos fundamentais constante no Título II.

fundamentais, a sua positivação revela como característica formal a edição de normas permeadas de ideais consensualmente aceitos de determinada sociedade (SARLET, 2015, p. 54).

É inegável o caráter democrático que embasou a promulgação da Constituição de 1988. A legitimidade popular se deu com a redemocratização do país e a realização de eleições livres para os membros da Assembleia Constituinte. De feição reativa ao período anterior de restrição de liberdade política e participação popular, a atual Constituição possui três características que podem ser constatadas, ao menos em parte, no título dos direitos fundamentais: analítica, plural e forte conteúdo programático (SARLET, 2015, p. 65).

O resultado foi a edição de extenso catálogo de direitos fundamentais construído a partir de diversos matizes ideológicos, formando um sistema normativo de direitos e garantias fundamentais por todo o texto constitucional e de aplicação imediata, conforme preceituado nos parágrafos 1º e 2, do artigo 5º. No entanto, a despeito da aplicabilidade imediata, a Constituição trouxe considerável número de normas de natureza programática, a impor ao legislador ordinário e ao poder público constituído a elaboração de legislação e políticas públicas para efetivação dos direitos fundamentais.

Outra característica marcante é a qualificação dos direitos fundamentais como normas insuscetíveis de serem suprimidas, pois são revestidas de proteção que impossibilita ao constituinte derivado a reforma tendente à supressão dos direitos fundamentais incorporados à ordem jurídica. Isso não significa a imutabilidade absoluta ou a impossibilidade de alteração dos direitos fundamentais, inclusive a sua redução, porém, que tais modificações não podem ter como objetivo a anulação de referido direito.<sup>4</sup>

Na Carta atual, o Título II trata especificamente dos direitos fundamentais. Dividido em capítulos, encontra-se no Capítulo II os dispositivos destinados a disciplinar os direitos sociais, sem exclusão de outras referências sobre os direitos fundamentais em diferentes partes do texto constitucional.

---

<sup>4</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

Nesse aspecto, a divisão topográfica dos direitos fundamentais em capítulos e em dispositivos esparsos no texto constitucional, ou ainda, a classificação doutrinária em gerações ou dimensões de direitos fundamentais, não implica hierarquização ou relação de importância entre eles. Os direitos fundamentais são interdependentes e indivisíveis; são multifuncionais, ora atuando para assegurar as liberdades do indivíduo, ora servindo para exigir uma prestação positiva do estado, e também garantir aos sujeitos de direito, participação na formação da vontade estatal.

Quando os direitos fundamentais sociais acarretar prestações positivas, ou seja, obrigações de fazer com o fim de suprir necessidades ligadas à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade,<sup>5</sup> seja em razão de expressa disposição constitucional ou em face de adesão a tratados internacionais de direitos humanos, é imperativo que o Estado e a sociedade desenvolvam ações no sentido de efetivar os direitos de caráter social. Estas ações, se demandarem alocação de recursos financeiros, devem buscar suprir na maior medida possível, as necessidades sociais e garantir, ao menos, o mínimo indispensável à existência digna das pessoas.

Portanto, o Estado comprometido com a realização dos direitos fundamentais sociais está circunscrito à cláusula de vedação à proteção insuficiente, sob pena de produzir flagrante situação de inconstitucionalidade.

A redação do artigo 6º da Constituição de 1988, assim dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”<sup>6</sup>

Tocante à determinada espécie de direitos sociais, é necessário fazer uma observação quanto à expressão utilizada na Constituição. A Constituição brasileira de 1988 trouxe um capítulo denominado “Da Seguridade Social”,

---

<sup>5</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, diz que todos temos direito à segurança social e à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 22).

<sup>6</sup> Redação dada pela Emenda Constitucional n. 90, de 2015.

que compreende as normas estruturantes dos direitos relacionados à saúde, previdência e assistência social.

Para alguns doutrinadores, a expressão “segurança social” é a que melhor identifica o objeto em estudo, por estar em conformidade com as expressões utilizadas em outros países para os institutos jurídicos similares.<sup>7</sup> Assim, no presente trabalho será utilizada a expressão segurança social para designar, inclusive, as disposições constitucionais acerca da seguridade social.

### 3 Segurança Social na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Conceitualmente, a acepção jurídica da segurança social como direito fundamental, consiste no conjunto de princípios voltados a atender as necessidades ligadas à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, de modo a proporcionar a todos o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Para Strapazzon (2016), a segurança social é um direito humano formalmente reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC). São direitos destinados à promoção das condições à vida digna e ao livre desenvolvimento da personalidade das pessoas, e podem, entre outros objetivos, assumir funções relevantes na redução da desigualdade social e no desenvolvimento econômico. O direito de segurança social não se confunde e não se resume a um mero sistema integrado de ações destinada a assegurar direitos relacionados à saúde, previdência e assistência social, o que é definido como seguridade social no art. 194 da Constituição de 1988. A adoção da expressão seguridade social, retirada da língua espanhola, como sinônimo de segurança social, gera enorme confusão sobre a efetiva existência desse direito no Brasil. No mesmo sentido, utilizou-se a expressão segurança social: Sarlet (2015, p. 69-71). Com significação diversa, porém fazendo referência a origem do termo, Martins (2005, p. 21) assevera que “No Estados Unidos, emprega-se a expressão social security. Na França, utiliza-se a expressão *sécurité sociale*; na Itália, *sicurezza sociale*; na Espanha, *seguridade social*. Para certos autores, *seguridade* vem do espanhol *segiridad*, que significa, nessa língua, *segurança*. Daí dizer que a expressão correta deveria ser *segurança social*, tanto que em Portugal utiliza-se essa expressão. Mesmo na língua inglesa, a palavra *security* não quer dizer ‘*seguridade*’, mas ‘*segurança*’. ‘*Seguridade* provém do latim *securitate(m)*, decorrente de *securitas*. Não se trata, portanto, de castelhanismo, mas de palavra que caiu em desuso e foi agora empregada na constituição.”

<sup>8</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, art. 25.

Os objetivos socialmente relevantes e determinados pelo projeto político escolhido, são realizados mediante políticas públicas derivadas de programa de governo, com a intenção de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, aos fins almejados (BUCCI, 2006, p. 39).

Todavia, adverte Strapazzon (2016) que “Políticas sociais podem aumentar ou diminuir a igualdade; podem, também, aumentar ou diminuir a segurança das pessoas. Política social não é só, e exclusivamente, um meio de aumentar a igualdade ou a proteção social.” E conclui:

Contudo, o direito à segurança social, tal como estabelecido no direito constitucional do Brasil, não deixa dúvidas: os direitos fundamentais (entre os quais, os direitos sociais) são assim chamados porque são meios fundamentais de realização dos objetivos do Estado Democrático brasileiro instituído em 1988. E dentre os objetivos desse projeto político está a redução das desigualdades sociais e regionais. Logo, não pode haver dúvida quanto à função das políticas sociais no Brasil, nem da inconstitucionalidade de políticas sociais discriminatórias, estigmatizantes, ou que aumentam as desigualdades sociais ou regionais. (STRAPAZZON, 2016).

Assim, compete ao Estado brasileiro legislar sobre as políticas públicas, e executá-las em conjunto com a sociedade, para a efetivação da saúde, assistência e previdência social, por meio de entidades e instituições que se encarregam da tarefa de mantê-las em funcionamento.

As balizas principiológicas que darão os contornos das políticas públicas de promoção e proteção da saúde, assistência e previdência social, estão expressamente catalogadas na forma de objetivos descritos no art. 194 da Constituição brasileira.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.



Para o desenvolvimento do presente estudo, destaco dois princípios retro mencionados: (i) universalidade da cobertura e atendimento; e (ii) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

A pretensão maior de um Estado de segurança social é a universalização de proteção, isto é, amparar todas as pessoas que se encontrem em situação de vulnerabilidade que implique na degradação da vida humana. Todavia, como os direitos de cunho prestacional geralmente envolvem despesas, a delimitação do agir estatal é conformada pelos recursos orçamentários.

É nesse contexto em que se avulta o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (CF, art. 194, III). Este é o motivo da Constituição selecionar alguns eventos que podem vulnerar a segurança social, a exemplo do catálogo de contingências sociais relacionadas à previdência social, elencados nos incisos do art. 201: 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.

Registre-se, outrossim, que os beneficiários do serviço estatal também se submetem ao princípio da seletividade. Portanto, o fato da pessoa estar inapta para o trabalho não acarreta, por si só, ao direito à aposentadoria por invalidez. Desta forma, ao selecionar as hipóteses de vulnerabilidade social e as pessoas que serão beneficiadas, busca-se alcançar “aqueles que estão justamente em situação social e econômica de maior necessidade, o que concretiza a redistribuição de renda, a redução das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza, a inclusão social e o bem comum.” (GARCIA, 2017, p. 66).

A respeito da previdência social, a Carta Constitucional esboça o desenho jurídico e sistematiza as características do instituto de proteção a garantir segurança social àqueles que perderem os meios de subsistência, em razão circunstâncias que impeçam a atividade laborativa (CF, art. 201, inc. I a IV).

## 4 Parâmetros hermenêuticos à concretização dos direitos fundamentais sociais

Na compatibilização dos fatos sociais à ordem jurídica, isto é, a tutela dos fatos sociais que tenham importância para a ordem jurídica com o objetivo de produção de efeitos transformadores, o dever ser, implica aceitar que as Constituições veiculam legítimas expectativas de concretização de direitos.

A Constituição pode impor obrigações que se transformam na força ativa de realização da vontade constitucional, a despeito das limitações materiais e juízos de conveniência na execução das condutas ordenadas. Importante salientar é que se deve dar máxima efetividade às normas constitucionais, privilegiando as soluções hermenêuticas que realizem os objetivos constitucionais.<sup>10</sup>

O quadro normativo-constitucional de direitos fundamentais sociais, embora extenso e detalhista se comparado a outras constituições<sup>11</sup>, exige a produção de legislação infraconstitucionais para disciplinar as situações fáticas e as consequências jurídicas que correspondam aos objetivos estatais.

Contudo, mesmo que alguns direitos fundamentais sociais catalogados na Constituição, tenham sido objeto de intensa regulamentação infraconstitucional, como o direito fundamental à previdência social, ante a impossibilidade de o legislador veicular todas as hipóteses fáticas no texto normativo, não raro se verifica a produção de leis com conceitos abertos (SARLET, 2015, p. 297), deixando ao interprete a atribuição de revelar a extensão da norma

---

<sup>10</sup> Veja-se como decidiu o Supremo Tribunal Federal em tema de concretização do direito à saúde: A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMAR-SE EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2000).

<sup>11</sup> Strapazon (2016) analisou o direito constitucional de segurança social de 20 diferentes países: dois da América do Norte (Estados Unidos e Canadá), cinco da América Latina (Brasil, Argentina, Chile, Colômbia e México), sete União Europeia (Alemanha, França, Espanha, Itália, Noruega, Suécia e Polônia), um da Eurásia (Rússia), um da África (África do Sul), um da Oceania (Austrália) e três da Ásia (Japão, China e Índia), e concluiu que Brasil possui o direito constitucional de segurança social mais detalhado dentre os países estudados.

jurídica. Decorre deste cenário, questões sobre como compatibilizar a legislação ordinária com sistema normativo constitucionalmente estruturado.

É certo que os “direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica.” (SARLET, 2015, p. 67). Ao examinar as normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais de cunho programático, Sarlet explica os efeitos ou cargas eficaciais dessa espécie normativa, dentre as quais destaca-se:

Os direitos fundamentais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica, resultando, ainda neste contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas. (SARLET, 2015, p. 305).

As irradiações destes mandamentos podem ser constatadas na atual edição do Código de Processo Civil – CPC.<sup>12</sup> Logo em seu artigo inaugural, o CPC estabelece que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”<sup>13</sup> Adiante, dispõe que “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 que institui o Código de Processo Civil.

<sup>13</sup> Art. 1º do Código de Processo Civil.

<sup>14</sup> Art. 8º do Código de Processo Civil.

## **5 Interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça à expressão incapacidade nos casos de aposentadoria por invalidez – evolução jurisprudencial.**

Feitas essas considerações, a partir da análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça, examina-se a interpretação dada a expressão incapacidade para a concessão de benefício de aposentadoria por invalidez.

A Lei n. 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, ao disciplinar os requisitos à concessão de aposentadoria por invalidez estabelece que:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

Em síntese, uma primeira leitura permite concluir que a referida modalidade de aposentadoria, que ainda mantém o vetusto conceito de “pessoas invalidas”, deve ser concedida em casos de impedimentos duradouros às atividades que lhe garanta a subsistência, situação que deverá ser constatada por meio de exame médico-pericial realizada pela entidade previdenciária. Ou seja, o segurado deve estar impedido de exercer qualquer atividade que possa assegurar a sua subsistência, e não somente a atividade que exercia habitualmente, devidamente certificada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que é a agência estatal responsável pela administração do regime geral da previdência social

Convém mencionar que diante de um requerimento de concessão de aposentadoria por invalidez, cumpre à Administração Pública, no caso o INSS, aplicar a lei conforme o quadro legislativo posto. Isso porque a Administração Pública se submete ao princípio da legalidade, a implicar limitação de seu agir dentro das balizas fixadas pela Constituição e legislação infraconstitucional.

Nada obstante o dever de interpretar o texto legal conforme a Constituição, ao surgirem dúvidas na aplicação da legislação a Administração Pública, por vezes, adota uma posição mais restritiva, o que acaba por reduzir o acesso dos segurados aos benefícios. O resultando desta conduta estatal é a judicialização das questões acerca dos critérios para obtenção de determinados benefícios previdenciários.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, órgão do Poder Judiciário encarregado de uniformizar a interpretação das normas infraconstitucionais federais, ao examinar os requisitos à aposentadoria por invalidez adotou, inicialmente, interpretação literal do texto legal, na medida em que restringiu a concessão da aposentadoria por invalidez para as situações de incapacidade total, permanente e insuscetível de reabilitação ao trabalho, independentemente das condições socioeconômicas, profissionais e culturais do segurado:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PARCIAL. DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. QUESTÕES NÃO DEBATIDAS. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I - Estando o Autor incapacitado apenas parcialmente para o trabalho, não faz jus à aposentadoria por invalidez. II - O argumento da dificuldade de obtenção de outro emprego, em face da idade avançada, baixo nível intelectual, não pode ser utilizado para a concessão do benefício, por falta de previsão legal. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2004).

Para melhor compreensão do contexto em que foi proferida a decisão em comento, no caso examinado o segurado havia obtido a aposentadoria por invalidez sob o argumento consistente na dificuldade de obtenção de outro emprego, em razão da idade, do quadro clínico e das condições socioeconômicas. Ao decidir sobre o recurso interposto pelo INSS, julgando-o procedente, o argumento central utilizado na decisão revela que STJ fazia uma interpretação gramatical do texto legal veiculado pelo art. 42 da Lei n. 8.213/1991. Veja-se:

O art. 42 da Lei 8.213/91 determina que a aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que for considerado *permanente e incapaz para o exercício de qualquer atividade que lhe garanta a subsistência*. No presente caso, entretanto, o laudo pericial é claro ao atestar a inexistência de incapacidade.

Neste contexto, o Autor não faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez, uma vez que a doença por ele portada não o incapacita para o trabalho, conforme assinalado no laudo de fls. 121/122. Acrescente-se que não pode prevalecer o entendimento utilizado pelo Tribunal a quo para a concessão do benefício, qual seja, a dificuldade de obtenção de outro emprego, em virtude da idade, do baixo nível sócio-intelectual e do quadro clínico, por falta de previsão legal. (grifo nosso).<sup>15</sup>

Destaca-se do voto condutor, referências à outras decisões do STJ, a demonstrar que a posição adotada nessa decisão, revela o entendimento dominante da Corte:

A propósito, o entendimento desta Corte:  
“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PARCIAL.

*I - Estando a Autora incapacitada apenas parcialmente para o trabalho, não faz jus à aposentadoria por invalidez.*

*II - O argumento da dificuldade de obtenção de outro emprego, em face da idade avançada, baixo nível intelectual, não pode ser utilizado para a concessão do benefício, por falta de previsão legal.*

*III - Recurso provido.” (REsp. 358.983-SP, de minha relatoria, D.J. de 24/06/2002).*

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EQUÍVOCO MANIFESTO. OCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. POSSIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL.

*1. Constatado equívoco manifesto no acórdão embargado, merecem acolhida os embargos para, emprestando-lhes efeitos infringentes, inverter o julgamento.*

*2. Para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, é necessário que a incapacidade do segurado para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência seja total, nos termos do art. 42, da Lei 8.213/91.*

*3. Embargos de declaração acolhidos para conhecer e dar provimento ao recurso especial.” (REsp. 252.060-SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, D.J. de 16/10/2000).*

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PARCIAL RECONHECIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO CONCESSÃO.

*1. Os elementos determinantes da aposentadoria por invalidez, a cargo do INSS, são a qualidade de segurado, a carência quando exigida e a incapacidade total e permanente para o trabalho. Reconhecendo o Tribunal de origem que a incapacidade sofrida pelo obreiro é apenas parcial, com base em laudo médico-pericial, não há que se conceder o benefício.*

*2. Nem mesmo uma interpretação teleológica do sistema previdenciário, permite-nos concluir que a idade do segurado - aliás não muito avançada, seu grau de instrução ou as atividades que sempre exerceu durante toda a sua vida, agora limitadas pelas lesões de que padece, possam influenciar na concessão da aposentadoria*

---

<sup>15</sup> Excerto do voto condutor do julgamento do AgRg no REsp 674.036/PB.

*por invalidez. Tal benefício não pode ser concedido como forma de amenizar a restrição do mercado de trabalho no nosso país.*

*3. Recurso conhecido e provido.” (REsp. 249.056-SP, Relator Min. Edson Vidigal, D.J. de 1º/08/2000).*

*“PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - INCAPACIDADE PARCIAL- ARTIGO 42 DA LEI 8.213/91.*

*- O segurado considerado parcialmente incapacitado para determinadas tarefas, podendo, porém, exercer atividades outras que lhe garantam a subsistência, não tem direito ao benefício da aposentadoria por invalidez.*

*- Para deferimento do benefício, a incapacidade há que ser total e permanente, insuscetível de reabilitação.*

*- Recurso conhecido e provido.” (REsp. 231.093-SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, D.J. de 21/02/2000). (grifo do autor).*

Posteriormente, a partir do reconhecimento do relevante valor social que enseja a proteção proporcionada pela segurança previdenciária, o STJ alterou o seu entendimento e passou a considerar outras condições pessoais do segurado além daquelas limitações de ordem funcional. Aspectos como o grau de escolaridade, idade e a viabilidade de exercer outras atividades laborais, entraram na análise das aptidões do segurado inserir-se no mercado de trabalho para iniciar uma nova vida profissional.

Nesse sentido, veja-se a decisão proferida pela Terceira Seção do STJ ao analisar recurso interposto pelo INSS, no qual buscava a reforma de decisão judicial que reconheceu a implementação dos requisitos à concessão da aposentadoria por invalidez, a despeito do laudo pericial médico atestar a existência de capacidade para o trabalho:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DESNECESSIDADE DE VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO À PROVA PERICIAL. ART. 42 DA LEI N.º 8.213/91. SÚMULA 168/STJ.

1. Estando o v. acórdão embargado em perfeita sintonia com a orientação jurisprudencial sedimentada desta Corte Superior, firme no sentido da “desnecessidade da vinculação do magistrado à prova pericial, se existentes outros elementos nos autos aptos à formação do seu convencimento, podendo, inclusive, concluir pela incapacidade permanente do segurado em exercer qualquer atividade laborativa, não obstante a perícia conclua pela incapacidade parcial”, revela-se inafastável a aplicação, in casu, do enunciado sumular n.º 168/STJ, segundo o qual “não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011).

No caso em comento, como fundamento processual para decidir os Embargos de Divergência, o ministro relator destacou em seu voto o novo entendimento construído por reiteradas decisões, que declaravam reconhecer “que a concessão da aposentadoria por invalidez deve considerar não apenas os elementos previstos no art. 42 da Lei nº 8.213/91, mas também aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado, ainda que o laudo pericial tenha concluído pela incapacidade somente parcial para o trabalho. O magistrado não estaria adstrito ao laudo pericial, podendo considerar outros elementos dos autos que o convençam da incapacidade permanente para qualquer atividade laboral.

## 6 Conclusão

Do cotejo das duas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, observa-se a evolução de um modelo interpretativo dos direitos sociais, de modo a contemplar os objetivos constitucionais de diminuir a desigualdade e aumentar a proteção social.

Conquanto a regra disposta no art. 42 da Lei n. 8.213/1991 tenha obedecido ao devido processo legislativo e esteja em conformidade com os princípios constitucionais da universalidade da cobertura e do atendimento (CF, art. 194, I),<sup>16</sup> ou seja, é norma formal e materialmente constitucional, por se tratar de regra veiculadora de direito fundamental, a extensão de sua aplicação deve estar em sintonia com os fundamentos e objetivos dispostos e estabelecidos na Constituição.

Note-se que a legislação infraconstitucional, cuja função é especificar o comando constitucional, atrelou o direito à aposentadoria por invalidez mediante a comprovação da incapacidade para o trabalho por meio de laudo médico-pericial. Contudo, a regra que exige a incapacidade para qualquer atividade laborativa,

---

<sup>16</sup> Os princípios constitucionais da universalidade da cobertura e do atendimento, aqui são entendidos como dever de alcançar todos os eventos que possam provocar agravo e restringir a segurança social (dimensão objetiva), bem como proporcionar amparo a todas as pessoas que possam estar em situação de vulnerabilidade (dimensão subjetiva).



deve ser interpretada com vistas a proteger os segurados que perderam a aptidão de obter renda à sua subsistência por meio do trabalho, e assim efetivar a vontade constitucional de proporcionar o mínimo de segurança social no tocante a impedir a degradação da pessoa humana.

Desta forma, a interpretação gramatical utilizada na primeira decisão do STJ foi insuficiente para realizar os objetivos constitucionais.

A partir do novo e atual posicionamento do STJ, é possível verificar que a expressão incapacidade como requisito à aposentadoria por invalidez, passou a ser compreendida como inaptidão duradoura e com características de impedimento, à primeira vista, permanentes, do segurado exercer atividades laborativas que assegurem à sua subsistência. A incapacidade referida na decisão judicial, não decorre, unicamente, de um distúrbio orgânico ou biológico, mas da somatória das condições de saúde e pessoais de cada indivíduo (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

Ainda que não tenha sido objeto de argumentação nas decisões judiciais, houve uma certa sincronicidade na evolução da conceituação jurídica da “incapacidade” utilizada pelo STJ, com os vetores trazidos pela Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência de New York,<sup>17</sup> que assegura às pessoas com impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, a implementação progressiva de direitos que garantam, sempre que possível, uma vida autônoma e em igualdade de condições com os demais, sem sofrer qualquer discriminação.

Assim, em atenção ao princípio constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento (CF, art. 194, I), aqui entendido como dever de alcançar todos os eventos que possam provocar agravo e restringir a segurança social (dimensão objetiva), bem como proporcionar amparo as pessoas que possam estar em situação de vulnerabilidade (dimensão subjetiva), parece possível, e indicado, interpretar a regra regulamentadora a partir dos direitos

---

<sup>17</sup> Internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 6.949 de 25 de agosto de 2009, com status de Emenda Constitucional.

fundamentais, pois estabelecem as soluções hermenêuticas que realizem os objetivos constitucionais.

## Referências

BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília, DF: Editora OAB. 2004.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. Decreto n. 6.949 de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)> Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm)>. Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de Direito da Seguridade Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso*: revisitando o problema da proteção dos Direitos Fundamentais. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz. *O Direito Humano à Segurança Social: o Regime Constitucional do Brasil Comparado com 20 Modelos Estrangeiros*. *Revistas Magister de Direito Previdenciário*, n. 34, ago./set. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 196.053/MG. Relator: Ministro Castro Meira. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 25 set. 2012. *Diário de Justiça eletrônico*, 04 out. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1180802&num\\_registro=201201337803&data=20121004&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1180802&num_registro=201201337803&data=20121004&formato=HTML)>. Acesso em: 07 out. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg nos EREsp 1229147/MG. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado Do Tj/Rs). Órgão Julgador: Terceira Seção. Julgamento em 26 out. 2011. *Diário de Justiça eletrônico*, 30 nov. 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1101726&num\\_registro=201101153140&data=20111130&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1101726&num_registro=201101153140&data=20111130&formato=HTML)>. Acesso em: 07 out. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 674.036/PB. Relator: Ministro Gilson Dipp. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento em 09 nov. 2004. *Diário de Justiça*, 13 dez. 2004. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=512481&num\\_registro=200401072338&data=20041213&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=512481&num_registro=200401072338&data=20041213&formato=HTML)> Acesso em: 07 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 271286 AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 12 set. 2000. *Diário de Justiça eletrônico*, 24 nov. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2ENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gmnfl82>> Acesso em: 07 out. 2017.



# BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E FLEXIBILIZAÇÃO DO REQUISITO DA RENDA MENSAL FAMILIAR

Márcia Coser Petri<sup>1</sup>

## 1 Introdução

Pode-se afirmar, quase sem risco de erro, que o que tem impedido o país de construir uma sociedade democrática e harmônica, é a desigualdade social. Grande parte da população brasileira vive em situação de extrema pobreza, por isso foi instituído o benefício assistencial, pois se trata de uma forma de reduzir a desigualdade econômica, fornecendo uma prestação estatal a quem mais dela precisa.

O primeiro comando legal que tratou sobre o benefício assistencial foi a Lei nº 6.179/1974 denominando-o de “amparo previdenciário”, sendo que o valor da renda mensal vitalícia correspondia à metade do salário mínimo.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), o inciso V, do art. 203, garantiu o valor de um salário mínimo de benefício mensal para pessoas portadoras de deficiência e aos idosos que comprovem não possuírem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela sua família.

Contudo, somente com a edição do Decreto nº 1.774/1995 foi regulamentado o benefício assistencial de prestação continuada, previsto nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.742/1993 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), sendo mais tarde regulamentado pelo Decreto nº 6.214/2007 e alterado pelo Decreto nº 6.564/2008.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Especialista em Direito Material e Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Videira; Assessora Jurídica e Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Videira; marcia.petri@unoesc.edu.br

O tema da presente pesquisa – flexibilização do requisito da renda mensal familiar inferior a 1/4 do salário mínimo por pessoa –, decorre da possibilidade de uma análise mais profunda acerca de tal benefício assistencial, bem como enfocar os problemas que a aplicação objetiva e estrita do referido requisito pode provocar na vida das pessoas economicamente fragilizadas, sendo assim, merecedor de um estudo específico.

Desta forma, discutir-se-á a legalidade do requisito da renda mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo do grupo familiar como critério balizador para a concessão do benefício da prestação continuada, bem como a necessária flexibilização do comando legal.

A discussão da temática proposta se mostra de relevância jurídica, tendo em vista se alocar no nicho dos direitos fundamentais sociais, sob a ótica das prestações obrigatórias do Estado a título de seguridade social.

Fixar patamar rígido, tal qual o previsto nos arts. 20 e 21 da (LOAS) acaba por criar exclusão social de forma invertida, isto é, aquela pessoa que tiver renda per capita familiar superior à 1/4 do salário mínimo estará excluída da prestação estatal, independente de se encontrar em situação de pobreza.

Para Fleury (2005, p. 461), exclusão social é “a não-incorporação de uma parte significativa da população à comunidade social e política, negando sistematicamente seus direitos de cidadania [...] e impedindo o seu acesso à riqueza produzida no país.”

Deste modo, o estudo pretende, inicialmente, conceituar a seguridade e assistência social, bem como a sua forma de custeio.

Posteriormente, efetuar-se-á uma análise específica sobre o benefício assistencial de prestação continuada que é o objeto principal desta pesquisa.

Por derradeiro, analisar-se-á a exigência do requisito legal da renda familiar mensal máxima para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, bem como a sua estreita ligação com os direitos fundamentais sociais, principalmente representados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da legalidade para a aplicação de tal requisito.

O estudo é baseado no confronto da lei positivada (LOAS) frente ao posicionamento destacado do tema na doutrina de seguridade social, através de

pesquisa bibliográfica e buscando igualmente o posicionamento dos Tribunais a respeito da discussão.

## 2 Seguridade, assistência social e o custeio

Para maior compreensão acerca do tema a ser pesquisado, faz-se necessário conceituar seguridade social. Assim, de acordo com o art. 194 da CRFB: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Para Tavares (2010, p. 1): “O direito da seguridade social é um direito social.” Descreve ainda que: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social.”

O objetivo constitucional é que com os institutos que compõem a seguridade social seja possível garantir a todos o mínimo necessário para a sobrevivência com dignidade, bem-estar, redução das desigualdades, conduzindo à justiça social (FLEURY, 2005, p. 453).

Martinez (2010, p. 66) explica que não tem sentido imaginar um Direito da Assistência social como ramo jurídico:

As relações desenvolvidas na assistência social estão compreendidas no Direito Previdenciário, quando ele é aceito como o disciplinador da seguridade social. Não tem sentido imaginar um Direito da Assistência Social como ramo jurídico. Embora as pessoas não sejam exatamente as mesmas e nem sempre igual o objetivo, carece esse envolvimento entre os assistidos e o órgão gestor de complexidade suficiente para a edificação de ramo autônomo.

Por sua vez, várias legislações esparsas definem a assistência social, veja-se o art. 4º da Lei Orgânica da Seguridade Social nº 8.212/91: “Art. 4º A Assistência Social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social.”

O art. 3º do Decreto nº 3.048/99, que regulamenta a Previdência Social prevê a definição de assistência social nos mesmos termos do art. 4º da Lei Orgânica da Seguridade Social.

A Lei nº 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social define a assistência social em seu art. 1º:

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

A regulamentação deste benefício assistencial foi promovida pelos artigos 20 e 21, da Lei 8.742/1993, pelo artigo 34, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e pelo Decreto 6.214/2007, tendo o Estatuto do Idoso reduzido à idade mínima de concessão para os 65 anos de idade (no caso dos idosos).

Quanto à previdência social, a CRFB em seu art. 201 apresenta as seguintes características: “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, [...]”

A Lei nº 8.213/91 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e prevê em seu art. 1º a finalidade da previdência social, veja-se:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Ao analisar a redação dos artigos retro citados pode-se notar, no que concerne às diferenças existentes entre a assistência social e a previdência social, que a principal delas tange no fato de que, na previdência social exige-se uma contribuição, ao contrário do que ocorre na assistência social.

Neste sentido, Strapazzon (2015, p. 15), aponta as diferenças entre o princípio contributivo e a assistência social:



Em regimes jurídicos determinados pelo princípio contributivo, as pessoas que exercem atividade remunerada participam do financiamento dos custos sistêmicos e, por isso, são titulares de expectativas e direitos a prestações, em alguma proporção. Af estão os empregados do setor privado, os trabalhadores rurais, os servidores públicos celetistas (aqueles que possuem contratos regidos de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) os contribuintes autônomos, isto é, aqueles que contribuem de forma espontânea para a Previdência Social, como, por exemplo, os profissionais liberais, os trabalhadores. Isso, à primeira vista, seria o que distingue a Previdência Social daquele outro pilar da Segurança Social que é a Assistência Social (CRFB, Art. 6º; Art. 203), já que esta é caracterizada pela gratuidade do atendimento universal a pessoas desamparadas, ou seja, que se encontrem em situação de alto risco social, e que nunca hajam contribuído financeiramente para o custeio do sistema.

A contribuição a qual trata o art. 201 da CRFB será realizada pelo empregado como pelo empregador para o financiamento de aposentadorias e pensões, de modo que o segurado contribuinte por meio de sua contribuição atual, garante a sua aposentadoria no valor do seu salário quando da época em que trabalhava.

A assistência social, por sua vez, conforme preleciona Lazzari (2016, p. 399), será financiada com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, conforme prevê o art. 204 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim, como o próprio texto legal acima cita, as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195 da CRFB.

Embora a técnica protetiva descrita nos arts. 194-204 da CRFB não seja exatamente a seguridade social, a modalidade de financiamento agora evidenciada, por parte da sociedade, é sua característica, assinaladora da responsabilidade de todos na proteção de todos. Todavia, desfigura-se a referida técnica por não ter sido implementada sua essência. A seguridade social não passa da somatória da previdência social, anteriormente conhecida, com as ações de saúde e as assistenciais (MARTINEZ, 2003, p. 59).

Desta forma, o financiamento das prestações assistenciais é feito com os recursos do Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS, através das

contribuições previstas no art. 195 da CF/88, que serão obtidos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Com isso, na medida em que as receitas se constituírem, os recursos que são de responsabilidade da União serão automaticamente repassados ao FNAS (MACIEL, 2016, p. 55).

Para que ocorra o repasse dos recursos aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal é necessário que cada uma dessas esferas políticas institua o Conselho de Assistência Social, o qual deverá ter composição paritária entre governo e sociedade civil, bem como deverão instituir o Fundo de Assistência Social e o Plano de Assistência Social (MACIEL, 2016, p. 56).

Outra condição para a transferência de recursos do Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS aos Estados, Municípios e Distrito Federal é a comprovação orçamentária dos recursos próprios destinados à Assistência Social, que devem ser alocados em seus respectivos Fundos de Assistência Social (MARTINS, 2003, p. 493).

### **3 Benefício assistencial de prestação continuada**

O benefício assistencial de prestação continuada trata-se de um benefício que visa atenuar o sofrimento das pessoas que se encontram em estado de pobreza, tendo como instrumento de realização da assistência social. Esse benefício tem por base dar assistência para determinadas pessoas que devido à situação em que se encontram necessitam de amparo do Estado (TSUTIYA, 2008, p. 436).

As pessoas beneficiadas por este benefício assistencial são os idosos e os deficientes físicos que comprovem não possuir condições de prover sua própria subsistência, bem como de tê-la provida por sua família, sendo-lhes garantido o valor de um salário mínimo de benefício mensal. É importante ressaltar que esse benefício é de caráter individual, não vitalício e intransferível, bem como, a lei não estabelece período de carência e o benefício poderá ser pago a mais de uma pessoa da mesma família (SOUZA, 2014, p. 455).

O benefício assistencial de prestação continuada, conforme alteração trazida pela Lei nº 12.435/2011, em seu art. 20, §4º, prevê que o referido benefício assistencial não poderá ser acumulado com qualquer outro benefício no âmbito

da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

Segundo o Ministério do Desenvolvimento Social, o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) já possui mais de 4 milhões de beneficiários (NERY, 2014). Em 1996, quando foi instituído, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) atendia 346 mil pessoas. Em abril deste ano, quase 20 anos depois, o benefício já é recebido por mais de mais de 4 milhões de brasileiros e brasileiras, sendo 1,84 milhões de pessoas idosas (a partir de 65 anos) e 2,18 milhões de pessoas com deficiência, de todas as idades. Para se ter ideia do tamanho deste investimento em cidadania, o total de recursos investidos no BPC em 2015, data do último Anuário Estatístico da Previdência Social, ultrapassou os R\$ 42 bilhões.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei nº 8.742/1993, a qual dispõe sobre a organização da assistência social, regulamentou o benefício assistencial em seu art. 20, *in verbis*: “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.”

Portanto, o objetivo do benefício assistencial de prestação continuada é promover a inclusão social de um determinado grupo de pessoas que por motivos relativos à saúde (pessoas com deficiência) ou pela sua idade não possuem condições de ter uma vida digna, haja vista não possuírem meios de prover a própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família.

### 3.1 Espécies e requisitos legais para a concessão

O BPC/LOAS, apesar de ser um benefício assistencial, é gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por questões de conveniência administrativa, competindo à União arcar com o seu pagamento, conforme previsto no artigo 29, parágrafo único, da Lei nº 8.742/1993.

O benefício assistencial de prestação continuada, como já apontado anteriormente, possui duas espécies:

### a) Amparo social ao idoso

O benefício assistencial de prestação continuada tem por fim proteger aquelas pessoas idosas que não possuem as condições mínimas de sobrevivência, e vários são os motivos conforme aborda Pereira Júnior (2008, p. 205):

Na verdade, quem se aprofunda um pouco no exame das necessidades sociais do País facilmente percebe que um idoso beneficiário do Loas, normalmente, pertence a grupo familiar que não esteve no mercado formal de trabalho, não tendo, durante a vida economicamente ativa, criado um mínimo de proteção social. Frequentemente, esse idoso assim assistido não possui qualquer rede familiar ou comunitária mínima de apoio e proteção, estando, na maioria das vezes, desprovido das mínimas condições de sobrevivência, como moradia, saúde etc. são, na esmagadora maioria, *os pobres dos pobres*.

O Estatuto do Idoso estabeleceu se o benefício assistencial já é concedido a qualquer membro da família não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere à Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (MARQUES, 2009, p. 59-60).

### 3.1.1 Amparo social à pessoa com deficiência

O texto da CRFB quis proteger às pessoas com deficiências físicas ou psíquicas haja vista a dificuldade de colocação no mercado de trabalho, bem como da integração na vida em sociedade. Entretanto, não tratou de incapacidade para o trabalho, ou seja, deficiência e incapacidade não podem ser analisadas como sinônimos (MACIEL, 2016, p. 53).

Nesse mesmo sentido, pede-se vênia para transcrever o Pedido de Uniformização de Jurisprudência formulado por Ereci Teresinha Godinho em face de acórdão prolatado pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio Grande do Sul, o qual distingue o benefício assistencial de prestação continuada para pessoa com deficiência do benefício previdenciário por incapacidade:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL POR DEFICIÊNCIA. NATUREZA. DIFERENÇA COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE. INCAPACIDADE PARA QUALQUER TRABALHO. EXIGIBILIDADE. INCIDENTE IMPROVIDO.

1. O benefício de prestação continuada denominado amparo social é benefício de natureza assistencial que não se caracteriza como mera liberalidade do legislador pátrio, tampouco como favor concedido pelo Estado. Foi previsto no ordenamento jurídico pátrio como instrumento necessário a trazer efetividade às normas constitucionais previstas no capítulo reservado à assistência social, política pública não contributiva inserida nos deveres do Estado e nos direitos dos cidadãos brasileiros, pautada na dimensão ética da garantia de efetivação da inclusão social daqueles que não conseguem ter existência digna em função de sua extrema vulnerabilidade social, seja por força da idade avançada, seja por força de uma deficiência mental ou física. [...] 3. Paralelamente, a Previdência Social garante aos trabalhadores e seus dependentes proteção em situações geradoras de necessidades, quando inviabilizada a continuidade ou a instauração de novo vínculo empregatício por força de incapacidade laborativa temporária ou permanente, que impeçam o exercício da atividade habitual ou de qualquer atividade, conforme a hipótese. 4. Assistência social é, no entanto, política de atendimento a trabalhadores ou potenciais trabalhadores que, por motivos inerentes à perda dos requisitos necessários para concessão de benefícios previdenciários (qualidade de segurado, carência), não consigam deles usufruir. Pode, eventualmente, atingi-los, mas apenas quando verificada a presença de idade avançada ou deficiência física que caracterizem um grau de incapacidade que inviabilize o exercício de qualquer atividade remunerada, formal ou informal. 5. A incapacidade laborativa exigida para a concessão do benefício assistencial garantido a deficiente físico, independentemente de contribuição, deve ser, necessariamente, daquelas que impeçam o exercício de qualquer atividade laborativa, sendo irrelevante, para a espécie, a consideração da atividade outrora exercida, de forma habitual, pelo postulante. O requisito deve ser analisado com o enfoque de impossibilidade de exercício de trabalho remunerado, consideradas, sim, as condições pessoais e o contexto social. 6. Pedido de Uniformização ao qual se nega provimento.

Diante da decisão acima, pode-se perceber que existe uma grande diferença entre a incapacidade para a concessão de benefício previdenciário por incapacidade e para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada por pessoa com deficiência.

No que tange ao deficiente, era assim considerada a pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho, na forma do artigo 20, §2º, da Lei nº 8.742/93, na redação original. Entretanto, com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil pelo Decreto-legislativo 186/2008, tendo sido promulgada pelo Decreto presidencial 6.949/2009, o INSS atualmente trabalha com a definição de deficiência desse tratado, que considera que as “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza

física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.”

Nesse diapasão, em 07.07.2011, foi publicada a Lei nº 12.435, que alterou a redação do artigo 20, da lei nº 8.742/93, que sofreu leves modificações pela Lei nº 12.470, de 31/08/2011, passando a considerar a pessoa com deficiência como aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, assim como impedimentos de longo prazo como aqueles que produzam os efeitos referidos pelo prazo mínimo de 02 anos.

No que concerne a concessão do benefício assistencial de prestação continuada para pessoas com deficiência, além de ser constatada a deficiência, conforme prevê a lei, o requerente também deverá se enquadrar no requisito que se refere a renda mensal per capita de 1/4 do salário mínimo, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Porém, com o advento da Lei nº 12.470, de 31.08.2011, foi inserido o §9º, no artigo 20, da Lei 8.742/93, que prevê que a remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo da renda per capita familiar. Igualmente deverão ser desconsiderados os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado, por força da Lei 13.146, de 7 de julho de 2015, que aprovou o Estatuto da Pessoa com Deficiência e que entrou em vigor no dia 3 de janeiro de 2016.

Atente-se para o fato de que a Lei nº 13.146, de 7 de julho de 2015, que aprovou o Estatuto da Pessoa com Deficiência e que entrou em vigor no dia 3 de janeiro de 2016, alterou sutilmente a definição de deficiente, considerando-se:

pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o que, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarretará a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

#### 4 O requisito legal da renda familiar

O amparo social ao idoso será concedido para as pessoas que tenham 65 (sessenta e cinco) anos ou mais na data do pedido do benefício assistencial de prestação continuada, ainda não possuir meios de prover à própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Já a pessoa com deficiência, para que lhe seja concedido o benefício assistencial de prestação continuada, além de ser constatada a deficiência, conforme prevê a lei, o requerente também deverá se enquadrar no requisito que se refere à renda mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, ou seja, não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família (DUARTE, 2011, p. 334).

Diante o exposto, observa-se que em ambos os casos existe a necessidade de comprovação do requisito da renda mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo dos membros do grupo familiar para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada (SOUZA, 2014. p. 457).

O ponto central da presente pesquisa pauta-se quanto a forma como é realizada a aferição dessa renda mensal, pois na teoria não existem dúvidas com relação a tal valor, pois a lei é objetiva. No entanto, ao observar os casos concretos, constata-se que se a lei for aplicada literalmente, na maioria dos casos ela não cumprirá sua função social, a qual tem como principal fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Com base no art. 4º do Decreto nº 6.214/2007, alterado pelo Decreto nº 7.617/2011, aquele define quem é considerado idoso, pessoa com deficiência, incapacidade, família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idoso, família para cálculo da renda per capita e renda mensal bruta familiar:

Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

I - idoso: aquele com idade de sessenta e cinco anos ou mais;  
II - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas;  
III - incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social;  
IV - família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso: aquela cuja renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a um quarto do salário mínimo;  
V - família para cálculo da renda *per capita*: conjunto de pessoas composto pelo requerente, o cônjuge, o companheiro, a companheira, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto; e  
VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, *pro-labore*, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.

Ainda, o parágrafo 2º do mesmo diploma legal, dispõe sobre os valores que não serão computados como renda mensal bruta familiar para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, veja-se:

Art. 4º [...]

[...]

§ 2º Para fins do disposto no inciso VI do *caput*, não serão computados como renda mensal bruta familiar

I - benefícios e auxílios assistenciais de natureza eventual e temporária;

II - valores oriundos de programas sociais de transferência de renda;

III - bolsas de estágio supervisionado;

IV - pensão especial de natureza indenizatória e benefícios de assistência médica, conforme disposto no art. 5º;

V - rendas de natureza eventual ou sazonal, a serem regulamentadas em ato conjunto do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do INSS; e

VI - rendimentos decorrentes de contrato de aprendizagem.

Assim como o benefício assistencial pago a um integrante da família não deve ser considerado para fins de renda per capita, nos termos do parágrafo



único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, os benefícios previdenciários de até um salário-mínimo, pagos a pessoa maior de 65 anos, não deverão ser considerados para a aferição da renda mensal do grupo familiar.

É importante destacar que, com o advento da Lei nº 12.435/2011, foi alterado o artigo 20, §1º, da Lei 8.742/1993, considerando-se que a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, exigindo-se, no para tanto, que vivam sob o mesmo teto.

Contudo, apesar do decreto prever um rol de benefícios e rendas que não serão computados para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, em muitos casos o requerente não obtém o amparo social devido a inúmeros outros fatores que contribuem para que a renda per capita do grupo familiar seja superior a 1/4 do salário mínimo. Entretanto, o problema enfrentado pelas pessoas que buscam a concessão do benefício assistencial de prestação continuada revela-se pela forma que a lei foi elaborada, pois não prevê determinadas situações que são frequentemente encontradas pelas assistentes sociais.

#### 4.1 A interpretação da norma legal

Segundo Alexy (2008, p. 499) o cidadão tem direito a ações estatais protetivas. Dentro destas ações se encontram os direitos à prestação em sentido estrito, que englobam os direitos fundamentais sociais, que são assim conceituado:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos de prestação em sentido estrito.

O benefício assistencial de prestação continuada é um instrumento de política assistencial de extrema importância, ao lado de outros benefícios de

caráter assistencial, eis a relevância da sua aplicabilidade e de seus reflexos sociais perante os membros da sociedade, de forma que possa promover a inclusão social e garantir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é intangível, devendo ser garantida e protegida pelo poder público, tendo em vista que toda pessoa humana traz consigo a dignidade, independente de sua situação social, pelo simples fato de existir.

Desta forma, é indiscutível que toda pessoa humana possui dignidade e têm o direito de viver de forma digna, isto é, todos têm o direito de possuir condições mínimas de sobrevivência, não podendo o Estado permitir que qualquer pessoa viva em situação de risco. Para que isto seja assegurado cabe ao Estado tomar medidas e providências capazes de garantir que todas as pessoas vivam de forma digna, através da assistência social (STRAPAZZON, 2012, p. 173).

Sarlet (2011, p. 73, grifo do autor) preleciona acerca da dignidade da pessoa humana:

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

A vida em sociedade deve ser proveitosa, ou seja, cada pessoa deve ter condições de ser responsável pela própria existência e da vida em comum com as demais pessoas, deve-se existir o respeito entre todos os seres humanos nas relações sociais.

Nota-se, assim, a importância em se observar o princípio da dignidade da pessoa humana quando se trata de direitos fundamentais das pessoas humanas, independente de qualquer circunstância, e no que tange ao benefício assistencial de prestação continuada não pode ser diferente, por ser uma situação de extrema

relevância, uma vez que a objetividade da lei não coaduna com a realidade dos possíveis beneficiários.

A aferição da legalidade pelo intérprete não pode ser restringida somente com a análise da compatibilidade do ato com a lei, é necessária também a análise dos fatos com as diretrizes constitucionais (MACIEL, 2016, p. 60).

Desta forma, não é possível que a lei seja aplicada apenas e puramente de forma normativa e estrita, isto é, mostra-se necessário que o texto legal traga efeitos positivos na realidade da sociedade em que se vive. Assim, é de extrema importância que a lei acompanhe as mudanças na sociedade, em todos os seus setores, para que se possa alcançar os objetivos que a mesma traz em si (SOUZA, 2014, p. 459).

Percebe-se a grande importância do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da legalidade na análise de todos os casos em que são levados ao judiciário para obtenção de direitos fundamentais. No que se refere à concessão do benefício assistencial de prestação continuada não seria diferente, e pode-se afirmar que é imprescindível tal análise, haja vista que se a lei for apreciada em seu sentido estrito no julgamento da concessão ou não do benefício assistencial, muitas pessoas irão continuar vivendo em estado de pobreza, nestes casos, muitas vezes, percebendo presente o ativismo judiciário a fim de buscar o que o Poder Executivo não consegue prover (STRAPAZZON, 2013).

Portanto, o benefício assistencial de prestação continuada deve ser concedido para as pessoas que vivem em extrema pobreza, como é a realidade atual, mas também para as pessoas que não possuem o mínimo de dignidade para sua sobrevivência e de sua família. Ou seja, cabe ao órgão julgador uma análise abrangente sobre cada caso que lhe chega para julgar, levando em conta a particularidade/realidade/necessidade de cada família em que o idoso ou a pessoa com deficiência está inserido.

#### **4.2 Aferição da condição de pobreza**

Conforme exaustivamente apontado anteriormente, para a obtenção do benefício assistencial de prestação continuada é necessária à comprovação da

miserabilidade, ou seja, pede-se vênia, para citar novamente que: segundo a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, será considerada miserável a pessoa cujo grupo familiar possuir renda mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

A Lei nº 8.742/1993 é clara e objetiva ao definir o critério de aferição da miserabilidade, afastando, assim, qualquer possibilidade de utilização de outro critério que não seja o da renda mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

Contudo, conforme já apresentado anteriormente, é imprescindível, para o julgamento da concessão ou não do benefício assistencial de prestação continuada, a análise dos princípios e regras de direito em conjunto, e não somente a observância da lei de forma restrita.

Não se pode analisar a lei em sentido estrito, ora, o direito através de seus princípios e regras têm por fim a busca da justiça, da igualdade entre as pessoas – tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual – e do bem-estar social. Sendo assim, não se pode admitir que as pessoas mais fragilizadas sejam tratadas de forma igual às demais, pelo contrário, esses grupos devem ser tratados de forma diferenciada, possibilitando sua inclusão na sociedade como todos os demais membros.

Dito de outro modo, a interpretação de normas legais em matéria envolvendo direitos fundamentais deve levar em consideração o conceito-chave do mínimo existencial que, no caso da prestação objeto de está apoiado: 1) na impossibilidade de exercício de atividade laboral; e 2) na impossibilidade de sustento próprio (TAVAREZ, 2005, p. 20).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Reclamação nº 4.374, relativa ao critério econômico para concessão de benefício assistencial (renda familiar per capita de até 1/4 do salário mínimo), reconheceu a inconstitucionalidade parcial por omissão, sem pronúncia de nulidade e sem fixar prazo para o legislador eleger novo parâmetro.

O entendimento do STF, no sentido de que a LOAS previa critério único e objetivo, sofreu alteração com o julgamento da Reclamação nº 4.374, a qual trouxe nova interpretação e adotou outros critérios para a comprovação da hipossuficiência do beneficiário.

Assim, transcreve-se a ementa da Reclamação Constitucional nº 4.374, julgada pelo Ministro Gilmar Mendes, do Tribunal Pleno, em 18/04/2013:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido não portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. 4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente,

foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013).

Neste mesmo sentido é possível verificar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o REsp. 1.666.580/PE, julgado em 2017, onde restou consignada a possibilidade de verificação do estado de pobreza por outros critérios que não a limitação da renda per capita.

No julgamento do AgRg no Resp 946.253946.253, de 16.10.2008, já havia decidido a Corte Superior que “o preceito contido no art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade.

Igualmente, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tem-se o Ag. Inst. nº 5027105-53.2016.4.04.0000/RS, julgado em 2017, decidindo que:

A análise da situação fática é que irá determinar se o postulante efetivamente não possui condições financeiras de prover a própria subsistência nem de tê-la provida por sua família. Para tanto, deve-se lançar mão de todos os meios de prova admissíveis em direito, como as provas documental e testemunhal, e sobretudo, a elaboração do laudo socioeconômico.

Consolidou-se, portanto, a possibilidade da aferição da pobreza do portador de deficiência por outros meios, ainda que não observado estritamente o critério da renda familiar per capita previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993. E não há, quanto a esse entendimento, qualquer violação a dispositivos constitucionais, uma vez que ele decorre apenas da interpretação da lei, legitimamente elaborada pelo Poder Legislativo, à luz do princípio constitucional

da dignidade da pessoa humana, tido como fundamento da República, dos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade justa e solidária, e de erradicação da pobreza e marginalização, bem como dos objetivos da assistência social enumerados no art. 203, caput e incisos, da CF/88.

Observa-se que o preceito contido no art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no art. 203, inciso V, da CF/88. A renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um *quantum* objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor.

Desta maneira, pode-se concluir que a aplicação do requisito da renda mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo do grupo familiar, aqui explanado, ao ser aplicado, além de observar as leis que dispõem sobre o benefício assistencial de prestação continuada, deverá, também, analisar os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da legalidade, os quais estão previstos na CF/88, abrangendo assim, a elaboração de estudos sociais realizados por assistentes sociais para que sejam evidenciadas as reais necessidades e condições de vida do grupo familiar em que o idoso ou a pessoa portadora de deficiência está inserida (SOUZA, 2014, p. 467).

Ressalta-se, por fim, que o direito, como uma ciência social, busca a proteção e garantia dos direitos de todas as pessoas da sociedade, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um dos mais importantes do ordenamento jurídico pátrio, o qual não permite que qualquer pessoa seja tratada com desrespeito à sua dignidade.

## 5 Conclusões

Pode-se concluir com o exposto neste trabalho que a flexibilização do requisito da renda mensal familiar inferior a 1/4 do salário mínimo por pessoa para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada é entendida pelos doutrinadores e pelos Tribunais como a medida mais correta e mais sensata

ao analisar o pedido dos requerentes ao benefício assistencial, pois somente analisando o caso em sua amplitude é que será possível julgar de forma mais justa e condizente com a realidade das pessoas.

A aferição da renda mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo do grupo familiar deve ser analisada de forma mais ampla e não de forma estrita e objetiva como a lei pretende, pois caso não seja realizada desta forma, dificilmente o benefício assistencial de prestação continuada irá atingir o seu objetivo, qual seja, proteger e amparar os mais necessitados dentro da sociedade. Para isso, verifica-se a importância da realização de estudo socioeconômico como prova indispensável para se verificar a realidade dos requerentes ao benefício assistencial.

Entende-se, portanto, que ao analisar o pedido de concessão do benefício assistencial de prestação continuada, mais especificamente quando forem analisados os requisitos que o requerente precisa preencher para que ele seja beneficiário, a aferição da situação de pobreza pode e deveria ser analisada por outros meios, ou seja, não somente com base nos rendimentos do grupo familiar. O ideal é que seja realizado um estudo socioeconômico através de uma assistente social, para que sejam verificadas as reais condições de vida daquela família, bem como as necessidades de cada membro, verificando como o grupo familiar é formado e de que forma os rendimentos deste grupo é distribuído.

De fato existem muitos impasses trazidos pelas leis que tratam sobre o benefício assistencial de prestação continuada. Como por exemplo, o conceito de grupo familiar, quem é considerado membro do grupo familiar e quem não é. Tal conceito traz muitas implicações na prática. Por isso, somente com a apuração da realidade em que o grupo familiar vive é que será possível aplicar o requisito da renda mensal de forma correta e justa, pois pretende-se que a aplicação de tal requisito seja condizente com a realidade das famílias do(s) requerente(s).

Não se pode analisar a lei em sentido estrito, afinal, o direito através de seus princípios e regras têm por fim a busca da justiça, da igualdade entre as pessoas – tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual – e do bem-estar social. Assim, para que o benefício assistencial de prestação



continuada possa atingir os seus reais objetivos, buscando assim efetivar os direitos fundamentais sociais preconizados na Constituição.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DUARTE, Marina Vasquez. *Direito Previdenciário*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- FLEURY, Sonia. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. *RAP – Revista de Administração Pública*, v. 3, n. 39, p. 449-469, maio/jun. 2005.
- LAZZARI, João Batista. et al. *Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MACIEL, Alvaro dos Santos et al. *Aspectos críticos do benefício de prestação continuada às pessoas com deficiência no Brasil: o preenchimento de hiatos nos direitos sociais. Direitos sociais, seguridade e previdência social I*. In: CONPEDI, 25., 2016. Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 2016.
- MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social*. São Paulo: LTr, 2009.
- MARTINEZ, Wladimir. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- MARTINEZ, Wladimir. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NERY, Pedro Fernando. *O Programa Assistencial mais Caro do Brasil: sobre o Benefício de Prestação Continuada e uma comparação com o Bolsa Família*. Brasília. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, nov. 2014. (Boletim do Legislativo nº 16, de 2014). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em: 15 ago. 2017.

PEREIRA JÚNIOR, José Aldízio. A Ampliação de Benefícios Previdenciários por Meio da Analogia. *Revista IOB: Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre: Ed. Síntese, ano XIX, n. 226, p. 196-214, abr. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOUZA, Wedley Tony Gehring Leandro de. *Direito à assistência social*. Direito Previdenciário: Problemas e Jurisprudência. Curitiba: Alteridade, 2014.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Expectativas jurídicas e direitos fundamentais sociais: contornos dogmáticos aplicados à seguridade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Constituição e Direitos Fundamentais: estudos em torno dos fundamentos constitucionais do direito público e do direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRAPAZZON, Carlos Luiz, GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, Colombia, v. 43, n. 119, p. 567624, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v43n119/v43n119a04.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Primeiros elementos para uma teoria constitucional do direito humano fundamental de segurança social*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. Disponível em: <<http://www.unoesc.edu.br/editora/livros-single/e-book-gratuito-direitos-fundamentais-sociais-primeiros-elementos-para-uma-t>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação Constitucional nº 4.374, julgada pelo Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 18 abr. 2013. *Diário de Justiça eletrônico*, 04 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000213697&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 ago. 17.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 12. ed. rev. e ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de direito da seguridade social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

# A SEGURIDADE SOCIAL E O LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO

Nilson Feliciano de Araújo<sup>1</sup>

## 1 Introdução

O direito fundamental a segurança jurídica é um dos alicerces do Estado democrático de direito, sendo dever do Estado promover a promoção de ações que possibilitem aos cidadãos o efetivo exercício de seus direitos fundamentais, de forma a ter acesso às políticas públicas de inclusão social e preservação das mínimas condições de sobrevivência do ser humano.

É nesta perspectiva que se reveste de relevância a presente pesquisa, porquanto buscará analisar o direito fundamental a segurança jurídica no âmbito da seguridade social relacionada às relações de trabalho, nas situações em que o empregado se encontra afastado por doença ou acidente de trabalho e recebe a alta previdenciária e, no momento que deseja retornar à atividade laboral, ao realizar o exame de retorno ao trabalho, é impedido de retornar a seu emprego pelo médico da empresa por ainda não estar em condições de trabalhar, ficando o trabalhador em situação de desamparo total, seja pela Previdência Social em razão do não recebimento do benefício previdenciário, seja em relação ao empregador por não receber seu salário.

Como não há dispositivo normativo que regule esta situação, neste limbo jurídico previdenciário-trabalhista, o empregado sofre restrição ao seu direito fundamental a segurança social em razão desta lacuna legislativa e dos embaraços administrativos decorrentes, gerando a insegurança jurídica e impossibilitando-o a efetivação destes direitos sociais.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho, em Direito Material e Processual Civil e em Direito Público pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor nos Cursos de Direito e Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade do Oeste de Santa Catarina; nilson.araujo@unoesc.edu.br

Na pesquisa se utilizou o método dedutivo e nos procedimentos técnicos a análise bibliográfica baseada nos autores que abordam o tema dos direitos fundamentais sociais, além de textos legais e jurisprudência dos tribunais em relação ao problema de pesquisa.

Assim, verificar-se-á sob a ótica dos direitos fundamentais, aspectos do sistema de seguridade social adotado pelo Brasil relacionado à relação de emprego e de que forma se dá a interação entre a assistência social e o contrato de trabalho, notadamente pela condição de segurado que empregado adquire quando inicia a relação de emprego, gerando o vínculo perante a previdência social, e a relação empregatícia no âmbito do Direito do Trabalho que envolve as obrigações contratuais entre empregado e empregador.

Em seguida analisar-se-á os efeitos do afastamento do empregado por auxílio-doença ou acidente de trabalho, consistentes na suspensão e interrupção do contrato de trabalho, e a divergência que ocorre entre os peritos da Previdência Social e o médico do trabalho da empresa, quando da alta previdenciária concedida ao empregado e não lhe sendo permitido retornar ao trabalho, gerando impasse e insegurança ao empregado.

Na parte final desta pesquisa serão abordados os principais aspectos desse limbo jurídico trabalhista-previdenciário e a insegurança jurídica que fica exposto o empregado, bem como a forma que tema tem sido tratado nos tribunais trabalhistas. Também verificar-se-á o modo pelo qual o direito fundamental à segurança jurídica poderá ser efetivado na proteção dos direitos humanos do empregado e evitar sua exposição à situação de exclusão e vulnerabilidade social.

## **2 O direito fundamental à seguridade social no Brasil**

Os direitos fundamentais surgiram após graves conflitos sociais e foram sendo gradativamente inseridos nos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos, como forma de se assegurar condições básicas de preservação da condição de ser humano, e também para possibilitar o atendimento das mínimas necessidades inerente à pessoa humana. Esses direitos fundamentais constituem

uma proteção à pessoa perante a discricionariedade que goza o legislador no momento da criação da lei, como assevera Strapazzon (2015, p. 5):

*Derechos fundamentales constitucionales de Seguridad Social son, formalmente, derechos de defensa contra retrocesos legislativos. Es decir, como derechos constitucionales, constituyen una protección (límite) frente a la discrecionalidad política del legislador ordinario. Por otro lado, materialmente, son derechos de defensa contra arbitrariedades económicas y de la salud física individual, o sea, contra vicisitudes sociales, económicas y biológicas que afectan directamente las condiciones básicas de desarrollo de las libertades individuales y de la cohesión social de las personas.*

Segundo Sarlet (2007, p. 177-178), todos os direitos sociais são direitos fundamentais, já que são providos da fundamentalidade, tanto formal quanto material, decorrentes da permissão concedida pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição, para inclusão de direitos fundamentais não constantes do rol do artigo 5º, aliado ao fato de que, os direitos sociais localizam-se, no texto constitucional, no título relativo aos direitos fundamentais.

Na mesma linha prossegue Strapazzon, (2013, p. 239) destacando que os direitos sociais são exigidos porque são direitos positivados, gerando expectativas imperativas de atuação do Estado enquanto gestor e provedor de políticas públicas, posição com a qual concorda Piovesan (2010, p. 32-33), destacando também que os direitos constitucionais são fundamentais não somente por estarem expressos na constituição de um Estado, mas também quando constante no âmbito dos Tratados Internacionais de direitos humanos.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 194 que: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

A seguridade social está intimamente ligada às relações de trabalho, notadamente porque o empregado, ao iniciar um contrato de trabalho, firma duas relações jurídicas diferentes. Uma com o empregador, se traduzindo no vínculo de emprego, gerando direitos e obrigações recíprocas entre as partes, sendo regulada inteiramente pelo Direito do Trabalho. Na mesma ocasião em que celebra o contrato de trabalho, o empregado também forma vínculo com o regime geral da Previdência Social, alcançando a condição de segurado, conforme

previsto no artigo 11, inciso I, da Lei 8.213/1991,<sup>2</sup> e tendo acesso aos benefícios que lhe assegura a previdência e assistência social.

Desta forma, o Direito a Seguridade Social assim como o Direito do Trabalho, são direitos Sociais, inobstante ocuparem classificações opostas dentro do tradicional critério de divisão dos ramos do direito em público e privado, pois objetivam a proteção, promoção e inclusão do indivíduo no contexto social, de modo que possa exercer os direitos humanos com dignidade, que é o requisito imprescindível norteador da condição de ser humano nos Estados Democráticos de Direito.

### **3 A segurança jurídica na doença ou acidente de trabalho**

O trabalho se materializa como um aspecto da dignidade da pessoa humana, sendo um dos predicados que distinguem o homem dos outros animais, alterando a realidade das coisas, transformando tanto a natureza externa no ambiente social em que o trabalhador está inserido, quanto interna e íntima do próprio ser humano, tratando-se de um elemento central do desenvolvimento da sociabilidade humana. O trabalho não é só uma fonte de enriquecimento material, mas, sobretudo moral, na medida em que cria sonhos e perspectivas de realização pessoal aos quais não se pode dar uma mensuração econômica.

O Direito do Trabalho, como direito humano, além das garantias estabelecidas nas normas específicas atinentes à relação de trabalho, também é considerado um direito fundamental, devendo ser exercido e exigido por se tratar de uma forma de inclusão social, e também por proporcionar as garantias mínimas de sobrevivência ao ser humano, não podendo sofrer limitações que retirem essa natureza de direito fundamental.

Já a relação de trabalho possui características especiais que, inobstante ser contratual, está permeada por uma intensa regulamentação normativa que limita à vontade das partes contratantes – empregador e empregado –, restringindo o âmbito da pactuação, vinculando o negócio jurídico às rígidas

---

<sup>2</sup> Lei de benefícios da Previdência Social.

disposições na norma jus trabalhista, seja as constantes na Constituição Federal, seja as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho ou legislações especiais que tratam de Direito do Trabalho. Esta proteção dispensada ao empregado é necessária para que não seja coagido a abdicar de seus direitos como forma de poder manter sua condição de empregado, sendo nesta linha os princípios protetivos deste ramo do direito.

Quando o empregado se acomete de doença ou sofre acidente de trabalho e necessita se afastar das atividades laborais, cessa temporariamente a prestação de serviços ao empregador, caracterizando a suspensão do contrato de trabalho, à teor do artigo 476 da Norma Consolidada, prevendo o referido dispositivo que “Em caso de seguro doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício”.

No mesmo sentido é a redação do artigo 60, da Lei 8.213/91, ao estabelecer que “O segurado empregado, inclusive o doméstico, em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa e pelo empregador doméstico como licenciado.”

Já o artigo 59 da Lei 8.213/91, estabelece que “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 dias consecutivos.” Desta forma, os primeiros quinze dias de afastamento serão custeados pelo empregador e a partir do 16º dia o empregado inicia o recebimento do benefício previdenciário, consoante dispõe o artigo 60 do mesmo dispositivo legal:

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

[...]

§ 3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral.

O auxílio-doença poderá, ainda, ser de duas espécies. A primeira é o auxílio-doença acidentário, quando decorrente de acidente de trabalho e equiparado, doença profissional e do trabalho. Nesta situação dispensa-se a

exigência de carência e gera consequências ao contrato de trabalho, como a obrigatoriedade de emissão da CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho) e do recolhimento do FGTS durante o período de afastamento em gozo do benefício. Também proporciona a garantia de emprego de doze meses contados a partir da cessação do benefício previdenciário, ou seja, da data do retorno ao trabalho, a teor do artigo 118 da Lei 8.213/91.<sup>3</sup>

A segunda espécie trata-se do auxílio-doença não relacionada ao trabalho. Neste caso, não há obrigatoriedade de recolhimento do FGTS durante o período do afastamento, mas para ter direito ao benefício é necessário um número mínimo de doze contribuições, conforme disposto no artigo 25-A, I, da Lei 8.213/91.

Ocorre que, nos termos do artigo 78 do Decreto 3.048/99,<sup>4</sup> o auxílio-doença é um benefício temporário, de natureza precária e sujeito a avaliação médico pericial pelo INSS, para verificar a permanência ou não das sequelas que impliquem na perda ou redução temporária da capacidade laborativa. A partir do momento em que a avaliação pericial realizada pelos médicos da Previdência Social atestarem a aptidão para o trabalho, cessa-se o benefício previdenciário e de imediato deverá o empregado se apresentar ao trabalho, sob pena de caracterização de abandono de emprego, caso em que poderá ensejar a falta grave de que trata o artigo 482, “J”, da CLT, e disso resultar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

É esta situação que gera a insegurança jurídica ao trabalhador e a violação de seu direito fundamental, na medida em que pode ficar excluído do benefício previdenciário, pois não é compatível a existência conjunta da seguridade social, como mecanismo de integração e garantia de segurança social, com a persistência da exclusão social, gerando incertezas e violência, além da lesão a direito humano (FLEURY, 2005, p. 366).

---

<sup>3</sup> Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

<sup>4</sup> Decreto que aprova o Regulamento da Previdência Social, regulamentando as Leis 8.212/91 e Lei 8.213/91. Art. 78. O auxílio-doença cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela transformação em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente de qualquer natureza, neste caso se resultar sequela que implique redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.



#### **4 A afronta a segurança social quando há divergência entre o perito da previdência e o médico do trabalho quando da alta previdenciária**

A insegurança social surge quando há divergência entre o laudo médico emitido pelos peritos oficiais da previdência social e o médico do trabalho da empresa, nas situações em que de um lado há a alta médica por parte dos peritos da previdência e, de outro, atestado do médico do trabalho da empresa afirmando a existência de lesões e a impossibilidade de retorno ao trabalho por parte do empregado.

A Norma Regulamentadora 07<sup>5</sup>

estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO, cujo objetivo é a promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores.

O PCMSO é um programa que é imposto ao empregador e objetiva a prevenção à saúde física dos seus empregados, estabelecendo – além de outras obrigações –, a realização de exames médicos no empregado, dentre eles o de retorno ao trabalho, que deverá ser realizada obrigatoriamente no primeiro dia da volta ao trabalho de trabalhador ausente por período igual ou superior a 30 trinta dias.

Assim, ante a imposição ao empregador a realizar exames no trabalhador a fim de atestar a aptidão para o trabalho, não é incomum que o médico do trabalho na empresa não tenha o mesmo entendimento que o perito do INSS em

---

<sup>5</sup> O artigo 200 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece a competência do Ministério do Trabalho para estabelecer disposições complementares às normas de segurança e medicina do trabalho prevista na CLT. Diante desta autorização, o Ministério do Trabalho vem regulamentando as condições de trabalho através de portarias que especificam minudentemente a forma como deve estar disposto o local de trabalho, os equipamentos, máquinas e todo o ambiente de trabalho. As Normas Regulamentadoras – NRs, tratam-se do conjunto de requisitos e procedimentos relativos à segurança e medicina do trabalho, de observância obrigatória às empresas privadas, públicas e órgãos do governo que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Em 08 de junho de 1978, o Ministério do Trabalho aprovou a Portaria nº 3.214, que regulamentou as normas regulamentadoras pertinentes a Segurança e Medicina do Trabalho, sendo, naquele ato, aprovadas 28 normas. Atualmente há 36 Normas Regulamentadoras.

relação a capacidade laborativa do empregado e ateste a impossibilidade de seu retorno ao trabalho por ainda não estar recuperado das lesões.

Isso se dá em razão do receio do médico do trabalho do empregador de que não estando ainda perfeitamente recuperado o trabalhador, quando da alta médica conferida pelo perito do INSS, possa ter um agravamento de sua lesão com o retorno ao trabalho e nessa situação ficar o empregador responsável por eventual reparação de danos decorrentes deste agravamento.

As normas de segurança e medicina do trabalho compõem o chamado Direito Tutelar do Trabalho e, portanto, são de ordem pública, tratando-se de direitos indisponíveis, não podendo ser afastada pelas partes, sendo obrigação do empregador a observância deste regramento jurídico, sob pena de atrair para si a presunção de lesão ao direito do empregado e aí ser responsabilizado por quaisquer danos decorrentes dessa omissão.

Assim, diante desta controvérsia, observa-se a existência de antagonismos de direitos que necessitam ser harmonizados, na medida em que não pode o empregado ficar submetido a uma situação de completo desamparo, tendo violado o superprincípio da dignidade da pessoa humana que está consagrado na Constituição Federal, art. 1º, III (PIOVESAN, 2004, p. 97).

Por outro lado, não é só um direito como também obrigação do empregador promover a realização do exame de retorno, até como forma de verificar a plena reabilitação do trabalhador e sua aptidão para o trabalho, já que é imposição do próprio estado que haja esta diligência até para resguardar a saúde do trabalhador, que é o bem maior a ser protegido nesta relação contratual que se reveste de natureza social.

Assim, chega-se a situação de que nem previdência social ampara o trabalhador com o benefício previdenciário, nem o empregador lhe oportuniza o retorno ao trabalho, ficando o obreiro nesse limbo e não havendo em nosso ordenamento jurídico regramento que resolva esta controvérsia, deixando o obreiro e completo desamparo, restando violado seu direito fundamental à segurança jurídica e social.

## **5 A subsistência do direito fundamental à segurança social e sua efetividade nos tribunais, mesmo diante do limbo jurídico-trabalhista previdenciário.**

Diante deste quadro e da insegurança a que fica submetido o trabalhador afastado do trabalho com alta previdenciária e tendo negado pelo empregador a possibilidade de retorno às atividades laborais, na falta de regulamentação expressa sobre o tema, vê-se uma lacuna legislativa que impacta diretamente na segurança social do obreiro, atentando contra um direito fundamental à subsistência, implicando até mesmo na violação de sua dignidade, valores que merecem a proteção por serem direitos mínimos inerentes a condição de ser humano.

Neste sentido, Sarlet (2015, p. 327-328) ressalta “que não a dignidade da pessoa humana em si, mas as condições mínimas para uma existência com dignidade constituem o objeto precípua da prestação assistencial”, sendo indispensável a subsistência do ser humano, traduzindo-se no mínimo existencial, que tem por função assegurar as situações fáticas para o exercício pleno da autonomia individual da pessoa.

A noção moderna de dignidade é aquela inerente aos seres humanos ou de dignidade dos cidadãos, por todos compartilhada, sendo o valor compatível com uma sociedade democrática (TAYLOR, 2000, p. 242).

A seguridade social no Brasil como mecanismo institucional de proteção, só será alcançada a partir da integral incorporação da dimensão assistencial, e das inovações que as experiências locais sejam capazes de introduzir na revisão da própria concepção de uma seguridade social adequada a uma sociedade com o nosso grau de demanda por inclusão social, não sendo compatível a existência conjunta da seguridade social, como mecanismo de integração e garantia de segurança social, com a persistência da exclusão social, notadamente em uma sociedade cuja coesão está ameaçada pela violência e insegurança crescentes (FREURY, 2005, p. 465-466).

Contudo, mesmo diante da existência do direito fundamental à segurança social ainda vê-se, no campo factual, que o limbo jurídico da

inexistência de norma expressa ainda gera a insegurança, excluindo o empregado do sistema da seguridade social e obrigando-o a se utilizar das vias administrativas ou judiciais, em pleito individual, para a efetivação de seu direito, seja através de recurso administrativo perante o Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando a reversão da alta médica e o reestabelecimento do benefício, o que tem sido de pouca efetividade, seja através da ação judicial na Justiça do Trabalho pleiteando o retorno ao trabalho e requerendo cominação ao empregador no pagamento dos salários relativos ao período após a alta médica.

Os Tribunais tem seus julgados predominantes no sentido de que o empregador deve receber empregado quando este obtém a alta médica na Previdência Social, promovendo sua readaptação e atribuindo-lhe atividades compatíveis com o seu quadro clínico até sua total reabilitação, sob pena de responsabilização pelo pagamento deste, já que a partir da cessação do benefício previdenciário o obreiro fica à disposição do empregador, considerando tempo de serviço, à teor do artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, como se verifica na decisão à seguir Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região – Santa Catarina:

OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. ALTA DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RETORNO AO TRABALHO. APTIDÃO NEGADA POR MÉDICO DA EMPRESA. EFEITOS. Constada divergência entre a conclusão da perícia previdenciária e a orientação do setor médico da empresa quanto à cessão da incapacidade laboral da autora, competia à ré reinseri-la em atividade compatível com suas condições de saúde. Isso porquanto não se pode imputar, ao empregado, o ônus de suportar os prejuízos pelo dissenso entre os setores técnicos, ficando privado da renda necessária ao sustento próprio e da família, sob pena de violação ao princípio da função social do contrato. Assim, comprovadas a tentativa da reclamante de retornar ao serviço e a recusa da empregadora em recebê-la, recai, sobre a reclamada, a responsabilidade pelo pagamento das obrigações contratuais a partir da cessação do benefício previdenciário. (SANTA CATARINA, 2017).

Também o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região - Rio Grande do Sul -, tem se posicionado em sentido idêntico, pela responsabilização do empregador em relação aos salários referentes ao período após a alta em relação ao benefício previdenciário:

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CESSAÇÃO. RETORNO AO EMPREGO. SALÁRIOS DEVIDOS. NATUREZA. O empregado que deixa de receber auxílio-doença por obter alta previdenciária, em decorrência da cessação da incapacidade anteriormente diagnosticada, tem direito de retornar ao trabalho. Obstando que o trabalhador reassuma suas atribuições e não tentando readaptá-lo no serviço, o empregador assume os riscos, independentemente da existência de pedido de revisão da decisão administrativa ou da tramitação de processo judicial ajuizado, pelo empregado, contra o órgão da previdência social. São devidos os salários do período, cujos valores mantêm a natureza remuneratória e sobre eles incidem os encargos na forma da lei. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

O que se observa nas reiteradas decisões dos tribunais sobre o tema é que não sendo o empregado que deu causa à controvérsia técnica entre os médicos da previdência social e o médico do trabalho do empregador, não poderia o obreiro ser penalizado com os efeitos negativos dessa divergência, ficando privado da renda necessária ao sustento próprio e da família, com violação ao princípio da função social do contrato, devendo o empregador arcar com a remuneração do empregado desde sua alta previdenciária e apresentação ao posto de trabalho.

Quanto a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais, Rodrigo Garcia Schwarz destaca que:

O Poder Judiciário tem uma função fundamental, de dar plena e permanente vigência ao Estado democrático de direito. É no controle da atividade administrativa que o Judiciário mostra com maior força sua virtuosidade para manter e ampliar a própria definição do Estado democrático de direito, como conquista e como tendência – o Estado democrático de direito repousa sobre a pedra angular do controle judicial, o que permite, por sua vez, que aquele seja uma realidade e possa configurar-se como um “Estado jurisdicional de direito”. (SCHWARZ, 2016, p. 55).

Inobstante o debate nos tribunais se restringir a obrigações contratuais entre empregado e empregador, a questão parece ser mais ampla que isso por tratar-se da segurança jurídica do empregado e também em razão de que o tema é afeto ao sistema de seguridade social, não podendo a inexistência de uma norma positivada levar a situação de precarização das condições de vida, atentando contra a dignidade da pessoa humana e assim violando direito fundamental social.

## 6 Conclusões

Os direitos sociais são direitos fundamentais ante a previsão estabelecida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Brasileira, sendo, portanto, exigíveis, já que são direitos positivados, impondo ao Estado como provedor e gestor as políticas públicas a implementação e efetivação destes direitos.

A segurança jurídica é um direito fundamental do ser humano em um Estado Democrático de Direito, sendo dever de a organização estatal proporcionar a inclusão social, de forma que não fique o ser humano exposto a situações que aviltem sua dignidade e degradem as mínimas condições necessárias a sobrevivência humana, considerado o mínimo existencial.

Neste estudo verificou-se que, inobstante ser a segurança social um direito fundamental no Brasil, vê-se que a inexistência de um regramento específico sobre a situação do empregado que recebe alta previdenciária e não é aceito seu retorno ao trabalho pelo empregador, gera a exclusão do trabalhador do sistema de seguridade social regulado pelo Direito Previdenciário, e também o deixa sem qualquer remuneração do empregador, por não estar prestando serviço, caracterizando uma inexecução contratual regulada pelo Direito do Trabalho.

Como não há norma que regule esta situação, este limbo jurídico trabalhista-previdenciário gera uma insegurança para todos os sujeitos que compõem esta relação jurídica trabalhista-previdenciária, ou seja, o empregado, empregador e INSS, ficando o obreiro como único efetivamente prejudicado.

Diante das lacunas normativas, as controvérsias que se instauram tem sido objeto de procedimentos administrativos perante o INSS e também ações judiciais, tendo os Tribunais imposto ao empregador a obrigação de remuneração ao empregado após sua alta médica, por não poder o empregado ser penalizado com os efeitos negativos dessa divergência, e ficar privado da renda necessária ao sustento próprio e da família.

É certo que o empregado não pode ficar desamparado justamente em um momento em que mais se encontra fragilizado, após ter experimentado uma doença ou acidente de trabalho e diante do processo de recuperação, não só física,

mas também psicológica, se veja em situação desfavorável sem o recebimento do benefício previdenciário e também privado de seu emprego e salário.

Por outro lado, também o empregador se coloca em situação igualmente indesejável, na medida em que, de um lado procura cumprir as normas de segurança do trabalho e realizar criteriosamente o exame de retorno ao trabalho para verificar as condições de recuperação do empregado, não sendo admissível receber em seu quadro de pessoal o trabalhador que não esteja recuperado plenamente, com o risco de retornar a lesão e ser responsabilizado por causar mais danos ao empregado, podendo ser compelido a efetuar a recomposição destes danos.

Embora haja certa pacificação desta controvérsia pela jurisprudência dos tribunais, observa-se que o tema é analisado somente sob a ótica da relação contratual trabalhista. Contudo, não se concebe que a inexistência de norma positivada que regulamente expressamente o certo fato, ou que embaraços administrativos possam inviabilizar o acesso e a efetividade de direitos fundamentais, os quais por terem efetividade podem ser exigidos independentemente de acionar o Poder Judiciário na implementação destes direitos.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2017.

BRASIL. Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 maio 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 06 ago. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei 5.542, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 01 maio 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 06 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.212/91, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2017.

BRASIL. Portaria 3.214, de 08 de julho de 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Norma Regulamentadora nº 7. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/05/mtb/7.htm>>. Acesso em 06 ago. 2017.

FLEURY, Sonia. *A seguridade social e os dilemas do Brasil*. Rio de Janeiro: RAP, Maio/Jun. 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, in (Neo)constitucionalismo: Ontem os Códigos, hoje as Constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 2. Porto Alegre: IHJ, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho – 4ª Região. RO 0001364-16.2011.5.04.0121. *Diário Oficial do Estado*, 14 mar. 2013. Disponível em: <[www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br)>. Acesso em: 06 ago. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho – 12ª Região. RO 0000489-25.2015.5.12.0043. *Diário Oficial do Estado*, 15 mar. 2017. Disponível em: <[www.trt12.jus.br](http://www.trt12.jus.br)>. Acesso em: 06 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, out./dez. 2007.



SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *A dignidade humana e os direitos fundamentais sociais como referentes do Estado Democrático de direito*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. (Série Direitos Fundamentais Sociais).

STRAPAZZON, Carlos Luiz; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. Nova fase dos direitos de seguridade social: um recomeço. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercè Barceló i. (Org.). *Direitos Fundamentais em Estados Compostos*. Chapecó: Unoesc, 2013. p. 231-266.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Constitución y Seguridad Social en Brasil: reanudación y un paso adelante. In: SERRAMALERA, Mercè Barcelò; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). *Escritos sobre derechos individuales y colectivos una visión desde perspectivas constitucionales diversas*. 1. ed. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, España, 2015. p. 171-194.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Tradução Adail U. Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.



# **Seção II - Segurança Social e Proteção da Saúde**



# A DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER E O DIREITO HUMANO À SAÚDE

Barbara Moesch Welter<sup>1</sup>

Carlos Luiz Strapazzon<sup>2</sup>

## 1 Introdução

A presente pesquisa busca evidenciar a importância de uma estrutura internacional para o combate da discriminação contra a mulher. A realidade brasileira apresenta muitos desafios, exigindo um esforço interno para ressignificação do direito humano à saúde da mulher. O objetivo é analisar de que forma é efetivada a proteção e a promoção dos direitos das mulheres na ótica internacional, sob o recorte do direito humano à saúde da mulher.

A pesquisa propõe apontar a visibilidade do mecanismo de monitoramento e implementação do direito humano à saúde da mulher, pela via internacional. Para se adequar a uma apresentação mais didática, a pesquisa é elaborada pelo método qualitativo, com a realização de consultas a sítios eletrônicos de órgãos internacionais especializados, bibliografias referentes à temática, reportagens jornalísticas internacionais, como forma de melhor relacionar o significado às evidências das violações sofridas pelas mulheres em seu direito humano à saúde.

A primeira parte da pesquisa desdobra a atenção sobre a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), através do reconhecimento da natureza particular da discriminação contra as mulheres. Todas as mulheres são dignas de uma resposta legal no combate à discriminação ligada ao sexo e, de forma potencializada, se o direito violado é o

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Fundamentais, Universidade do Oeste de Santa Catarina.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Estágio de Pós-Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor na Escola de Direito da Universidade Positivo, Curitiba; strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

relacionado à sua saúde. Dessa maneira, reforça-se a importância de uma agenda mundial para a igualdade de gênero.

O segundo momento da pesquisa refere-se ao direito humano à saúde da mulher em face da CEDAW. O direito humano à saúde da mulher é minuciosamente detalhado em vários artigos da Convenção, aplicando a segurança da saúde e o bem-estar da família como compromisso dos Estados-parte. Assim, a identificação de ações discriminatórias contra as mulheres permite assinalar a fronteira de um direito coletivo para um direito individual à saúde.

Em última análise, a pesquisa apresenta dois estudos de casos que abordam o corpo feminino inserido em um complexo contexto de relação de poder, especificamente o corpo materno, demonstrando a desumanidade enfrentada pelas mulheres em seu direito humano à saúde. Exemplos esses que reforçam a importância de se reprimir toda e qualquer discriminação contra a mulher e, concomitantemente, a urgência em aprimorar as estratégias jurídicas de fortalecimento do *status* da mulher.

## **2 A Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**

A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) foi o primeiro tratado internacional sobre o direito humano das mulheres, adotado em 1979, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU). A Convenção foi fruto de iniciativas de um período intitulado Década da Mulher (1975-1985), marcado pela defesa do movimento feminino em escala global. Outras Conferências marcaram a época, como a Conferência na cidade do México (1975), a Conferência de Copenhague (1980) e a Conferência de Nairóbi (1985).

A CEDAW faz parte da estrutura internacional de Direitos Humanos da ONU. Ela é considerada a Carta Magna dos Direitos das Mulheres por ser de caráter bastante amplo, versando sobre a proteção dos direitos da mulher em combate à discriminação contra a mulher nas mais diferentes áreas: saúde, mercado de trabalho, renda, educação, política, economia, vida social, entre

outros. O reconhecimento de direitos das mulheres, a partir da Convenção, foi muito influente no plano internacional e, principalmente, na mudança dos ordenamentos jurídicos dos Estados-parte.

Após muitos anos de esforços a fim de promover os direitos das mulheres, a partir do ano de 1999, aos países que ratificaram o Protocolo Facultativo da CEDAW, há a possibilidade de remessa de uma comunicação ao Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, após esgotados os recursos da jurisdição interna, disposição encontrada no artigo 4º, item 1, primeira parte<sup>3</sup>, do referido Protocolo. Este Comitê funciona como um mecanismo de monitoramento do progresso de implementação da CEDAW nos Estados-parte, sendo responsável também na adoção de medidas eficazes para o combate à discriminação da mulher.

As primeiras sessões de trabalhos do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CmCEDAW) foram realizadas no ano de 1982. Nestes mais de 35 anos de existência (1982-2018), o regulamento tem se tornado uma espécie de Carta Internacional de Direitos Humanos das mulheres. Para Verdirame (2011), CEDAW é “como o ‘Tratado das Mulheres’, podendo ser caracterizada como uma “norma de não discriminação de um ponto de vista das mulheres [...] uma norma que reconhece que a natureza particular da discriminação contra as mulheres é digna de uma resposta legal.” A abordagem da não discriminação e proteção das mulheres permite a aplicação de medidas especiais para as mulheres.

Um Estado que combate a disparidade das relações de poder ligadas ao gênero é um Estado que estabelece a proteção dos direitos da mulher em suas leis e políticas domésticas. A aplicação da Convenção é monitorada por medidas legislativas, administrativas e judiciárias e sofre exame pelos próprios Estados-parte. As obrigações dos Estados-parte estão contidas no artigo 2º da Convenção:

Artigo 2º - Os Estados-parte condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se

<sup>3</sup> Artigo 4º. 1. El Comité no examinará una comunicación a menos que se haya cerciorado de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna.

comprometem a: a) consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas Constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio; b) adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher; c) estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher em uma base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação; d) abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação; e) tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa; f) adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher; g) derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.<sup>4</sup>

Neste artigo 2º da CEDAW, é notável a concordância pelos Estados-parte na adoção de uma política para eliminar a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, a aplicação de sanções que proíbam toda discriminação contra a mulher e estabeleçam a proteção jurídica dos direitos da mulher. Proteger e promover os direitos das mulheres é proteger e promover a dignidade da pessoa humana, seja na vida social, política, econômica e cultural do país. Sabiamente adverte Sarlet (2007, p. 369), “a dignidade da pessoa encontra-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não podendo ser desconsiderada da dimensão comunitária (social).” Em outro estudo, Sarlet (2015, p. 96) reforça a importância de tratados internacionais, “o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre

---

<sup>4</sup> Artículo 2. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adaptar todos las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer. (tradução nossa).



função legitimadora do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais.”

Os direitos das mulheres tornaram-se uma questão global com sua agenda para a igualdade de gênero por conta do movimento das mulheres, pela opinião pública internacional e pelo poder democrático dos países ocidentais. O Protocolo Facultativo adotado pela CEDAW é, para Díaz (2014), “o instrumento jurídico mais relevante nesta tendência global [...] para pressionar os Estados-nação ao reconhecimento dos direitos das mulheres.” Eliminar a discriminação contra as mulheres é eliminar atitudes sociais e padrões e práticas culturais que são baseados na ideia da inferioridade pelo fato de serem mulheres.

A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher conceituou pela primeira vez, em seu artigo primeiro, a discriminação contra a mulher:

Artigo 1º. Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdade fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.<sup>5</sup>

A discriminação contra a mulher, conforme o artigo 1º, é, portanto, toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo com a finalidade de prejudicar ou anular a mulher. A discriminação contra a mulher viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade de direitos e do respeito.

Deve-se permitir à mulher a participação nas mesmas condições que o homem, seja na vida política, social, econômica e cultural e o Estado tem obrigação de garantir a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação, bem como a igualdade jurídica em todas as esferas da vida pública ou privada, como forma de promoção da indivisibilidade dos direitos humanos. A obrigação do

<sup>5</sup> Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (tradução nossa).

Estado-parte refere-se a instituir procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher com acesso efetivo a tais procedimentos.

A proteção do direito das mulheres tem desafiado padrões tradicionais pré-estabelecidos os quais subordinam as mulheres. Neste sentido, a Convenção tornou-se um desafio para a mudança cultural, focada na necessidade de mudança dos estereótipos de gênero. Para Schöpp-Schilling (2007, p. 13), outro desafio importante para a garantia da proteção do direito das mulheres é “o *status* das mulheres frente ao direito à não discriminação com base no seu sexo como direito consuetudinário internacional.” É o mesmo que afirmar que a discriminação contra as mulheres baseada em seu sexo ainda não alcançou um *status* de direito internacional consuetudinário, de uma prática comum aos Estados aceita como regra.

A Convenção tornou-se, ainda, a proteção do direito das mulheres pela prestação de contas, através das políticas de igualdade, com a finalidade de tornarem efetivas as disposições da Convenção e de destacar os progressos a esse respeito. Segundo Hellm e Aasen (2013, p. 2), a Convenção permite “o regime de igualdade e não discriminação com maior potencial para assegurar a igualdade substancial de gênero para as mulheres.” O reconhecimento político e jurídico dos direitos humanos das mulheres processa-se pela compreensão das questões fundamentais que afetam a igualdade de direito das mulheres de diferentes origens legais e culturais.

O caráter universal dos direitos humanos das mulheres, legitimado pela CEDAW, refere-se a ideia, segundo Merry (2009, p. 74), de que “existem padrões mínimos de dignidade humana que devem ser protegidos em todas as sociedades.” Tal proteção está relacionada à implementação das recomendações da CEDAW no âmbito doméstico dos Estados-parte, através do aumento de suas responsabilidades e, principalmente, na inclusão da experiência das mulheres. Nesta seara, destaca Butler (2016, p. 184), “[...] a lei não é meramente uma imposição cultural, [...] ela exige a conformidade à sua própria noção de ‘natureza’.” Com efeito, a imposição da lei jurídica vigente efetua uma produção reguladora nas pressuposições culturais sobre o *status* de homens e mulheres e a inclusão da experiência das mulheres, nesse processo, tende a produzir novas referências legais.

### 3 O direito humano à saúde da mulher em face da CEDAW

A saúde é um direito humano. Qualquer Estado que inclua em seus valores essenciais a humanidade, a dignidade e a justiça protege o direito humano à saúde. Catalogado internacionalmente, o direito à saúde encontra-se destacado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Em face da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1979, a promoção ao direito humano à saúde da mulher integra o texto jurídico da Convenção inicialmente como nota introdutória nas considerações, como uma preocupação, nos seguintes termos: “preocupados com o fato de que, em situações de pobreza, a mulher tem um acesso mínimo à alimentação, à saúde, à educação, à capacitação e às oportunidades de emprego, assim como à satisfação de outras necessidades.”<sup>6</sup>

Sobre as medidas a serem adotadas pelos Estados-parte no que concerne ao o direito humano à saúde da mulher, o artigo 10 da CEDAW, letra “h”, apresenta a seguinte redação: “h) Acesso a material informativo específico que contribua para assegurar a saúde e o bem-estar da família” e, sucessivamente, em seu artigo 11, letra “f”, disciplina o direito humano à saúde da mulher com a seguinte referência: “O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução.”<sup>8</sup>

<sup>6</sup> “preocupados par el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades,” (tradução nossa).

<sup>7</sup> “h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia.” (tradução nossa).

<sup>8</sup> “f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguarda de la función de reproducción” (tradução nossa).

Demonstradas as normas disciplinadoras da Convenção, em referência ao direito humano à saúde da mulher, resta evidente que este instrumento internacional elucida uma decisão com vistas a combater a discriminação contra a mulher, além de promover a ideia da proteção social da mulher nos Estados-parte. Institucionalizar o direito humano à saúde da mulher é uma escolha que expressa um compromisso dos Estados-parte pela temática do direito humano da mulher à segurança social.<sup>9</sup> A segurança social opera em três diferentes frentes: a proteção da renda, a inclusão social e, nesta pesquisa dedicada de forma pormenorizada, a proteção e promoção da saúde.

De acordo com Bucci (2001), “os direitos humanos, como é o caso do direito à saúde, expressam-se mais em princípios que em regras, isto é, eles em geral são valores que devem ‘compor o espírito’ das demais normas.” Independentemente da manifestação expressa no texto jurídico do direito humano à saúde da mulher, esse direito deve estar presente na garantia de todas as normas, como premissa a ser sobrestimada. Dessa sorte, conta a CEDAW com medidas expressas sobre o direito humano da mulher à saúde.

A Convenção explicita a atenção ao direito humano à saúde da mulher pela ideia da proteção de seu bem-estar (artigo 10, “h”), alimentação (preâmbulo), atividades de recreação (artigo 13, “c”) e esportes (artigo 10, “g”), salvaguarda da função de reprodução (artigo 11, “f”), proteção especial durante a gravidez (artigo 11, item 2, “d”), importância social da maternidade (artigo 5º, “b”), nutrição adequada durante a gravidez e a lactação (artigo 12, item 2), acesso aos serviços médicos (artigo 14, item 2, “b”), desenvolvimento de uma rede de serviços destinada ao cuidado das crianças (artigo 11, item 2, “c”), trabalho (artigo 11, item 1, “a”), profissão e emprego (artigo 11, item 1, “c”), habitação (artigo 14, item 2, “h”), participação da vida cultural (artigo 13, “c”), bem como a satisfação de outras necessidades.

---

<sup>9</sup> Segurança social foi traduzida, no Brasil, indevidamente, por seguridade social (seguridad social, social security, securité sociale). De acordo com Strapazzon (2015, p. 5), “[...] no Brasil não seria exagero qualificar de desconhecidíssimo direito à segurança social.” Para dar a visibilidade necessária, esta pesquisa é orientada pela adoção de uma linguagem com base nos direitos humanos, utilizando-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), artigo 9º e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 25, que reconhecem o direito humano à segurança social.

A Convenção solidifica a ideia de que não está restrita à proteção e promoção da saúde física da mulher apenas, mas também se revela, em boa medida, à saúde psicológica, ao aperfeiçoamento intelectual e social, ao bem-estar da família, com influência direta na sua autoestima e pleno desenvolvimento. A identificação de ações discriminatórias contra as mulheres faz surgir um direito individual à saúde da mulher, em atenção às necessidades individuais e específicas de cada uma, uma vez que permite identificar e combater uma situação real de discriminação em razão do sexo. A expressão “direito humano à saúde da mulher” representa o potencial múltiplo do mecanismo do corpo feminino e suas necessidades naturais próprias.

Butlher (2016, p. 196) afirma que “[...] não há razão para dividir os corpos humanos em sexos masculino e feminino, exceto que uma tal divisão é adequada às necessidades econômicas da heterossexualidade.” O aprimoramento de um país está diretamente relacionado ao valor da pessoa humana, à participação das mulheres em condições de se desenvolverem em igualdade de condições com o homem, sem discriminação em razão de sexo e livres da opressão sócio-política.

Os modelos de dominação patriarcal possuem um mecanismo violento no sistema social. Esse apontamento faz-se necessário tendo em vista que as mulheres seguem sendo objeto de significativas discriminações, de maneira mais evidenciada quando se trata da capacidade reprodutiva da mulher, onde se apresenta, de forma mais evidenciada, o mecanismo no cenário cultural do papel do homem e da mulher na sociedade.

Em sua gênese, a CEDAW não é apenas uma declaração de direitos, sendo, principalmente, um programa de ação com incumbência garantida pelos Estados-parte, com vistas a reprimir quaisquer discriminações contra as mulheres. Além do mais, a CEDAW analisa e elabora recomendações para a formulação de políticas visando ao aprimoramento do status da mulher.

#### **4 Estudo de casos de Cortes de Direitos Humanos e CEDAW**

O primeiro estudo de caso desta pesquisa refere-se à violação praticada pelo Estado brasileiro contra o direito humano à saúde de Alyne da Silva Pimentel

Teixeira, grávida de seis meses e morta no ano de 2002 devido a complicações obstétricas relacionadas à gestação. A mãe de Alyne comunicou (ONU/CEDAW/17/2008) ao Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CmCEDAW), em 30 de novembro de 2007, informando que o Brasil não assegurou o acesso ao tratamento médico de qualidade a sua filha, violando os artigos 2º e 12º da CEDAW.

O Comitê considerou no item 7.2, da referida comunicação (ONU/CEDAW/17/2008), que “[...] os Estados-parte devem assegurar às mulheres serviços apropriados em relação à gestação, ao parto e ao período posterior ao parto”<sup>11</sup> e prossegue, no item 7.3, que “[...] os Estados-parte têm o dever de assegurar o direito das mulheres a uma maternidade segura e a serviços obstétricos de emergência.”<sup>12</sup> O exame do Comitê assinala a obrigação do estado brasileiro com as mulheres na prestação das necessidades em matéria de saúde, ratificando o direito humano à saúde da mulher.

O Comitê recomendou ao Brasil, no caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira, uma indenização financeira adequada à família que se ajuste às violações perpetradas. Destacou, ainda, outras seis medidas a serem adotadas pelo Brasil, tais como: direito da mulher a uma maternidade sem riscos, capacitação adequada aos profissionais de saúde, acesso a recursos eficazes nos casos em que os direitos de saúde reprodutiva da mulher tenham sido violados, instalações e serviços de atenção à saúde em cumprimento às normas nacionais e internacionais, sanções adequadas aos profissionais de saúde que violam os direitos da saúde reprodutiva da mulher e, por último, redução das mortes maternas.

---

<sup>10</sup> Artigo 12. 1. Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar. 2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-parte garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.

<sup>11</sup> “[...] los Estados partes deben asegurar a las mujeres servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto.” (tradução nossa).

<sup>12</sup> “[...] los Estados partes tenían el deber de asegurar el derecho de las mujeres a una maternidad segura y a servicios obstétricos de emergencia.” (tradução nossa).

O segundo estudo de caso desta pesquisa diz respeito à denúncia a Corte Interamericana de Direitos Humanos pela violação praticada pela República do Peru, no ano de 1998, contra a senhora María Mamérita Mestanza Chávez. Ela foi submetida, forçadamente, a um procedimento cirúrgico de esterilização, o qual resultou em sua morte. Na petição apresentada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, além de elencada a denúncia contra o direito à vida, à integridade pessoa e à igualdade, também a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi destacada em seus artigos 12 e 14 (item 2).<sup>13</sup>

Dados do período registram que o ministério da Saúde do Peru, entre os anos de 1990 e 2000, em pleno governo de Alberto Fujimori, esterilizou quase 300.000 mulheres por meio de engano, coerção ou suborno (FOWKS, 2014). Em 2001 o estado peruano admitiu a responsabilidade junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e se comprometeu a adotar medidas de reparação material e moral pelo dano sofrido pela senhora María Mamérita Mestanza Chávez (CIDH/ Informe 71/03). Além do mais, a República do Peru comprometeu-se em realizar as modificações legislativas e de políticas públicas eliminando qualquer enfoque discriminatório e respeitando, assim, a autonomia das mulheres.

Nestas duas situações, de Alyne da Silva Pimentel Teixeira e de María Mamérita Mestanza Chávez, é reconhecida a discriminação em razão da identidade de gênero, o que tem como consequência a obstrução do exercício de direitos, destacado o direito humano à saúde. Outra evidência que merece

---

<sup>13</sup> Artigo 14. 2. Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: a) Participar da elaboração e execução dos planos de desenvolvimento em todos os níveis; b) Ter acesso a serviços médicos adequados, inclusive informação, aconselhamento e serviços em matéria de planejamento familiar; c) Beneficiar-se diretamente dos programas de segurança social; d) Obter todos os tipos de educação e de formação, acadêmica e não-acadêmica, inclusive os relacionados à alfabetização funcional, bem como, entre outros, os benefícios de todos os serviços comunitários e de extensão a fim de aumentar sua capacidade técnica; e) Organizar grupos de auto-ajuda e cooperativas a fim de obter igualdade de acesso às oportunidades econômicas mediante emprego ou trabalho por conta própria; f) Participar de todas as atividades comunitárias; g) Ter acesso aos créditos e empréstimos agrícolas, aos serviços de comercialização e às tecnologias apropriadas, e receber um tratamento igual nos projetos de reforma agrária e de reestabelecimentos; h) Gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações.

destaque é o fato das vítimas terem sofrido discriminação multifacetada: Alyne da Silva Pimentel Teixeira, mulher afrodescendente; María Mamérita Mestanza Chávez, mulher pobre e camponesa, o que as conduzem a uma situação de vulnerabilidade social ainda mais agravada.

## 5 Conclusão

Apesar das conquistas na luta pelos direitos da mulher, ainda há muito a avançar. Há décadas existe um esforço jurídico-político, de maneira muito relevante no plano internacional, com vistas a eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher. De toda sorte, a consequência da obstrução do exercício dos direitos também está associada às circunstâncias que tendem a potencializar a vulnerabilidade da mulher, como as condições socioeconômicas, o subemprego, a raça, a escolaridade, entre outras.

Garantir o direito humano à saúde da mulher é garantir a equidade e a justiça. De forma muito influente, a CEDAW configura, no cenário internacional, como protagonista na luta contra a discriminação da mulher, reafirmando o compromisso dos Estados-parte de obediência às normas e a promessa em eliminar qualquer que seja o enfoque discriminatório contra a mulher.

O rompimento das estruturas historicamente tradicionais de formação do sujeito feminino é possível através de um novo discurso. Combater a discriminação contra a mulher é uma tarefa transformadora no interior de um sistema viciado e, essencialmente, criminoso. A compreensão da importância da promoção e proteção do direito humano à saúde da mulher é capaz de criar uma nova consequência no território humano e na realidade da mulher.

Resta incontroversa que a responsabilidade compartilhada contribui para a realização do direito humano à saúde nas nações. O fortalecimento da paz mundial está associado ao desenvolvimento do país, o qual precisa, neste contexto, estar amalgamado com o papel da mulher, livre de discriminação em todas as suas formas e manifestações.



## Referências

- BUCCI, Maria Pala Dallari. Buscando um conceito de Políticas Públicas para a concretização dos Direitos Humanos. In: BUCCI, Maria Pala Dallari et al. *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. São Paulo, Pólis, 2001.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe 71/03*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/women/Peru.12191sp.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- DÍAZ, Capitolina. The CEDAW: How a Cold War Product Could Become a Key Instrument for Women's Rights in the Global Society. In: ISA WORLD CONGRESS OS SOCIOLOGY, 17., 2014. *Anais...* 2014.
- FOWKS, Jacqueline. O Peru arquiva o caso das esterilizações forçadas de Fujimori. *El país*, 2014. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/24/internacional/1390588949\\_715046.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/24/internacional/1390588949_715046.html)>. Acesso em: 21 dez. 2017.
- HELLUM, Anne; AASEN, Henriette Sinding. Introduction. In: HELLUM, Anne; AASEN, Henriette Sinding. *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- MERRY, Sally Engle. *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: University of Chicago Press, 2009.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)*. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Comunicación núm 17/2008*. Distr. General, 27 sept. 2011. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/\\_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008\\_sp.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1](http://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_sp.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1)>. Acesso em: 01 dez. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova York, 1949.

SARLET, Ingo Wolfgang. A concepção dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, jan./jul. 2007.

SCHÖPP-SCHILLING, Hanna Beate. The nature and scope of the convention. In: SCHÖPP-SCHILLING, Hanna Beate (Ed.). *The circle of empowerment: twenty-five years of the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women*. New York: Feminist Press at the City University of New York, 2007.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Primeiros elementos para uma teoria constitucional do direito humano fundamental de segurança social*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. Disponível em: <[http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/Se%C3%81rie\\_Direitos\\_Fundamentais\\_Sociais\\_Carlos\\_ok.pdf](http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/atendimento/Se%C3%81rie_Direitos_Fundamentais_Sociais_Carlos_ok.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

VERDIRAME, Guglielmo. *The UN and human rights: Who guards the guardians?* Cambridge studies and comparative law. 2011.

# O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB O ENFOQUE PROCEDIMENTAL E ORGANIZACIONAL

Esthevam Lermen Eidt<sup>1</sup>  
Carlos Luiz Strapazzon<sup>2</sup>

## 1 Introdução

Este trabalho tem como escopo analisar o direito à saúde como um direito complexo, ou seja, tratar o mesmo além do atributo obrigacional. Mais especificamente, pretende apresentar o direito à saúde como um direito social fundamental subjetivo e complexo.

Assim, os direitos fundamentais sociais a prestações, como é o caso do direito à saúde, são, ordinariamente, interpretados como relações jurídicas simples entre um titular de direitos fundamentais e um titular de deveres prestacionais, o qual, normalmente, é o Estado. Ou seja, usualmente são lidos como direitos a prestações fáticas (positivas). Alexy (2015, p. 444), no entanto indica que os direitos prestacionais precisam ser analisados em sua total complexidade, isto é, deve ser analisado seu lado (i) obrigacional, (ii) organizacional e (iii) procedimental.

Dentro desse contexto, o presente artigo objetiva demonstrar essa complexidade dos direitos fundamentais sociais prestacionais, apontado o direito à saúde como um exemplo disso. Dessa forma, questiona-se:

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, na Linha de Pesquisa de **Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social**; Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito em Direito Civil pela Universidade Anhanguera; Procurador Jurídico do Município de Nonoai, RS; esthevambusiness@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Estágio de Pós-Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor na Escola de Direito da Universidade Positivo, Curitiba; strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

- i. Os direitos fundamentais sociais prestacionais são direitos complexos, isto é, necessitam de esquemas organizatórios e procedimentos para a sua efetivação?
- ii. O direito à saúde na Constituição Brasileira é um exemplo disso?

Estima-se alcançar que os direitos fundamentais sociais prestacionais são direitos complexos, devendo ser analisado os procedimentos e organizações como meios integrantes para a sua efetivação. Ou seja, que os direitos fundamentais, analisados em sua dimensão prestacional, possuem um lado (i) obrigacional, (ii) organizacional e (iii) procedimental. Ainda, espera-se alcançar que o direito à saúde é um exemplo dessa complexidade, visto que o Sistema Único de Saúde e suas diretrizes (constitucionais e infraconstitucionais) servem como instrumento e mecanismo para a promoção do direito fundamental à saúde (no Brasil), e sua supressão acarretaria efetivo prejuízo a tal direito.

Para vislumbrar tais avaliações, será o presente trabalho dividido em três seções. A primeira seção realizará uma contextualização da situação do mercado de trabalho brasileiro, a fim de compreender a situação atual em que o país se encontra. Já a segunda seção iniciará a construção dos direitos fundamentais sociais prestacionais como direitos complexos, conceituando esses direitos e apontando-os como direitos subjetivos. Por sua vez, a terceira seção tratará propriamente sobre direito a organização e procedimentos, assinalando o direito à saúde como um exemplo de direitos complexos.

## **2 Da contextualização do mercado de trabalho brasileiro**

O mundo passa por grandes transformações, tendo como consequência uma acentuada crise econômica global, não sendo diferente a situação do Brasil. Esse abalo financeiro tem causado o recuo do Estado Social (que ocorre desde as últimas décadas), fazendo com que os benefícios sociais oferecidos pelo Estado tenham se tornado cada vez mais limitados, em virtude, dentre outros fatores, da baixa arrecadação dos Estados.

Essa crise é mais aguda e cresce, em especial, nos países que não traçaram um plano estratégico para o novo mercado mundial, ou seja, para a crise das “indústrias pesadas” e nas mudanças ocasionadas no capitalismo do jeito que conhecemos. Isto é, não adaptaram suas leis trabalhistas e seu regime de segurança social para as novas formas de trabalho e a mudança do mercado mundial, em especial o avanço a passos largos da tecnologia.

Segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE (2016), o Brasil não é um caso diferente. No ano de 2000 a indústria representava 26,7% de seu PIB, já em 2016 representava 21,2%. Enquanto os serviços representavam 67,7% no de 2000, e 73,3% no ano de 2016.

É importante levar essa perspectiva em consideração, ainda mais considerando os números de necessitados no Brasil, os quais dependem do auxílio do Estado. Aproveitando os dados disponibilizados pelo IBGE (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD),<sup>3</sup> estima-se em 13,6% a percentagem de pessoas desocupadas no mês de abril de 2017, havendo uma elevação de 2,4% em comparação com o ano de 2016, onde a taxa de desocupação era considerada em 11,2% (IBGE, 2017).

Essa percentagem se traduz em mais de 14 milhões de desempregados no Brasil, ou seja, de pessoas que enfrentam instabilidades financeiras, precisando do suporte do Estado para garantir um mínimo social (saúde, educação, moradia, alimentação e outros direitos sociais indispensáveis a dignidade e ao desenvolvimento humano).

Não há dúvida, portanto, que a temática segurança social,<sup>4</sup> do qual os “direitos fundamentais sociais prestacionais” fazem parte, é de extrema importância de estudo, seja por que essa tem um alto impacto de custo para os Estados em seu orçamento, seja por ser um tema vinculado à própria existência

---

<sup>3</sup> *Desocupadas*: São classificadas como desocupadas na semana de referência as pessoas sem trabalho nessa semana, que tomaram alguma providência efetiva para consegui-lo no período de referência de 30 dias e que estavam disponíveis para assumi-lo na semana de referência. Consideram-se, também, como desocupadas as pessoas sem trabalho na semana de referência que não tomaram providência efetiva para conseguir trabalho no período de 30 dias porque já haviam conseguido o trabalho que iriam começar após a semana de referência.

<sup>4</sup> O termo segurança social é o correto para se referir a saúde, previdência e a assistência social, conforme ensina Strapazzon (2016, p. 1).

digna do homem e ao conseqüente avanço da humanidade como uma sociedade justa e solidária. Mas o que seriam direitos fundamentais sociais prestacionais?

### **3 Direitos fundamentais prestacionais sociais como direitos complexos**

Os direitos fundamentais sociais prestacionais são direitos constitucionais que exigem uma atuação positiva por parte do Estado, sendo esses, basicamente, coletivos (cultura, saúde, educação, lazer...). Enfim, os direitos fundamentais sociais prestacionais são direitos constitucionais que têm como objetivo atender os fins democráticos, isto é, concretizar a idealização feita pela assembleia constituinte, exigindo para tanto uma atuação positiva na promoção desses direitos por parte do Estado.

Esses direitos tiveram como marco de sua constitucionalização, isto é, tiveram sua inclusão como direitos fundamentais nas Constituições do México de 1917 e na Alemanha de 1919. Por sua vez, a inclusão dos direitos sociais, no Brasil, ocorreu a partir da Constituição de 1934, da qual possuía um título denominado de “Da ordem econômica e social”, contudo esse tratava, basicamente, do “trabalho”. Somente na nossa atual Constituição de 1988, entretanto, houve uma real inclusão dos direitos sociais, sendo esses inseridos dentro do título “Dos direitos e garantias fundamentais”, no capítulo “Dos direitos sociais”, por isso denominada de Constituição Cidadã (MELLO, 2005, p. 106-107).

Apesar dessa incorporação a nível constitucional, os tribunais brasileiros e a doutrina constitucional rotulavam, até meados da década de noventa, os direitos sociais como normas programáticas, ou seja, normas que estabelecem diretrizes e programas para atuações futuras do Estado, sem força de coercitividade (MELLO, 2005, p. 105-106). Assim sendo, era questionado se os direitos sociais são direitos subjetivos, ou se somente seriam diretrizes para o Estado.

Nesse contexto, há doutrinadores que questionam a natureza jusfundamental dos direitos sociais constitucionais, afirmando que não é viável a judicialização desses, uma vez que a sua concretização exige uma lei que regule a norma constitucional. De tal modo, caso tal possibilidade se concretizasse,

implicaria na interferência do Poder Judiciário nas escolhas políticas dos Poderes Legislativo e Executivo, ou seja, desvirtuaria a repartição das competências estabelecida pela Constituição. Além do mais, o grande número de demandas e a carência de critérios para a garantia judicial do direito à saúde acarretariam o declínio de sua concretização. Nesse sentido, nos coloca Leal (2011, p. 2) ao asseverar que “Uma prestação fática possui diversas maneiras de ser realizada”, denunciando, portanto, “uma ausência de parâmetros muito grande para que se estabeleça o conteúdo de um direito social, ou seja, muito difícil é determinar quando um direito social está sendo observado.”

Tal pensamento, entretanto, não tem prevalecido na jurisprudência, porquanto apesar da “interferência” do judiciário não ser a mais adequada, ainda é melhor do que deixar os direitos fundamentais sociais desamparados, apenas como promessas constitucionais.

Inclusive, este trabalho defende que os direitos sociais são, sim, direitos subjetivos. A alegação de que esses são meras normas programáticas, isto é, que são meros objetivos a serem buscados, não pode prevalecer. As normas de direitos fundamentais sociais prestacionais possuem eficácia jurídica imediata, vinculando e obrigando os comportamentos dos órgãos do Estado (e, por que não, do indivíduo). Essa afirmação vai além da eficácia negativa (de não embarçar tais direitos) devendo o Estado buscar efetivá-los, sob pena de ir contra as próprias ideias escolhidas como alicerce de uma sociedade democrática.

Sobre a problemática, Mendes (2016, p. 222) ensina que:

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e dos direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigos 5º, §1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixa-se claro – de que as demandas que buscam a efetivação de prestações devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.

Os direitos fundamentais (dentre eles os sociais), portanto, são ditos como direitos subjetivos na Constituição brasileira, contendo em si elementos necessários para sua aplicação de forma imediata.

Ademais, a divisão entre direitos fundamentais civis e sociais deve ser sobrepujada, porquanto a verdadeira liberdade tão-somente é atingida quando, além de preservada a esfera de direitos, é assegurado ao ser humano o livre desenvolvimento (dentro dos contextos culturais, sociais e políticos) como sujeito de direitos e deveres, bem como componente participativo da sociedade, devendo, portanto, haver uma visão integrada do Direito (privado/público/interno/externo).

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 da ONU já nos apresenta essa ideia de unidade, isto é, assevera que todos os direitos humanos são universais e indivisíveis, devendo se ter o foco no desenvolvimento do ser humano: *“All human rights and fundamental freedoms are indivisible and interdependent; equal attention and urgent consideration should be given to the implementation, promotion and protection of civil, political, economic, social and cultural rights.”*<sup>5</sup>

Segundo essa declaração o direito ao desenvolvimento traduz-se em “um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar” e “no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.” (Artigo 1, 1.).

Nessa perspectiva, para realizar o direito ao desenvolvimento é imprescindível ter uma visão integrada e multidimensional do Direito. Isto é, ver os direitos fundamentais (sejam aqueles civis ou sociais) como entidade unívoca, estando essa visão intrinsecamente ligada a noção de desenvolvimento sustentável. Sociedades mais igualitárias são mais sustentáveis, não por questões morais, mas sim porquanto existe uma relação direta entre igualdade e desenvolvimento (informação verbal).

---

<sup>5</sup> Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.



Como sucedâneo da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento veio a Agenda de Desenvolvimento Sustentável Pós-2015, denominada de Agenda 2030. Esta corresponde ao grupo de programas, ações e diretrizes que orientarão os trabalhos das Nações Unidas e dos países membros rumo ao desenvolvimento sustentável, ou seja, apresenta um caminho e estímulos para os próximos quinze anos, nos campos de maior importância para a humanidade e para o planeta. Para tanto, nos apresenta 17 objetivos, os quais têm como desígnio o desenvolvimento sustentável em suas três dimensões (econômica, social e ambiental), de forma equilibrada e integrada (ONUBR, 2017).

Deste modo, como já há tempos compreendeu a ONU, os direitos fundamentais, assim como os direitos humanos, sejam eles de feições civis ou sociais, devem ser alcançados em uma visão integrada e multidimensional, tendo em vista que tais direitos são interdependentes. Não sendo correto, portanto, afirmar que os direitos fundamentais sociais seriam descaracterizados como direitos subjetivos, sendo somente normas programáticas, diferentemente dos direitos fundamentais civis. Até porque estes somente seriam, verdadeiramente, preservados quando, além de assegurada a esfera de direitos liberdade individual, fosse garantido também ao ser humano o livre desenvolvimento sustentável (dentro dos contextos culturais, sociais e políticos).

Ao se fazer uma conexão entre o direito ao mínimo existencial, a dignidade humana, o direito ao desenvolvimento, não há dúvidas que direitos fundamentais sociais prestacionais podem ser exigidos dos Estados. Isto é, em uma interpretação teleológica e sistemática das normas constitucionais, o mínimo existencial (que tem como fundamento a dignidade e o direito ao desenvolvimento humano) assegura aos indivíduos, em estado de necessidade, prestações materiais mínimas para o sustento de uma vida social, política e cultural digna (RIDOLA, 2014, p. 89-105). Além disso, o constituinte ao constitucionalizar tais direitos compreendeu esses como sendo o mínimo para tal existência digna,

ou seja, é na Constituição que se encontram os requisitos para identificar quais direitos são enquadrados como fundamentais para um mínimo (co)existencial.<sup>6</sup>

Os direitos fundamentais sociais prestacionais, conforme já apontado, são direitos que têm como desígnio acolher os fins democráticos, isto é, materializar as ideias elaboradas pela assembleia constituinte, exigindo para tanto uma atuação positiva na promoção desses direitos por parte do Estado. E, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil encontra-se a dignidade humana (Art. 1º, III, CRFB).<sup>7</sup>

Assim, a dignidade humana exerce um grande papel frente à ordem constitucional e, conseqüentemente, à atuação estatal, uma vez que serve como fundamento e princípio para diferentes orientações constitucionais, tais como a ‘constituição econômica’, a qual germina a justiça social e a promoção de um padrão mínimo de condições de vida (RIDOLA, 2014, p. 92).

Mas será que esse dever-poder do Estado se limita a proteger e promover os direitos fundamentais sociais prestacionais? Como aponta Alexy (2015, p. 433), uma das maiores controvérsias da contemporânea dogmática dos direitos fundamentais é compreender “se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestação em sentido amplo.”

Justamente, a próxima seção irá estabelecer um atrelamento entre direitos fundamentais prestacionais com direitos a procedimentos e à organização, apontando que o direito à saúde no Brasil é um exemplo claro disso.

---

<sup>6</sup> STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, voto do min. Celso de Mello, j. 17-3-2010, P, DJE de 30-4-2010; ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.

<sup>7</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

## 4 O direito procedimental e organizacional e o direito fundamental à saúde

Ordinariamente os direitos fundamentais sociais prestacionais são lidos como prestações fáticas, isto é, como relações jurídicas entre um titular de direitos fundamentais e um titular de deveres prestacionais, normalmente o Estado. Conforme coloca Alexy (2015, p. 442), contudo, a concretização dos direitos fundamentais ocorre por meio de organização e procedimento, ou seja, os direitos fundamentais devem ser interpretados sob o enfoque organizacional e procedimental.

Esse autor entende que os direitos a prestações devem ser enxergados em uma visão ampla, isto é, em uma visão tripartite: (i) “direitos à proteção”; (ii) “direitos a prestações em sentido estrito”; (iii) “direitos à organização e a procedimentos”. Trata-se, portanto, de um conceito que vai além dos direitos a prestações fáticas, apontando dois motivos decisivos para entender essa definição (ALEXY, 2015, p. 444).

Por primeiro motivo, expõe que “no caso de muitos dos assim chamados direitos fundamentais sociais, que são considerados direitos a prestações por excelência, há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas”. Por sua vez, coloca como segundo motivo o fato “de que os direitos a ações positivas compartilham problemas com os quais os direitos a ações negativas não se deparam”, isto é, os direitos a ações negativas não impõem ao Estado a perseguição de algum objetivo. Assim sendo, os direitos a ações positivas acendem a problemática de “se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos” (ALEXY, 2015, p. 442-444).

Portanto, procedimento e organização é, na maioria das vezes, o único meio de se produzir um resultado aos direitos fundamentais. Logo, é o meio de assegurar um resultado real aos direitos fundamentais frente aos problemas contemporâneos, já que a concretização dos direitos fundamentais ocorre por meio de organização e procedimento, ou seja, os direitos fundamentais devem

ser interpretados sob o enfoque organizacional e procedimental (ALEXY, 2015, p. 470-471).

Mendes (2016, p. 227-228) nos ensina que a expressão direito à organização e procedimento vem sendo utilizada pela doutrina para assinalar os direitos fundamentais que necessitam para a sua concretização de providências estatais de índole: (i) institucional, isto é, órgão, setores ou repartições (direito à organização), e (ii) normativo, com o fim de coordenar a fruição de determinados direitos e garantias (direito a procedimentos), como na hipótese das garantias processuais-constitucionais, a exemplo do direito ao acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa.

O direito fundamental à saúde no Brasil é um exemplo claro que procedimentos e organização são o meio de produzir a concretização dos direitos sociais prestacionais. Como aponta Mendes (2016, p. 232-233), a Constituição (art. 196) brasileira estabelece tal direito como (i) direito de todos e (ii) dever do Estado, (iii) garantido mediante políticas sociais e econômicas (iv) que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (v), com acesso universal e igualitário<sup>8</sup> (vi) às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse contexto, a materialização do direito à saúde no Brasil está condicionada a medidas prestacionais, na qual se traduzem em políticas públicas definidas por meio de escolhas políticas, dentro de um quadro limitado de meios financeiros. Desse modo, o “Estado Prestador” deve superar o desafio de conciliar os direitos fundamentais de uma sociedade Democrática de Direito com as questões orçamentárias, a qual deve ocorrer por meio dos procedimentos e da organização (MENDES, 2016, p. 232-233).

A necessidade da existência de esquemas organizativos e procedimentais funcionalmente adequados para a realização do direito à saúde pode ser visualizada mais claramente no art. 198 da CRFB/1988, o qual expõe que as ações e serviços públicos formam uma rede hierarquizada e regionalizada, na qual constitui o Sistema Único de Saúde. O mesmo artigo, ainda, estabelece

---

<sup>8</sup> STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, Dj 26.02.2007.

diretrizes e regras para esse sistema, como o financiamento, territorialização, gestão e amplitude da cobertura.

Dessa forma, reconhece que o acesso à saúde é indissociável da preexistência de instituições, esquemas organizatórios e procedimentos que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais (CANOTILHO, 2003, p. 483).

Da análise desse direito leva a conclusão que os problemas para a sua concretização não estão somente ligados na falta de legislação específica, porém também em questões ligadas a planejamento e execução na implementação e manutenção das políticas públicas e serviços de saúde existentes (MENDES, 2016, p. 233).

Dessa conclusão, é possível perceber também a importância do estudo específico dos procedimentos e organizações, a fim de melhorar a eficiência desses e, conseqüentemente, a concretização do direito prestacional. Nesse sentido, os indicadores são importante instrumento, porquanto auxiliam os gestores e os especialistas em abrir novos caminhos e alcançar melhores resultados (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2000, p. 89), como é o caso do Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde do Tribunal de Contas da União, que concentra as informações e principais trabalhos do TCU na área da saúde (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2014, p. 17).

Desse modo, os direitos aos procedimentos e à organização operam como paradigmas à concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, no qual a saúde faz parte. Necessitando, portanto, uma análise para além da normatividade, mas também nos meios utilizados para se obter o resultado, sendo importante, para tanto, a coleta e controle de dados, a fim de melhor orientar os gestores e pesquisadores.

## 5 Conclusão

Conforme analisado, os direitos fundamentais sociais prestacionais são aqueles que exigem ações positivas do Estado para sua existência plena, sendo que no Brasil, consoante analisado, devem ser considerados como direitos

subjetivos, seja por estarem expressamente tratados na Lei maior como tais (art. 196 da CRFB), seja por se apoiarem no dever do Estado de promover a dignidade e o desenvolvimento da pessoa humana, uma vez que é um fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (Art. 1º, III, da CRFB).

Ademais, observou-se que os direitos fundamentais sociais, em sua dimensão prestacional, devem ser observados para além das realizações fáticas, visto que para a sua efetivação deve ser observado além do lado obrigacional, o lado procedimental e organizacional, já que a concretização e proteção dos direitos fundamentais prestacionais ocorre por meio de desenhos procedimentais e organizacionais. Essa noção é de extrema importância, porquanto nos demonstra que problemas de efetivação desses direitos não estariam somente ligados a questões normativas, mas também a questões de planejamento e execução na implementação e manutenção das políticas públicas e serviços existentes. Nesse contexto, a coleta, controle e coordenação de dados se mostra de extrema importância, com o intuito de se obter melhores resultados.

Como exemplo dessa complexidade, foi apontado o direito à saúde, o qual está condicionado para a sua materialização a medidas organizacionais e procedimentais. Aliás, a própria Constituição corrobora isso ao apresentar o Sistema Único de Saúde – SUS e as diretrizes desse sistema. Prova disso, é que seria possível revogar os direitos fundamentais prestacionais, revogando os meios para promovê-lo. Dessa forma, a análise dos aspectos procedimentais e organizacionais de um direito fundamental são a “chave” para torná-los cada vez mais eficientes.

## Referências

ALEXY, R. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Portugal: Almedina, [2003].

IBGE. *Contas Nacionais Trimestrais*: indicadores de volume e valores correntes. jul./set. 2016. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas\\_Nacionais/Contas\\_Nacionais\\_Trimestrais/Fasciculo\\_Indicadores\\_IBGE/pib-vol-val\\_201604caderno.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201604caderno.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: estimativas para o mês de abril de 2017. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Nacional\\_por\\_Amostra\\_de\\_Domicilios\\_continua/Mensal/Comentarios/pnad\\_201704\\_comentarios.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Comentarios/pnad_201704_comentarios.pdf)>. Acesso em: 28 jun. 2017.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-sociais-e-vulgariza%C3%A7%C3%A3o-da-no%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. *Revista do Ministério*, p. 105-138, set./dez. 2005. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273603335.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603335.pdf)>. Acesso em: 07 maio 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos à organização e ao procedimento como paradigmas à efetivação dos direitos sociais. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social*: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 219-235.

ONUBR. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe sobre Desarrollo Humano*, 2000. Washington: Communications Development Incorporated, 2000. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2000\\_es.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2000_es.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2017.

RIDOLA, P. *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura europeia*. Tradução Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. O direito humano à segurança social: o regime constitucional do Brasil comparado com 20 modelos estrangeiros. *Revista Magister de Direito Previdenciário*, n. 34, ago./set. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde*, 2014. Brasília, DF, 2016.





# **Seção III - Segurança Social e Proteção de Estrangeiros**



# DIREITO DO ESTRANGEIRO NÃO DOCUMENTADO À PREVIDÊNCIA SOCIAL A PARTIR DA TEORIA DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE MICHAEL WALZER

André Filipe de Moura Ferro<sup>1</sup>

## 1 Introdução

O presente artigo foi preparado para a disciplina de Direitos Fundamentais da Seguridade Social – Saúde, Previdência e Assistência Social como trabalho de conclusão da disciplina.

O tema do trabalho será os direitos sociais ao trabalho e à previdência social e direito de não discriminação. O recorte será a titularidade de direitos previdenciários do imigrante não documentado a partir da teoria de Justiça Distributiva de Michael Walzer e dos estudos sobre cidadania de Linda Bosniak. Com esse aporte é possível encontrar fundamentos não metafísicos para limitar o poder das democracias liberais de submeter não cidadãos sob sua jurisdição a diminuições ou exclusões de direitos pertencentes a esferas distintas daquela do poder migratório dos Estados.

O trabalho iniciará com as formulações filosóficas e políticas de Michael Walzer sobre Justiça Distributiva, Esferas Distributivas e Igualdade Complexa. Em seguida, se debruçará sobre as contribuições de Linda Bosniak de aprofundamento dessas teorias no tema do imigrante não documentado. Sobre essas bases, serão analisados os entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais das Nações Unidas quanto aos direitos trabalhistas e previdenciários de imigrantes não documentados como também os efeitos previdenciários do contrato de trabalho no contexto brasileiro.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí; Especialista em Direito Público pela Faculdade CESUSC; Professor de Direito na Universidade do Contestado; Advogado; andre.mouraferro@gmail.com

## 2 Desenvolvimento

O presente artigo faz apontamentos sobre os direitos previdenciários do trabalhador estrangeiro cuja presença ou labor não foi autorizado pelo Estado receptor.

O trabalho tem como aporte a teoria de justiça distributiva de Michael Walzer e se debruçara especialmente sobre o Parecer Consultivo OC-18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, importante marco da jurisprudência internacional dos Direitos Humanos e o Comentário n. 19 do Comitê de Direitos Econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas. A partir daí, é analisada a possibilidade, ou não, do Estado usar de seu poder de controle sobre o território e as fronteiras para excluir o imigrante não documentado do direito humanos à seguridade social, tratando também do caso específico brasileiro.

### 2.1 A justiça distributiva e o direito à cidadania a partir de Michael Walzer

Em seu livro *Esferas da Justiça*, Michael Walzer entende as sociedades humanas como distribuidoras de direitos, obrigações e objetos, o que classifica globalmente como bens. É essa distribuição que fundamenta as relações humanas conforme os conceitos compartilhados sobre os bens e sobre suas serventias (WALZER, 2003, p. 6).

Nessa teoria, o autor elabora seis proposições. A primeira é que todos os bens são elementos sociais, criados socialmente e seus significados não são universais, mas sim variam entre as sociedades. O seguinte, que os bens são determinantes para a identidade das pessoas, sendo impossível uma posição original anterior à distribuição, tendo em vista que “não seriam seres homens e mulheres em sentido reconhecível, e não teriam a menor noção de como proceder para dar, distribuir e trocar bens.” (WALZER, 2003, p. 8).

Também não há uma lista de bens elementares aplicáveis universalmente, considerando que os significados compartilhados são particulares a cada

sociedade. Ainda, que a distribuição dos bens se passa conforme seus significados sociais e não conforme sua substância inerente (WALZER, 2003, p. 8).

A penúltima preposição é que as distribuições, e suas caracterizações como justas ou injustas estão situadas no tempo, variando conforme esse tempo passa. Por último que os diferentes conjuntos de bens, agrupados em esferas conforme os seus significados sociais, possuem critérios próprios de distribuição e uma autonomia relativa quanto às demais esferas (WALZER, 2003, p. 9).

Walzer elabora pressupostos em evidente oposição a Rawls, rejeitando a possibilidade e a validade de princípios distributivos universais e atemporais extraídos de uma posição original, a última entendida como uma situação hipotética e pretérita à sociedade de decisão do contrato social (RAWLS, 2008).

Bosniak leciona que na teoria comunitarista de Walzer o justo não é declarado, descoberto, nem mesmo revelado metafisicamente, tampouco há Justiça absoluta ou universal. Cada comunidade particular tem seus próprios significados compartilhados do que é Justiça e cada esfera distributiva tem suas próprias definições do que é justo. Ainda que a posição de um indivíduo e os bens possuídos (ou a falta deles) em uma esfera não pode definir suas condições em uma outra esfera, conforme o princípio de Walzer da igualdade complexa (BOSNIAK, 2008, p. 43).

Dentro dessa teoria, Walzer (2003, p. 39) afirma que a comunidade e o territórios são os mais importantes bens a serem distribuídos e os seus componentes decidem internamente sobre afiliação de novos membros, tendo com os estrangeiros exclusivamente uma obrigação de auxílio, limitada pela autopreservação.

Prossegue o autor a afirmar que as comunidades são soberanas para determinarem sua própria população e se fecharem aos estrangeiros para proteger a individualidade da cultura, sua política e liberdade e o bem-estar social de seus membros (WALZER, 2003, p. 50).

Assim, o Autor afirma que o estrangeiro não tem o direito de imigrar, tendo em vista que a admissão de membros compõe uma esfera política dirigida pelos direitos da comunidade receptora de autodeterminação e autodefinição conforme suas próprias razões (WALZER, 2003, p. 51).

Uma diferente esfera distributiva, com seus próprios critérios e acordos, é a que trata dos estrangeiros presentes no território. Para esses indivíduos, se já não são intitutados como membros plenos ou cidadãos da sociedade, devem evoluir para isso (WALZER, 2003, p. 79-80).

Aqueles que estão inseridos na sociedade, mas são impedidos de alcançar o reconhecimento como membros dela, estariam submetidos a uma tirania. Assim, Walzer (2003, p. 68) afirma que os membros da comunidade devem recepcionar os imigrantes como “iguais num mundo de obrigações compartilhadas.”

Um dos casos estudados por Walzer é o dos trabalhadores convidados nos países europeus até o início da década de oitenta do século passado. Esses imigrantes realizavam os trabalhos indesejados pelos nacionais e recebiam vistos apenas temporários, entretanto era comum que esses imigrantes se estabelecessem no país em definitivo (WALZER, 2003, p. 74).

Ainda, os trabalhadores convidados não tinham direitos políticos e temiam exercer outros direitos pelo risco de perderem empregos ou serem deportados. Além de tudo isso, os países europeus não permitiam aos trabalhadores temporários se naturalizarem (WALZER, 2003, p. 74).

Em sua teoria, o processo de autodeterminação de uma democracia liberal passa pela participação igual de todos que são sujeitos de sua soberania. Nessa linha, os imigrantes que vivem e trabalham dentro de uma comunidade não são mais estranhos e não podem ser tratados dessa forma, conforme os compromissos morais fundamentais de uma comunidade liberal e democrática (WALZER, 2003, p. 81-82).

Para Walzer (2003, p. 76), a recusa em fornecer direitos civis aos imigrantes estrangeiros e a ameaça perene de deportação geram a dominação subordinação dos imigrantes por “cidadãos-tiranos”.

Essa tirania seria, dentro dessa teoria distributiva, a aplicação do poder de controle das fronteiras da sociedade, governado pelos princípios de autodeterminação e auxílio mútuo, em uma diferença esfera distributiva, a da sociedade civil, regida pelo universalismo e pela Justiça Política. Nas palavras do autor, seria uma tirania “sobre pessoas que parecem cidadãos em todos os

aspectos importantes para o país anfitrião, mas são, não obstante, excluídos da cidadania.” (WALZER, 2003, p. 78).

O referido princípio da Justiça Política impõe que todos submetidos à soberania devem ter direito à opinião igualitária e a participarem dos processos políticos de autodeterminação e de autolegislação (WALZER, 2003, p. 80).

Nessa linha, Walzer (2003, p. 80) afirma que todo estrangeiro residente deve ser um cidadão ou um cidadão em potencial, lhe garantido o poder de evoluir até a condição de membro pleno. Durante esse período de evolução, apenas os direitos políticos poderiam ser restringidos ao migrante. Em contrário seria extrapolar os critérios e princípios da esfera distributiva da jurisdição do território.

Explica Bosniak (2008, p. 38) que uma restrição temporária de direitos aos estrangeiros presentes no território em razão de sua condição de migrante expressa uma autonomia relativa das esferas, sendo que a condição de não cidadão, definida pela esfera das fronteiras da sociedade, também é relevante em seu interior, mas deve ter relevância limitada.

Em vista disso, o poder governamental de controle da imigração também se dirige para o interior das fronteiras, permitindo deportações e impondo regras para naturalização. A questão para Bosniak (2008, p. 52) é, portanto, até que extensão o direito das sociedades de controlar as fronteiras pode penetrar a esfera em qual se dão as relações sociais das pessoas presentes no território e determinar a distribuição de direitos e obrigações àqueles não intitulados membros.

## **2.2 Os modelos de separação e convergências das esferas**

Como resposta, a Autora organiza dois modelos, um tendente ao liberalismo e outro estritamente comunitarista, mas em qual ambos os modelos entendem como legítima a autoridade da comunidade em admitir e excluir estrangeiros conforme seus próprios ditames (BOSNIAK, 2008, p. 75).

O modelo de separação, focado nos direitos individuais e em limitar o poder repressivo do Estado, busca expandir a autonomia relativa entre a esfera excludente do poder de imigração e a esfera universalista e igualitária do interior

da sociedade, com vistas a ser pouco relevante ou até mesmo irrelevante à vida no interior da sociedade a condição de não-membro. Sobre o modelo cabe citar: “*alianage is not a morally relevant status for purposes of determining the civil, social, and economic rights of individuals who reside within the membership community – or, in the case of undocumented aliens, its moral relevance is minimal at best.*” (BOSNIAK, 2008, p. 76).

Já o modelo de convergência defende que a filiação comunitária é determinante para ditar a natureza das relações sociais e legais tanto nas molduras da sociedade quanto para dentro dela, fazendo parte do poder do Estado de jurisdição do território e de determinar sua população a infligir de impedimentos nas relações sociais aos não nacionais sob sua soberania (BOSNIAK, 2008, p. 75).

Nos dois modelos a cidadania das democracias liberais é dura por fora e mole por dentro. Isso é, na moldura a sociedade se fecha, impera a exclusividade daqueles que já são membros e a cidadania é racionada para aqueles candidatos a ingressar. Na sociedade civil, entendida pela como espaço de associação e sociabilidade no qual as pessoas se relacionam sem imposições estatais, a cidadania é universal e regida pela igualdade (BOSNIAK, 2008, 99). O autor conclui:

*citizenship's nationalist commitments are relevant at the borders, facing outward, and that citizenship's universalist commitments are relevant within the community, facing in. It is presumed, in other words, that citizenship is hard on the outside and soft on the inside: whereas citizenship embodies a universalist ethic within the community, it is exclusionary at the community's edges.* (BOSNIAK, 2008, p. 99).

A partir disso, Bosniak analisa casos históricos da jurisprudência norte-americana que tensionam pela separação das esferas e, conseqüentemente, frustrando as pretensões de converter a falta de cidadania na exclusão de direitos.

O caso *Yamataya v. Fisher*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1903, entendeu que os imigrantes, mesmo que não documentados, têm direito ao devido processo legal nos processos de deportação. Em *Yick Wo v. Hopkins* de 1886 o tribunal definiu que os direitos de previstos na décima quarta emenda constitucional de vida, liberdade, propriedade, devido processo legal e de igual proteção das leis também são dirigidos aos estrangeiros presentes no território (BOSNIAK, 2008, p. 54-55).



Já no processo Wong Wing v. United States de 1896 se firmou que as pessoas que ingressaram no território sem o consentimento do Estado são titulares do direito constitucional de não serem submetidos a punições cruéis e incomuns. Para a corte, a pretensão de prender e submeter ao trabalho forçado imigrantes indesejados sem o julgamento por um juri ultrapassava a esfera de pleno poder de regulamentação da imigração e adentrava a esfera criminal, essa fortemente restringida pela constituição (BOSNIAK, 2008, p. 54-55).

Em Mendoza v. Monmouth Recycling de 1996 Corporation a Corte Superior de Nova Jersey decidiu que o estrangeiro não documentado tem direito a compensação em razão de acidente de trabalho, inclusive do período em que estava inválido para retornar ao trabalho e das possíveis sequelas que reduziram sua capacidade laborativa, argumentado que *“the effect on the worker of his injury has nothing to do with his citizenship or immigration status.”* (SUPERIOR COURT OF NEW JERSEY, 1996).

Ainda, no caso Plyler v. Doe de 1982 a Suprema Corte garantiu o acesso à educação pública para crianças imigrantes não documentadas, consolidando que a violação à política estatal de imigração não afasta a obrigação do Estado em prestar serviços públicos (BOSNIAK, 2008, p. 55).

Todavia, nesse último caso o entendimento da Suprema Corte era de que os pais imigrantes não documentados teriam culpa pela ilegalidade do ingresso e estariam sujeitos às consequências jurídicas que vão para além da deportação, como a perda da titularidade de direitos de outras esferas. Já o filho não poderia ser responsabilizado ou punido, tendo em vista sua dependência e subordinação aos pais. Nessa linha, o Ministro da Suprema Corte William Brennan sintetizou que as concepções fundamentais de Justiça barram que a ilicitude da conduta dos adultos se convertam em consequências negativas aos filhos (BOSNIAK, 2008, p. 66).

Em vista disso, o tribunal decidiu que o status de não-cidadão que contornou ou violou a política de admissão e, portanto, não teve o consentimento estatal para sua presença no território, pode superar a esfera de poder do Estado de controlar suas fronteiras e infiltrar as esferas de direitos para dentro

da sociedade civil, desde que a condição de imigrante não autorizado tenha sido adquirida por ato proposital (BOSNIAK, 2008, p. 66).

Bosniak (2008, p. 67) pondera essa compreensão do imigrante culpado ou faltoso, questionando até que ponto se poderia atribuir ao estrangeiro culpa pelo ingresso não autorizado. Para ela, a ineficiência do exercício do poder do Estado em barrar que imigrantes considerados não desejados em ingressar e trabalhar criou uma população fantasma de milhões, diminuída à condição de casta baixa que não tem acesso aos direitos dos cidadãos, mas é tolerada, ou até mesmo encorajada, a ficar como mão de obra barata.

Conclui que a inaptidão ou a má-fé no exercício do poder de controle das fronteiras impediria que essa condição de migrante não autorizado afetasse a esfera de direitos do indivíduo dentro da sociedade (BOSNIAK, 2008).

Apontando no sentido da separação das esferas, Bosniak (2008, p. 34) afirma que, nas democracias liberais, os estrangeiros são intitulados de direitos em razão de sua presença no território e sua condição de pessoa humana. Entre esses direitos estão o devido processo legal tanto em processos criminais quanto em processos de expulsão ou exclusão do território, além dos direitos de livre expressão, associação, liberdade religiosa, educação, de proteção nas relações laborais e de certos benefícios sociais.

Argumenta a autora que, independente das democracias liberais serem comunidades fechadas e exclusivas de membros, aqueles presentes nos territórios, mesmo que não-cidadãos, portanto desprovidos da condição de afiliação plena, desfrutam de certas cidadanias (BOSNIAK, 2008).

Cidadania aqui não é conceito monolítico ou estático, leciona Bosniak. Seria, na verdade, um conceito dividido, de diferentes discursos que são majoritariamente sobrepostos, mas nem sempre coextensivos. Essa seria uma concepção flexível e que permitiria novos significados, inclusive significados emancipatórios pela sua normativa universalista, superando, ao menos parcialmente, concepções de fechamento e exclusividade (BOSNIAK, 2008, p. 3).

Na concepção ateniense, cidadania corresponderia ao autogoverno, ao processo de comandar e ser comandado. Já para a romana a cidadania se traduziria em um título que garantiria direitos de proteção contra o poder governamental.

No entendimento contemporâneo e republicano, se traduziria, por um lado, no processo de autogoverno democrático, na democracia deliberativa e no engajamento na vida política da comunidade, por outro na identidade e solidariedade com os demais membros (BOSNIAK, 2008, p. 19).

Nessa linha, cidadania seria entendida majoritariamente como uma condição desejável de pertencimento, de inclusão e de não subordinação, como também a satisfação de aspirações tanto democráticas quanto de igualdade (BOSNIAK, 2008, p. 1).

Como endereçamento de direitos no interior da sociedade, cidadania também tomaria significados econômicos e sociais, tratando do direito ao trabalho digno, de participação nos resultados financeiros da sociedade e a sistemas de bem-estar social mais satisfatórios (BOSNIAK, 2008, p. 22).

Para Fraser, a face social desse conceito tem em si a ideia de distribuição de provisões sociais. Essas provisões seriam de assistência, para garantir a plena condição de membro e o igual respeito, aí incluindo uma módica segurança econômica, como também seriam provisões de instituições e serviços, entre eles de seguro social universal e saúde pública (FRASER, 1996, p. 90).

Bosniak (2008, p. 70) afirma que o risco de deportação estrutura a vida dos imigrantes não documentados e os submetem a alta vulnerabilidade, inclusive de intensa exploração. Nesses casos, a Autora apontou que o Estado volta todas as suas atenções à ilegalidade do ingresso e permanência do estrangeiro, ao invés de atentar àqueles que se aproveitam desses imigrantes, em especial seus empregadores.

Nessa linha, o pleno poder do Estado sobre o fluxo migratório e sobre a composição de sua comunidade impõe ao imigrante não documentado que o gozo dos direitos, inclusive dos direitos de proteção nas relações trabalho, dos quais é titular independente da sua condição de imigrante, só é possível se escondido ou em desafio à autoridade do Estado (BOSNIAK, 2008, p. 70).

Conclui a Autora que os estrangeiros vivem entre dois mundos em interferência, um excludente e o outro universalista. A inclusão total no interior da comunidade, mesmo não sendo possível em sua completude, serviria como um ideal normativo no debate da cidadania em uma perspectiva liberal, no qual

se coloca em discussão o alcance das responsabilidades e do pertencimento (BOSNIAK, 2008).

Bosniak (2008) reconhece que, enquanto houver fronteiras e o controle do Estado sobre o ingresso de pessoas e sobre a composição da comunidade, haverá a imposição do status de estrangeiro a parte da população. Nesse ambiente, a esfera da cidadania de universalidade e a esfera da cidadania de exclusividade dos membros conflitam e ocupam o mesmo espaço. Assim, a separação completa dessas esferas não seria possível, mas poderiam ser minimizados os efeitos negativos da face dura da cidadania sobre os não-membros, garantindo outras vertentes da cidadania, inclusive a social e a econômica, àqueles que não possuem a cidadania como status formal (BOSNIAK, 2008, p. 140).

### **2.3 Direito à proteção trabalhista do imigrante não documentado conforme a corte interamericana de direitos humanos**

Com esse aporte, é possível se debruçar sobre o parecer consultivo n. 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Acionada pelo Estado Mexicano, a corte foi questionada se o poder político do Estado de controlar as fronteiras e sua composição populacional pode suplantar direitos daqueles excluídos da condição de membro e cuja presença no território é indesejada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

Assim, foram formuladas questões sobre tratamento dos trabalhadores imigrantes não documentados, em especial a aplicabilidade de direitos trabalhistas, e sua compatibilidade principalmente com os princípios de igualdade e não discriminação.

São citadas como disposições de tratados internacionais de Direitos Humanos mais relevantes ao tema os artigos 3.1 e 17 da Carta da Organização dos Estados Americanos;<sup>2</sup> o artigo II da Declaração Americana dos Direitos e Deveres

---

<sup>2</sup> Artigo 3. Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios: a) O direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas; Artigo 17. Cada Estado tem o direito de desenvolver, livre e espontaneamente, a sua vida cultural, política e econômica. No seu livre desenvolvimento, o Estado respeitará os direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal.

do Homem;<sup>3</sup> os artigos 1.1, 2 e 24 da Convenção Americana;<sup>4</sup> os artigos 1, 2.1 e 7 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>5</sup> e os artigos 2.1, 2.2, 5.2 e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos<sup>6</sup> (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 2).

Entre as diversas contribuições, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos defende que os Estados têm o direito de racionar a cidadania e decidirem, por suas próprias razões, quanto ao ingresso de estrangeiros. Ainda, a Comissão entende ser legítimo aos Estados distribuírem certos direitos exclusivamente aos seus cidadãos, ou ainda aos imigrantes cuja presença é consentida (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 23).

Entretanto, a Comissão advoga que o status migracional é irrelevante para a garantia aos presentes no território dos direitos humanos

<sup>3</sup> Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, sexo, língua, crença, ou qualquer outra.

<sup>4</sup> Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

<sup>5</sup> Artigo I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Artigo II. 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

<sup>6</sup> Artigo 2. 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. 2. 2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto. Artigo 5. 2. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau. Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

previstos nas normas internacionais, inclusive dos direitos trabalhistas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 24).

Analisando o caso com as múltiplas contribuições de organismos e Estados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que o princípio da não discriminação autoriza exclusivamente diferenciações objetivas, razoáveis e não degradantes aos direitos humanos, devendo também, para que sejam válidas, estarem em sincronia com o princípio da melhor proteção da pessoa humana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 99).

Afirma ainda que “a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o status migratório das pessoas.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003) como também que “a mencionada obrigação alcança a totalidade dos direitos previstos na Convenção Americana e no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 104).

Reconhecendo a vulnerabilidade do imigrante não documentados, a Corte é enfática ao afirmar que os direitos trabalhistas, que também englobam os direitos de assistência social e de indenização (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 114), são inalienáveis e dirigidos a todos. Do parecer se lê:

Toda pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada, adquire imediatamente a condição de trabalhador e, conseqüentemente, os direitos inerentes a esta condição. O direito do trabalho, seja regulamentado no âmbito nacional ou internacional, é um ordenamento tutelar dos trabalhadores, isto é, regulamenta os direitos e obrigações do empregado e do empregador, independentemente de qualquer outra consideração de caráter econômico ou social. Uma pessoa que ingressa a um Estado e estabelece relações trabalhistas, adquire seus direitos humanos trabalhistas nesse Estado de emprego, independentemente de sua situação migratória, visto que o respeito e garantia do desfrute e exercício destes direitos devem se realizar sem nenhuma discriminação. Deste modo, a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir, de nenhuma maneira, uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O migrante, ao assumir uma relação trabalhista, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado de emprego. Estes direitos são conseqüência da relação

trabalhista. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 110).

As conclusões da Corte se encaixam na vertente de separação das esferas, conforme o modelo de Bosniak. Assim, é reconhecido um direito de soberania dos Estados de determinarem a filiação e regerem o ingresso dos não membros, mas também é reconhecido que esse poder sobre a imigração deve se limitar à esfera distributiva das bordas da comunidade. A esfera do interior da comunidade, a sociedade civil, é governada pelos seus próprios princípios de igualdade e justiça política e possui autonomia relativa às demais esferas.

Nessa linha, é o entendimento expresso no parecer que a condição imigracional, atribuída na esfera dura da cidadania, não pode se converter inadvertidamente em exclusão e limitação de direitos humanos, devendo ser garantidos a todos sob a jurisdição do Estado os direitos elencados nas convenções e tratados internacionais, inclusive os direitos de proteção nas relações de trabalho.

## 2.4 O direito à previdência social do estrangeiro não documentado

As conclusões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos trabalhistas dos imigrantes não documentados podem esclarecer os questionamentos quanto aos direitos de proteção social universal, que também são direitos humanos expressos em normas e declarações internacionais, inclusive nos artigos 22 e 25(1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos,<sup>7</sup> alínea “f”, seção III da Constituição da OIT<sup>8</sup> no artigo VXI da Declaração Americana dos

<sup>7</sup> Artigo 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. [...] Art. 25 (1) Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

<sup>8</sup> III A Conferência proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem: [...] f) ampliar as medidas de segurança social, a fim de assegurar tanto uma renda mínima e essencial a todos a quem tal proteção é necessária, como assistência médica completa;

Direitos e Deveres do Homem<sup>9</sup> e artigo 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.<sup>10</sup>

Conforme o Comentário Geral n. 19 do Comitê sobre Direitos Econômico, Social e Culturais da ONU, o direito à segurança social deve ser conferido em atenção aos riscos e contingências sociais e é composto pelos direitos de igual gozo e de não ser excluído ou diminuído da cobertura do sistema securitário por critérios arbitrários e irrazoáveis (UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, 2007, p. 4).

O Comitê ainda destrincha nove linhas da segurança social que devem ser providas em cumprimento do artigo 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. São elas: um sistema de saúde adequado que seja universal ou economicamente acessível, provisões econômicas aos trabalhadores incapacitados por doença, benefícios em razão da idade avançada, renda e assistência aos desempregados, compensação por acidentes no trabalho, apoio em dinheiro e serviços sociais à família e às crianças, licença maternidade remunerada, suporte à renda à pessoas incapacitadas temporária ou permanentemente e pensão ao cônjuge e aos filhos pela morte do provedor (UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, 2007, p. 4-7).

Há ênfase no documento ao afirma que o Pacto proíbe discriminações embasadas no nascimento, na origem nacional e no status civil e político, além de que os Estados signatários do pacto devem garantir o exercício desses direitos a todos, dando atenção especial àqueles que enfrentam mais dificuldades de acesso, inclusive os não cidadãos, refugiados e requerentes de asilo (UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, 2007, p. 10).

Para o Comitê, o artigo 2 (2) do Pacto<sup>11</sup> garante aos trabalhadores migrantes que tirem proveito de suas contribuições ao sistema previdenciário

---

<sup>9</sup> Artigo XVI. Toda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

<sup>10</sup> Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

<sup>11</sup> Art. 2. 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.



como também que todos os não cidadãos tenham acesso às fatias não contributivas da segurança social, inclusive de atenção à saúde e benefícios à família “*irrespective of their nationality, residency or immigration status.*” (UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, 2007, p. 12).

Como visto, os princípios de igualdade e não-discriminação presentes nas convenções e tratados de Direitos Humanos previnem que as pretensões políticas de clausura das comunidades ultrapassem a sua devida esfera e tolham os direitos elencados nas normas internacionais de Direitos Humanos, porque se constituem em um piso mínimo de direitos que devem ser dirigidos a todos presentes no território, independente da filiação à comunidade.

No ordenamento jurídico brasileiro o labor de um migrante é considerado pela doutrina e jurisprudência como proibido. Trabalho proibido é aquele cuja formação da relação jurídica de trabalho ou de emprego não é permitida, apesar de seu objeto ou finalidade não serem configurados como crime (CASSAR, 2011, p. 589).

Também são proibidos o labor sem as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Para os jovens entre dezesseis e dezoito anos é proibido o trabalho noturno, perigoso, insalubre ou prejudicial à formação e ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social. Já ao adolescente com idade entre quatorze e dezesseis é proibido o labor fora da condição de aprendiz. Por último, ao menor de quatorze anos é proibido qualquer trabalho, conforme o inciso XIII, art. 5º e inciso XXXIII, art. 7º da CRFB e inciso III, art. 67 da lei federal 8.096/1990.

Mesmo sendo entendido como proibido, a declaração da nulidade do contrato de trabalho não derruba os efeitos produzidos enquanto a relação ocorreu, conforme a teoria das nulidades trabalhistas (DELGADO, 2013, p. 522).

Para Delgado (2013, p. 522-523), o contrato de trabalho produziria todos os seus resultados, inclusive aqueles típicos da relação de emprego, até o tempo de sua anulação. Essa construção três argumentos centrais, de início, seria impossível o retorno às condições anteriores ao contrato, considerando que o trabalho foi realizado e o empregador o recebeu e absorveu o valor por ele produzido. Ainda, a retroação dos efeitos desequilibraria a relação jurídica e permitiria um enriquecimento sem causa do empregador. Por último, o valor-

trabalho e os direitos trabalhistas prevaleceriam sobre os demais valores jurídicos que a proibição pretende garantir.

No caso do trabalho do imigrante não documentado, Delgado (2013, p. 523) se posiciona pela aplicação plena dessa teoria das nulidades, afirmando que o contrato de emprego do imigrante em situação irregular é proibido, entretanto produzirá todos os seus efeitos até a decretação da nulidade. Cita-se:

Outro exemplo corrente [de aplicação plena da teoria trabalhista de nulidades] verifica-se com o trabalhador migrante irregular que tenha prestado efetivo trabalho a alguém, com os elementos da relação de emprego mas sem a necessária autorização administrativa. Nesse caso, desponta vício também na forma (ou rito) inerente ao contrato tacitamente celebrado. Não obstante a existência do defeito em um dos elementos integrantes do contrato, devem-se reconhecer todas as repercussões justralhistas quanto ao contrato irregularmente formado, em decorrência da aplicação da teoria especial de nulidades do Direito do Trabalho. (DELGADO, 2013, p. 523).

Vale destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos previdenciários do trabalho proibido do menor de quatorze anos. Conforme a decisão no Agravado de Instrumento 529694/RS, presente no Informativo 376, é possível a contagem de tempo de serviço como ruralista menor de quatorze anos frente, mesmo que constitucionalmente proibido, frente à “Impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005).

Portanto, mesmo entendido como proibido, o contrato de trabalho do estrangeiro não documentado deve produzir todos os efeitos até a decretação de sua nulidade.

Nessa esteira, seguindo um modelo de separação das esferas, no qual o poder do Estado de controle sobre as fronteiras e sobre a composição de sua população não pode se infiltrar ao interior da sociedade para excluir e limitar Direitos Humanos, é possível afirmar que os trabalhadores imigrantes não documentados têm o direito a participar dos sistemas de seguridade e previdência social como segurados e beneficiários, sendo suficiente para tanto a condição de pessoas humanas.

### 3 Considerações finais

A pesquisa almejou visitar as teorias filosóficas e políticas de Justiça Distributiva e de Igualdade Complexa de Michael Walzer, com as contribuições e aprofundamentos de Linda Bosniak ao estudo dos Direitos Humanos de Imigração. Com base nessas contribuições foi possível examinar o Parecer Consultivo OC-18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Comentário Geral n. 19 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas e elaborar sobre a titularidade de direitos previdenciários de imigrantes não documentados.

Como visto, os autores afirmam que mesmo reconhecido o direito das Democracias Liberais de se fecharem aos forasteiros, deve ser conferido aos estrangeiros presentes no território o direito de também alcançarem cidadanias, podendo nessa empreitada ser limitados apenas direitos políticos. Caso contrário essas pessoas estariam submetidas a um tirânico sistema de castas sociais, inaceitável à Justiça Política, princípio balizador da sociedade civil.

No modelo de Bosniak, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas adotou uma linha de separação de esferas, afirmando que a condição de imigrante não documentado é irrelevante para a distribuição de direitos trabalhistas e previdenciários e que a política de imigração dos Estados não pode desprover dos Direitos Humanos aqueles entendidos por essa política como indesejados. Entre esses direitos inafastáveis estão inclusive aqueles estabelecidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de proteção nas relações de trabalho e de seguro social.

Importante ainda é a construção jurisprudencial brasileira que determina que o contrato de trabalho classificado proibido, aí incluído o do estrangeiro que não possui visto ou autorização para o trabalho, produz todos os seus efeitos até a sua declaração, entre eles o de contagem de tempo de serviço para fins previdenciários.

Diante disso, é possível inferir que os trabalhadores imigrantes não documentados também têm direito a participarem como segurados e filiados

dos sistemas de seguridade social, inclusive de receberem provisões sociais de proteção ao desemprego involuntário, de proteção da renda em razão da incapacidade temporária ou permanente e até mesmo de aposentadoria, em atenção aos princípios de igualdade e não discriminação e a necessária separação das esferas distributivas.

## Referências

BOSNIAK, Linda. *The Citizen and the Alien*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BOSNIAK, Linda. Citizenship Denationalized. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 7, i. 2, p. 447-510, 2000.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-18/03*. Assinado em 17 de setembro de 2003. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.doc)>. Acesso em: 04 set. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

FRASER, Nancy. Civil Citizenship against Social Citizenship?. In: STEENBERGEN, Bart Van. *The Condition of Citizenship*. 1. ed. Londres: Sage Publications, 1994.

SUPERIOR COURT OF NEW JERSEY. *Appellate Division A-3188-94T3*. Luis Castro Mendoza v. Monmouth Recycling Corporation. Julgamento em 07 mar. 1996. Disponível em: <<https://njlaw.rutgers.edu/collections/courts/appellate/a3188-94 opn.html>>. Acesso em: 04 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assinada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Assinado em 16 December 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 04 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta de Organização dos Estados Americanos*. Assinada em 30 de abril de 1948. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Americanos.htm](https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm)>. Acesso em: 04 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Assinada em abril de 1948. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>. Acesso em: 04 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assinada em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 04 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo 376/2005 do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, DF, fev. 2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo376.htm>>. Acesso em: 04 set. 2017.

UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *General Comment No. 19 The right to social security (art. 9)*. Disponível em: <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fG-C%2f19](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fG-C%2f19)>. Acesso em: 04 set. 2017.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



# MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA PROTEÇÃO SOCIAL DO IMIGRANTE

Cristiane Brum dos Santos<sup>1</sup>

## 1 Introdução

No estudo da garantia e efetividade dos direitos humanos, é inarredável a materialização heterogênea do discurso em escala global. Segundo relatório publicado pelo Banco Mundial (2016), setecentos e sessenta e sete milhões de pessoas<sup>2</sup> viviam abaixo da linha da pobreza<sup>3</sup> no ano de 2013. Esse indicador social, embora noticie a regressão do quadro de desigualdade em crescimento desde a Revolução Industrial, retrata a lacuna na promoção de pisos mínimos de proteção social em benefício de um contingente expressivo de pessoas na contemporaneidade.

Nesse contexto, mostra-se razoável deduzir a existência de uma relação de causa e efeito com o atual fenômeno migratório? Sem precedentes na história humana documentada,<sup>4</sup> as migrações internacionais voluntárias computavam um estoque aproximado de duzentos e cinquenta milhões de imigrantes no ano de 2015 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016), pessoas que deixaram seu

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Gestão Pública pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp; Servidora do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; cris.brums24@gmail.com

<sup>2</sup> Tendo por base o contingente total de cerca de sete bilhões e duzentas milhões de pessoas naquele ano ([http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=45165&Cr=population&Cr1=#.Wc7OY9Gj\\_IX](http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=45165&Cr=population&Cr1=#.Wc7OY9Gj_IX)).

<sup>3</sup> Cf. padrão internacional de US\$ 1,90 por dia estabelecido pelo Banco Mundial.

<sup>4</sup> Cf. Massey et al. (2009), as migrações internacionais contemporâneas dividem-se em quatro estágios. Não há informações precisas relativas ao número de pessoas que migraram no período mercantil das migrações internacionais, podendo-se falar em uma maioria de europeus e em cerca de dez milhões de escravos africanos. No que tange ao período industrial, estima-se um contingente de quarenta e oito milhões de migrantes internacionais de 1800 a 1925, especialmente oriundos da Europa. O terceiro período, de migração limitada, obteve o fluxo em virtude da deflagração da Primeira e Segunda Guerras Mundiais. O quarto e atual estágio migratório revela a inversão da lógica das migrações e a Europa deixa de ser um continente de emigrantes para materializar-se como um dos principais destinos dos imigrantes.

país de origem em busca de oportunidades de concretização do bem-estar na sociedade de acolhida, local que elegeram como o mais adequado à materialização da pretensa justiça social.

O ingresso dos imigrantes gera uma infinidade de posturas junto ao novo país, como o medo, a insegurança, a xenofobia e o racismo, em atenção à repercussão sobre o mercado de trabalho e sobre a estrutura social e econômica vigente, além das objeções de natureza política, comumente a soberania, a cidadania e nacionalidade. Restaria controvertido, portanto, o próprio direito de migrar. Noutra vértice, enquanto pessoa humana, e na ótica da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e dos padrões mínimos de proteção social, não é razoável que lhe seja negada sumariamente a proteção social.

Nessa perspectiva, para que seja conferido o tratamento jurídico e humanitário pertinente, urge a investigação acerca da normatividade da proteção social do imigrante no plano do direito internacional dos direitos humanos, o qual, aparentemente, não dispõe de regras que assegurem a garantia da proteção social em benefício dos imigrantes.

Para tanto, a primeira seção deste trabalho de pesquisa<sup>5</sup> estuda a multidimensionalidade que caracteriza as migrações internacionais contemporâneas para, na sequência, analisar o desenho do direito internacional dos direitos humanos no que tange à proteção do imigrante e, ao final, investigar a hipótese do desenvolvimento como meio para realização da justiça social global, propondo um aporte dogmático sustentado no imigrante como sujeito do direito ao desenvolvimento.

## **2 A multidimensionalidade das migrações internacionais**

Falar em migrações internacionais significa tratar da totalidade de migrantes, incluídos refugiados, deslocados internos, asilados e apátridas. Neste trabalho, o enfoque repousa sobre as migrações de natureza voluntária, cujo

---

<sup>5</sup> O presente trabalho sintetiza os resultados iniciais da pesquisa desenvolvida no âmbito do grupo de pesquisa Políticas Públicas de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.



personagem central é o imigrante. Segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM) (2009, p. 43), “este termo aplica-se, às pessoas e membros da família que se deslocam para outro país ou região a fim de melhorar as suas condições materiais, sociais e possibilidades e as das suas famílias.”

Para compreender os fluxos migratórios voluntários na contemporaneidade, é necessário partir de um olhar multidimensional. As migrações internacionais desvelam uma pluralidade de fatores sociais, econômicos, ambientais, políticos, demográficos, históricos, jurídicos e sociológicos, desencadeados tanto nos Estados de origem quanto nos de destino. Nas palavras de Sayad (1998, p. 16), a imigração consiste em um “fato social total”; significa dizer que o fenômeno migratório compreende a totalidade da formação, estrutura e funcionamento das sociedades de imigração e emigração.

Conjugados, esses fatores múltiplos, a exemplo das disparidades demográficas, das transformações do mercado de trabalho, das mudanças climáticas e da revolução tecnológica, impulsionam o crescimento progressivo de pessoas interessadas em migrar. Na pesquisa acerca dos fluxos dirigidos a Portugal e Itália entre os anos de 2013 e 2016, Mattiazzi (2016, p. 320) reconhece a pluralidade e complexidade com que se realizam as migrações internacionais, que reputa “*fenómenos estruturais de cariz sócio-económico-laboral.*”

Correto tratar, portanto, das migrações internacionais como um fenômeno multidimensional. Essa multidimensionalidade traduz a convergência de distintos fatores endógenos e exógenos, que transformam e são transformados pela decisão do imigrante de reconstruir sua história, ficando obstado, portanto, o exame isolado da problemática, que se limita à perspectiva da sociedade de imigração. O tratamento isolado da questão migratória, além de inadequado, impede a formulação de políticas públicas pertinentes ao imigrante como sujeito de direito e como possível destinatário da proteção social. Inarredável, assim, analisar as migrações internacionais em todos os seus aspectos.

Da análise do fluxo de imigrantes a partir da dimensão social, restam evidenciadas as profundas desigualdades sociais no seio das sociedades de

emigração,<sup>6</sup> na realização de uma vida plena, longa e saudável, provida de conhecimento e guarnecida de rendimentos dignos, bem como os reflexos sobre a divisão internacional do trabalho,<sup>7</sup> que atravessa um processo de precarização, feminização e parcialização, fatores que instrumentalizam a vulnerabilidade social marcadamente inerente ao imigrante. No que toca à dimensão econômica, verifica-se a influência dos processos de globalização sobre a economia dos países e, por conseguinte, sobre o fluxo de pessoas.<sup>8</sup>

A dimensão ambiental, de seu lado, demonstra os reflexos das alterações no clima sobre a mobilidade,<sup>9</sup> enquanto as dimensões política e jurídica desvelam as transformações do modelo de Estado, nacionalidade, soberania e cidadania sobre a titularidade de direitos de estrangeiros.<sup>10</sup> Por sua vez, a dimensão demográfica, esclarece a demanda pela mão de obra do imigrante no seio das sociedades de imigração marcadas pelo severo envelhecimento populacional.<sup>11</sup> Por fim, quanto à dimensão sociológica, revela-se instrumento e síntese das migrações internacionais.

Partindo desses apontamentos acerca de cada dimensão atribuível às migrações internacionais de natureza voluntária, ineludível que a análise e o tratamento das questões intrínsecas, assim como a formulação de políticas públicas, demandam um entendimento ampliado da temática, em sua densidade, complexidade e multidimensionalidade, que transcenda aspectos legais e jurídicos.

### **3 A proteção do imigrante segundo o direito internacional dos direitos humanos**

Em tema de migrações internacionais, impera analisar o aspecto que concerne à qualidade de sujeito de direito do imigrante, assim como, por via

---

<sup>6</sup> Cf. Cachón e Laparra (2009), Köche (2015), Martine (2005), Massey et al. (2009) e Bauman (2017).

<sup>7</sup> Cf. Hirata (2009), Santos, B. (2005) e Santos, M. (2008).

<sup>8</sup> Cf. Faria (2002) e Santos, B. (2005).

<sup>9</sup> Cf. Jubilut (2007).

<sup>10</sup> Cf. Brito (2013), Bosniak (2006), Carens (2008), Habermas (2001) e Reis (2004).

<sup>11</sup> Cf. Massey (2009).

reflexa, de destinatário da proteção social. A presença do imigrante na sociedade de imigração emerge uma infinidade de contingências concernentes a direitos e liberdades, além do próprio acolhimento, cuja titularidade plena está obstada pela ausência da nacionalidade e cidadania. Essas objeções de natureza política, somadas a outras de natureza econômica, consubstanciadas na despesa assumida pela sociedade de imigração a partir do acolhimento, mostram-se hábeis a infirmar a proteção social global?

Depreende-se do texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, que resta inaugurada a fase humanista do Direito Internacional. Nesse redirecionamento, segundo o qual a titularidade de direitos transcende a esfera estatal, os seres humanos figuram como sujeitos centrais do ordenamento jurídico internacional, a partir do reconhecimento de sua qualidade de sujeitos de direito.

No que concerne às migrações internacionais, interessa notar que o conteúdo da Declaração não protege o imigrante de forma integral, pois não disciplina um direito de acolhimento, que ficaria a critério da soberania de cada país. O documento reconhece de forma expressa um direito de mobilidade,<sup>12</sup> que consiste no direito de locomoção livre no território de seu próprio país, bem como de deixá-lo e, ainda, de a ele retornar. Fica evidente que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não infirmou a relação entre direitos humanos, cidadania, soberania e nacionalidade.

De seu lado, a inteligência do artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, confirmou a condição jurídica do imigrante, ainda que implicitamente, e, inclusive, a necessária proteção social, ao condicionar os países em desenvolvimento à promoção da justiça social em benefício de estrangeiros apenas se não implicar no comprometimento de sua capacidade econômica.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> “Art. XIII. 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

<sup>13</sup> “Artigo 2º: 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto,

A Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, adotada pela Resolução nº 45/158 da ONU, de 1990, com entrada em vigor em 2003, reconhece a emergencialidade de conferir um tratamento humanitário em favor do imigrante, prevê a existência de alguns direitos e assegura um tratamento digno, ainda em se tratando de imigrantes indocumentados. No entanto, a Convenção foi firmada por quarenta e sete Estados-Parte e, de igual forma, não assegura um direito de livre ingresso.<sup>14</sup>

No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1969, em vigor desde 1978, reconhece a qualidade dos estrangeiros como sujeitos de direito<sup>15</sup> e limita a permanência do imigrante ao cumprimento de determinados critérios legais.<sup>16</sup>

Nessa revisão dos tratados internacionais, interessa examinar ainda a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, que reconhece a marcada

---

incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. 3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.” (BRASIL, 1992a).

<sup>14</sup> “Artigo 8º 1. Os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias podem sair livremente de qualquer Estado, incluindo o seu Estado de origem. Este direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituam disposições necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem, e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos na presente parte da Convenção. 2. Os trabalhadores migrantes e os membros da sua família têm o direito a regressar em qualquer momento ao seu Estado de origem e aí permanecer.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1990).

<sup>15</sup> Em excerto do preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos, consta: “[...] Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos. [...]”

<sup>16</sup> “Artigo 22: Direito de Circulação e de Residência: 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais. 2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio. 3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas [...]” (BRASIL, 1992b).

vulnerabilidade social e econômica que acompanha o imigrante e discorre acerca da necessidade de proteger esses sujeitos e, de forma extensiva, suas famílias.<sup>17,18</sup>

Em análise última, registre-se a relevância do conteúdo do Programa de Ação das Nações Unidas na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em setembro de 1994, no que toca ao reconhecimento do imigrante como sujeito de direito e à identificação do entrelaçamento entre as migrações internacionais e o desenvolvimento.<sup>19</sup> Colhe-se do capítulo dez da Conferência do Cairo uma atenção destacada à temática das migrações internacionais, assim como uma recomendação segundo a qual configura-se o plano ideal que as pessoas possam permanecer em seus próprios países,<sup>20</sup> conjuntura que depende de um desenvolvimento equitativo no plano internacional. Por fim, a Conferência do Cairo recomenda a extensão da titularidade dos mesmos direitos civis, sociais e econômicos garantidos aos cidadãos em benefício dos imigrantes.

<sup>17</sup> “24. Deve ser dada grande importância à promoção e à proteção dos Direitos Humanos de pessoas pertencentes a grupos que se tenham tornado vulneráveis, incluindo os trabalhadores migrantes, à eliminação de todas as formas de discriminação contra eles, bem como ao reforço e a uma mais efetiva aplicação dos instrumentos existentes em matéria de Direitos Humanos [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

<sup>18</sup> “Trabalhadores migrantes: 33. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela a todos os Estados para que garantam a proteção dos Direitos Humanos de todos os trabalhadores migrantes e suas famílias. 34. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos considera que a criação de condições, que favoreçam a harmonia e a tolerância entre os trabalhadores migrantes e o resto da sociedade do Estado em que residem, se reveste de particular importância. 35. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos convida os Estados a estudarem a possibilidade de assinar e ratificar, dentro do mais curto espaço de tempo possível, a Convenção Internacional sobre os Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

<sup>19</sup> “Princípio 12: Países que recebem migrantes regulares devem lhes dispensar, tratamento justo e lhes prestar serviços adequados de bem-estar social e garantir sua segurança e integridade físicas, levando em conta as circunstâncias e necessidades especiais do país, particularmente dos países em desenvolvimento, e procurando alcançar esses objetivos ou requisitos, com relação a migrantes irregulares, de conformidade com as disposições de convenções, instrumentos e documentos internacionais pertinentes. Os países devem garantir a todos os migrantes todos os direitos humanos básicos nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1994).

<sup>20</sup> “[...] Ações 10.3. Os governos de países de origem e dos países de destinação devem procurar tornar viável a toda pessoa a opção de permanecer no seu próprio país. Para isto, devem ser envidados esforços para se chegar a um desenvolvimento econômico e social sustentável que assegure melhor equilíbrio econômico entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento e países de economia em transição. [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1994).

## 4 O imigrante como sujeito de direito ao desenvolvimento: aporte dogmático para a justiça social global

No livro cinco de *Ética a Nicômaco*, Aristóteles (1991) apresenta o seguinte conceito de justiça “[...] (n)aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; [...]”, e de injustiça “[...] se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto.” Afirma que a justiça distributiva corresponde à necessária operacionalização, na proporcionalidade geométrica,<sup>21</sup> da distribuição de honras e dinheiro, em observância à equidade<sup>22,23</sup> aqui utilizado no sentido de meritocracia, de conferir a cada um o seu mérito, a partir do pressuposto de que as pessoas podem não ser iguais. O mérito aristotélico varia dependendo do sistema de governo.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> “O justo é, pois, uma espécie de termo proporcional (sendo a proporção uma propriedade não só da espécie de número que consiste em unidades abstratas, mas do número em geral). Com efeito, a proporção é uma igualdade de razões, e envolve quatro termos pelo menos (que a proporção descontínua envolve quatro termos é evidente, mas o mesmo sucede com a contínua, pois ela usa um termo em duas posições e o menciona duas vezes; por exemplo ‘a linha A está para a linha B assim como a linha B está para a linha C’: a linha B, pois, foi mencionada duas vezes e, sendo ela usada em duas posições, os termos proporcionais são quatro). O justo também envolve pelo menos quatro termos, e a razão entre dois deles é a mesma que entre os outros dois, porquanto há uma distinção semelhante entre as pessoas e entre as coisas. Assim como o termo A está para B, o termo C está para D; ou, alternando, assim como A está para C, B está para D. Logo, também o todo guarda a mesma relação para com o todo; e esse acoplamento é efetuado pela distribuição e, sendo combinados os termos da forma que indicamos, efetuado justamente. Donde se segue que a conjunção do termo A com C e de B com D é o que é justo na distribuição; e esta espécie do justo é intermediária, e o injusto é o que viola a proporção; porque o proporcional é intermediário, e o justo é proporcional. (Os matemáticos chamam ‘geométrica’ a esta espécie de proporção, pois só na proporção geométrica o todo está para o todo assim como cada parte está para a parte correspondente.) Esta proporção não é contínua, pois não podemos obter um termo único que represente uma pessoa e uma coisa.” (ARISTÓTELES, 1991).

<sup>22</sup> “E a mesma igualdade se observará entre as pessoas e entre as coisas envolvidas; pois a mesma relação que existe entre as segundas (as coisas envolvidas) também existe entre as primeiras. Se não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas: ou quando iguais tem e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais. Isso, aliás, é evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas ‘de acordo com o mérito’; pois todos admitem que a distribuição justa deve recordar com o mérito num sentido qualquer, se bem que nem todos especificuem a mesma espécie de mérito, mas os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou com a nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência.” (ARISTÓTELES, 1991).

<sup>23</sup> “Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom.” (ARISTÓTELES, 1991).

<sup>24</sup> “Isso, aliás, é evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas ‘de acordo com o mérito’; pois todos admitem que a distribuição justa deve recordar com o mérito num sentido qualquer, se

O entrelaçamento entre justiça e equidade, legado deixado por Aristóteles, é reforçado em uma das mais importantes obras de filosofia política do século passado. A ideia central de *Uma Teoria de Justiça*, da autoria de Rawls (2008), reside na perspectiva de que a justiça equitativa depende da escolha dos princípios de justiça na posição original sob o véu da ignorância, posição na qual as pessoas não teriam conhecimento de suas características e capacidades, colocando-se em igualdade em relação aos outros. Define como um dos princípios de justiça que “as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.” (RAWLS, 2008, p. 73), princípio de justiça distributiva,<sup>25</sup> que legitima a existência de desigualdades sociais e econômicas apenas se forem vantajosas em favor de toda a coletividade ou se estiverem vinculadas a posições e cargos públicos com acesso possibilitado a todos.

Nussbaum (2013) busca complementar o contributo teórico rawlsiano, para o qual aponta a existência de importantes lacunas. A autora elenca a deficiência, a nacionalidade e o pertencimento à espécie como três problemas centrais fundamentais a uma sociedade justa e a uma vida digna, porém omitidos da teoria da justiça de John Rawls. No que concerne ao problema da nacionalidade, objeto da pesquisa, a autora inter-relaciona as desigualdades sociais às lacunas globais de desenvolvimento,<sup>26</sup> para a qual propõe uma abordagem assentada na universalidade dos direitos humanos.

Trata-se do “enfoque das capacidades”,<sup>27</sup> construção filosófica que alberga uma lista com dez capacidades (vida; saúde física; integridade física;

---

bem que nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito, mas os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou com a nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência.” (ARISTÓTELES, 1991).

<sup>25</sup> “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do autorrespeito (sic) – devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos.” (RAWLS, 2008, p. 75).

<sup>26</sup> “em um mundo cada vez mais interdependente, precisamos considerar as questões de justiça levantadas pelas desigualdades entre as nações ricas e pobres, que afetam as chances de vida de seus cidadãos.” (NUSSBAUM, 2013, p. 23).

<sup>27</sup> “[...] O enfoque das capacidades é, na minha visão, uma espécie de abordagem dos direitos humanos, e os direitos humanos têm sido associados de modo similar à ideia de dignidade humana.” (NUSSBAUM, 2013, p. 95).

sentidos, imaginação e pensamento; emoções; razão prática; afiliação; outras espécies; lazer; e, controle sobre o próprio ambiente político e material), definidas como padrões mínimos relativos a liberdades políticas e civis e a direitos econômicos e sociais, que convergem à concretização da dignidade da pessoa humana<sup>28</sup> e condicionam o alcance da verdadeira justiça social global apenas no caso de efetivadas as dez capacidades listadas em favor de todas as pessoas no mundo.<sup>29</sup>

Em tema de desenvolvimento, percebe-se que o conceito se afasta de uma concepção restritiva de economia para albergar outras matrizes fundamentais a partir da década de 70, quando Keba M'Baye, ex-presidente da Corte Internacional de Justiça, pronunciou-se na qualidade de presidente da Suprema Corte do Senegal, em sessão do Instituto Internacional de Direitos Humanos, e inaugurou a noção de desenvolvimento como direito inarredável à existência do homem (BEDIN, 2003).

O status de direito é conferido a partir da adoção da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986. O artigo 1º da Declaração sintetiza o direito ao desenvolvimento econômico, social, cultural e político como um direito humano inalienável, imprescindível à realização integral dos direitos e liberdades, em relação ao qual a pessoa humana é sujeito ativo e passivo.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> “[...] a melhor abordagem dessa ideia de um mínimo social básico é fornecida por uma explicação que se concentre nas capacidades humanas, isto é, no que as pessoas são de fato capazes de fazer e ser, instruídas, de certa forma, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano. Identifico uma lista de capacidades humanas centrais e argumento que todas elas estão implícitas na ideia de uma vida apropriada à dignidade humana.” (NUSSBAUM, 2013, p. 84, grifo do autor).

<sup>29</sup> “[...] o nosso mundo não é decente e minimamente justo, a não ser que tenhamos assegurado as dez capacidades da lista, até certo nível mínimo, a todas as pessoas do mundo.” (NUSSBAUM, 2013, p. 347).

<sup>30</sup> “Artigo 1º. §1º. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. §2º. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986).



A Convenção de Viena veio reforçar a existência do direito ao desenvolvimento,<sup>31</sup> ampliando-o para albergar o campo ambiental; já a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, atrelou ao desenvolvimento a noção de sustentabilidade (BEDIN, 2003).

Logo, o direito ao desenvolvimento corresponde a um imperativo para a realização equitativa dos direitos e liberdades em benefício de toda a coletividade humana. Apenas com o desenvolvimento econômico, social, político, cultural e ambiental torna-se possível a emancipação social e a materialização de uma vida longa e saudável, o acesso ao rendimento digno e à educação.

Na lição de Piovesan (2013, p. 184), “A justiça social é um componente central à concepção do direito ao desenvolvimento”, isso porque a consecução do conteúdo desse direito “[...] há de prover igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda.”

No plano das migrações internacionais, vislumbra-se no direito ao desenvolvimento um aporte dogmático aplicável à realização da justiça social global, reconhecendo no imigrante um sujeito ativo e passivo do desenvolvimento. Isso porque o imigrante, em uma perspectiva dúplici, age tanto na sociedade de imigração quanto na sociedade de emigração, intervindo sobre as relações econômicas, sociais e sobre o mercado de trabalho, promovendo a emancipação social em benefício dos familiares que permaneceram e da nova sociedade.

Segundo Martine (2005), é possível verificar expressivas vantagens pela presença do imigrante na sociedade de imigração bem como pela

---

<sup>31</sup> “10. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, enquanto direito universal e inalienável e parte integrante dos Direitos Humanos fundamentais. Conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento. O desenvolvimento facilita o gozo de todos os Direitos Humanos, mas a falta de desenvolvimento não pode ser invocada para justificar a limitação de Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos. Os Estados devem cooperar entre si para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos que lhe sejam colocados. A comunidade internacional deve promover uma cooperação internacional efetiva com vista à realização do direito ao desenvolvimento e à eliminação de obstáculos ao desenvolvimento. O progresso duradouro no sentido da realização do direito ao desenvolvimento exige a adoção de políticas de desenvolvimento eficazes a nível nacional, bem como o estabelecimento de relações econômicas equitativas e a existência de um panorama econômico favorável a nível internacional.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

ausência na sociedade de emigração. A título exemplificativo, afirma que, anualmente, os imigrantes são responsáveis por cem bilhões de dólares em remessas internacionais a seus familiares, cifras que a situam como o segundo mais importante fluxo monetário do comércio internacional, apenas atrás das exportações globais de petróleo. Para as sociedades de imigração, elenca a participação fundamental de trabalhadores imigrantes em mercados de trabalho marcados pelo envelhecimento da população, conjuntura para a qual cita indicador de que o Japão precisaria de cerca de seiscentas e quarenta e sete mil novas pessoas a cada ano.

O silogismo segundo o qual o imigrante é sujeito do direito ao desenvolvimento consubstancia instrumento valioso à realização integral dos direitos e liberdades. Compreendê-lo como meio e fim do desenvolvimento e, por conseguinte, autorizar seu ingresso nas sociedades de imigração, pode constituir um aporte dogmático à realização da justiça social global, aqui não restrita à pobreza, mas à lacuna de desenvolvimento econômico, político, social, cultural e ambiental.

## 5 Conclusão

À guisa de conclusão, identificou-se uma lacuna de normatividade no âmbito do direito internacional dos direitos humanos no que concerne à proteção social do imigrante e à própria condição jurídica do imigrante, em atenção aos documentos internacionais analisados, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o PIDESC, a Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, o Pacto de São José da Costa Rica, a Declaração e Programa de Ação de Viena e a Conferência do Cairo. Por outro lado, no estágio atual da pesquisa foi possível identificar indicativos de uma reorientação da linguagem da ONU, que se desloca da proteção da dignidade da pessoa humana para voltar-se ao valor do desenvolvimento econômico, social, cultural, político e ambiental, colocando a pessoa como sujeito central do desenvolvimento e estabelecendo uma relação umbilical entre a pessoa humana, os direitos e liberdades e o desenvolvimento.

Nessa lógica, defende-se que as migrações internacionais contemporâneas estão diretamente relacionadas à ausência de um desenvolvimento equitativo nas sociedades de emigração em comparação às sociedades de imigração, motivo pelo qual a posição do imigrante como sujeito ativo e passivo do desenvolvimento e, por conseguinte, como titular do direito ao desenvolvimento, revela-se aporte dogmático pertinente à realização da justiça social global. Somente a partir da efetividade do direito ao desenvolvimento se realizam de forma integral os direitos e liberdades, o que, invariavelmente, repercute sobre o contingente de pessoas que confere à migração uma escolha para a consecução do bem-estar.

### Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores, v. 2).

BANCO MUNDIAL. *Taking on inequality: poverty and shared prosperity* 2016. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25078/9781464809583.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BEDIN, Gilmar Antônio. Direitos Humanos e Desenvolvimento: algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento. *Revista Desenvolvimento em Questão*, Ijuí, a. 1, n. 1, p. 123-149, jan./jun. 2003.

BOSNIAK, Linda. *The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 1992a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 02 jul. 2017.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 nov. 1992b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRITO, Fausto. A politização das migrações internacionais: direitos humanos e soberania nacional. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 77-97, jan./jun. 2013.

CACHÓN, Lorenzo; LAPARRA, Miguel. Sistema migratorio, mercado de trabajo y régimen de bienestar. In: CACHÓN, Lorenzo; LAPARRA, Miguel (Ed.). *Imigración y políticas sociales*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2009. p. 19-50.

CARENS, Joseph H. *Immigration, Democracy, and Citizenship*. [2008].

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HIRATA, Helena. A precarização e a divisão internacional e sexual do trabalho. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 11, n. 21, p. 24-41, jan./jun. 2009.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <www.acnur.org> Acesso em: 04 out. 2016.

KÖCHE, Rafael. Migrações e (de)igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e reconhecimento. In: MORAIS, José Luís Bolzan de; SANTORO, Emílio; TEIXEIRA; Anderson Vichinkeski. *Direito dos migrantes*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015. p. 25-41.

MARTINE, George. A globalização inacabada migrações internacionais e pobreza no século 21. *Revista São Paulo em Perspectiva*, v. 19, n. 3, p. 3-22, jul./set. 2005.

MASSEY, Douglas S. et al. *Worlds in motion – Understanding international migration at the end of the millennium*. New York City: Clarendon Press Oxford, 1998.

MATTIAZZI, Giulio. *Democracia e Imigração – Quantos estrangeiros cabem na Europa?*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Suzana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*. [1990]. Disponível em: <<http://www.ohchr.org>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração e Programa de Ação de Viena*. [1993]. Disponível em: <<http://www.ohchr.org>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. [1986]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [1948]. Disponível em: <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em: 01 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Programa de Ação das Nações Unidas da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. [1994]. Disponível em: <<http://unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Global Migration Trends 2015*. [2016]. Disponível em: <[www.publications.iom.int](http://www.publications.iom.int)>. Acesso em: 21 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Glossário sobre Migração*. Genebra, 2009. (Direito Internacional da Migração, n. 22).

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-164, jun. 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A Globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 25-102.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2008.

SAYAD, Abdelmalek. *A imigração ou os paradoxos da alteridade*. Prefácio Pierre Bourdieu. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

